

AUSGABE 3/2010

S. 167 - 300

5. Jahrgang

### Inhalt

#### FESTSCHRIFT FÜR JÖRG TENCKHOFF

##### *Vorbemerkung zur aktuellen Ausgabe*

- Jörg Tenckhoff zum 70. Geburtstag am 18. März 2010**  
Von Prof. Dr. Frank Arloth, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg 167

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht – Allgemeiner Teil*

- Der Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB  
Zur Anwendung deutschen Strafrechts im Falle des  
Unterlassens und der Mittäterschaft**  
Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg 168
- Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit  
Ein Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher  
Strafrechtsdogmatik**  
Von Privatdozent Dr. Arnd Koch, Augsburg 175
- Die Verwendung von Selbstschutzanlagen im Lichte des  
Strafrechts**  
Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel 183
- Vollendung, Versuch und Rücktritt im „Interferenzbereich“  
zwischen Schwangerschaftsabbruch und allgemeinem  
Tötungsdelikt – Ein imaginäres Lehrgespräch**  
Von Prof. Dr. Wilfried Küper, Heidelberg 197

##### *Strafrecht – Besonderer Teil*

- Ehrenkränkungen („flaming“) im Web 2.0  
Ein Problemaufriss de lege lata und de lege ferenda**  
Von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg 208
- Anmerkungen zur Befreiung des Strafrechts vom  
ökonomistischen Denken**  
Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn 216

##### *Nebenstrafrecht*

- Drei Jahre Freiheitsstrafe für alle Google-Mitarbeiter?  
Ein Beitrag zur Praxis des Urheberstrafrechts**  
Von Dr. Klaus Weber, München/Augsburg 220

##### *Kriminologie*

- Ansätze zur Gewaltprävention bei Kindern und  
Jugendlichen**  
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Streng, Erlangen 227

#### Herausgeber

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

#### Schrittleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters  
Prof. Dr. Michael  
Heghmanns  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Arndt Sinn  
Prof. Dr. Mark Zöller

#### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai  
Ambos  
International Advisory  
Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

AUSGABE 3/2010

S. 167 - 300

5. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

### AUFSÄTZE

#### *Strafprozessrecht*

**Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht – Eine unendliche Geschichte**

Von Prof. Dr. Joachim Herrmann, LL.M., Augsburg 236

**Die Wahrunterstellung im Strafprozess – Gedanken nach 30 Jahren**

Von PräsLG Dr. Herbert Veh, Augsburg 246

**Die Anordnungscompetenz bei Blutentnahmen nach § 81a Abs. 2 StPO**

Von Oberstaatsanwalt Dr. Christoph Ebert, München 249

#### *Jugendstrafrecht*

**Jugendkriminalität gestern und heute  
Anmerkungen zur aktuellen Reformdebatte**

Von Rechtsanwalt Privatdozent Dr. Hermann Christoph Kühn, Augsburg 257

#### *Strafvollzugsrecht*

**Die „beleidigungsfreie Sphäre“ bei Briefen im Strafvollzug**

Von Prof. Dr. Frank Arloth, München/Augsburg 263

#### *Literatur und Strafrecht*

**Schillers Sonnenwirt, Kleists Kohlhaas und andere Kriminalfälle der deutschen Literatur**

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Koopmann, Augsburg 270

**Transitorische Ästhetik**

**Bertolt Brechts „Flüchtlingsgespräche“ und einige exemplarische Fragen zum Schreiben im Exil**

Von Prof. Dr. Andrea Bartl, Bamberg 280

**Der „Hauptmann von Köpenick“ ein Hangtäter? – Studie zu einem Urteil des Königlichen Landgerichts II in Berlin und einem Schauspiel von Carl Zuckmayer**

Von Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg 284

### ANHANG

#### *Bibliographie*

Schriftenverzeichnis von Jörg Tenckhoff 299

#### Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.  
Bernd  
Schünemann

---

#### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

---

#### Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael  
Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

---

#### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai  
Ambos

International Advisory  
Board

---

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

---

#### Internetauftritt

René Grellert

---

#### ISSN

1863-6470

---



**Festschrift für Jörg Tenckhoff**

zum 70. Geburtstag am 18. März 2010

herausgegeben von

Frank Arloth

und

Thomas Rotsch

Augsburg, 18.3.2010

## Jörg Tenckhoff zum 70. Geburtstag am 18. März 2010



Am 18. März 2010 vollendet der Augsburger Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Jugendstrafrecht i.R. *Jörg Tenckhoff* sein siebenzigstes Lebensjahr. Die ZIS ehrt den Jubilär aus diesem Anlass mit einer Sonderausgabe.

Geboren 1940 in Mannheim, studierte *Tenckhoff* Rechtswissenschaften in Freiburg und Heidelberg. 1974 erfolgte seine Promotion zum Dr. iur. utr. in Heidelberg bei *Karl Lackner* und *Friedrich Müller* mit Arbeiten über den strafrechtlichen Ehrbegriff<sup>1</sup> sowie das kirchenpolitische System der Paulskirchenverfassung. 1974 erhielt er hierfür den akademischen Preis der Universität Heidelberg.

Hier habilitierte *Tenckhoff* sich dann auch drei Jahre später mit einer Arbeit über ein strafprozessuales Thema<sup>2</sup> bei *Lackner*. Im WS 1977/78 nahm er eine Vertretung des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen und einen Lehrauftrag an der Universität Augsburg an. Seit 1. April 1978 war er in Augsburg Professor für Strafrecht und Strafprozeßrecht – seit 1982 auch für Jugendstrafrecht. Seit 1. April 2006 befindet er sich im Ruhestand, ist aber noch Mitglied des Instituts für Strafrecht. Sein Werk umfasst neben den genannten Monografien zahlreiche Aufsätze und Anmerkungen aus nahezu allen Bereichen des Strafrechts (ein Verzeichnis findet sich in dieser Ausgabe, S. 299 f.). Besonders hervorzuheben ist seine Liebe zur Literatur, die in wissenschaftlichen Abhandlungen zu Arno Schmidt, Heinrich Mann, Thomas Mann und Franz Kafka zum Ausdruck kommt.

Die Vorlesungen von *Tenckhoff*, vorgetragen in einem lebendigen Stil und gewürzt mit einem guten Schuss geistreichen Humors, erfreuten sich bei den Studenten großer Beliebtheit. Stets waren seine Beispiele treffsicher und verdeutlichten die rechtliche Problematik. Hier stand ein Hochschullehrer, der seinen Hörern nicht nur kenntnisreich den Stoff

vermittelte, sondern der auch dafür sorgte, dass die Aufmerksamkeit nie nachließ.

Seinen Schülern, mit denen *Tenckhoff* freundschaftlich verbunden ist, ist er nach wie vor ein wichtiger Ratgeber. Sein aussichtsreichster Schüler auf eine Habilitation, *Martin Popp*, ist leider viel zu früh seiner schweren Erkrankung erlegen. Die von *Tenckhoff* betreute Dissertation<sup>3</sup> konnte nur noch posthum veröffentlicht werden.

*Tenckhoff* ist ein Mann, bei dem sich Wissen und die Fähigkeit der Wissensvermittlung, herausragende soziale Kompetenz, Menschlichkeit und positive Ausstrahlung verbunden mit Humor und Lebensfreude in einer Person idealiter vereinen. Es ist uns daher eine besondere Freude, dass die Idee, die Festschrift zum siebenzigsten Geburtstag ausschließlich in der ZIS zu veröffentlichen, auf so große und positive Resonanz gestoßen ist. Die Beiträge, die sich mit den unterschiedlichsten Bereichen des Strafrechts, den Interessen *Tenckhoffs* entsprechend naturgemäß aber auch mit der schönen Literatur beschäftigen, werden damit leicht und umfassend zugänglich gemacht. Seine Freunde, Schüler und Kollegen wünschen ihm noch viele schöne Jahre zusammen mit seiner lebenswerten Frau.

*Frank Arloth/Thomas Rotsch, Augsburg, 18. März 2010*

<sup>1</sup> *Tenckhoff*, Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, 1974.

<sup>2</sup> *Tenckhoff*, Die Wahrunterstellung im Strafprozeß, 1980.

<sup>3</sup> *Popp*, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, 2002.

# Der Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB\*

## Zur Anwendung deutschen Strafrechts im Falle des Unterlassens und der Mittäterschaft

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg\*\*

### I. Einleitung

Um die Anwendung deutschen Strafrechts möglichst umfassend, aber in Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Regeln zu gewährleisten, stellt das deutsche StGB in §§ 3 ff. ein ausdifferenziertes und recht komplexes, nicht immer widerspruchsfreies System an Regeln zur Verfügung, die man gemeinhin als „Strafanwendungsrecht“ bezeichnet.<sup>1</sup> Zu den interessantesten und am meisten umstrittenen Problemen gehören dabei die Fragen nach der Begründung bzw. Zurechnung von (inländischen) Tatorten beim Unterlassen und im Falle mittäterschaftlicher Tatbegehung. Im Folgenden soll versucht werden, beide Fragen einer Lösung zuzuführen, denn diese lässt sich – wie zu zeigen sein wird – auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückführen. Hierzu ist zunächst der Gegenstand des Strafanwendungsrechts zu präzisieren (unter II.). Anschließend ist die Bestimmung des § 9 StGB, die den „Ort der Tat“ regelt, genauer zu analysieren (unter III.). Vor dem Hintergrund der Geltung des sog. Ubiquitätsprinzips kann dann eine Lösung entwickelt werden (unter IV.), die Erkenntnisse der allgemeinen Strafrechtsdogmatik für das Unterlassen (IV. 1.) und die Fälle mittäterschaftlicher Tatbegehung (IV. 2.) in das Strafanwendungsrecht überträgt. Dabei wird sich zeigen, dass sich eine pauschalisierende Lösung verbietet, eine Antwort auf die Fragen nach der Begründung und Zurechnung von Tatorten sich vielmehr nur unter Berücksichtigung des Einzelfalles finden lässt. Schließlich liegt es nahe, die Fälle des Unterlassens mit denjenigen der Mittäterschaft zu kombinieren und die Konsequenzen für die Anwendung deutschen Strafrechts bei gemeinschaftlichem Unterlassen kurz aufzuzeigen (IV. 3.). Unter V. finden die Ergebnisse sich kurz zusammengefasst.

### II. Regelungsgegenstand und Begriff des Strafanwendungsrechts – Versuch einer Präzisierung

§§ 3 ff. StGB werden gemeinhin dem „Internationalen Strafrecht im weiteren Sinne“ – zu dem auch das Völkerstrafrecht, das Europäische Strafrecht und das Rechtshilferecht gehören sollen – zugeschlagen.<sup>2</sup> Durch sie wird „die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts“ geregelt,<sup>3</sup> weshalb sich der Begriff des

„Strafanwendungsrechts“ eingebürgert hat.<sup>4</sup> Ganz exakt ist dies alles nicht, weshalb im Folgenden zunächst der Regelungsgegenstand zu präzisieren (sogleich unter 1.) und die Begriffswahl zu hinterfragen (unter 2.) ist.

#### 1. Der Regelungsgegenstand des Strafanwendungsrechts

Auch wenn das Strafanwendungsrecht schon deshalb Bestandteil des nationalen Rechts ist, weil es im deutschen StGB in den §§ 3 ff. geregelt ist, gehört es nach überwiegender Ansicht (auch) zum Internationalen Strafrecht, weil es die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Sachverhalten mit Auslandsbezug regelt. Beides bedarf einer Klarstellung, die an sich eine Selbstverständlichkeit darstellt, gleichwohl aber häufig vernachlässigt wird: Denn tatsächlich geht es weder um die Anwendbarkeit „deutschen Strafrechts“ noch werden ausschließlich „Sachverhalte mit Auslandsbezug“ erfasst.

#### a) Präzisierung der generalisierenden Aussage, §§ 3 ff. StGB regeln die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Der Erste Titel des Ersten Abschnitts des Allgemeinen Teils unseres StGB ist mit „Geltungsbereich“ überschrieben. Ausweislich dieser Überschrift geht es in ihm also um die Regelung der Frage, wann innerstaatliches, im Fall des StGB deutsches Strafrecht Anwendung findet. Dabei kann freilich nicht die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts in seiner Gesamtheit bzw. auch nur diejenige des StGB insgesamt in Rede stehen; tatsächlich betreffen §§ 3 ff. allein die Anwendbarkeit der in einem konkreten Sachverhalt (möglicherweise) einschlägigen konkreten Strafrechtsnorm oder auch mehrerer Strafrechtsnormen. Da die Anwendbarkeit eines bestimmten Deliktstatbestandes von der Struktur des konkreten Deliktstyps abhängt (s. dazu noch unten III. und IV.), kann sich bei der Prüfung der Anwendbarkeit unterschiedlicher Tatbestände ergeben, dass eine der in Betracht kommenden Strafvorschriften sehr wohl, die andere hingegen nicht anwendbar ist.<sup>5</sup> Dem widerspricht es im Übrigen nicht, wenn die herrschende Ansicht etwa bei § 3 StGB einen prozessualen Tatbegriff (i.S.d. § 264 StPO) zugrunde legt, denn damit ist nur gesagt, dass im Rahmen einer prozessualen Tat die Anwendbarkeit eben einer materiell-rechtlichen Strafrechtsnorm in Betracht kommt.<sup>6</sup>

\* Jörg Tenckhoff zum 70. Geburtstag am 18. März 2010.

\*\* Der Autor ist Inhaber der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht an der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu jüngst ausführlich Rotsch, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2010 (erscheint demnächst), Vor §§ 3 ff. Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> Vgl. nur Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> I.d.S. etwa Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 2; Satzger (Fn. 2), § 2 Rn. 4.

<sup>4</sup> Der Begriff geht zurück auf Mezger, Deutsches Strafrecht, 1938, S. 34 (wo es freilich „Strafrechtsanwendungsrecht“ heißt; vgl. hierzu noch unten 2.).

<sup>5</sup> Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 3 ff. Rn. 2.

<sup>6</sup> Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 3 ff. Rn. 2.

*b) Präzisierung der generalisierenden Aussage, §§ 3 ff. StGB regelten Sachverhalte mit Auslandsbezug*

Die Regelungswirkung der §§ 3 ff. StGB wird gemeinhin beschränkt auf „Strafrecht mit Auslandsbezug“.<sup>7</sup> Das ist allerdings zu eng: Denn selbstverständlich regeln §§ 3 ff. auch die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts (im soeben unter a) beschriebenen Sinn) bei Konstellationen ohne jeglichen Auslandsbezug. Das grundlegende Prinzip des deutschen Strafanwendungsrechts – der Territorialitätsgrundsatz gem. § 3 StGB – bestimmt die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ohne weiteres ja gerade für den Fall, dass die Tat im Inland begangen wurde. Selbst wenn es sich nun um eine Konstellation handelt (die im Übrigen den Regelfall darstellen wird), in der Täter und Opfer deutsche Staatsangehörige sind und die Tat ausschließlich in Deutschland stattfindet, findet – natürlich – deutsches Strafrecht (über §§ 9, 3 StGB) Anwendung. Bestimmt man die Zugehörigkeit einer Vorschrift zum Internationalen Strafrecht über die Regelung von Sachverhalten mit Auslandsbezug, so sind §§ 3 ff. StGB tatsächlich also disparat: Sie sind nicht notwendig entweder dem nationalen oder dem Internationalen Strafrecht zuzurechnen; vielmehr kann ein und dieselbe Vorschrift in dem einen Fall dem nationalen, in dem anderen Fall hingegen (auch) dem Internationalen Strafrecht zuzuordnen sein.<sup>8</sup>

Damit ist dann auch gesagt, dass die Frage, ob es sich bei einer Regelung um Internationales Strafrecht handelt, nicht – wie offenbar manche annehmen<sup>9</sup> – davon abhängen kann, in welchem Gesetz sich die einschlägigen Strafrechtsnormen finden. Entscheidend ist vielmehr, dass es sich um Normen handelt, die konkrete Sachverhalte regeln, die einen Auslandsbezug aufweisen. Dieser Auslandsbezug kann unterschiedlicher Art sein und besteht etwa dann, wenn eine Straftat durch einen Deutschen im Ausland begangen worden ist. Er ergibt sich also weder aus dem systematischen Normzusammenhang noch notwendig aus der Norm selbst.

Freilich unterfällt ein Sachverhalt nicht immer entweder vollständig dem Internationalen oder vollständig dem nationalen Strafrecht. Vielmehr wird es häufig so sein, dass bei der strafrechtlichen Beurteilung eines Falles Teilaspekte dem Internationalen, andere Fragen hingegen dem nationalen Strafrecht zuzurechnen sind. Wenn etwa der Ausländer A in Deutschland dem Ausländer B unter Vorspiegelung eines zu niedrigen Kilometerstandes seinen Pkw zu einem überbeurteilten Preis verkauft, stellen sich vor allem zwei Fragen. Zum einen muss geklärt werden, ob auf diese Konstellation das deutsche StGB – genauer: die konkrete Strafrechtsnorm des § 263 – überhaupt anwendbar ist. Diese strafanwendungsrechtliche Frage gehört – wegen des über die Staatsangehörigkeit von Täter und Opfer begründeten Auslandsbezuges – dem Internationalen Strafrecht an. Zum anderen ist die Frage zu beantworten, ob in dem konkreten Fall die Voraussetzungen

gen der deutschen Strafrechtsnorm des § 263 StGB vorliegen. Diese Frage richtet sich ausschließlich nach den tatbestandlichen Voraussetzungen des deutschen Betrugstatbestandes und damit nach dem deutschen StGB; sie ist keine Frage des Internationalen, sondern allein eine solche des nationalen Strafrechts.<sup>10</sup>

*2. Der Begriff des Strafanwendungsrechts*

Geht es mithin bei den Vorschriften des deutschen Strafanwendungsrechts um die Normierung der Voraussetzungen der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Sinne der unter 1. a) vorgenommenen Präzisierung, müsste man – wie dies *Mezger* getan hat<sup>11</sup> – eigentlich mindestens von Strafrechtsanwendungsrecht sprechen.<sup>12</sup> Auch dieser Begriff wird freilich der Tatsache noch nicht gerecht, dass allein die Anwendbarkeit nur einzelner Strafnormen in Rede steht. Daher geht es genau genommen um Strafvorschriftenanwendungsrecht.<sup>13</sup> Nicht ohne Grund versucht man, solche Begriffsungeheuer zu vermeiden. Daher wird zum Teil auch von Geltungsbereichsrecht gesprochen.<sup>14</sup> Dieser Begriff ist zwar inhaltlich etwas genauer als derjenige des Strafanwendungsrechts, lässt aber seinen strafrechtlichen Bezugspunkt im Dunkeln. Überwiegend hält man daher mit guten Gründen an dem Begriff Strafanwendungsrecht fest.

*3. Die Ausblendung der §§ 8, 9 StGB aus dem Strafanwendungsrecht*

Zum Strafanwendungsrecht werden im Übrigen gemeinhin (nur) §§ 3-7 StGB gezählt.<sup>15</sup> Nach dem oben (unter 1. b) Gesagten ist die Ausblendung der §§ 8, 9 StGB allerdings nicht berechtigt: bei ihnen handelt es sich so sehr oder so wenig um Internationales Strafrecht wie bei den Vorschriften der §§ 3-7 StGB. So lässt sich nur über die in § 9 StGB normierte Tatortregelung feststellen, ob eine Tat im Inland begangen wurde oder nicht. Ist dies nicht der Fall, ist die Tat zwingend im Ausland begangen.<sup>16</sup> Damit besteht Auslandsbezug im Sinne der herrschenden Meinung. In diesem Fall gehört § 9 StGB zum Internationalen Strafrecht.<sup>17</sup>

**III. Die Regelung des § 9 StGB – Versuch einer Analyse**

§ 9 StGB regelt den Ort der Tat. Die Feststellung des Tatortes entscheidet (u.a.<sup>18</sup>) darüber, ob über § 3 StGB ohne weiteres deutsches Strafrecht Anwendung findet – das ist der Fall, wenn der Tatort zumindest auch im Inland liegt – oder ob die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nur über die weiteren

<sup>7</sup> *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 117; *Satzger* (Fn. 2), § 2 Rn. 1; *Werle/Jeßberger*, JuS 2001, 36.

<sup>8</sup> *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 3 ff. Rn. 3.

<sup>9</sup> Vgl. *Ambos*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-51 StGB, 2003, Vor §§ 3-7 Rn. 1; *ders.* (Fn. 3), § 1 Rn. 2.

<sup>10</sup> *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 3 ff. Rn. 5.

<sup>11</sup> Siehe bereits Fn. 4.

<sup>12</sup> Vgl. *Werle/Jeßberger*, JuS 2001, 35 (36 in Fn. 3).

<sup>13</sup> *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 3 ff. Rn. 7.

<sup>14</sup> *Ambos* (Fn. 9), Vor §§ 3-7 Rn. 2.

<sup>15</sup> Vgl. etwa *Ambos* (Fn. 3), § 1 Rn. 2.

<sup>16</sup> *Rotsch* (Fn. 1), § 3 Rn. 10 m.w.N.

<sup>17</sup> So wohl auch *Werle/Jeßberger*, JuS 2001, 38.

<sup>18</sup> Zur weiteren Bedeutung der Vorschrift etwa im Strafprozessrecht vgl. *Rotsch*, in: *Krekeler/Löffelmann/Sommer* (Hrsg.), Anwaltkommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 1 ff.

Voraussetzungen der §§ 5-7 StGB begründet werden kann – das ist der Fall, wenn der Tatort ausschließlich im Ausland liegt. Dabei hat der Gesetzgeber insoweit eine grundsätzliche Differenzierung vorgenommen, als er in § 9 Abs. 1 StGB den Tatort für den Täter, in § 9 Abs. 2 StGB den Tatort für den Teilnehmer geregelt hat. Die sich in den übrigen Vorschriften des Strafanwendungsrechts stellenden Fragen nach der Reichweite der Begriffe Tat und Täter stellen sich i.R.d. § 9 StGB nicht: Die Unterscheidung in Abs. 1 und Abs. 2 knüpft an die materiell-rechtliche Differenzierung in verschiedene Beteiligungsformen i.S.d. §§ 25 ff. StGB an. Die Tat i.S.v. Abs. 1 und (!) Abs. 2 meint nur die Tat (im strafprozessualen Sinne gem. § 264 StPO<sup>19</sup>) des Täters, der in Abs. 1 verwendete Begriff des Täters ist i.S.d. § 25 StGB zu verstehen und umfasst damit den unmittelbaren Alleintäter gem. § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB, den mittelbaren Täter gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und den Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB.<sup>20</sup>

### 1. Die Konstruktion des § 9 StGB

§ 9 StGB regelt eine Vielzahl von Möglichkeiten der Tatortbegründung. Das wird sofort deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass in § 9 Abs. 1 StGB der Ort der Tat für den Täter, in Abs. 2 der Ort der Tat für den Teilnehmer normiert, die Teilnahme materiell-rechtlich (limitiert) akzessorisch zur Haupttat und diese Akzessorietät – wie auch § 9 Abs. 2 S. 2 StGB zeigt, der gerade (nur) eine ausnahmsweise Durchbrechung der limitierten Akzessorietät der Teilnahme normiert<sup>21</sup> – aus dem allgemeinen Strafrecht in das Strafanwendungsrecht übertragen worden ist. Indem die Tatorte der Haupttat also auch Tatorte des Teilnehmers sind, findet bereits über diese Bezugnahme eine Vervielfältigung der Tatorte statt. Sie wird noch gesteigert, wenn man die Regelungen von Abs. 1 und Abs. 2 etwas genauer betrachtet.

#### a) Die Regelung des § 9 Abs. 1 StGB im Überblick

§ 9 Abs. 1 StGB unterscheidet vier verschiedene Möglichkeiten der Tatortbegründung. Gem. § 9 Abs. 1 StGB ist eine Tat an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat (Var. 1), an dem er im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen (Var. 2), an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist (Var. 3) oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte (Var. 4). Damit sind zwar vier grundsätzliche Möglichkeiten der Tatortbegründung normiert; das heißt freilich nicht, dass sich auf dem Boden dieser Bestimmung lediglich vier Tatorte begründen ließen. Denn nicht nur können die verschiedenen Varianten miteinander kombiniert werden. Insbesondere im Falle des Unterlassens kommen – wie noch zu zeigen sein wird<sup>22</sup> – schon per se mehrere Tatorte in Betracht.

#### b) Die Regelung des § 9 Abs. 2 StGB im Überblick

Die Regelung des § 9 Abs. 2 StGB ist vor dem Hintergrund der Übertragung des materiell-rechtlichen Akzessorietätsprinzips ins Strafanwendungsrecht naturgemäß komplizierter als die Vorschrift des § 9 Abs. 1 StGB. Hier findet zunächst in S. 1 eine Anknüpfung an die Haupttat-Tatorte gem. Abs. 1 statt, was nichts anderes darstellt als die Berücksichtigung des Erfolges der Teilnahmetat (Var. 1). Des weiteren knüpft S. 1 an den Handlungsort der Teilnahme beim Begehungsdelikt (Var. 2) und beim Unterlassungsdelikt (Var. 3) sowie den (vorgestellten) Erfolgsort beim versuchten Delikt (Var. 4) an. Letztlich ist die Regelung in § 9 Abs. 2 S. 1 StGB damit konsequent analog derjenigen in Abs. 1 ausgestaltet. Freilich findet über die Bezugnahme in Abs. 2 S. 1 Var. 1 eine nicht ganz einfach zu durchschauende Multiplizierung von Tatorten statt.<sup>23</sup>

### 2. Die Anknüpfung an die Ubiquitätstheorie

Die Konstruktion des § 9 StGB hat ihren Grund in der Anerkennung der sog. Ubiquitätstheorie. Sie verbindet die Tätigkeits- mit der Erfolgstheorie<sup>24</sup> und ermöglicht die Begründung eines Tatortes über den Ort der Handlungsvornahme (Tätigkeitstheorie) wie auch eine solche über den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges (Erfolgstheorie). Es ist auch und gerade diese Kombination von Tätigkeits- und Erfolgstheorie, die die Begründung einer Vielzahl von Tatorten ermöglicht. Der praktische Hintergrund liegt auf der Hand: Je größer die Zahl der Möglichkeiten, einen inländischen Tatort zu begründen, desto weiter lässt sich auch der Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts ausdehnen. In strafprozessualer Hinsicht ist diese Vielzahl von Tatorten im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zwar nicht unproblematisch;<sup>25</sup> völkerrechtlich wird die mit der Ubiquitätstheorie einhergehende Ausweitung der deutschen Strafgewalt aber weitgehend akzeptiert.<sup>26</sup> Und doch hilft sie in manchen Fällen nicht weiter. Zwar verlangt die Verwirklichung jedes Straftatbestandes immer die Vornahme einer menschlichen Handlung, nicht jedoch wird stets der Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges vorausgesetzt. Daraus folgt trotz der Zugrundelegung der Ubiquitätstheorie ein Problem bei der Begründung eines inländischen Tatortes, wenn im Ausland gehandelt wurde und der Tatbestand nach seiner Struktur den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges nicht voraussetzt. Daher gerät man etwa bei den abstrakten Gefährdungsdelikten in größte Schwierigkeiten, wenn – wie z.B. häufig im Umweltstrafrecht – die tatbestandsmäßige Handlung im Ausland vorgenommen wird und gleichzeitig zu befürchten ist, dass ein –

<sup>23</sup> Zur Problematik der Vielzahl von Tatorten vgl. grds. Rotsch, ZIS 2006, 19 f. Siehe auch den instruktiven graphischen Überblick bei Satzger (Fn. 2), § 5 Rn. 36.

<sup>24</sup> Vgl. Werle/Jeßberger, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, Einl., §§ 1-31, 12. Aufl. 2007, § 9 Rn. 3.

<sup>25</sup> Rotsch, ZIS 2006, 17.

<sup>26</sup> Werle/Jeßberger (Fn. 24), § 9 Rn. 3. Vgl. aber auch Deiters, ZRP 2003, 359 (361).

<sup>19</sup> Rotsch (Fn. 1), § 9 Rn. 7.

<sup>20</sup> Rotsch (Fn. 1), § 9 Rn. 8.

<sup>21</sup> Rotsch (Fn. 1), § 9 Rn. 27.

<sup>22</sup> Unten IV. 1.

vom Tatbestand nicht vorausgesetzter – schädlicher Erfolg im Inland eintritt. Dabei handelt es sich freilich um eine Frage des Erfolgsortes i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB, die hier ausgeblendet bleiben soll.<sup>27</sup> Probleme entstehen aber auch etwa dann, wenn bei im Inland eingetretenem tatbestandsmäßigen Erfolg nur einer von mehreren Mittätern im Inland gehandelt hat. Ob deutsches Strafrecht auch auf den ausschließlich im Ausland tätig gewordenen Mittäter anwendbar ist, ist nicht einfach zu entscheiden und wird demgemäß kontrovers diskutiert. Hierbei geht es dann um eine der im Untertitel dieses Beitrags genannten und i.R.d. Handlungsortes gem. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB zu diskutierenden Fragen. Ähnliche Probleme treten beim Unterlassen auf. Denn wo der inländische Handlungsort im Fall des Nichtstuns liegt, ist auch auf dem Boden der Tätigkeitstheorie alles andere als einfach zu entscheiden. Wir werden auf beides zurückkommen.

Was stellt nun aber den Grund für die weitgehende Anerkennung der Geltung des Ubiquitätsprinzips im Strafanwendungsrecht dar? Letztlich basiert die Geltung der Ubiquitätstheorie auf der allgemeinen strafrechtstheoretischen Erkenntnis, dass der Unrechtsgehalt einer Straftat sich weder – wie dies früher auf dem Boden des klassischen Verbrechenaufbaus<sup>28</sup> vertreten wurde – im Erfolgsunwert noch – wie dies neuere monistisch-subjektive Ansichten<sup>29</sup> mit durchaus beachtlichen Gründen vertreten – im Handlungsunrecht erschöpft. Diese weitgehende Anerkennung der Ubiquitätstheorie im Strafanwendungsrecht stellt letztlich nichts anderes dar, als das Ergebnis der Übertragung des heute herrschenden Unrechtsverständnisses aus der allgemeinen Strafrechtsdogmatik ins Strafanwendungsrecht.<sup>30</sup> Vor dem Hintergrund der herrschenden Meinung zur Berücksichtigung von Handlungs- und Erfolgsunwert ist diese Übertragung nur konsequent. Denn wenn die Anwendbarkeit einer bestimmten Strafnorm (die „Anwendbarkeit deutschen Strafrechts“ s.o. unter II. 1. a) sich nach der Struktur des konkreten Deliktstyps richtet, kann und muss das Unrechtsverständnis Grundlage auch der Prüfung der Anwendbarkeit einer Strafnorm sein.

Diese Feststellung bringt uns nunmehr der Lösung unserer Ausgangsfrage näher.

#### IV. Der Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB im Falle des Unterlassens und der Mittäterschaft – Versuch einer Lösung

##### 1. Der Handlungsort beim Unterlassungsdelikt – Zur Begründung inländischer Tatorte im Falle des Unterlassens

Der Handlungsort beim Unterlassungsdelikt begründet gem. § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB einen Tatort für den Täter dort, wo er hätte handeln müssen. Da der Unterlassungstäter naturgemäß keine aktiv auf die Verwirklichung eines Straftatbestandes gerichtete Handlung vornimmt, lässt sich die Frage, wo der Ort der Unterlassungstat liegt, nicht einfach beantworten. Dementsprechend kontrovers wird sie denn auch diskutiert. Dabei werden drei Ansichten vertreten, die sich freilich nicht notwendig gegenseitig ausschließen, vielmehr jedenfalls zum Teil durchaus mit einer oder gar mehreren der jeweils anderen Auffassungen kombiniert werden.

Zum Teil wird davon ausgegangen, maßgeblich sei der *Aufenthaltort* des Unterlassungstäters.<sup>31</sup> Dabei wurde früher von Teilen des Schrifttums geltend gemacht, es handele sich um den einzigen Handlungsort des Unterlassungstäters,<sup>32</sup> während heute häufig der Aufenthaltort als einer von mehreren Handlungsorten beim Unterlassen angesehen wird.<sup>33</sup> Andere halten den *Erfolgsabwendungsort* – der nicht mit dem Erfolgsort identisch sein muss<sup>34</sup> – (im Einzelfall ausschließlich<sup>35</sup>) für tatortbegründend.<sup>36</sup> Aber auch die dritte denkbare Möglichkeit wurde bereits früher und wird noch heute vertreten, wenn zum Teil gar für richtig gehalten wird, dass tatortbegründend jeder Ort sei, an den der Täter sich zur Ausführung der Rettungshandlung hätte begeben müssen.<sup>37</sup> Handlungsort ist dann also jeder vom Aufenthaltort bis zum Erfolgsabwendungsort zu passierende *Durchgangsort*.<sup>38</sup>

Bei der Beantwortung der Frage nach dem Tatort beim Handeln eines Unterlassungstäters ist zunächst zu beachten, dass sie nur bei Distanzdelikten eine Rolle spielt, nur dann also, wenn Aufenthaltort des Unterlassenden und Erfolgsabwendungsort auseinanderfallen.<sup>39</sup> Auch kann die Frage an sich nur dort relevant werden, wo die tatbestandliche Struktur des in Frage kommenden Delikts überhaupt den Eintritt eines Erfolges voraussetzt. Das ist nicht der Fall bei den echten

<sup>27</sup> Ausführlich hierzu *Rotsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 19.

<sup>28</sup> Vgl. insoweit *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn. 15.

<sup>29</sup> Vgl. insbes. *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

<sup>30</sup> Vgl. auch *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 241 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 9 Rn. 3; *Werle/Jeßberger* (Fn. 7), § 9 Rn. 3.

<sup>31</sup> LG Frankfurt NJW 1977, 508 (509); *Werle/Jeßberger* (Fn. 7), § 9 Rn. 19; *Eser* (Fn. 30), § 9 Rn. 5.

<sup>32</sup> So noch *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., § 9 Rn. 8.

<sup>33</sup> Z.B. *Ambos/Ruegenberg*, in Joecks/Miebach (Fn. 9), § 9 Rn. 15.

<sup>34</sup> Vgl. *Rotsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 11.

<sup>35</sup> Vgl. *Gribbohm*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, 11. Aufl. 2003, § 9 Rn. 17.

<sup>36</sup> *Ambos/Ruegenberg* (Fn. 33), § 9 Rn. 15.

<sup>37</sup> RGSt 9, 353; OLG Hamburg NJW 1986, 336; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 26. Lieferung, Stand: Juni 1997, § 9 Rn. 4.

<sup>38</sup> Krit. hierzu *Rotsch*, ZIS 2006, 20.

<sup>39</sup> *Rotsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 11.

Unterlassungsdelikten, die im Unterlassungsbereich als Pendant zu den Tätigkeitsdelikten im Begehungsbereich konstruiert sind.<sup>40</sup> Wer also – wie die ganz h.M. – daran festhält, dass Tätigkeitsdelikte den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges nicht voraussetzen,<sup>41</sup> kann in diesen Fällen einen Tatort nur dort annehmen, wo der Unterlassungstäter die von ihm geforderte Handlung nicht vorgenommen hat.

Damit muss die Frage also schon nur für die als Distanzdelikt verwirklichten unechten Unterlassungsdelikte beantwortet werden.<sup>42</sup> Wenn § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB die Begründung eines Tatortes für den Ort regelt, an dem der Täter im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen, spricht nun aber alles dafür, die für die Strafbarkeit wegen unechten Unterlassens in der allgemeinen Strafrechtsdogmatik anerkannten Grundsätze auch auf das Strafanwendungsrecht zu übertragen. Denn wo es noch keine materielle Strafbarkeit wegen Unterlassens gibt, lässt sich auch kein Tatort i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB begründen. Umgekehrt ist es nur konsequent, einen Tatort dann und dort anzunehmen, wenn und wo materiell-rechtlich die Strafbarkeit beginnt.<sup>43</sup> Da für den strafbaren Beginn des Versuchs des unechten Unterlassungsdelikts richtigerweise weder pauschal auf die erste noch einheitlich auf die letzte Rettungsmöglichkeit, sondern differenzierend auf die Nähe der drohenden Rechtsgutsverletzung abzustellen ist,<sup>44</sup> gilt – in materiell-rechtlicher Hinsicht – zunächst Folgendes: Steht der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges nahe bevor, verlangt das Gesetz die sofortige Erfüllung der Rettungspflicht, maßgeblich für den Versuchsbeginn ist daher insoweit die erste Handlungsmöglichkeit. Steht der Eintritt des Erfolges hingegen noch nicht unmittelbar bevor, beginnt der Versuch (erst) mit dem Zeitpunkt, zu dem der Täter weiter untätig bleibt bzw. die Möglichkeit der Rettung aus der Hand gibt und dem Geschehen seinen Lauf lässt.<sup>45</sup> Für das Strafanwendungsrecht bedeutet dies, dass der Aufenthaltsort des Täters bei der Bestimmung des Tatortes jedenfalls nicht notwendig und stets außer Betracht zu bleiben hat. Sofern die am Aufenthaltsort unterlassene Handlung materiell den Beginn des Versuchs des unechten Unterlassungsdelikts im soeben beschriebenen Sinne begründet, ist der Aufenthaltsort Tatort i.S.v. § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB. Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass in denjenigen Fällen, in denen eine solche Untätigkeit noch dem Vorbereitungsstadium zuzuordnen ist, der Tatort sich nur am Erfolgsabwendungsort befinden kann. Es gilt also immer noch zu klären, was von derjenigen Ansicht zu halten ist, die jeden Durchgangsort tatortbegründend sein lässt. Auch insoweit ist zu differenzieren: Stellt die an

einem Durchgangsort unterlassene Handlungsvornahme materiell den Versuchsbeginn des unechten Unterlassungsdelikts dar, kann der *Durchgangsort* Tatort i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB sein.<sup>46</sup> Die pauschal bejahte Tatortbegründung am Durchgangsort<sup>47</sup> überzeugt hingegen nicht.<sup>48</sup> Stets tatortbegründend ist aber der *Erfolgsabwendungsort*, da er den Appell zur Vornahme der Rettungshandlung bereits nach seinem Begriffsinhalt in sich trägt. Denn wo der Täter die zur Erfolgsabwendung notwendige Handlung vornehmen muss, der Versuch also spätestens beginnt, liegt auch ein Tatort im strafanwendungsrechtlichen Sinne.<sup>49</sup>

All dies gilt im Übrigen nicht nur für den Unterlassungstäter, sondern auch für den Teilnehmer. Bei der im Strafanwendungsrecht im Hinblick auf die Möglichkeit der Tatortbegründung eigenständig in § 9 Abs. 2 S. 1 Var. 3 StGB geregelten Teilnahme durch Unterlassen ist der Tatort an dem Ort begründet, an dem der Teilnehmer hätte handeln müssen. Hält man z.B. eine Beihilfe durch Unterlassen für möglich,<sup>50</sup> kann die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts sich mithin ergeben aus einem inländischen Aufenthaltsort des Gehilfen, einem inländischen Erfolgsabwendungsort und einem inländischen Durchgangsort.

## 2. Der Handlungsort im Falle der Mittäterschaft – Zur Zurechnung inländischer Tatorte im Falle gemeinschaftlicher Tatbegehung

Während in Unterlassungsfällen Uneinigkeit über die *Begründung* eines inländischen Tatortes herrscht, wird insbesondere bei der Mittäterschaft über die Frage gestritten, ob ein nach strafanwendungsrechtlichen Regeln begründeter inländischer Tatort eines Mittäters einem anderen Mittäter *zurechnet* werden kann. Die Frage stellt sich i.R.v. Mittäterschaft grundsätzlich in denjenigen Fällen, in denen (nur) einer der Mittäter im Inland, der andere hingegen ausschließlich im Ausland gehandelt hat. Während ein Teil der Literatur annimmt, dass der Tatort für jeden Mittäter getrennt zu bestimmen sei,<sup>51</sup> geht die herrschende Meinung zutreffend von der Möglichkeit der Zurechnung des inländischen Tatortes zu dem ausschließlich im Ausland handelnden Mittäter aus.<sup>52</sup> In der Tat ist kein Grund ersichtlich, weshalb nicht

<sup>40</sup> Vgl. hierzu *Rotsch*, ZJS 2009, 712 (715). Vgl. auch bereits *Tenckhoff*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 347 (351 f.).

<sup>41</sup> A.A. *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 432 ff.

<sup>42</sup> *Rotsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 11.

<sup>43</sup> Vgl. *Rotsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 10.

<sup>44</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 29 Rn. 217 m.w.N.

<sup>45</sup> *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 741 f. m.w.N.

<sup>46</sup> Anders noch *Rotsch*, ZIS 2006, 20 in Fn. 37.

<sup>47</sup> RGSt 9, 353; OLG Hamburg NJW 1986, 336; *Hoyer* (Fn. 37), § 9 Rn. 4.

<sup>48</sup> So im Ergebnis auch *Satzger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 9 Rn. 3.

<sup>49</sup> A.A. noch *Samson* (Fn. 32), § 9 Rn. 8.

<sup>50</sup> Das wird freilich bekanntlich kontrovers diskutiert, vgl. nur *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 30), Vor §§ 25 ff. Rn. 101 ff. Der BGH geht von der Möglichkeit einer Teilnahme durch Unterlassen mittlerweile häufig aus, ohne die Frage überhaupt zu problematisieren, vgl. jüngst BGH NJW 2009, 3173 („Berliner Stadtreinigungsbetriebe“) mit Besprechung *Rotsch*, ZJS 2009, 712.

<sup>51</sup> *Hoyer* (Fn. 37), § 9 Rn. 5.

<sup>52</sup> BGHSt 39, 88; BGH NSStZ-RR 2009, 197; *Eser* (Fn. 30), § 9 Rn. 4; *Ambos/Ruegenberg* (Fn. 33), § 9 Rn. 10; *Werle/Jeßberger* (Fn. 24), § 9 Rn. 13; *Satzger* (Fn. 48), § 9 Rn. 10.

auch hier – wie im Rahmen der Unterlassungsdelikte (oben 1.) – die dogmatischen Grundsätze des materiellen Strafrechts in das Strafanwendungsrecht übertragen werden können sollten. Der Hinweis auf das Verbot der Zurechnung von Tatbeiträgen bei eigenhändigen Delikten<sup>53</sup> geht fehl: Diese Ansicht geht ersichtlich davon aus, dass eine Zurechnung mittäterschaftlich erbrachter Tatbeiträge im Strafanwendungsrecht dazu führte, dass „die zugerechneten Tatbeiträge wie eigenhändig erbrachte zu behandeln sind“.<sup>54</sup> Das trifft aber nicht den Punkt, da es nicht um die originäre materiell-strafrechtliche Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit geht, sondern – umgekehrt und lediglich – um die vor dem Hintergrund (vorläufig) festgestellter mittäterschaftlicher Strafbarkeit über § 25 Abs. 2 StGB vorgenommene Ausdehnung der inländischen Strafgewalt. Wenn aber über das Zurechnungsinstrument des § 25 Abs. 2 StGB Strafbarkeit originär begründet werden kann, muss es erst recht möglich sein, mit ihm dann auch die Geltung des in Frage stehenden Deliktstatbestandes zu gewährleisten. Auch auf den im Ausland handelnden Mittäter ist daher deutsches Strafrecht immer schon dann anwendbar, wenn durch das Handeln eines anderen Mittäters ein inländischer Tatort und damit die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts für diesen begründet worden ist. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der zurechnungsbegründenden Handlung lediglich um eine eigenständig mit Strafe bedrohte Vorbereitungshandlung i.S.d. § 30 Abs. 2 StGB handelt und diese hinter der Ausführung der Tat zurücktritt.<sup>55</sup>

Diese Grundsätze beanspruchen nach herrschender Meinung auch Geltung für die mittelbare Täterschaft. Tatortbegründend kann danach hier sowohl jeder Handlungsort des mittelbaren Täters wie auch jeder Handlungsort des Tatmittlers sein.<sup>56</sup> Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als dabei vorausgesetzt wird, dass ein Handlungsort mindestens ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung i.S.d. § 22 StGB voraussetzt. Auch hier werden damit letztlich die materiell-rechtlichen Grundsätze zum Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft<sup>57</sup> in das Strafanwendungsrecht übertragen.

### 3. Der Handlungsort im Falle mittäterschaftlichen Unterlassens – Zur Kombination von Tatortbegründung und Tatortzurechnung

Nach dem Gesagten liegt es nahe, sich noch kurz der Frage zuzuwenden, was im Hinblick auf die Anwendung deutschen Strafrechts gilt, wenn die Begehungsform des Unterlassens mit der Beteiligungsform der Mittäterschaft zusammentrifft. Materiell-rechtlich handelt es sich dabei um diejenigen Fälle, in denen mehrere gemeinsam beschließen nichts zu tun und nur dieses gemeinsame Nichtstun den anvisierten Erfolg

<sup>53</sup> Hoyer (Fn. 37), § 9 Rn. 5.

<sup>54</sup> So ausdrücklich Hoyer (Fn. 37), § 9 Rn. 5.

<sup>55</sup> BGHSt 39, 89.

<sup>56</sup> Vgl. bereits RGSt 67, 138; siehe BGH wistra 1991, 135; Werle/Jeßberger (Fn. 24), § 9 Rn. 14 f.; Satzger (Fn. 48), § 9 Rn. 10.

<sup>57</sup> Vgl. insoweit Wessels/Beulke (Fn. 45), Rn. 613 ff.

herbeiführt.<sup>58</sup> Die Konsequenzen im Strafanwendungsrecht lassen sich etwa an folgendem Beispielfall verdeutlichen:

*Bsp.:* Die zur Einzelgeschäftsführung berechtigten Gesellschafter und Compliance-Officer der in Deutschland ansässigen A-GmbH CO<sub>1</sub>, CO<sub>2</sub>, CO<sub>3</sub> und CO<sub>4</sub> erfahren aus sicherer Quelle, dass der Geschäftsführer G bereits vor einiger Zeit ein Geschäft mit der in Italien ansässigen X-GmbH abgeschlossen hat, dessen Gegenstand der Verkauf minderwertiger Maschinen der A-GmbH an die X-GmbH zu völlig überhöhten Preisen ist. Die Überweisung des Kaufpreises durch die X-GmbH ist noch nicht erfolgt, steht aber kurz bevor. Obwohl jedem von ihnen möglich wäre, die Geschäftsführung der X-GmbH zu informieren, vereinbaren CO<sub>1</sub>, CO<sub>2</sub>, CO<sub>3</sub> und CO<sub>4</sub>, nichts zu unternehmen. Unmittelbar bevor es zur Anweisung des Kaufpreises auf ein Konto der A-GmbH in der Schweiz kommt, wird G aufgrund eines anonymen Tipps durch den bei der A-GmbH beschäftigten „Whistle-blower“ W festgenommen. Zur Überweisung des Kaufpreises kommt es daher nicht mehr.

Geht man davon aus, dass CO<sub>1</sub>, CO<sub>2</sub>, CO<sub>3</sub> und CO<sub>4</sub> jedenfalls als Compliance-Officer<sup>59</sup> der A-GmbH eine Garantienpflicht trifft,<sup>60</sup> so kommt eine Strafbarkeit von CO<sub>1</sub>, CO<sub>2</sub>, CO<sub>3</sub> und CO<sub>4</sub> wegen versuchten Betruges durch Unterlassen in Mittäterschaft gegenüber der X-GmbH gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 13, 25 Abs. 2 StGB in Betracht. Stellen wir uns nun vor, dass CO<sub>1</sub> zunächst noch in Deutschland, am Sitz der A-GmbH, verweilt, CO<sub>2</sub> sich zu anderweitigen Verhandlungen im Ausland bei der X-GmbH aufhält, CO<sub>3</sub> seinen Urlaub in Österreich verbringt und CO<sub>4</sub> eine Geschäftsreise in den USA unternimmt, ohne dass sein genauer Aufenthalt ermittelt werden kann. Nun möge zunächst allein CO<sub>1</sub> von der unmittelbar bevorstehenden Überweisung des Kaufpreises erfahren und – wie mit CO<sub>2</sub>, CO<sub>3</sub> und CO<sub>4</sub> daraufhin vereinbart – nicht einschreiten. Hält man dieses Nichteinschreiten materiell-rechtlich insoweit für den Versuchsbeginn des eigenständig und gemeinschaftlich von CO<sub>1</sub>, CO<sub>2</sub>, CO<sub>3</sub> und CO<sub>4</sub> verwirklichten Betruges,<sup>61</sup> so ist deutsches Straf-

<sup>58</sup> Vgl. z.B. BGHSt 37, 106 (129); Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 24), § 25 Rn. 213.

<sup>59</sup> Ob eine Garantienpflicht aus der Gesellschafterstellung hergeleitet werden kann, ist umstritten, vgl. Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 30), § 13 Rn. 52.

<sup>60</sup> Die Frage ist umstritten und vom BGH bislang lediglich obiter dicta in einem – gleichwohl aufsehenerregenden – Urteil recht apodiktisch bejaht worden, vgl. die Angaben in Fn. 50: BGH NJW 2009, 3173; Rotsch, ZJS 2009, 712 m.w.N. Zur Garantienpflicht des Compliance-Officers zuerst Kraft/Winkler, CCZ 2009, 29. Eingehend jetzt auch Dannecker, JZ 2010 (im Erscheinen).

<sup>61</sup> Dass G bereits zuvor durch die im Rahmen des Vertragsschlusses mit der X-GmbH vorgenommene Täuschungshandlung zu der Verwirklichung des Betruges i.S.v. § 22 StGB unmittelbar angesetzt hat, hat auf den Versuchsbeginn für CO<sub>1</sub>, CO<sub>2</sub>, CO<sub>3</sub> und CO<sub>4</sub> keine Auswirkungen.

recht (der deutsche Betrugstatbestand gem. § 263 StGB) auf CO<sub>1</sub> zunächst deshalb anwendbar, weil sein Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB (Aufenthaltort) in Deutschland liegt. Für alle anderen Gesellschafter der A-GmbH lässt die Anwendbarkeit des § 263 StGB sich nur über eine Zurechnung dieses inländischen Tatortes begründen. Nach den dargestellten Grundsätzen zur Begründung von Handlungsorten beim Unterlassen einerseits und der Zurechnung von Handlungsorten bei Mittäterschaft andererseits (oben 1. und 2.), kommen zunächst grundsätzlich jeder Aufenthaltsort von CO<sub>1</sub>, CO<sub>2</sub>, CO<sub>3</sub> und CO<sub>4</sub>, jeder im Ausland liegende<sup>62</sup> Erfolgsabwendungsort sowie jeder sog. Durchgangsort als derjenige Tatort in Frage, der über § 25 Abs. 2 StGB schließlich einen Tatort für jeden der jeweils anderen Mittäter zu begründen vermag. Zur Anwendung des § 263 StGB führt dabei freilich nur ein im Inland liegender Tatort, hier also der Aufenthaltsort des CO<sub>1</sub>. Da in unserer Konstellation CO<sub>1</sub> derjenige der Mittäter ist, der i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, findet auf alle Mittäter der Tatbestand des § 263 StGB Anwendung.

## V. Ergebnis

Die Beantwortung der Frage, wo beim Unterlassen über den Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB ein inländischer Tatort begründet werden kann, hängt vom Einzelfall ab. In Frage kommen sowohl der Aufenthaltsort des Unterlassenden wie auch der Erfolgsabwendungsort und jeder Durchgangsort. Voraussetzung ist aber immer, dass die unterlassene Handlung materiell den Beginn des Versuchs i.S.d. § 22 StGB markiert.

Die Zurechnung eines inländischen Tatortes eines Mittäters zu einem anderen Mittäter ist über § 25 Abs. 2 StGB möglich. Auch hier ist freilich grundsätzlich vorauszusetzen, dass der im Inland handelnde Mittäter durch seine Handlung i.S.d. § 22 StGB unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat. Handelt es sich bei der zurechnungsbegründenden Handlung um eine eigenständig mit Strafe bedrohte Vorbereitungshandlung i.S.d. § 30 Abs. 2 StGB, so vermag diese selbst dann die Zurechnung eines inländischen Tatortes zu bewirken, wenn sie hinter der Ausführung der Tat zurücktritt.

Treffen Unterlassen und Mittäterschaft in der Weise zusammen, dass mehrere Mittäter gemeinschaftlich unterlassen, so vermag jeder Aufenthaltsort, jeder Erfolgsabwendungsort und sogar jeder Durchgangsort dann einen inländischen Tatort zu begründen, wenn die im Inland unterlassene Handlung materiell den Beginn des Versuchs der in Frage stehenden Tat darstellt. § 25 Abs. 2 StGB erlaubt in diesen Fällen die Zurechnung des inländischen Handlungsortes zu jedem anderen Mittäter.

Seinen Grund hat diese weitgehende Möglichkeit der Anwendung deutschen Strafrechts in der Übertragung mate-

riell-strafrechtlicher Grundsätze in das Strafanwendungsrecht. Dass diese Übertragung zulässig und angezeigt ist, zeigt schon die Konstruktion des § 9 StGB, der zunächst in Abs. 1 und Abs. 2 zwischen Täterschaft und Teilnahme im materiell-rechtlichen Sinne differenziert. In Abs. 1 und Abs. 2 wird seinerseits konsequent zwischen Handlung und Unterlassung, Vollendung und Versuch unterschieden. Der mit der Berücksichtigung von Handlung und Erfolg korrespondierenden Ubiquitätstheorie liegt ebenfalls eine Übertragung von Erkenntnissen aus der allgemeinen Strafrechtsdogmatik in das Strafanwendungsrecht zugrunde, wenn das herrschende Unrechtsverständnis zur Grundlage der Anwendbarkeitsprüfung einer Strafvorschrift gemacht wird.

Indem § 3 StGB die Geltung des deutschen Strafrechts grundsätzlich für solche Taten anordnet, die im Inland begangen werden, und hiermit auf die ubiquitäre Tatortregelung des § 9 StGB rekurriert, ergibt sich eine Vielzahl möglicher inländischer Tatorte. Die hier vertretene extensive Begründung bzw. Zurechnung von Tatorten im Falle des Unterlassens und der Mittäterschaft stellt dann nur die konsequente Weiterführung der gesetzlichen Regelung des Strafanwendungsrechts dar.

---

<sup>62</sup> Erfolgsabwendungsort ist Italien, weil dort die Vornahme der Überweisung durch die X-GmbH unterbunden werden müsste; dort droht auch der Erfolg – Vermögensschaden der X-GmbH – einzutreten. (Zum möglichen Unterschied von Erfolgsabwendungs- und Erfolgsort vgl. oben im Text bei Fn. 34).

# Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit\*

## Ein Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik

Von Privatdozent Dr. Arnd Koch, Augsburg\*\*

### I. Einführung

Seit über zweihundert Jahren finden sich in Deutschland namhafte Autoren, welche die Strafwürdigkeit der unbewussten Fahrlässigkeit *de lege ferenda* oder – mit Blick auf den verfassungsrechtlich verbürgten Schuldgrundsatz – *de lege lata* in Zweifel ziehen. Das Problem der unbewussten Fahrlässigkeit stellt sich ebenso zeitlos wie systemübergreifend. Zu den Kritikern einer Strafbarkeit zählen so unterschiedliche Persönlichkeiten wie der Aufklärer *Karl Ferdinand Hommel*, der liberale Strafrechtsprofessor und spätere sozialistische Rechtsphilosoph *Arthur Baumgarten*, der Liszt-Schüler *Eduard Kohlrausch*, westdeutsche Strafrechtsdogmatiker wie *Paul Bockelmann* und *Arthur Kaufmann* sowie schließlich der führende Exponent der DDR-Strafrechtswissenschaft, *John Lekschas*.

Der folgende Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik ist *Jörg Tenckhoff* zu seinem 70. Geburtstag gewidmet. Er vermittelt, das Interesse des *Jubilars* an Grundlagenfragen aufgreifend, einen dogmenhistorisch angelegten Überblick über Versuche, die Strafbarkeit unbewusst fahrlässiger Rechtsgutsverletzungen einzugrenzen oder gänzlich aufzuheben.

### II. „Die Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit“ – Begründung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im 19. Jahrhundert

#### 1. „Positiv böser Willen“ (*Feuerbach*) vs. „negativ-böser Willen“ (*Klein*)

In der deutschen Strafrechtswissenschaft setzte zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine intensiv geführte Diskussion über den Schuldgehalt der Fahrlässigkeitsdelikte ein.<sup>1</sup> Einigkeit bestand darin, dass eine Strafe nur bei schuldhaftem Handeln des Täters verhängt werden dürfe. Weil Schuld übereinstimmend als Willensschuld aufgefasst wurde,<sup>2</sup> entstand das

---

\* Der Beitrag schreibt Überlegungen fort, die der *Verf.* in seiner Abhandlung „Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung“, 1998, angestellt hat. Ich danke meinem Mitarbeiter, Herrn stud. iur. *Daniel Ricker*, für wertvolle Unterstützung bei der Abfassung dieses Aufsatzes.

\*\* Der *Autor* ist Lehrstuhlvertreter an der Universität Augsburg; er unterrichtet Strafrecht, Strafprozessrecht, Geschichte des Strafrechts und Juristische Zeitgeschichte.

<sup>1</sup> Dazu ausführlich *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 12-44; *Storch*, Über den Begriff, die Arten und die Bestrafung der culpa, 1913, S. 3-41; außerdem *Holl*, Die Entwicklung der Fahrlässigkeitsdogmatik im Strafrecht von Feuerbach bis Welzel, 1992, S. 1-95; *Schlüchter*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996, S. 48 ff.

<sup>2</sup> v. *Almendingen*, Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen, 1804, S. 9; *Feuerbach*, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde, Bd. 2, 1800, S. 229;

Problem, die Strafverhängung bei ungewollten Erfolgsverursachungen zu rechtfertigen. Im Anschluss an *Feuerbach* setzte die viel zitierte „Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit“ ein.<sup>3</sup> Um fahrlässiges Handeln als Willensschuld begreifen zu können, unterstellte *Feuerbach* dem Täter einen „positiv-bösen Willen“ hinsichtlich der Verletzung seiner Aufmerksamkeitspflicht.<sup>4</sup> Weil ein derartiger Wille zur Unaufmerksamkeit kaum denkbar erschien,<sup>5</sup> fand sein Konstrukt in der Literatur kaum Anhänger.<sup>6</sup> Bis heute richtungweisend blieb dagegen die Begründung der Fahrlässigkeitsschuld durch den preußischen Juristen *Ernst Ferdinand Klein*.<sup>7</sup> Zu unterscheiden sei zwischen dem positiv-bösen Willen des *dolus* und dem negativ-bösen Willen der culpa. Der negativ-böse Wille liege vor „bei einem Mangel des guten Vorsatzes, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen.“<sup>8</sup> Weil statt eines tatsächlich vorhandenen Willens das Fehlen eines normativ geforderten Willens genügt, war mit dieser Theorie der Grundstein für eine wertende Schuld begründung gelegt.

#### 2. Strafflosigkeit (*Hommel*) oder „Ausnahmelösungen“ (v. *Almendingen*)

Schon 1786 hatte der Aufklärer *Karl Ferdinand Hommel*, der sog. „deutsche Beccaria“, dafür plädiert, Fahrlässigkeitsdelikte aus dem Strafgesetzbuch zu streichen.<sup>9</sup> Nur bei Taten mit Willen und „bösllichem Vorsatz“ einen anderen zu schädigen, könne von einem Verbrechen gesprochen werden. Bei fahrlässig herbeigeführten Verletzungen habe der Täter dem Geschädigten „bürgerlich“ den Schaden zu ersetzen,<sup>10</sup> ein „wahres Verbrechen“ sei jedoch nicht gegeben.<sup>11</sup> Unabhängig

---

*Klein*, Grundsätze des Gemeinen Deutschen Peinlichen Rechts, 1799, S. 99; *ders.*, ArchCrimR 3 (1800), 120.

<sup>3</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 4, 1919, S. 328.

<sup>4</sup> *Feuerbach* (Fn. 2), S. 227.

<sup>5</sup> Die Konstruktion einer willentlichen Unaufmerksamkeit ist schon von *Feuerbachs* Zeitgenossen scharf kritisiert worden: *Klein*, ArchCrimR 3 (1800), 134: „Ich glaube, daß, solange die Welt steht, ein solcher Vorsatz nicht gefaßt worden sey“.

<sup>6</sup> *Storch* (Fn. 1), S. 15 ff.

<sup>7</sup> Zu *Ernst Ferdinand Klein* (1744-1810): *Kleensang*, in: *Stolleis* (Hrsg.), Juristen, 2001, S. 359 f.

<sup>8</sup> *Klein* (Fn. 2 – Grundsätze), S. 100.

<sup>9</sup> *Hommel*, Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1786, S. XXV; Zu *Hommel* (1722-1781): *Hof*, in: *Kleinheyer/Schröder* (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl. 1996, S. 194-198; Die Titulierung „deutscher Beccaria“ geht zurück auf *G.W. Böhmer*, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, 1816, S. 851.

<sup>10</sup> *Hommel* (Fn. 9), S. XXV.

<sup>11</sup> *Hommel* (Fn. 9), S. XXVI.

von der Höhe des angerichteten Schadens komme bei fahrlässigen Verletzungen allenfalls eine Polizeistrafe in Betracht.<sup>12</sup> Im Ausgangspunkt ähnlich verwarfen v. *Almendingen* und weitere Autoren die Anstrengungen, auch bei unbewusst fahrlässigem Verhalten einen willentlichen Verstoß gegen ein Strafgesetz zu konstruieren.<sup>13</sup> Derartige Handlungen stünden „unter keinen Voraussetzungen unter der Oberherrschaft des Strafgesetzes.“<sup>14</sup> Unter Berufung auf den „gemeinen Menschenverstand“ und das „Bedürfnis der Rechtssicherheit“ wollte v. *Almendingen* aber dennoch strafen.<sup>15</sup> Bei unbewusster Fahrlässigkeit liege eine Verstandsschuld vor, der Staat trete durch die Strafe als Erzieher auf und forme den Verstand des Täters durch Züchtigung, damit dieser sich künftig vorsichtiger verhalte.<sup>16</sup>

### 3. Polizeiliche Maßregel (Temme u.a.)

Im Verlaufe des 19. Jahrhunderts erhoben sich weitere Stimmen, die den Schuldgehalt der Fahrlässigkeit anzweifeln.<sup>17</sup> Ausgangspunkt war wiederum ein Schuldverständnis, das einen verbrecherischen, auf den Erfolg bezogenen Willen als Voraussetzung der Strafe verlangte.<sup>18</sup> Die Versuche der überwiegenden Ansicht, ein Willensmoment in der Fahrlässigkeit aufzuspüren, wurden ebenso verworfen wie Ausnahmen vom Dogma der Willensschuld. Konsequenterweise forderte man, zumindest die unbewusste Fahrlässigkeit aus dem Strafgesetzbuch herauszunehmen.<sup>19</sup> Weil es aber dem „materiellen Rechtsgefühl“<sup>20</sup> oder dem „allgemeinen Rechtsbewusstsein der Bevölkerung“<sup>21</sup> widerspreche, schwere Rechtsgutsverletzungen ungeahndet zu lassen, sollte nicht auf eine staatliche Reaktion in Form polizeilicher Maßregeln verzichtet werden.<sup>22</sup> Gemeinsam war den geschilderten Überlegungen, dass sie sich als Vorschläge de lege ferenda ver-

standen. An die Entscheidung des Gesetzgebers, jede Form der Fahrlässigkeit unter Strafe zu stellen, sah man sich gebunden.<sup>23</sup> So stellte der Heidelberger Kriminalist *Roßhirt* resignierend fest: „Der positive Gesetzgeber kann alles. Also auch einen Thäter ohne dolus zum Verbrecher machen.“<sup>24</sup>

### III. „Quasiverbrechen“ – Kritische Stimmen zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts mehrten sich die Stimmen, die den Schuldgehalt unbewusster Fahrlässigkeit bestritten.<sup>25</sup> Angesichts der im Zuge der Industrialisierung geradezu dramatisch erhöhten Schadensrisiken erhielt diese Feststellung eine gänzlich neue Qualität. Wie ihre Vorgänger im 19. Jahrhundert gingen Autoren wie *Germann*, *Baumgarten* und *Kohlrausch* von einem Schuldverständnis aus, das eine positive psychische Beziehung des Täters zum Erfolg verlangte.<sup>26</sup> Auch sie zogen die Konsequenz, dass unbewusste Fahrlässigkeit kein schuldhaftes Handeln begründen könne. Fahrlässigkeit sei lediglich ein „Quasiverbrechen“<sup>27</sup>, das keine echte Strafe, sondern lediglich einen erzieherisch wirkenden „Denkzettel“<sup>28</sup> zur Folge haben dürfe.<sup>29</sup> Falls eine Erziehung zur Aufmerksamkeit von vornherein aussichtslos sei, müsse der Täter freigesprochen werden.<sup>30</sup> Es blieb freilich weiterhin bei der bloßen Feststellung, dass die Praxis durch die Bestrafung der unbewussten Fahrlässigkeit „den Standpunkt der reinen Schuldhaftung“<sup>31</sup> verlassen habe, verbunden mit dem Appell, diesen Zustand in einer künftigen Strafgesetzgebung zu korrigieren. Konsequenzen für das geltende Recht sollten seitens der westdeutschen Rechtswissenschaft erst Ende des 20. Jahrhunderts von *Arthur Kaufmann* gezogen werden. Doch schon wenige Jahrzehnte zuvor war es in der DDR zu einer ungewöhnlich kontroversen Diskussion um die Grenzen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gekommen; in deren Verlauf wurde erstmals in der deutschen Strafrechtsgeschichte der gesetzgeberische Versuch unternommen, bestimmte Formen

<sup>12</sup> *Hommel* (Fn. 9), S. XXVI.

<sup>13</sup> v. *Almendingen* (Fn. 2), S. 20, 28 ff., 57; Ähnlich *Stübel*, NArchCrimR 8 (1826), 236.

<sup>14</sup> v. *Almendingen* (Fn. 2), S. 82.

<sup>15</sup> v. *Almendingen* (Fn. 2), S. 85; Beißende Kritik bei *Binding* (Fn. 3), S. 227, der unter anderem von einer „Bankrotterklärung“ sprach; Ablehnend auch *Exner* (Fn. 1), S. 95 ff., 108; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, S. 149; *A. Köhler*, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912, S. 11 ff., 15.

<sup>16</sup> v. *Almendingen* (Fn. 2), S. 102.

<sup>17</sup> *Temme*, Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, 1853, S. 151 f., 235 ff.; *Roßhirt*, Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts, 1828, S. 165; *ders.*, NArchCrimR 8 (1826), 28; *Zerbst*, NArchCrimR 1856, 422; Über *Temme* (1798-1881) und sein wechselvolles Leben: *Hettinger*, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 1 (1999/2000), 293.

<sup>18</sup> *Roßhirt*, NArchCrimR 8 (1826), 145 (165); *Temme* (Fn. 17), S. 151 ff., 235 ff.; *Zerbst*, NArchCrimR 1856, 422.

<sup>19</sup> *Roßhirt*, NArchCrimR 8 (1826), 28 (35); *Temme* (Fn. 17), S. 152, 239; *Zerbst*, NArchCrimR 1856, 422.

<sup>20</sup> *Zerbst*, NArchCrimR 1856, 422.

<sup>21</sup> *Temme* (Fn. 17), S. 239.

<sup>22</sup> *Temme* (Fn. 17), S. 152, 239; *Zerbst*, NArchCrimR 1856, 422 (423 f.); ähnlich *Roßhirt* (Fn. 17), S. 170.

<sup>23</sup> *Temme* (Fn. 17), S. 240; *Roßhirt* (Fn. 17), S. 165.

<sup>24</sup> *Roßhirt* (Fn. 17), S. 165.

<sup>25</sup> *Baumgarten*, ZStrR 34 (1921), 66 (68); *ders.*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1913, S. 116, 120 f.; *Germann*, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 88 f.; *Kohlrausch*, in: *Aschrott/v. Liszt* (Hrsg.), Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, 1910, S. 208; *Messer*, MSchrKrimPsych 8 (1911/1912), 62.

<sup>26</sup> *Baumgarten*, ZStrR 34 (1921), 66 (68); *Germann* (Fn. 25), S. 89; *Kohlrausch* (Fn. 25), S. 197; Zu *Kohlrausch* (1874-1948): *Karitzky*, Eduard Kohlrausch – Kriminalpolitik in vier Systemen, 2002; zu *Baumgarten* (1884-1966): *Irrlitz*, Rechtsordnung und Ethik und Solidarität, Der Strafrechtler und Philosoph Arthur Baumgarten, 2008.

<sup>27</sup> *Baumgarten*, ZStrR 34 (1921), 66.

<sup>28</sup> *Baumgarten* (Fn. 25), S. 121; *Kohlrausch* (Fn. 25), S. 211; ähnlich *Messer*, MSchrKrimPsych 8 (1911/1212), 62 (80).

<sup>29</sup> *Baumgarten* (Fn. 25), S. 122; *Germann* (Fn. 25), S. 94, plädierte für einen polizeirechtlichen Schutz mit ergänzenden sichernden Maßnahmen gegen den Täter.

<sup>30</sup> *Baumgarten*, ZStrR 34 (1921), 66 (70).

<sup>31</sup> *Kohlrausch* (Fn. 25), S. 209.

der unbewussten Fahrlässigkeit aus dem Strafrecht herauszunehmen.

#### IV. „Verantwortungslose Gleichgültigkeit“ – Einschränkung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im DDR-StGB von 1968

##### 1. Die unbewusste Fahrlässigkeit in § 8 DDR-StGB

Am 1. Juli 1968 trat nach längeren Vorarbeiten das Strafgesetzbuch der DDR in Kraft. Obwohl die §§ 7 und 8 DDR-StGB weitgehende Einschränkungen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vorsahen,<sup>32</sup> blieb die Reform im westdeutschen Schrifttum lange Zeit weitgehend unbeachtet.<sup>33</sup> Ein Grund hierfür war neben dem praktisch nicht existierenden wissenschaftlichen Austausch zwischen beiden deutschen Staaten wohl auch die in der DDR-Rechtswissenschaft übliche Anlehnung an sozialistische Terminologie.<sup>34</sup> So bemühten sich ostdeutsche Autoren beispielsweise, den „Klassencharakter der bürgerlichen Fahrlässigkeitsdogmatik“ nachzuweisen,<sup>35</sup>

<sup>32</sup> § 7: Fahrlässig handelt, wer voraussieht, daß er die im gesetzlichen Tatbestand bezeichneten Folgen verursachen könnte und diese ungewollt herbeiführt, ohne diese vorauszu- sehen, obwohl er sie bei verantwortungsbewußter Prüfung der Sachlage hätte voraussehen und bei pflichtgemäßem Verhalten vermeiden können.

§ 8 Abs. 1: Fahrlässig handelt auch, wer sich in bewußter Verletzung seiner Pflichten zum Handeln entscheidet und dadurch die im gesetzlichen Tatbestand bezeichneten Folgen herbeiführt, ohne diese vorauszu- sehen, obwohl er sie bei verantwortungsbewußter Prüfung der Sachlage hätte voraus- sehen und bei pflichtgemäßem Verhalten vermeiden können.

§ 8 Abs. 2: Fahrlässig handelt auch, wer sich zur Zeit der Tat der Pflichtverletzung nicht bewußt ist, weil er infolge ver- antwortungsloser Gleichgültigkeit sich seine Pflichten nicht bewußt gemacht oder weil er sich auf Grund einer disziplinen- losen Einstellung an pflichtwidriges Verhalten gewöhnt hat und dadurch die im gesetzlichen Tatbestand bezeichneten, bei pflichtgemäßem Verhalten voraussehbaren und vermeidbaren schädlichen Folgen herbeiführt.

<sup>33</sup> Rückblickend *Frisch*, in: Küper (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johan- nes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 98 Fn. 111; *Duttge*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 15 Rn. 72 ff.; *Schroeder*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipzi- ger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 1994, § 16 Rn. 215 und Vor § 15 Rn. 9; Für Österreich *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeits- delikt im Strafrecht, 1974, S. 201; Ausführlich *Koch*, Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperver- letzung und Tötung, 1998, S. 70 ff., 237 ff.

<sup>34</sup> Anschaulich zum problematischen DDR-Wissenschafts- jargon und die hierdurch aufgebauten „psychischen und sprachlichen Barrieren“ *Stolleis*, Sozialistische Gesetzlich- keit, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR, 2009, S. 18.

<sup>35</sup> *Lekschas*, Über die Strafwürdigkeit des Fahrlässigkeits- verbrechens, 1958, S. 20 ff.

die zu einem „Fetischismus der Fahrlässigkeitsstrafe“<sup>36</sup> ge- führt habe. Fahrlässiges Verhalten galt zunächst als „Rudi- ment kleinbürgerlicher oder bürgerlicher Lebensgewohn- heit“<sup>37</sup>. Trotz dieser Rhetorik waren die von der Strafrechts- wissenschaft der DDR herausgearbeiteten Gründe für eine Einschränkung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit weitgehend identisch mit den später in der Bundesrepublik angeführten Argumenten. So wurde etwa auf den Charakter der Strafe als ultima ratio,<sup>38</sup> die Zwecklosigkeit der Strafe bei bestimmten Erscheinungsformen der Fahrlässigkeit<sup>39</sup> sowie die Unver- meidbarkeit menschlicher Fehlleistungen<sup>40</sup> rekurriert, um insbesondere die Straflosigkeit der unbewussten Fahrlässig- keit darzutun.

Den Anstoß für die Diskussion um die Einschränkung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gab der führende ostdeutsche Strafrechtler, *John Lekschas*.<sup>41</sup> In seiner bemerkenswerten, 1958 erschienenen Monographie „Über die Strafwürdigkeit von Fahrlässigkeitsverbrechen“<sup>42</sup> plädierte *Lekschas* für eine weitreichende Einschränkung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Nach seiner Ansicht sollte die „kriminelle Fahrlässigkeit nur dann [vorliegen], wenn der Täter vorsätzlich bestimmten Rechtspflichten zuwiderhandelt“<sup>43</sup>. Nur in Fällen des bewus- ten Verstoßes gegen gesetzlich geregelte Sorgfaltspflichten liege eine verbrecherische Einstellung des Täters vor, die es rechtfertige, das einschneidende Mittel der Strafe anzuwen- den.<sup>44</sup> Die bisherige Gesetzesanwendung führe dazu, dass menschliches Unglück als ein Verbrechen behandelt werde, wodurch das Strafrecht Ansehen und Rückhalt bei den „Werkträgern“ verliere und dadurch seine Erziehungsfunktion einbüße.<sup>45</sup>

Die Thesen von *Lekschas* stießen in der DDR auf ent- schiedene Kritik, die sich insbesondere an der vorgeschlagene- nen Straflosigkeit unbewusster Fahrlässigkeit entzündete.<sup>46</sup>

<sup>36</sup> *Lekschas/Loose/Renneberg*, Verantwortung und Schuld im neuen Strafgesetzbuch, 1964, S. 119.

<sup>37</sup> *Lekschas*, NJ 1960, 505.

<sup>38</sup> *Lekschas* (Fn. 35), S. 29, 45.

<sup>39</sup> *Lekschas* (Fn. 35), S. 46; *Lekschas/Loose/Renneberg* (Fn. 36), S. 121; *Lekschas* u.a. (Autorenkollektiv), Strafrecht der DDR, Lehrbuch, 1988, S. 255.

<sup>40</sup> *Buchholz* u.a. (Autorenkollektiv), Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1978, S. 321; *Lekschas* u.a. (Fn. 39), S. 255.

<sup>41</sup> Kurzbiographie in *Barth/Links/Müller-Enbergs/Wielgoß* (Hrsg.), Wer war Wer in der DDR?, 3. Aufl. 1995, S. 448.

<sup>42</sup> *Lekschas* modifizierte seine Ansicht mehrfach; dazu *ders.*, Zur Neuregelung der Schuld im Allgemeinen Teil eines zu- künftigen sozialistischen Strafgesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik, 1959; *Lekschas/Loose/Renneberg* (Fn. 36), S. 119 ff.

<sup>43</sup> *Lekschas* (Fn. 35), S. 48.

<sup>44</sup> *Lekschas* (Fn. 35), S. 45.

<sup>45</sup> *Lekschas* (Fn. 35), S. 46; *Lekschas/Loose/Renneberg* (Fn. 36), S. 121.

<sup>46</sup> *Sahre/Koch/Linaschk*, NJ 1959, 490; ablehnend auch eine zur Diskussion der Grundfragen eines neuen Strafrechts ein- gesetzte Kommission, *Schmidt*, NJ 1958, 633. Übersicht über

Die erzieherische Wirkung des Strafrechts werde außer Acht gelassen,<sup>47</sup> strafwürdige Handlungen blieben zu einem erheblichen Teil ungeahndet,<sup>48</sup> das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung werde verletzt.<sup>49</sup> Zudem stimme der Vorschlag nicht mit den Interessen der sozialistischen Gesellschaftsordnung überein und missachte die bewusstseinsfördernde Rolle des Rechts.<sup>50</sup>

Der Gesetzgeber entschied sich für einen Kompromiss zwischen den Forderungen nach völliger Strafflosigkeit einerseits und der Beibehaltung des bisherigen Zustandes andererseits. Gemäß § 8 Abs. 2 DDR-StGB sollte die unbewusste Pflichtverletzung nur dann strafbar sein, wenn der Täter aufgrund „verantwortungsloser Gleichgültigkeit“ handelte oder sich durch „disziplinlose Einstellung an das pflichtwidrige Verhalten gewöhnt hat“. In diesen beiden Fällen liege eine sozial-negative Haltung gegenüber den Pflichten vor.<sup>51</sup> Das erste Mal in der deutschen Strafrechtsgeschichte schien die Strafbarkeit der unbewussten Fahrlässigkeit eingeschränkt zu sein. Doch führte die gesetzliche Regelung in der Praxis tatsächlich zu einer Strafbarkeitsreduzierung?

## 2. Extensive Auslegung des § 8 Abs. 2 DDR-StGB durch Rechtsprechung und Lehre

Bald nach Erlass des DDR-StGB setzte sich in der Literatur eine extensive Auslegung des Begriffs „verantwortungslose Gleichgültigkeit“ durch.<sup>52</sup> Ganz im Gegensatz zu den Intentionen der Reformbefürworter stand nun die Sorge vor unvertretbaren Einschränkungen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Mittelpunkt der Überlegungen. „Gleichgültigkeit“ sollte bereits dann vorliegen, wenn „der Handelnde seine individuellen Möglichkeiten zu pflichtgemäßem Verhalten nicht oder nicht ganz ausgeschöpft hat.“<sup>53</sup> Die extensive Interpretation des § 8 Abs. 2 DDR-StGB wurde durch eine Stellungnahme des Präsidiums der Obersten Gerichte aus dem Jahr 1973 bestätigt.<sup>54</sup> Anlass für das Eingreifen des Präsidiums war der „Tauchsiederfall“, der durch sämtliche Instanzen der DDR-Strafgerichtsbarkeit ging.<sup>55</sup> Das Hauptproblem lag auf der

Frage, ob der einmalige Fehler einer ansonsten zuverlässigen Arbeiterin als „verantwortungslose Gleichgültigkeit“ zu qualifizieren ist. Das Kreisgericht gelangte zu einem Freispruch, während das Bezirksgericht verurteilte. Diese Entscheidung wiederum wurde vom Obersten Gericht kassiert.<sup>56</sup> Das Tatbestandsmerkmal „verantwortungslos“, so wurde argumentiert, bringe zum Ausdruck, dass ein höherer Grad an Gleichgültigkeit vorliegen müsse. Es sei zu verlangen, dass der Täter eine negative Einstellung gegenüber der Gesellschaft oder dem einzelnen an den Tag lege.<sup>57</sup> Doch damit war das letzte Wort nicht gesprochen. Auf Antrag des Generalstaatsanwalts hob das Präsidium der Obersten Gerichte der DDR das Urteil auf.<sup>58</sup> Im Ergebnis folgte das Präsidium der extensiven Auslegung: „Verantwortungslose Gleichgültigkeit“ liege bereits dann vor, wenn der Täter „seine geistigen Fähigkeiten nicht im gebotenen und möglichen Maße genutzt hat, sich die obliegenden Pflichten bewusst zu machen.“<sup>59</sup>

Von einer eingeschränkten Strafbarkeit unbewusst fahrlässigen Verhaltens kann bei Zugrundelegung dieser Inhaltsbestimmung keine Rede mehr sein. Mit dem Machtwort des Präsidiums der Obersten Gerichte wurden die Absichten der Reformbefürworter, die in der gesetzlichen Regelung von 1968 ihren Ausdruck gefunden hatten, unterlaufen.<sup>60</sup>

## 3. Kritik an § 8 Abs. 2 DDR-StGB seitens der Strafrechtswissenschaft

Angesichts dieser Entwicklung wurde grundsätzliche Kritik laut. In der Neubearbeitung des Lehrbuchs zum DDR-StGB aus dem Jahre 1988 wurde dem Thema „Das fahrlässige Verschulden nach § 8 Absatz 2 StGB als kriminalpolitisches Problem“ ein eigener Absatz gewidmet. Dort gingen die Autoren<sup>61</sup> mit der gesetzlichen Regelung auf eine für die Rechtswissenschaft der DDR gänzlich atypische Weise hart ins Gericht. Es würden Verhaltensweisen pönalisiert, bei denen keine Kriminalschuld vorliege. Das entscheidende Kriterium der Schuld sei die subjektive Widersetzlichkeit gegen die sozialistische Rechtsordnung, die bei unbewusster Fahrlässigkeit gerade fehle.<sup>62</sup> Der Versuch, durch Umschreibung der strafwürdigen unbewussten Fahrlässigkeit mit „verantwortungsloser Gleichgültigkeit“ mehr Rechtssicherheit

die Diskussion aus bundesdeutscher Sicht bei *Schroeder*, JOR 14 (1973), 19.

<sup>47</sup> *Sahre/Koch/Linaschk*, NJ 1959, 491.

<sup>48</sup> *Sahre/Koch/Linaschk*, NJ 1959, 491.

<sup>49</sup> *Sahre/Koch/Linaschk*, NJ 1959, 492.

<sup>50</sup> *Sahre/Koch/Linaschk*, NJ 1959, 492; auf diesen Vorwurf wurde erwidert, die Autoren seien in alten Vorstellungen befangen und huldigten einem Strafenfetischismus: *Lekschas/Loose/Renneberg* (Fn. 36), S. 120 Fn. 75.

<sup>51</sup> *Lekschas* u.a. (Fn. 39), S. 246.

<sup>52</sup> Besonders *Friebel*, NJ 1972, 385.

<sup>53</sup> *Friebel*, NJ 1972, 385.

<sup>54</sup> Präsidiumsbericht, NJ Beilage 3/73, 1 ff.

<sup>55</sup> 1971 wurde ein Gebäude eines landwirtschaftlichen Versuchsgutes durch einen Brand vollständig zerstört. Brandursache war ein unter Strom stehender Tauchsieder. Die Angeklagte hatte im Aufenthaltsraum mit dem Tauchsieder Brühe warm gemacht. Anschließend spülte sie Geschirr, säuberte den Tauchsieder und stellte ihn in einem Wassertopf an den Platz, an dem üblicherweise das Wasser erhitzt wird. Dabei

schloss die Angeklagte das Gerät an das Stromnetz an. Nachdem die Arbeiterin den Aufenthaltsraum verlassen hatte, kippte der erhitzte Topf um und der glühende Tauchsieder entzündete die Wand. Die Angeklagte konnte sich nicht daran erinnern, ihn an das Stromnetz angeschlossen zu haben.

<sup>56</sup> OG NJ 1973, 148.

<sup>57</sup> OG NJ 1973, 148 (150). Im konkreten Fall habe sich die Angeklagte nicht über ihre Pflichten bewusst werden können, weil sie nur reflexhaft gehandelt habe, OG NJ 1973, 148 (151).

<sup>58</sup> OG (Urteil des Präsidiums) NJ 1973, 397; kritisch zum Urteil des Obersten Gerichts auch *Schlegel*, NJ 1973, 258.

<sup>59</sup> Präsidiumsbericht, NJ Beilage 3/73, 1 (11).

<sup>60</sup> So i.E. auch *Schroeder* (Fn. 33), § 16 Rn. 5; *ders.*, JOR 14 (1973), 19 (34 f.).

<sup>61</sup> Hauptautoren des Abschnitts über die Fahrlässigkeit waren *Lekschas* und *Seidel*.

<sup>62</sup> *Lekschas* u.a. (Fn. 39), S. 257.

und Gerechtigkeit zu schaffen, sei misslungen.<sup>63</sup> Mit dieser Formulierung werde die Bestrafung letztlich von einem moralischen Werturteil der Gerichte, nicht aber von einem beweisbaren Verschulden abhängig gemacht.<sup>64</sup> Die freilich unausgesprochene Konsequenz dieser Überlegungen konnte nur darin liegen, den gesamten Bereich der unbewussten Fahrlässigkeit aus dem Strafrecht herauszunehmen.<sup>65</sup> 1988 gelangte man somit wieder an den Ausgangspunkt der Diskussion um die Strafwürdigkeit fahrlässigen Verhaltens aus dem Jahre 1958 zurück.

### V. Arthur Kaufmann: Straflosigkeit der unbewussten Fahrlässigkeit

In der Bundesrepublik war es zuerst *Arthur Kaufmann*, der für die Straflosigkeit der unbewussten Fahrlässigkeit plädierte.<sup>66</sup> Seine Argumentation, nicht aber die von ihm gezogenen Konsequenzen, stehen in Tradition zu denjenigen Autoren, die bereits zuvor Kritik an der Strafbarkeit der unbewussten Fahrlässigkeit geübt hatten. *Kaufmann* bestritt, wie wenige Jahre zuvor bereits *Bockelmann*, den Schuldgehalt der unbewussten Fahrlässigkeit.<sup>67</sup> Dieser Schluss war Folge seines Verständnisses von Schuld als die „bewusste und gewollte Entscheidung zum Unrecht, d.h. zur Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts.“<sup>68</sup> *Kaufmann* verlangte für den Schuldvorwurf eine positive Beziehung des Täters zum Erfolg, weil nur „der böse Wille tauglicher Gegenstand für das Prädikat der Schuldhaftigkeit“ sein könne.<sup>69</sup> Zwar sei der Wille des Täters bei unbewusster Fahrlässigkeit nicht so wie er sein sollte,<sup>70</sup> doch könne von krimineller Schuld eben erst dann gesprochen werden, wenn der Täter bewusst „dem Bö-

sen vor dem Guten den Vorzug gibt“<sup>71</sup>. Neu ist die Konsequenz, die *Kaufmann* aus der von ihm festgestellten Schuldlosigkeit der unbewussten Fahrlässigkeit zog – und ziehen musste. Unter Geltung des Grundgesetzes kommt dem Schuldprinzip Verfassungsrang zu.<sup>72</sup> Im Gegensatz zu seinen Vorgängern und entsprechenden Stimmen aus dem Schrifttum der DDR konnte es *Kaufmann* nicht bei einem bloßen Appell an den Gesetzgeber belassen. Ihm blieb allein der Weg, die unbewusste Fahrlässigkeit *de lege lata* für straflos zu erklären.

*Bockelmann* hatte vor dieser „ungeheuerlichen Konsequenz“<sup>73</sup> seiner vergleichbaren Überlegungen noch zurückgeschreckt, weil sich sein „Rechtsgefühl mit Leidenschaft empörte“<sup>74</sup>. So beließ er es bei einer Mahnung an den Gesetzgeber, die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit soweit wie möglich einzuschränken.<sup>75</sup> Folge des Kompromisses zwischen Rechtsgefühl und Prinzipientreue war es, dass Strafen ohne Schuld hingenommen wurden. Auch *Kaufmann* wollte zunächst keine Konsequenzen für das geltende Recht ziehen.<sup>76</sup> Es sei unmöglich, das Schuldprinzip im Strafrecht rein zu verwirklichen, weil man an geschichtliche Voraussetzungen und an das Bewusstsein innerhalb der Gesellschaft gebunden sei.<sup>77</sup> 1961 erschien es ihm noch als sicher, dass der gesellschaftliche Zustand nicht erreicht war, in dem unbewusste Fahrlässigkeit lediglich mit einer Buße belegt werden könnte.<sup>78</sup> 25 Jahre später hatte *Kaufmann* seine Auffassung geändert.<sup>79</sup> Aus seinem Befund, dem fehlenden Schuldgehalt der unbewussten Fahrlässigkeit, schloss er ausnahmslos, „wo man keinen Schuldvorwurf erheben kann, darf man nicht strafen“<sup>80</sup>. Als Reaktion auf unbewusst fahrlässiges Verhalten kämen nur „Akte sozialer Wiedergutmachung in Betracht“, die weder Strafcharakter hätten noch durch ein Strafurteil zu verhängen seien.<sup>81</sup> *Arthur Kaufmann* zog damit als erster Autor die Konsequenz, jede Form der unbewussten Fahrlässigkeit nach geltendem Recht straflos zu belassen. Der Verwirklichung des von ihm in einer bestimmten Weise interpretierten Schuldprinzips wurde der Vorrang vor dem Willen des

<sup>63</sup> *Lekschas* u.a. (Fn. 39), S. 258.

<sup>64</sup> *Lekschas* u.a. (Fn. 39), S. 258; als Beispiel für die fehlende exakte Feststellbarkeit „verantwortlicher Gleichgültigkeit“ und die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit führen die Autoren den Tauchsieder-Fall an.

<sup>65</sup> In diese Richtung auch *Lekschas*, Probleme künftiger Strafpolitik in der DDR, 1989, S. 13 f. Ausgenommen werden sollten Fälle, in denen dem Täter eine Gewöhnung an Disziplinlosigkeit konkret nachweisbar war.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu *Koch* (Fn. 33), S. 113 ff.

<sup>67</sup> *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967, S. 213; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 98 f.; *ders.* (Fn. 15), S. 162 ff.; *ders.*, in: Broda (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, 1985, S. 895; *ders.*, Jura 1986, 231 f. Im Ergebnis auch *M. Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 178; zweifelnd *Schüler-Springorum*, in: Leygraf (Hrsg.), Die Sprache des Verbrechens – Wege zu einer klinischen Kriminologie, Festschrift für Wilfried Rasch, 1993, S. 176; *T. Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 135. Ganz ähnlich wie *Arthur Kaufmann* argumentiert *Hall*, Columbia Law Review 1963, 632.

<sup>68</sup> *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, 225 (232); ähnlich *ders.* (Fn. 15), S. 153; *ders.*, (Fn. 67 – Unrechtsbewußtsein), S. 99.

<sup>69</sup> *Bockelmann* (Fn. 67), S. 212.

<sup>70</sup> *Bockelmann* (Fn. 67), S. 212.

<sup>71</sup> *Bockelmann* (Fn. 67), S. 213.

<sup>72</sup> BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 23, 127 (132); BVerfGE 45, 187 (228); BVerfGE 90, 145 (173); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 4 I. 2.; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 13 Rn. 103, 104.

<sup>73</sup> *Bockelmann* (Fn. 67), S. 213.

<sup>74</sup> *Bockelmann* (Fn. 67), S. 213.

<sup>75</sup> *Bockelmann* (Fn. 67), S. 216. Aber auch bei seinen rechtspolitischen Vorschlägen besteht er nicht auf einer vollkommenen Durchsetzung seines Schuldverständnisses, da nur einfache unbewusste Fahrlässigkeit, nicht aber grobe unbewusste Fahrlässigkeit, aus dem Strafrecht herausgenommen werden soll (S. 217 f.).

<sup>76</sup> *Arthur Kaufmann* (Fn. 15), S. 163 f.

<sup>77</sup> *Arthur Kaufmann* (Fn. 15), S. 164.

<sup>78</sup> *Arthur Kaufmann* (Fn. 15), S. 164.

<sup>79</sup> *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, 225 (232).

<sup>80</sup> *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, 225 (232).

<sup>81</sup> *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, 225 (232).

Gesetzgebers<sup>82</sup> und einer generationenalten Praxis eingeräumt.<sup>83</sup>

## VI. Begründung des Schuldgehalts unbewusster Fahrlässigkeit durch die herrschende Lehre

### 1. Die normative Erweiterung der Willensschuld

Arthur Kaufmanns These vom fehlenden Schuldcharakter der unbewussten Fahrlässigkeit wird in der Literatur fast einhellig abgelehnt.<sup>84</sup> Dabei wird ähnlich argumentiert wie seinerzeit gegen die vergleichbare Auffassung Kohlrauschs, dem man entgegenhielt, dass „eine These, die zu solchen Resultaten führt, [...] sich selbst [richte]“.<sup>85</sup> Die Ergebnisorientierung tritt etwa bei Lenckner offen zu Tage, der Kaufmanns Schuldverständnis deshalb ablehnte, „weil es dann nicht mehr möglich ist, die unbewusste Fahrlässigkeit als Schuld anzusehen“.<sup>86</sup> Die Strafbarkeit auch unbewusster Fahrlässigkeit sei eine unbedingte Notwendigkeit, weshalb andere Autoren die Diskussion um ihren Schuldgehalt als „unfruchtbar“ abtun.<sup>87</sup>

Kriminalpolitische Überlegungen vermögen den Nachweis des Schuldcharakters der unbewussten Fahrlässigkeit nicht zu ersetzen. Soll die Kategorie der Schuld nicht in Kriminalpolitik aufgehen, bleibt die Aufgabe bestehen, den Schuldgehalt der unbewussten Fahrlässigkeit zu begründen. Bis in die Gegenwart wird daran festgehalten, dass auch bei

unbewusster Fahrlässigkeit eine Willensschuld vorliege.<sup>88</sup> Frühere Versuche, den Schuldgehalt der unbewussten Fahrlässigkeit als Verstandes-<sup>89</sup>, Charakter-<sup>90</sup> oder Gefühlsschuld<sup>91</sup> zu fundieren, werden nahezu einhellig abgelehnt. Ebenso unstrittig ist außerdem, dass bei unbewusster Fahrlässigkeit kein positives Willensmoment feststellbar ist. Entsprechende Konstruktionsbemühungen der Vergangenheit wie Feuerbachs „willentliche Unaufmerksamkeit“<sup>92</sup>, Bindings „unbewusst rechtswidriger Willen“<sup>93</sup> oder A. Köhlers „gewollte Verdrängung“<sup>94</sup> sind gescheitert. Um gleichwohl den Schuldgehalt unbewusst fahrlässigen Verhaltens begründen zu können, bleibt allein ein normativer Ansatz. Es geht nicht mehr um tatsächliche psychische Vorgänge „im“ Täter, sondern um Wertungen über unterlassene Willensanstrengungen. Richtungweisend für diesen Ansatz war das von Klein begründete Schuldverständnis, wonach die Nichtexistenz eines richtigen Willens zur Schuldbegründung ausreicht. Der Willensfehler lag für Klein, wie gezeigt, bereits in „einem Mangel des guten Vorsatzes, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen.“<sup>95</sup> Kleins wertender Ansatz vermochte sich rasch durchzusetzen<sup>96</sup> und bildet bis heute die Basis für die Schuldbegründung der unbewussten Fahrlässigkeit. Es genügt eine fehlerhafte Willensbildung, die im Unterlassen der erforderlichen und möglichen Willensanstrengung liegt.<sup>97</sup> Durch die Unterscheidung zwischen konkretem Willensakt und fehlerhafter, weil unterbliebener richtiger Willensbetätigung, gelingt es der herr-

<sup>82</sup> Vom Schuldgehalt bzw. der Strafbarkeit der unbewussten Fahrlässigkeit gingen die Entwürfe aus den Jahren 1913 (§ 19), 1919 (§ 14), 1927 (§ 19) und 1962 (§ 18) ganz selbstverständlich aus.

<sup>83</sup> Vgl. nur RGSt 6, 249 (250); RGSt 29, 218 (220); RGSt 30, 25 (27); RGSt 56, 343 (349); RGSt 58, 130 (134); RGSt 61, 318 (320); RGSt 67, 12 (18).

<sup>84</sup> Kritisch z.B. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 9/3 Fn. 5; Jescheck/Weigend (Fn. 72), § 54 I. 4. b); Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965, S. 26; Armin Kaufmann, ZfRV 1964, 41; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 43 Rn. 122; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 30 Rn. 17; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 69; Lenckner/Eisele (Fn. 72), § 13 Rn. 118.

<sup>85</sup> zu Dohna, ZStW 32 (1911), 324; Kohlrauschs Ansicht stelle „alle tief im Volksbewußtsein wurzelnden ethischen Vorstellungen um einer doktrinären Formel willen auf den Kopf“ (S. 326); ähnlich v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 371, wonach mit dem Bestreiten des Schuldgehalts der Fahrlässigkeit der „völlig zweifellosen Lebens- und Rechtsauffassung widersprochen“ werde.

<sup>86</sup> So Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 72), 24. Aufl. 1991, Vor §§ 13 Rn. 118. In der 26. Auflage von 2001 schreiben Lenckner/Eisele nunmehr: „unbewusste Fahrlässigkeit ist, zumal in einer ‚Risikogesellschaft‘, nicht nur sittliche, sondern rechtliche Schuld“.

<sup>87</sup> Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 84), § 43 Rn. 122.

<sup>88</sup> Vgl. nur Maurach/Zipf (Fn. 84), § 35 Rn. 16; Lenckner/Eisele (Fn. 72), Vor §§ 13 Rn. 118; zur Entwicklung der h.L. A. Köhler (Fn. 15), S. 44 ff.; Mohrmann, Die neueren Ansichten zum Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1929, S. 35 ff.; zur älteren Literatur Exner (Fn. 1), S. 25 Fn. 2.

<sup>89</sup> Zum entsprechenden Ansatz v. Almendingens siehe oben.

<sup>90</sup> So etwa v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, 1907, S. 444; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 150; auch Figueiredo Dias, ZStW 95 (1983), 242; Kritisch Jescheck/Weigend (Fn. 72), § 38 IV. 1.; Arthur Kaufmann (Fn. 15), S. 150; Maurach/Zipf (Fn. 84), § 35 Rn. 16; Roxin (Fn. 84), § 19 Rn. 27; Lenckner/Eisele (Fn. 72), Vor §§ 13 Rn. 109a.

<sup>91</sup> So Exner (Fn. 1), S. 170; krit. Arthur Kaufmann (Fn. 15), S. 149 f.; A. Köhler (Fn. 15), S. 31; Mohrmann (Fn. 88), S. 59 f.

<sup>92</sup> Feuerbach (Fn. 2), S. 227.

<sup>93</sup> Binding (Fn. 3), S. 366.

<sup>94</sup> A. Köhler (Fn. 15), S. 96.

<sup>95</sup> Klein (Fn. 2), S. 100.

<sup>96</sup> Hierzu mit Nachweisen aus der älteren Literatur A. Köhler (Fn. 15), S. 38 ff.; Mohrmann (Fn. 88), S. 36 ff.

<sup>97</sup> Lenckner/Eisele (Fn. 72), Vor §§ 13 Rn. 108; aus der älteren Literatur v. Hippel (Fn. 85), S. 130, 373; deutlich v. Hippel, in: Birkmeyer/Netter (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 3, 1908, S. 567 Fn. 5: „Pflichtwidrige Unvorsichtigkeit ist eine fehlerhafte Willensbestimmung, die Fahrlässigkeit daher Willensschuld“.

schenden Lehre mühelos, den Schuldgehalt der unbewussten Fahrlässigkeit zu begründen, ohne vom Dogma „alle Schuld ist Willensschuld“ abrücken zu müssen. Allerdings wird durch das weite und vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Willensverständnis verdeckt, dass das Schuldurteil auf einer reinen Wertung basiert.

### 2. Grenzen rechtspolitischer Argumentation mit dem Schuldprinzip

In der Auseinandersetzung um den Schuldcharakter der unbewussten Fahrlässigkeit stehen sich die Meinungen weiterhin in den Fronten des frühen 19. Jahrhunderts gegenüber. Dabei befinden sich *Kaufmann* und *Lekschas* in der Tradition zu der von *Feuerbach* begründeten Ansicht, wonach der Schuldvorwurf bei unbewusster Fahrlässigkeit einen tatsächlich vorhandenen Willen verlange. Die Gegenauffassung beruht auf der normativen Erweiterung der Willensschuld durch *Klein*. Der festgefahrene Streit ist für die Frage nach der Strafwürdigkeit der unbewussten Fahrlässigkeit nicht weiterführend. Zwar spricht es für die Wertung der herrschenden Meinung, dass jeder Mensch nach allgemeiner Erfahrung in der Lage ist, möglicherweise durch ihn ausgehende Gefahren zu bedenken.<sup>98</sup> Der Hinweis *Roxins* macht das eigene Schuldverständnis plausibel, widerlegt jedoch nicht die Gegenauffassung. Auch weiterhin werden sich die wertende Auffassung der herrschenden Meinung und die auf dem Vorhandensein eines „realen Substrats“<sup>99</sup> beharrende Ansicht unversöhnlich gegenüberstehen. Der Streit ist argumentativ nicht zu lösen, weil es bei dem Verständnis eines philosophischen Begriffs wie dem der „Schuld“ keine „richtige“ oder „falsche“ Auffassung geben kann.<sup>100</sup> Ob eine „bewusste und gewollte Entscheidung zum Unrecht“<sup>101</sup> für die strafrechtliche Schuld erforderlich ist, kann abstrakt und ohne Berücksichtigung des Ergebnisses der angestellten Überlegungen auf strafrechtlicher Ebene nicht entschieden werden. Nur wenn die rechtspolitischen Konsequenzen überzeugen, wird sich der Gesetzgeber zu einer Entkriminalisierung im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte entschließen. Zu fragen ist deshalb, ob es kriminalpolitisch angemessen wäre, die unbewusste Fahrlässigkeit straflos zu stellen.

### 3. Fehlende Strafwürdigkeit der unbewussten Fahrlässigkeit?

Sowohl im Straf- als auch im Zivilrecht spricht sich die überwiegende Meinung zu Recht gegen ein Stufenverhältnis von unbewusster und bewusster Fahrlässigkeit aus.<sup>102</sup> Gele-

entlich finden sich freilich in der strafrechtlichen Literatur Stimmen, welche die bewusste Fahrlässigkeit als regelmäßig oder durchschnittlich schwerwiegenderere Fahrlässigkeitsform bewerten.<sup>103</sup> Unter Strafwürdigkeitsgesichtspunkten zeigt sich jedoch, dass die unbewusste Fahrlässigkeit nicht per se leichter wiegt als die bewusste. Im Gegenteil, unbewusste Fahrlässigkeit kann sogar, wie immer wieder zutreffend betont wird, deutlich schwerwiegender sein.<sup>104</sup> Der bewusst fahrlässig Handelnde hat immerhin die Gefährlichkeit seines Tuns erkannt. Er nimmt (lediglich) eine fehlerhafte Prognose hinsichtlich der Vermeidbarkeit des von ihm unerwünschten Erfolges vor. Während das Wahrnehmen möglicher Gefahren eine „sittliche Leistung“ darstellt, beruht deren Ignorierung möglicherweise auf einer völligen Gleichgültigkeit gegenüber fremden Rechtsgütern.<sup>105</sup> Die generelle Privilegierung der unbewussten Fahrlässigkeit ist daher kriminalpolitisch nicht zu vertreten. Anderenfalls würde, wie es *v. Liszt* und *Schmidt* formulierten, „der umsichtige Täter, der die entferntesten Folgen ängstlich zuvor erwägt, ungleich strenger bestraft als der gedankenlose Bummler“<sup>106</sup>. Insbesondere geht es nicht an, unbewusste Fahrlässigkeit mit einer nahezu unvermeidbaren menschlichen Fehlleistung gleichzusetzen. Entgegen *Lekschas* ist nicht jede unbewusste Fahrlässigkeit gleichbedeutend mit menschlichem Unglück<sup>107</sup> und anders als *Arthur Kaufmann* meint, ist nicht jeder unbewusst Fahrlässige „ein armer Teufel [...], [dem] nur passiert, was jedem von uns täglich passieren kann.“<sup>108</sup>

## VII. Fazit und Ausblick

Seit mehr als zwei Jahrhunderten finden sich im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum Überlegungen, unbewusst fahrlässiges Handeln generell aus dem Bereich des Strafrechts herauszunehmen. Begründet wurden diese zeit- und

---

Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 15 Rn. 9; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 15 Rn. 33. Für das Zivilrecht: *Grundmann*, in: *Rixecker/Säcker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 2007, § 276 Rn. 98; *Löwisch*, in: *Staudinger* (Hrsg.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 2009, § 276 Rn. 110; *Stadler*, in: *Berger/Mansel/Stürner/Jauernig/dies.* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2009, § 276 Rn. 34.

<sup>98</sup> *Roxin* (Fn. 84), § 24 Rn. 69.

<sup>98</sup> *Roxin* (Fn. 84), § 24 Rn. 69.

<sup>99</sup> *Arthur Kaufmann* (Fn. 15), S. 161.

<sup>100</sup> Kritisch hierzu *Pfefferkorn*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht, 2006, S. 182.

<sup>101</sup> *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, 225 (232); ähnlich *ders.* (Fn. 15), S. 153; *ders.* (Fn. 67 – Unrechtsbewußtsein), S. 99.

<sup>102</sup> Für das Strafrecht: BGH NJW 1962, 1781; *Jakobs* (Fn. 84), 9/3; *Jescheck/Weigend* (Fn. 72), § 54 II. 1.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 15 Rn. 53; *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 84), § 43 Rn. 121; *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar,

<sup>103</sup> BayObLG NStZ 1982, 288; *Roxin* (Fn. 84), § 24 Rn. 68.

<sup>104</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 72), § 54 II. 1.; *Schroeder* (Fn. 33), § 16 Rn. 121; *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 15 Rn. 38; § 15 Rn. 149; *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 84), § 44 Rn. 121; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 102), § 15 Rn. 33; vgl. auch *Schlichter* (Fn. 1), S. 84.

<sup>105</sup> So *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 102), § 15 Rn. 33.

<sup>106</sup> *v. Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, S. 185 Fn. 2.

<sup>107</sup> So aber *Lekschas* (Fn. 35), S. 46; in diese Richtung auch *T. Walter* (Fn. 67), S. 135: „[...] Stoff für eine Tragödie, aber nie für einen Strafprozess“.

<sup>108</sup> So aber *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, 225 (231).

systemübergreifenden Vorstöße vor allem mit schuldtheoretischen Erwägungen. Um den Gesetzgeber zu einem solch einschneidenden Reformschritt zu bewegen, müsste freilich dessen kriminalpolitische Notwendigkeit dargetan werden. Gerade hieran fehlt es jedoch, weil – wie gezeigt – nicht jedem unbewusst fahrlässigen Verhalten per se die Strafwürdigkeit abgeht.

Zahlreiche in jüngerer Zeit erschienene Abhandlungen versuchen, die Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit zu bestimmen.<sup>109</sup> Weitgehend unstrittig scheint die grundsätzliche Notwendigkeit, den Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit einzuschränken.<sup>110</sup> Allein über das „Wie“, den Weg und die Reichweite einer Entkriminalisierung, gehen die Ansichten auseinander. Auf die Vielzahl der Reformvorschläge braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden.<sup>111</sup> Das Ziel einer Reform muss es jedenfalls sein, den Anwendungsbereich des Strafrechts auf solche Fehlleistungen zu beschränken, die dem „prinzipiell rechtstreuen Bürger“, der sich um die Einhaltung der Sorgfaltspflichten bemüht, nicht unterlaufen.<sup>112</sup> Vorzugswürdig erscheint die in der neueren Literatur zunehmend vertretene Auffassung, leichte Fahrlässigkeitsgrade generell aus dem Strafrecht herauszunehmen.<sup>113</sup> Ein solcher Reformvorschlag ist nicht allein kriminalpolitisch angemessener, er verfügt zudem über bessere Umsetzungschancen als schuldtheoretisch fundierte Forderungen nach einer generellen Entkriminalisierung der unbewussten Fahrlässigkeit.

---

<sup>109</sup> Monographisch *Greiff*, Notwendigkeiten und Möglichkeiten einer Entkriminalisierung leicht fahrlässigen ärztlichen Handelns, 2005; *Koch* (Fn. 33); *Pfefferkorn*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht, 2006; *Roth*, Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, 1996; *Schlüchter*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996; *Webel*, Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens?, 1999; Übersichten zum Meinungsstand bei *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 72), § 15 Rn. 203a; *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 30 ff.; *Sauer*, Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung, 2003, S. 135 ff.; vgl. auch *T. Walter* (Fn. 67), S. 128 ff., 446.; *Vogel* (Fn. 104), Vor § 15 Rn. 37 f.

<sup>110</sup> Kritisch bereits *Tröndle*, DRiZ 1976, 129; auch *Jähnke*, in: *Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 104, der auf §§ 153, 153a StPO verweist; Generell skeptisch und Einschränkungen nur bei Bagatellfolgen bejahend *Webel* (Fn. 109), S. 235 ff., 265.

<sup>111</sup> *Koch* (Fn. 33), S. 30 ff., 112 ff., 210 ff.; *Pfefferkorn* (Fn. 109), S. 176 ff.; *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 71), § 15 Rn. 203a.

<sup>112</sup> *Koch* (Fn. 33), S. 79 ff. Auch *Frisch* (Fn. 33), S. 97 f.

<sup>113</sup> Zu den einzelnen Vorschlägen *Koch* (Fn. 33), S. 221 ff.; *Vogel* (Fn. 104), Vor § 15 Rn. 38; *Duttge* (Fn. 33), § 16 Rn. 214.

# Die Verwendung von Selbstschutzanlagen im Lichte des Strafrechts\*

Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel

## I. Einführung in die Problematik

Die Notwehr ist eines derjenigen Rechtsinstitute auf dem Gebiet des Allgemeinen Teils des Strafrechts, die seit jeher im Blickpunkt gehobenen dogmatischen Interesses stehen. Vieles wurde bereits gesagt und geschrieben zu den Grundprinzipien des Notwehrrechts, und die einzelnen Voraussetzungen der rechtfertigenden Notwehr des § 32 StGB sind Gegenstand ständiger judikativer und wissenschaftlicher Beschäftigung: Vom Erfordernis eines Angriffs sowie demjenigen der Gegenwärtigkeit und dem der Rechtswidrigkeit dieses Angriffs über die Problematik der Erforderlichkeit der Verteidigung und die Frage nach dem Verteidigungswillen bis hin zum Merkmal der Gebotenheit und den darin zu vertretenden sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts bleibt kaum ein dogmatisches Problem unbehandelt, kaum eine Frage unbeantwortet oder gar ungestellt. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, ist doch die Notwehr nicht nur der wichtigste aller strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, sondern steht sie aufgrund ihrer Durchbrechung des staatlichen Gewaltmonopols schon von daher stets im Brennpunkt des kriminal- und gesellschaftspolitischen Interesses.

Und doch gibt es zumindest einen Problembereich im Rahmen des Notwehrrechts, der ein wenig im Abseits gängiger Befassung vor sich hin dämmert: die Problematik der sog. „antizipierten Notwehr“<sup>1</sup>, insbesondere in Form der – wie gelegentlich zu lesen ist<sup>2</sup> – „automatisierten Gegenwehr“, bzw., um bei dem nicht allein auf das Institut der Notwehr zielenden und insoweit weiter gefassten Titel dieses Aufsatzes zu bleiben, der „Verwendung von Selbstschutzanlagen“<sup>3</sup>.

---

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Der Beitrag entspricht im Wesentlichen einem Vortrag, den er im Februar 2003 an der Juristischen Fakultät der Universität Trier gehalten hat.

<sup>1</sup> Vgl. etwa die Titel der Aufsätze von *Schlüchter*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 313 ff. („Antizipierte Notwehr“) und *Herzog*, in: Duttge u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 209 ff. („Feuerspeiende Luxuslimousinen – Grenzen antizipierter Notwehr“) sowie *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 („Antizipierte Notwehr“).

<sup>2</sup> So der Titel des Aufsatzes von *Kunz*, GA 1984, 539 („Die automatisierte Gegenwehr“); bei *Rönnau/Hohn*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 153 sowie vor Rn. 197 ist die Rede von „Verteidigungsautomaten“, bei *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 1, § 32 Rn. 155 von „selbständig wirkenden Abwehrvorrichtungen“.

<sup>3</sup> „Verteidigung durch Selbstschutzanlagen“ lautet auch die Überschrift des einschlägigen Abschnittes bei *Spendel*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, § 32 vor Rn. 248, und ganz ähnlich ist bereits im Titel des Aufsatzes von *Sommer-*

Keineswegs in allen Kommentaren zum StGB<sup>4</sup> und nur in wenigen der gängigen Lehrbücher zum Allgemeinen Teil<sup>5</sup> wird auf die damit verbundenen Fragestellungen ausführlicher eingegangen. Selbst so renommierte Lehrdarstellungen wie etwa die umfassende Ausarbeitung des Allgemeinen Teils von *Jescheck/Weigend* oder das kaum minder umfangreiche AT-Lehrbuch von *Kühl*, in denen für gewöhnlich kaum eine wesentliche Fragestellung unerörtert bleibt, äußern sich nur am Rande hierzu.<sup>6</sup>

Um was genau aber geht es nun eigentlich bei der Frage nach der strafrechtlichen, insbesondere der notwehrrechtlichen Beurteilung der Verwendung von Selbstschutzanlagen? Dies ein wenig erhellen soll zunächst folgender, im besten Sinne des Wortes klassischer Ausgangsfall<sup>7</sup>, der bereits im Jahre 1826 vor dem österreichischen Criminalobergericht zur Aburteilung stand<sup>8</sup> und der, obwohl es sich dabei um die erste überlieferte deutschsprachige Entscheidung zur Zulässigkeit von Selbstschutzanlagen überhaupt handelt, auch heute noch in der wissenschaftlichen Diskussion – als sog. „Scheunentorfall“ – seinen festen Platz hat:

Bauer B, der schon mehrmals bestohlen worden war, es aber trotz vielfältiger Versuche nicht geschafft hat, des Diebes habhaft zu werden, sieht keine andere Möglichkeit mehr, seinen Besitz zu schützen, als eine Selbstschussanlage im Stall zu installieren. Sie ist so beschaffen, dass beim Öffnen der Stalltür über einen Seilzug eine Schrotflinte abgefeuert wird, die in Kniehöhe auf den Eingang gerichtet ist. B bringt entsprechende Warnschilder an der Türe an und erzählt auch überall im Ort von seiner neuen Sicherungsmaßnahme, die er im Übrigen vorsichtshalber tagsüber stets entschärft. Dieb D lässt sich aber durch all das nicht abschrecken, bricht eines Nachts die Tür zum Stall auf und wird von dem dadurch ausgelösten Schuss schwer verletzt. Mangels rechtzeitiger ärztlicher Versorgung verstirbt er alsbald am Ort des Geschehens.

Das österreichische Criminalobergericht, das über diesen Fall zu befinden hatte, hat den wegen schwerer Körperverletzung angeklagten Bauern seinerzeit frei gesprochen – und damit eine hitzige Debatte in der zeitgenössischen Literatur

---

*lad*, GS 39 (1887), 359, die Rede von der „Veranstaltung von Schutzwehrvorrichtungen“.

<sup>4</sup> Nur sehr knapp zum Thema etwa *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 32 Rn. 19 f.

<sup>5</sup> Eine Ausnahme bildet hier vor allem *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 29, 51 ff.

<sup>6</sup> *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 32 II. 1. d); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 7 Rn. 111.

<sup>7</sup> Schon *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (361) sprach vor nahezu 120 Jahren von ihm als einem „Strafrechtsfall, den man mit Fug und Recht eine cause célèbre nennen kann“.

<sup>8</sup> Österreichisches Criminalobergericht, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1826, Bd. 2, S. 176; mitgeteilt auch bei *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (361 ff.).

angestoßen,<sup>9</sup> die sich mittlerweile zwar – im Hinblick auf ihre Intensität – deutlich beruhigt hat, die aber auch heute, nahezu 175 Jahre später, noch keineswegs als inhaltlich abgeschlossen angesehen werden kann. War man sich schon damals zwar hinsichtlich der Richtigkeit des Ergebnisses weitestgehend einig,<sup>10</sup> so stritt man doch vehement um seine dogmatische Begründung<sup>11</sup>. Und auch heute noch ist man zumindest insoweit von einer überzeugenden, allseits konsentierten Meinung nach wie vor weit entfernt, ja schlimmer noch, ist man sich mittlerweile – anders als damals – nicht einmal mehr des freisprechenden Ergebnisses so ganz sicher.<sup>12</sup>

Dabei fallen – um nunmehr noch die große Bandbreite der unter dem Stichwort der „antizipierten Notwehr“ zu behandelnden Geschehnisse aufzuzeigen – in den Bereich der Verwendung von Selbstschutzanlagen neben den geradezu archetypischen Fällen der Installation einer Selbstschussanlage freilich auch eine ganze Reihe weiterer, durchaus vergleichbarer Fallgestaltungen, wie etwa das zur Abwehr künftiger Rechtsgutsbeeinträchtigungen dienende Montieren stromführender Drähte<sup>13</sup> oder unter Strom gesetzter Zäune<sup>14</sup>, das zu eben diesem Zwecke erfolgende Legen von Fangeisen<sup>15</sup> oder Tretminen<sup>16</sup>, das Platzieren von Sprengsätzen<sup>17</sup> oder das

Ausheben von Fallgruben<sup>18</sup>. Aber auch an das Postieren eines bissigen Hundes im Garten ist in diesem Zusammenhang zu denken<sup>19</sup> sowie an das Bereitstellen giftiger und damit zur Unschädlichmachung etwaiger – potentiell durstiger – Eindringlinge geeigneter Getränke<sup>20</sup>. Und selbst rein passiv-defensiv wirkende Maßnahmen wie das Befestigen verletzungstauglicher fester Eisenspitzen am oberen Rand eines Gartenzauns oder das Präparieren einer Umfassungsmauer mit Glasscherben auf ihrer Oberkante, um ein Überklettern zu verhindern,<sup>21</sup> wird man letztlich ebenso hierher rechnen dürfen wie das – diesmal nicht gegen den Körper des Angreifers gerichtete – „Legen vergifteter Weizenkörner“ zuungunsten der nachbarlichen Hühner für den Fall, dass „der Eigenthümer des Federviehs dasselbe absichtlich in den Garten treibt“<sup>22</sup> – auch wenn man in solchen Fällen vielleicht eher von „Selbstschutzvorkehrungen“ denn von „Selbstschutzanlagen“ wird sprechen müssen.<sup>23</sup> Wie weit die Fantasie unserer Mitmenschen dabei geht, wenn sie auf Möglichkeiten sinnen, ihr Hab und Gut vor Angriffen Dritter zu schützen, mag schließlich noch ein – bereits von *Herzog* mitgeteiltes und

<sup>9</sup> Genannt seien nur *Passy*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1826, Bd. 2, S. 176; v. *Metzburg*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1827, Bd. 1, S. 317, Bd. 2, S. 91, 243, 331; *Bekker*, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1859, Bd. 1, Beilage 2, S. 604 f.; *Böhlau*, GA 1865, 472; v. *Bar*, Die Lehre vom Causalzusammenhange, 1871, S. 85 ff.; v. *Buri*, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 87 ff.; *Rotering*, GA 1882, 415 sowie schließlich – unter ausführlicher Darlegung des damaligen Diskussionsstands – *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359.

<sup>10</sup> Von den in Fn. 9 Genannten lehnte lediglich v. *Metzburg* die freisprechende Entscheidung des österreichischen Criminalobergerichts ab, während die übrigen Autoren sie im Ergebnis befürworteten; vgl. die detaillierten Nachweise bei *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (364 ff.).

<sup>11</sup> Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (364 ff.) sowie nochmals zusammenfassend 382 f.

<sup>12</sup> So lässt etwa *Schlüchter* (Fn. 1), S. 323, deutliche Zweifel an der Richtigkeit des Freispruchs im Scheunentor-Fall erkennen.

<sup>13</sup> Dieses Beispiel findet sich bei *Kunz*, GA 1984, 539 (540).

<sup>14</sup> So in dem von *Köhnen*, Antizipierte Notwehr, 1950, S. 34, gebildeten Fall, in dem ein Radfahrer getötet wurde, weil er sein Fahrrad, um es zu reparieren, an einen zur Abwehr von Dieben errichteten elektrischen Drahtzaun anlehnte. Vgl. auch den Fall OLG Braunschweig MDR 1947, 205, in dem ein 18jähriges Mädchen an einem zur Verhinderung weiterer Obstdiebstähle unter Strom gestellten Drahtzaun zu Tode kam, als es vermutlich Pflirsiche stehlen wollte.

<sup>15</sup> Vgl. nur etwa *Kunz*, GA 1984, 539 (540) („Fangfallen“).

<sup>16</sup> Erwähnt bei *Erb* (Fn. 2), § 32 Rn. 157.

<sup>17</sup> Vgl. etwa den von *Kunz*, GA 1984, 539, und *Schlüchter* (Fn. 1), S. 320, mitgeteilten Fall eines französischen Ferien-

hauseigentümers, der zur Abwehr etwaiger Einbrecher ein Transistorradio – mit durchschlagendem Erfolg – zu einer Bombenfalle umbaute.

<sup>18</sup> So bereits eine Fallgestaltung bei *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (389): „Diebe sind wiederholt in ein Haus eingebrochen, stets durch dieselbe Hinterthüre; man befürchtet ähnliche weitere Versuche, darum wird die Fallthüre dicht hinter jener Thüre ausgelassen, so dass ein Dieb in den tiefen, steingepflasterten Keller stürzt und Arm und Bein bricht.“

<sup>19</sup> So für den Fall, dass „der Hund an einer Kette befestigt ist“, bereits *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (388, Anm. 1); anders jedoch *ders.*, aaO., für den Fall des „freien Herumlauftlassens eines gefährlichen Hundes“, denn: „Kraft der Mobilität dieser Vorsichtsmaßregel ist es denkbar, dass der Hund ein fremdes Rechtsgut verletzt, ehe überhaupt ein Angriff auf das Rechtsgut, zu dessen Schutz er bestimmt ist, erfolgt.“ Unterschiedlos für die Einbeziehung entsprechend postierter „gefährlicher Tiere“ in den Kreis „selbständig wirkender Abwehrvorrichtungen“ hingegen *Erb* (Fn. 2), § 32 Rn. 155.

<sup>20</sup> Vgl. nur etwa OLG München NStZ-RR 1996, 71, sowie den ganz entsprechend gelagerten sog. „Bayerwaldbärwurzf-Fall“ BGHSt 43, 177, in dem freilich die hier behandelte Problematik der Selbstschutzvorkehrungen nicht dezidiert erörtert wurde.

<sup>21</sup> Bereits *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (389) nennt die Glasscherben sowie zwei weitere, ganz ähnliche Fälle: „[...] oder gegen Obstdiebe wird der Zweig, auf den sie klettern müssen, angesägt und sie brechen damit nieder; oder einige Sprossen der Diebesleiter, die man im Dunkeln zum Einbruch angesetzt und für den Augenblick unbewacht findet, werden zerbrochen.“

<sup>22</sup> Auch dieses Beispiel findet sich bei *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (389, bei und in Anm. 1).

<sup>23</sup> *Müssig*, ZStW 115 (2003), 225 bezeichnet sie so einfach wie treffend als „weniger automatisierte Vorrichtungen“.

ausführlich besprochenes<sup>24</sup> – Beispiel aus jüngster Zeit demonstrieren: In den Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion scheint es Zeitungsberichten zufolge mancherorts schon Gang und Gebe zu sein, sich vor Autodieben dadurch zu schützen, dass man unter dem Trittbrett seiner teuren Luxuslimousine einen Flammenwerfer befestigt, der den die Autotür unbefugt öffnenden Dieb dann auch in sehr überzeugender und dauerhafter Weise daran zu hindern vermag, sein Vorhaben zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen.

### II. Entwicklung und heutiger Stand der Diskussion

Wie hat sich nun, so lautet angesichts dieser einführenden Betrachtungen die naheliegende Frage, die Sicht der Dinge in diesem Bereich historisch entwickelt und wie ist der heutige Stand der Diskussion?

1. Kommen wir zurück zu den gerade zuvor geschilderten Vorkommnissen aus dem Jahre 1826 – den Fall mit der Selbstschussanlage. Die freisprechende Entscheidung fand – wie bereits mitgeteilt<sup>25</sup> – im Ergebnis nahezu einmütige Zustimmung, während demgegenüber um ihre dogmatische Begründbarkeit ein heftiger, jahrzehntelanger Streit entbrannte. Einigkeit bestand insofern pikanterweise nur darüber, dass man die Zulässigkeit der automatisierten Trutzwehr gerade *nicht* aus Notwehrregeln ableiten zu können glaubte – weil, wie man damals unverrückbar zugrundelegte, im Zeitpunkt des Anbringens der Schutzvorrichtung ja noch gar kein Angriff vorläge, es mithin am Erfordernis der „Gegenwärtigkeit“ im Sinne des Notwehrrechts fehlte.<sup>26</sup>

Ohne hier nun die verschiedenen dergestalt an der Annahme von Notwehr vorbei-, nichtsdestoweniger aber auf die dennoch allseits konsentrierte Straffreistellung hinführenden Argumentationsbemühungen thematisieren zu wollen, die – zumindest aus heutiger Sicht<sup>27</sup> – z.T. auch bei größtem Wohlwollen nur noch als abenteuerlich zu bezeichnen sind:<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Herzog (Fn. 1), S. 210 ff.; vgl. schon den oben in Fn. 1 mitgeteilten Titel jenes Aufsatzes.

<sup>25</sup> Vgl. oben bei und in Fn. 10 und Fn. 11.

<sup>26</sup> Vgl. nur, jene Auffassung zusammenfassend – sie selbst aber ablehnend –, Sommerlad, GS 39 (1887), 359 (361): „Indem [...] eine wesentliche Voraussetzung der Nothwehr, nämlich das Requisit der Gegenwärtigkeit des Angriffs, zu fehlen schien, brach sich allmählich die völlig verkehrte Ansicht Bahn, dass bei der Verurtheilung der hier einschlägigen Fälle die Nothwehr ein- für allemal aus dem Spiel gelassen werden müsse“.

<sup>27</sup> [...] wobei aber schon Sommerlad, GS 39 (1887), 359 (361) kritisierte: „Um nun diese Strafflosigkeit juristisch zu begründen, nahm man und nimmt man heutzutage noch zu allen möglichen Constructionen, oft zu den sonderbarsten und augenscheinlich unrichtigen, seine Zuflucht.“

<sup>28</sup> Vgl. nur etwa die Darlegungen von Bekker (Fn. 9), dessen zentrales Argument für eine Straffreiheit des Verwenders einer Selbstschutzanlage lautet: „Sehe ich, dass der Schaden nur den treffen wird, der selber ein Verbrechen begeht, so bin ich ohne Schuld“, sowie die Argumentation von Böhlau, GA 1865, 472, es fehle „in den fraglichen Fällen an dem erforderlichen Causalnexus zwischen Handlung und Erfolg“, denn:

Jener Standpunkt der damaligen allgemeinen Auffassung kann als mittlerweile überholt angesehen werden, da es nämlich nach inzwischen ganz herrschender, nahezu unwider-sprochener Meinung in den Fällen der antizipierten Notwehr keineswegs am Merkmal der „Gegenwärtigkeit“ fehlt.<sup>29</sup>

Wie bereits Sommerlad im Jahre 1887 ausführlichst und damit unter diese Frage gewissermaßen einen Schlusstrich ziehend<sup>30</sup> dargetan hat,<sup>31</sup> verhält es sich hier vielmehr so, dass der entscheidende Zeitpunkt der Verteidigung doch nicht der dem Angriff vorausgehende Moment des Herrichtens der Gegenwehranlage ist, sondern vielmehr der Moment, in dem sie dann tatsächlich wirksam wird, der Moment also, in dem etwa der Schuss realiter ausgelöst wird. Die Verteidigungshandlung beginnt zwar zugegebenermaßen bereits mit der Installation der Selbstschutzanlage,<sup>32</sup> findet aber erst im Augenblick deren konkret stattfindender Auslösung ihren Abschluss, liegt erst in diesem Augenblick vollständig vor, so dass man erst zu diesem Zeitpunkt überhaupt von einer „Verteidigung“ im eigentlichen Sinne sprechen kann.<sup>33</sup> Die für den Zeitpunkt der Verteidigung somit maßgebliche Auslösung erfolgt in den Fällen der automatisierten Gegenwehr aber stets gerade durch den jeweils konkret gewordenen Angriff, so dass eine Gleichzeitigkeit bzw. eine unmittelbare zeitliche Aufeinanderfolge von Angriff und Verteidigung schlechterdings immer gegeben ist.<sup>34</sup> Um mit Kunz zu spre-

---

„verursachen, durch menschliche Handlungen bewirken“, lasse sich „nur das *gesetzlich Nothwendige*, das nach Gesetzen regelmäßig Eintretende“.

<sup>29</sup> Kunz, GA 1984, 539 (541) spricht insoweit von „inzwischen unbestrittener Einsicht“. Durchaus repräsentativ ist es denn auch, wenn etwa Herzog, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, Bd. 1, § 32 Rn. 73, ohne weitere Begründung nur einfach feststellt, dass „im Augenblick des Auslösens [...] ein gegenwärtiger Angriff vorliegt“.

<sup>30</sup> So offenbar auch die Selbsteinschätzung von Sommerlad, GS 39 (1887), 359 (383): „[...] ist es äußerst einfach, diesen Nachweis mit einer Präcision zu führen, welche nichts zu wünschen übrig lässt“.

<sup>31</sup> Sommerlad, GS 39 (1887), 359 (383 ff.).

<sup>32</sup> In diesem Sinne überzeugend Kunz, GA 1984, 539 (540): „Die Ausführungshandlung beginnt, sobald der Täter alle Vorkehrungen zum selbsttätigen Funktionieren des Tatmittels getroffen hat, und nicht erst in dem Augenblick, wo das Opfer sich in den Wirkungsbereich des Tatmittels begibt“.

<sup>33</sup> Sommerlad, GS 39 (1887), 359 (387), weist darauf hin, dass „das bloße Anbringen von solchen Vorsichtsmaßnahmen eine juristisch irrelevante Tatsache“ sei: „Der kritische Augenblick tritt vielmehr erst dann ein, wenn ein Angriff auf das durch das fragliche Schutzmittel gesicherte Rechtsgut unternommen wird.“

<sup>34</sup> Vollkommen überzeugend Sommerlad, GS 39 (1887), 359 (387): „Das bisherige Präventivmittel übernimmt im Augenblick des Angriffs sofort die Rolle eines wirklichen Defensivmittels.“

chen:<sup>35</sup> „Da die Abwehr erst im Augenblick des dann stattfindenden Angriffs wirksam wird, erfolgen Angriff und Abwehr zeitgleich Schlag auf Schlag. Dem Erfordernis der ‚Gegenwärtigkeit‘ des Angriffs ist deshalb bei der automatisierten Trutzwehr eo ipso genügt“. So gilt denn auch seit über hundert Jahren als eherne Erkenntnis der Satz, dass – im Grunde wie nirgendwo anders – gerade bei der erfolgreichen Verwendung von Selbstschutzvorrichtungen die „Gegenwärtigkeit“ bereits per se verbürgt ist.<sup>36</sup> Daran soll im Folgenden auch uneingeschränkt festgehalten werden.

2. Seit jenem eben beschriebenen, schon frühzeitig von-statten gegangenen Wandel der Auffassungen in puncto „Gegenwärtigkeit“ ist man sich im wesentlichen darüber einig, dass eine Notwehrrechtfertigung in solchen Fällen jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern ganz im Gegenteil prinzipiell möglich ist. Ganz in diesem Sinne formuliert etwa *Herzog* in apodiktischer Klarheit: „Zweifellost ist hier das Notwehrrecht dem Grunde nach anwendbar“<sup>37</sup>.

So ist denn auch festzustellen, dass gerade in der Rechtsprechung – z.T. aber durchaus auch im Schrifttum – über lange Strecken hinweg eine sehr notwehrfreundliche Einstellung an den Tag gelegt wurde.<sup>38</sup> Zeitweise wurden auch schwerste Beeinträchtigungen eines rechtswidrigen Angreifers durch Selbstschutzanlagen ohne weiteres für gerechtfertigt befunden,<sup>39</sup> wobei mitunter ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass – so noch *Jagusch* in der achten Auflage des Leipziger Kommentars<sup>40</sup> – „bei Unbestimmbarkeit der drohenden Angriffe mit der Möglichkeit des hartnäckigsten Eingriffs gerechnet werden und demgemäß das Höchstmaß der dann erforderlichen Abwehr angewandt werden“ dürfe.

3. Mittlerweile hat sich freilich auch insofern wiederum ein Wandel vollzogen, nunmehr aber gewissermaßen in gegenläufiger Richtung, indem sich mehr und mehr die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass die Zulässigkeit der Notwehr gerade in den Fällen der antizipierten Gegenwehr nicht einfach generell unterstellt werden könne, sondern die Rechtmäßigkeit der Verteidigung von den jeweils ganz konkreten Umständen des Einzelfalles abhängig sei. Insbesondere stelle

sich stets, und zwar mit besonderer Schärfe, die Frage nach der Erforderlichkeit der Abwehrhandlung. Hierin – nicht im Scheinproblem der Gegenwärtigkeit<sup>41</sup> – liege das eigentliche Problem der hier in Rede stehenden Fallgruppe.<sup>42</sup>

Dieses Problem der Erforderlichkeitsprüfung dürfe man nun aber vor allem nicht – wie das tatsächlich lange Zeit mitunter geradezu intuitiv geschehen war<sup>43</sup> – mittels des vordergründigen Gedankens überspielen, dass bei Abwesenheit des Rechtsgutsinhabers die einzige Alternative zur automatisierten Gegenwehr letztlich nur *die* wäre, auf eine Abwehr insoweit ganz zu verzichten.<sup>44</sup> Auch wenn in den einschlägigen Fällen, in denen typischerweise der Rechtsgutsinhaber ja gar nicht selbst körperlich zugegen ist, die in Funktion gesetzte Selbstschutzanlage in aller Regel überhaupt die einzige in diesem Moment zur Verfügung stehende Möglichkeit zur Abwehr des konkreten Angriffs ist, dürfe daraus nicht einfach die Erforderlichkeit ihres Wirksamwerdens hergeleitet werden.<sup>45</sup> Man müsse vielmehr stets darauf abstellen, ob denn in der konkreten Situation ein fiktiver vor Ort befindlicher Verteidiger eine solche Abwehrmaßnahme würde vornehmen dürfen oder nicht.<sup>46</sup>

Ein solcher Vergleich mit den Befugnissen einer hypothetischen Verteidigungsperson am Ort des Geschehens führt nun im Ergebnis zu einer geradezu drastischen Einschränkung der Notwehrrechtfertigung: Da nämlich ein solcher körperlich anwesender Verteidiger zu allermeist nicht auf ein bestimmtes Abwehrmittel beschränkt wäre, sondern typischerweise aus einer ganzen Palette abgestufter Verteidi-

<sup>41</sup> *Kühl* (Fn. 6), § 7 Rn. 111 spricht hier etwas zurückhaltender von der „kleineren Problematik der Gegenwärtigkeit“.

<sup>42</sup> Vgl. nur etwa *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 18a: „Das Problem liegt hier bei der Erforderlichkeit der Verteidigung“; ebenso *Duttge* (Fn. 36), § 32 Rn. 36.

<sup>43</sup> [...] und wie demgemäß auch *Kunz*, GA 1984, 539 (541) nicht umhin kommt zuzugestehen: „Für die Erforderlichkeit der automatisierten Abwehrreaktion spricht, dass bei einem in Abwesenheit des Verteidigers geführten Angriff andere, weniger einschneidende Abwehrmittel regelmäßig ad hoc nicht zur Verfügung stehen“.

<sup>44</sup> So explizit *Schlüchter* (Fn. 1), S. 317: „[...] stellen sich automatisierte Abwehrmittel nicht schon allein deshalb als die relativ mildeste Verteidigung dar, weil ohne deren Einsatz keine Verteidigung hätte erfolgen können“ (*Hervorhebung* auch im Original); dem zustimmend *Herzog* (Fn. 1), S. 211.

<sup>45</sup> Anders explizit *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 12/35: „Da es an einer Verpflichtung des Angegriffenen fehlt, für den Fall eines Angriffs Vorsorge für die Verfügbarkeit möglichst schonender Abwehrmittel zu treffen, kann es bei Selbstschutzanlagen nicht darauf ankommen, ob im Fall des Angriffs eine den Angreifer stärker schonende Anlage auch genügt hätte; vielmehr sind die Anlagen so zu beurteilen, als habe sich der Angegriffene aller Abwehrmöglichkeiten bis auf die Benutzung der Anlage begeben.“

<sup>46</sup> Vgl. etwa *Schlüchter* (Fn. 1), S. 317: „[...] müssen auch hier die Intensität von Angriff und Verteidigung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen“.

<sup>35</sup> *Kunz*, GA 1984, 539 (541); ganz entsprechend aber auch schon *Sommerlad*, GS 39 (1887), 359 (401), der seine einschlägigen Überlegungen mit der fast gleichlautenden Feststellung beschließt, es habe sich „als Resultat [...] ergeben, dass das Requisite der Gegenwärtigkeit des Angriffs bei derartigen Schutzvorrichtungen stets eo ipso vorliegt“.

<sup>36</sup> Vgl. aus der heutigen Literatur nur etwa *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 29; *Duttge*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, § 32 Rn. 36; die Gegenwärtigkeit ablehnend jedoch *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 15.

<sup>37</sup> *Herzog* (Fn. 29), § 32 Rn.73.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Kunz*, GA 1984, 539 (542): „selbsthilfefreundliche Einstellung“.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu bereits *Kunz*, GA 1984, 539 (541) m.w.N. in Fn. 9.

<sup>40</sup> *Jagusch*, in: Jagusch/Mezger/Schaefer/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 8. Auflage 1957, § 53 Anm. 3 f.

gungsmaßnahmen das jeweils mildeste geeignete Mittel herauszusuchen könnte, während die vorprogrammierte Abwehranlage nur eben in der einen vorbestimmten Weise reagieren kann,<sup>47</sup> ist damit in zahlreichen Fällen die Nicht-Erforderlichkeit der vorbereiteten automatischen Abwehraktion schon aufgrund dieser ihr eigenen situativen Inflexibilität vorgezeichnet<sup>48</sup>.

Aber noch ein weiterer Umstand kommt erschwerend hinzu: Natürlich liegt es einerseits im Interesse des um die Sicherheit seiner Rechtsgüter besorgten Bürgers, möglichst und gerade auch den denkbar intensivsten, ganz besonders gefährlichen Angriff abzuwehren, ist aber andererseits nie so recht vorherzusehen, mit welcher Angriffintensität ein potentieller Rechtsgutsverletzer denn wohl vorgehen wird. Man wird somit als vorsorgetragender Rechtsgutsinhaber versucht sein, stets auch den zwar eher unwahrscheinlichen, aber dennoch durchaus vorstellbaren höchst massiv vorgetragenen Angriff in Rechnung und demgemäß eine entsprechend durchschlagskräftige Abwehranlage in Dienst zu stellen. Dies aber führt dazu, dass nicht selten die installierte Selbstschutzanlage von vornherein überdimensioniert ausgelegt wird und vielfach im tatsächlich konkret werdenden Fall eines – häufig nun doch nicht mit der befürchteten äußersten Vehemenz vorgetragenen – Angriffs über das eigentliche Abwehrziel regelrecht „hinausschießt“.<sup>49</sup>

Das in der Verwendung einer Selbstschutzanlage damit in aller Regel liegende Risiko der Nicht-Erforderlichkeit der jeweiligen vorgegebenen Abwehrmaßnahme im konkreten Einzelfall soll nun stets zu Lasten des Verwenders dieser Anlage gehen.<sup>50</sup> Wo also etwa beim Einsatz eines Selbstschussautomaten in der konkreten Situation des Einzelfalles ein Warnschuss zur Vertreibung des Eindringlings ausgereicht hätte, sei dessen Verletzung mangels Erforderlichkeit nicht durch Notwehr gedeckt.<sup>51</sup> Und ganz entsprechend gehe auch das Risiko, dass von vornherein ein anderer als ein Angreifer zum Auslöser der Selbstschutzanlage wird und dabei zu Schaden kommt, zu Lasten des Aufstellers der An-

lage.<sup>52</sup> Man denke hier etwa an den Fall des Radfahrers, der sein Fahrrad, um es zu reparieren (oder auch nur, um eine kleine Pause einzulegen), an den zu Verteidigungszwecken unter Strom gesetzten Zaun eines des Öfteren von Dieben heimgesuchten Anwesens lehnt und dabei einen tödlichen Stromschlag erleidet.<sup>53</sup> Ebenso habe „das Risiko, dass der Schuss einen gerechtfertigten Angreifer trifft, [...] der Verteidiger zu tragen“<sup>54</sup>, etwa in dem Fall, dass der wegen eines Gewitters in Lebensgefahr befindliche und deswegen gem. § 34 StGB gerechtfertigt in der Berghütte Schutz suchende Wanderer von der Selbstschutzanlage getroffen wird. Nicht minder zu Lasten des Aufstellers gehe schließlich auch das Risiko einer Überschreitung der Gebotenheitsgrenze.<sup>55</sup> Wenn etwa ein zwölfjähriger und damit gem. § 19 StGB schuldunfähiger Obstdieb vor dem Hinaufklettern auf den Apfelbaum in ein vorsorglich zur Diebesabwehr gelegtes Fangeisen trete, sei die daraus resultierende Verletzung seines Beines nicht durch Notwehr gerechtfertigt, da hier die sozialetischen Grenzen der Notwehr überschritten seien.

So entspricht es denn auch ganz der gängigen Auffassung, wenn es etwa im Lehrbuch von *Krey* zusammenfassend heißt:<sup>56</sup> „Selbstschutzanlagen wie elektrisch geladene Zäune, Schussautomaten, zudem der Einsatz scharfer Hunde usw. können *ausnahmsweise* eine erlaubte erforderliche Verteidigung sein. Das Risiko, dass nicht nur Angreifer getroffen werden oder dass das Prinzip des mildesten Mittels verletzt wird, geht indes grundsätzlich zu Lasten desjenigen, der solche Abwehr installiert. Nichts anderes gilt für das Risiko mangelnder Gebotenheit der Notwehr“.

4. Nun haben sich freilich in den letzten Jahren zunehmend noch zwei weitere Gedanken herausgebildet und verfestigt, die jedenfalls im Ergebnis im Stande sind, diese weitestgehende Risikoverlagerung auf den Verwender von Selbstschutzanlagen wenigstens partiell zu durchbrechen: Einerseits die Forderung nach einer abgestuften Verteidigung<sup>57</sup> und andererseits die nach der Erkennbarkeit der durch Auslösung der Selbstschutzanlage für den Angreifer entstehenden Gefahren.<sup>58</sup> Nur – aber immerhin – bei Vorliegen einer solchen Abstufung bzw. Erkennbarkeit sei die Erforderlichkeit der jeweiligen Verteidigungsmaßnahme gegeben.

An vorderster Stelle ist hier *Kunz* zu nennen, der sich in seiner umfangreichen Abhandlung aus dem Jahre 1984<sup>59</sup>

<sup>47</sup> Sehr deutlich *Kunz*, GA 1984, 539 (545): „Anders als die vorgeplante persönliche Gegenwehr ist die automatisierte Abwehr im Zeitpunkt der Abwehrhandlung nicht mehr steuerbar“.

<sup>48</sup> So konzediert denn auch *Schlüchter* (Fn. 1), S. 317, es lasse sich, „da der sich Verteidigende während des Angriffs nicht anwesend ist, eine angepasste Reaktion nicht sicherstellen.“

<sup>49</sup> Auch für *Schlüchter* (Fn. 1), S. 317 steht demgemäß zu befürchten „dass die Trutzwehrintensität einer Selbstschutzanlage vor allem bei der Abwehr nur schwacher und eher harmloser Angriffe das noch hinnehmbare Maß überschreitet“.

<sup>50</sup> Vgl. nur etwa *Krey*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, Rn. 480 (vgl. das Zitat unten bei Fn. 56).

<sup>51</sup> Ganz in diesem Sinne etwa auch *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 51: „Man ist nicht gerechtfertigt, wenn man Selbstschüsse oder explodierende Minen anbringt, wo eine Warnanlage, leichte elektrische Schläge oder allenfalls ein Hund zur Abwehr ausgereicht hätten.“

<sup>52</sup> So etwa *Rönnau/Hohn* (Fn. 2) § 32 Rn. 199; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 51; *Krey* (Fn. 50), Rn. 480 (vgl. das Zitat unten bei Fn. 56).

<sup>53</sup> So der von *Köhnen* (Fn. 14), S. 34, gebildete Fall.

<sup>54</sup> So explizit *Kühl*, Jura 1993, 123; von dort auch das nachstehende Beispiel.

<sup>55</sup> So ausdrücklich etwa *Krey* (Fn. 50), Rn. 480 (vgl. das Zitat unten bei Fn. 56), ebenso aber auch *Jakobs* (Fn. 45), 12/35 und *Kühl*, Jura 1993, 123.

<sup>56</sup> *Krey* (Fn. 50), Rn. 480 (*Hervorhebung* auch im Original).

<sup>57</sup> Vgl. den nachfolgenden Text sowie die Nennungen in Fn. 69.

<sup>58</sup> Vgl. den nachfolgenden Text ab Fn. 69 sowie die Nennungen in Fn. 70 ff.

<sup>59</sup> Vgl. schon oben Fn. 2.

zunächst ganz entschieden gegen den Standpunkt der h.M. wendet, „die automatische Gegenwehr immer dann und nur dann als erforderlich zu qualifizieren, sofern ein im Augenblick des Angriffs anwesender Verteidiger die gleiche Verletzungswirkung persönlich herbeiführen dürfte“<sup>60</sup>. Eine solche „hypothetische Erforderlichkeitsbeurteilung nach Maßgabe der Abwehrbefugnisse eines bloß fiktiv anwesenden Verteidigers“ sei „bereits im Ansatz verfehlt“. Denn es sei „unzulässig, die Erforderlichkeit der Abwehr nach einem hypothetischen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem das Vorhandensein welcher Abwehrmittel auch immer lediglich *fingiert* wird“<sup>61</sup>. Die Statthaftigkeit der Gegenwehr müsse sich gemäß der allgemeinen Notwehrgrundsätze doch stets „nach einem objektiven ex ante-Urteil auf der Grundlage der *tatsächlich* gegebenen Umstände“ bemessen; es besage mithin „das Gebot der schonendsten Mittelwahl [...], daß der Verteidiger sich des mildesten der geeigneten *vorhandenen* Gegenmittel bedienen muß“. Es seien also, so fährt *Kunz* fort, bei der Unrechtsbewertung „nicht die bei einer fiktiven Sachlage *ohne* den Gegenwehrautomaten potentiell gegebenen Abwehrchancen [...] in Ansatz zu bringen“, sondern „die *neben* dem Gegenwehrautomaten [tatsächlich] vorhandenen Mittel und Möglichkeiten“<sup>62</sup>.

Dies bedeute nun aber nicht etwa einen Rückfall in die – gerade zuvor schon zur Sprache gebrachte – Auffassung, dass die Erforderlichkeit selbsttätiger Verteidigung bereits deswegen begründet sei, weil im Reaktionszeitpunkt kein körperlich anwesender Verteidiger und damit überhaupt kein anderes zur Abwehr geeignetes Mittel vorhanden sei.<sup>63</sup> „Für die Erforderlichkeitsbeurteilung nach Maßgabe vorhandener Verteidigungsmittel und -möglichkeiten“ sei nämlich – und dies ist der eigentliche Kerngedanke dieser Konzeption – „keineswegs der Zeitpunkt des Eintritts des Abwehrrfolges, sondern derjenige der Vornahme der Abwehrhandlung entscheidend“<sup>64</sup>. Die Abwehrhandlung aber setze „schon mit dem Aufstellen der Gegenwehranlage durch den Betreiber, nicht erst mit deren Auslösen“ ein. Sie ende zwar damit, sie beginne aber bereits mit dem Herrichten der Anlage. Es sei „demgemäß [...] für die Erforderlichkeitsbeurteilung entscheidend, ob dem Betreiber *beim Aufstellen der Anlage* sonstige Verteidigungsmittel verfügbar waren, die bei geringerer Abwehrintensität zureichende Verteidigungschancen eröffnen“<sup>65</sup>.

Damit aber findet sich die Erforderlichkeitsbeurteilung auf eine ganz neue Basis gestellt: „Da die starre Wirkungsweise selbsttätiger Verteidigung eine [zuverlässige] Abstimmung des Gegenschlages auf die individuelle Attacke aus-

schließt“<sup>66</sup>, lasse sich die unverzichtbar zu verlangende Erforderlichkeit beim alleinigen Einsatz eines einzigen selbsttätigen offensiven Selbstschutzmittels „nie verbürgen“, da es ja immer sein könne, „dass angesichts einer minderen Angriffstärke rein defensive Schutzmaßnahmen ausreichen oder [zumindest auch schon] ein schwächerer Gegenschlag zureichende Abwehraussicht böte“<sup>67</sup>. Deswegen müsse der die Selbstschutzanlage Einrichtende von vornherein eine „in ihrer Intensität gestaffelte Verteidigung“ ins Werk setzen, die von vornherein so konzipiert ist, dass im konkreten Angriffsfall „zunächst dasjenige Mittel zum Einsatz kommt, welches zureicht, um die leichteste zu erwartende Attacke abzuschlagen, und die nächst schroffere Maßnahme erst wirksam wird, nachdem die gelindere erfolglos geblieben ist“<sup>68</sup>. Die Erforderlichkeit der auf der letzten Stufe stehenden, besonders massiven Abwehraktion werde damit „in concreto durch die Hartnäckigkeit eines Angreifers dokumentiert, der sich durch warnende, hemmende und gelinder gegenwirkende Mittel nicht von der Fortsetzung seiner Attacke abbringen lässt“.

Dem folgend findet sich in zunehmendem Maße auch in der neueren Kommentar- und Lehrbuchliteratur die Forderung nach einer dementsprechend gestaffelten Abwehr.<sup>69</sup> Daneben wird überdies gelegentlich auch – zusätzlich oder auch unabhängig davon, jedenfalls aber in dieselbe Richtung zielend – auf die Erkennbarkeit der drohenden Abwehrmaßnahme abgestellt. So heißt es etwa bei *Stratenwerth/Kuhlen*, es werde „bei selbsttätigen Schutzvorrichtungen [...] immerhin verlangt werden müssen, dass der Verteidiger den mit der Anlage in Berührung kommenden Personenkreis auf deren Gefährlichkeit erkennbar hinweist“<sup>70</sup>, und ganz entsprechend meint *Spendel*, man werde bei der Beurteilung der Erforderlichkeit „vor allem darauf abzustellen haben, wieweit dem Angreifer die Schutzvorkehrung *erkennbar* war“<sup>71</sup>. Die Tat-

<sup>66</sup> *Kunz*, GA 1984, 539 (550) (Klammereinfügung nicht im Original); durchaus treffend auch *ders.*, a.a.O., S. 546: „Die schablonenhafte Reaktion des Automaten auf maschinell erfassbare Umstände, welche eine Gruppe von Angriffen bestimmter Stärke indizieren, lässt es geradezu als ein Spiel des Zufalls erscheinen, wann die Wirkung der Schutzanlage der Intensität des individuellen Angriffs exakt entspricht“.

<sup>67</sup> *Kunz*, GA 1984, 539 (550) (Klammereinfügung nicht im Original).

<sup>68</sup> Hier und nachfolgend *Kunz*, GA 1984, 539 (551).

<sup>69</sup> Vgl. nur *Erb* (Fn. 2), § 32 Rn. 157, 161: „Nur auf diese Weise kann er [scil.: der Verteidiger] schwächere Angriffe durch vergleichsweise harmlose Maßnahmen abfangen und zugleich stärkeren Angriffen begegnen, gegenüber denen sich die mildereren Mittel als ineffektiv erweisen“; nach *Lenckner/Perron* (Fn. 2), § 32 Rn. 37 „gehen, soweit ein System abgestufter Reaktionen möglich ist, Überreaktionen voll zu Lasten des Angegriffenen“; ebenso *Lackner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 32 Rn. 10.

<sup>70</sup> *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 79; auch *Lackner/Kühl* (Fn. 69), § 32 Rn. 10 fordert „Warnungen“ ein.

<sup>71</sup> *Spendel* (Fn. 3), § 32 Rn. 250 (*Hervorhebung* auch im Original); ebenso *Lenckner/Perron* (Fn. 2), § 32 Rn. 37: „[...]

<sup>60</sup> Hier und nachfolgend *Kunz*, GA 1984, 539 (547).

<sup>61</sup> Hier und nachfolgend *Kunz*, GA 1984, 539 (548) (*Hervorhebungen* auch im Original).

<sup>62</sup> *Kunz*, GA 1984, 539 (548) (*Hervorhebungen* auch im Original, Klammereinfügung von mir).

<sup>63</sup> *Kunz*, GA 1984, 539 (549).

<sup>64</sup> Hier und nachfolgend *Kunz*, GA 1984, 539 (549) (*Hervorhebungen* auch im Original).

<sup>65</sup> *Kunz*, GA 1984, 539 (549) (*Hervorhebung* auch im Original).

sache, dass der Angreifer eine solchermaßen kenntlich gemachte Schutzvorkehrung zu überwinden sucht, bilde nämlich wiederum (wie auch die Überwindung milderer Abwehrhürden im Rahmen einer abgestuften Verteidigung) „ein wichtiges Indiz für die besondere Gefährlichkeit des Angriffs“<sup>72</sup>, weshalb dann auch die Erforderlichkeit einer dergestalt um Erkennbarkeit bemühten antizipierten Verteidigung zu bejahen sei.<sup>73</sup>

5. Diesen Überlegungen einerseits kritisch entgegentretend, andererseits aber inhaltlich durchaus auch auf ihnen aufbauend geht nun *Schlüchter* in ihrem Beitrag zur *Lenckner-Festschrift* im Jahre 1998<sup>74</sup> nicht nur einen bedeutenden Schritt weiter, sondern beschreitet mit ihm auch absolutes Neuland: Davon ausgehend, dass es sich gerade in Zeiten beständig wachsender Furcht vor dem Verbrechen – sei sie nun berechtigt oder nicht – und gleichzeitig beklagter – oder gar tatsächlich zu beklagender – schwindender Fähigkeit des Staates zum Schutz seiner Bürger „nicht mehr uneingeschränkt verantworten“ lasse, „den Bürgern das mit einer automatischen Anlage verbundene Übermaßrisiko aufzubürden“<sup>75</sup>, sucht und findet sie eine Lösung der in den Fällen antizipierter Notwehr zu verzeichnenden schwierigen Probleme außerhalb des Notwehrrechts, nämlich bereits im Bereich des Tatbestandes.

Zunächst einmal erteilt sie freilich dem Ansatz von *Kunz*, bei Beurteilung der für die Notwehr unverzichtbaren Erforderlichkeit der konkret gewordenen Abwehrreaktion bereits auf den Zeitpunkt der Installation der Selbstschutzanlage abzustellen, eine klare Absage.<sup>76</sup> Unter anderem verbiete sich ein solches Ausweichen vom Zeitpunkt des Angriffs auf den vorhergehenden der Installation „schon deshalb, weil auf diese Weise für die Erforderlichkeit auf einen anderen Zeitpunkt als für die Gegenwärtigkeit abgehoben würde“<sup>77</sup>; maßgeblich sei statt dessen – für die Erforderlichkeit ebenso wie für die Gegenwärtigkeit – allein „der Zeitpunkt [...] des Wirksamwerdens der Anlage“.

Demgegenüber weise – unter Hintanstellung des von *Kunz* so vehement vorgetragenen Gedankens der abgestuften Verteidigung<sup>78</sup> – in erster Linie die Idee vom Abstellen auf die Erkennbarkeit der Schutzvorkehrung den „dogmatisch richtigen Weg“ zu verhindern, dass dem seine Güter verteidigenden Bürger mit der Tragung der bei der Verwendung von Selbstschutzanlagen drohenden Übermaßgefahr ein „uner-

trägliches Risiko“ auferlegt werde.<sup>79</sup> Wenn nämlich der Angreifer erkennen könne, welche Abwehrmaßnahmen im Falle seines Angriffs bereitstehen, er aber das Risiko einer solchen Abwehr bewusst auf sich nehme, so treffe er freiverantwortlich einen Entschluss zur Selbstverletzung, was gemäß den allgemeinen Regeln der objektiven Zurechnung dazu führe, dass die Verteidigungsmaßnahme schon gar nicht als tatbestandliche Körperverletzung bzw. Tötung anzusehen sei.<sup>80</sup>

Dabei spiele – gewissermaßen im Rahmen der Erkennbarkeit – nun freilich auch der Abstufungsgedanke eine wesentliche Rolle.<sup>81</sup> Ein im Sinne eines schon tatbestandsausschließenden Verhaltens sich eigenverantwortlich selbst Verletzender sei der Angreifer „lediglich dann, wenn er vorherzusehen vermag, worauf er sich einläßt“<sup>82</sup>. Geschriebene Warnungen würden hierzu „grundsätzlich nicht genügen, sondern allenfalls die *erste Stufe* bilden, um weniger hartnäckige Angreifer abzuwehren“. Als *zweite Stufe* sei an „selbst für Kinder und Ausländer eindeutige Symbole bzw. akustische Warnungen zu denken, die jeder Mensch, der in den Gefahrenbereich der Abwehrlanlage geraten könnte, zu verstehen vermag“. Zusätzlich würden dann in einer *dritten Stufe* „regelmäßig sogar noch mechanische Hindernisse wie Zäune, zumindest aber Abschränkungen vorzuschalten sein“.

Sei nun allerdings diesen Anforderungen an dergestalt „gestaffelte Vorstufen“<sup>83</sup> nicht genügt, so fehle es beim demgemäß minder in Kenntnis gesetzter Angreifer an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und habe daher „der antizipierte Notwehr Übende zunächst einmal tatbestandsmäßig für den Verteidigungserfolg einzustehen“<sup>84</sup>. In der Rechtswidrigkeit sei „sodann im Wege einer ex post-Betrachtung, also bezogen auf den Zeitpunkt, in dem der Verteidigungserfolg eintritt, die Rechtfertigung nach § 32 StGB zu erörtern“.

### III. Kritische Betrachtung der gängigen Lösungen

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass nach heutiger allgemeiner Auffassung in den Fällen des Errichtens einer Selbstschutzanlage bei Verletzung eines Angreifers eine Rechtfertigung aufgrund Notwehr grundsätzlich möglich ist, die Annahme der für die Notwehr unverzichtbaren Erforderlichkeit aufgrund der bei solchen Fallkonstellationen außerordentlich großen Gefahr der Überreaktion jedoch in besonderer Weise problematisch erscheint. Wie gezeigt,<sup>85</sup> wurden und werden in diesem Zusammenhang ganz verschiedenartige Lösungen vertreten, die sich im wesentlichen hinsichtlich ihrer Zielsetzung und zwar – um genau zu sein – danach unterscheiden, wie nach der Auffassung ihrer jeweiligen Vertreter eben jenes Risiko einer in concreto überzogenen

---

ist wesentlich, ob für den Angreifer die Schutzvorkehrung erkennbar war“.

<sup>72</sup> *Lenckner/Perron* (Fn. 2), § 32 Rn. 37; ebenso *Spendel* (Fn. 3), § 32 Rn. 250.

<sup>73</sup> So ausdrücklich *Lenckner/Perron* (Fn. 2), § 32 Rn. 37.

<sup>74</sup> Vgl. bereits oben Fn. 1.

<sup>75</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 318.

<sup>76</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 318 f.

<sup>77</sup> Hier und nachfolgend *Schlüchter* (Fn. 1), S. 319.

<sup>78</sup> [...] dem *Schlüchter* durchaus Bedeutung zumisst, freilich nur im Hinblick auf die von ihr primär geforderte Erkennbarkeit (vgl. das Zitat unten in Fn. 81: Erkennbarkeit durch Abstufung); näher *Schlüchter* (Fn. 1), S. 322 ff.

---

<sup>79</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 319.

<sup>80</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 319 ff.

<sup>81</sup> Vgl. nur *Schlüchter* (Fn. 1), S. 324: Es müsse „die sich aus der Anlage ergebende Gefahr durch entsprechende Hinweise und abgestufte Vorrichtungen erkennbar“ werden.

<sup>82</sup> Hier und nachfolgend *Schlüchter* (Fn. 1), S. 322.

<sup>83</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 323 oben.

<sup>84</sup> Hier und nachfolgend *Schlüchter* (Fn. 1), S. 323.

<sup>85</sup> Vgl. den vorhergehenden Abschnitt II.

Reaktion der Anlage zwischen ihrem Betreiber und dem Opfer der Selbstschutzmaßnahme verteilt werden soll.<sup>86</sup>

Die wohl noch als herrschend zu bezeichnende Lehre will dieses Risiko letztlich allein dem Betreiber der Anlage aufbürden,<sup>87</sup> während in zunehmendem Maße versucht wird, durch eine in bestimmten Fällen vorzunehmende Risikoverlagerung hin zum Opfer der Selbstschutzmaßnahme eine zumindest partielle Entlastung des Betreibers zu erreichen.<sup>88</sup> Die maßgeblichen Stichworte hierzu sind – wie gesehen – „Erkennbarkeit“ und „Abgestuftheit“ der Verteidigungsmaßnahmen, wobei diese Umstände teils zur leichteren Bejahung der Notwehr-Erforderlichkeit herangezogen werden, teils (so insbesondere von *Schlüchter*<sup>89</sup>) unter bestimmten Voraussetzungen aber gar schon zum Tatbestandsausschluss.

Auf dieser Grundlage der Erkenntnis soll nun ein wenig näher untersucht werden, was von all den miteinander konkurrierenden Lösungen am Ende zu halten ist, wobei es jeweils um zweierlei gehen wird: zum einen darum, ob der jeweilige Ansatz überhaupt konstruktiv tragfähig erscheint, und zum anderen um die davon durchaus unabhängige weitere Frage, ob er denn – obendrein auch oder doch wenigstens – in den Ergebnissen zu überzeugen vermag. Dabei wird über all dem stets die letztlich entscheidende Frage schweben, inwieweit mit der jeweiligen Lösung eine vernünftige Risikoverteilung zwischen den am Geschehen beteiligten Personen erreicht werden kann.

1. Zunächst einmal ist der seit langem überholten Lehre, dass die Verwendung von Selbstschutzanlagen überhaupt nicht zur Notwehrrechtfertigung führen könne,<sup>90</sup> eine nochmalige, letzte Absage zu erteilen: Insbesondere handelt es sich bei den hier einschlägigen Verteidigungsbemühungen nicht um Fälle der sog. „Präventivnotwehr“, da jene die Rechtsgüter des Angreifers schon vorbeugend im Sinne der Verhinderung künftiger Angriffe beeinträchtigt, während bei der „antizipierten Notwehr“ mit der jeweiligen konkreten Abwehrmaßnahme – wie schon dargetan<sup>91</sup> – auf einen gegenwärtigen Angriff reagiert wird.<sup>92</sup>

Aber auch im Übrigen stehen der Anwendbarkeit der Notwehrregelung keine prinzipiellen Gründe entgegen.<sup>93</sup> So

verfängt es beispielsweise nicht, wenn *Hellmuth Mayer* in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil von 1953 dartut,<sup>94</sup> die Notwehrvorschriften passten hier von vornherein nicht, da doch „die Notwehr nur deshalb freigegeben“ sei, „weil das Gesetz sich auf die gewissenhafte Ausübung derselben“ verlasse, „die mechanische Abwehr [...] aber im Einzelfall ohne Prüfung der sittlichen Notwendigkeit in Aktion“ trete. Ganz abgesehen einmal von der – heute deutlicher noch als damals zu Tage tretenden – schon prinzipiellen Fragwürdigkeit des Merkmals der „sittlichen Notwendigkeit“ ist es zum einen ja keineswegs so, dass sich das Gesetz gewissermaßen blauäugig auf die „gewissenhafte Ausübung“ der Notwehr verlässt; § 32 StGB enthält ganz strikte, auch vom „gewissenlos“ Agierenden unüberschreitbare Grenzen der Notwehrbefugnisse. Und zum anderen spricht doch nichts dagegen, die Anforderungen an die antizipierte Notwehr so streng zu gestalten, dass deren „gewissenhafte Ausübung“ letztlich gewährleistet ist.

2. Ebenso abzulehnen ist es allerdings, in den Fällen der Verletzung anderer mittels automatisierter Gegenwehr eine – jedenfalls hinsichtlich des Erforderlichkeitsmerkmals – nahezu schrankenlose Gewährung der Notwehrrechtfertigung zu praktizieren.<sup>95</sup>

Vor allem wird man nicht – auch dies ist hier noch einmal zu bekräftigen – aus dem Umstand, dass im konkreten Augenblick des Angriffs in aller Regel keinerlei andere Verteidigungsmöglichkeit besteht, folgern dürfen, dass deshalb in solchen Fällen bereits per se die Erforderlichkeit zu bejahen wäre.<sup>96</sup> Damit wäre in letzter Konsequenz dem Rechtsgutsinhaber ein Freibrief ausgestellt, für den Fall seiner Abwesenheit auch extremste Abwehrvorkehrungen zu treffen, die im Falle seiner Anwesenheit unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit vernünftigerweise noch nicht einmal angedacht werden könnten. Aus derselben Überlegung heraus ist auch die weiter oben bereits erwähnte,<sup>97</sup> etwa von *Jagusch* vertretene, Lehre abzulehnen, es dürfe „bei Unbestimmbarkeit der drohenden Angriffe mit der Möglichkeit des hartnäckigsten Eingriffs gerechnet und demgemäß das Höchstmaß der dann erforderlichen Abwehr angewandt werden“<sup>98</sup>. Damit wären Tür und Tor in eine Welt geöffnet, in der schon beim leisensten Anzeichen der auch nur eventuell bestehenden Möglichkeit eines gravierenden Angriffs auch die schärfsten Abwehrmaßnahmen vorprogrammiert werden dürften, in eine Welt mithin, die auf Grund zur Methode gemachter Übersicherung und damit einhergehender überbordender Schaffung

nismen mit Hilfe des Notwehrrechtes zu lösen, ganz zu verzichten“ (a.a.O., Rn. 52) und statt dessen „das Problem mit der Rechtsfigur des erlaubten Risikos zu lösen“ (a.a.O., Rn. 53), so erscheint diese „Flucht in den Tatbestand“ in seinen Darlegungen – und offenkundig auch nach seinem eigenen Dafürhalten – zwar als Möglichkeit, nicht aber als zwingende Notwendigkeit.

<sup>94</sup> *Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 205.

<sup>95</sup> Vgl. hierzu oben Abschnitt II. 2.

<sup>96</sup> Vgl. hierzu bereits oben Abschnitt II. 3., bei und in Fn. 43-45.

<sup>97</sup> Vgl. oben Abschnitt II. 2.

<sup>98</sup> *Jagusch* (Fn. 40), § 53 Anm. 3 f.

<sup>86</sup> Dass es im Grunde um jene Frage der Risikoverteilung geht, macht auch *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (231) deutlich, wenn er – freilich mit Blick zunächst ganz allgemein auf die Regeln der objektiven Zurechnung, denen er auch die Problematik der antizipierten Notwehr unterstellen will – darauf hinweist, dass es darauf ankomme, „welche Folgen sozialer Interaktion in die Verantwortung des Handelnden gestellt werden und für welche er auf andere Personen, auf Unglück oder auf das allgemeine Lebensrisiko verweisen kann“.

<sup>87</sup> Vgl. oben Abschnitt II. 3.

<sup>88</sup> Oben Abschnitte II. 4. (*Kunz*) und II. 5. (*Schlüchter*).

<sup>89</sup> Oben Abschnitt II. 5.

<sup>90</sup> Vgl. oben Abschnitt II. 1., bei und in Fn. 26.

<sup>91</sup> Im einzelnen hierzu oben Abschnitt II. 1.

<sup>92</sup> So ganz richtig schon *Schlüchter* (Fn. 1), S. 315.

<sup>93</sup> Wenn *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 52 f. jüngst dafür plädiert, „auf den Versuch, die Problematik der Selbstschutzmecha-

von Gewaltpotential leicht in einem Zustand alltäglicher und allgegenwärtiger Verunsicherung und Bedrohung enden könnte.

3. Nicht minder freilich abzulehnen ist auch die gewissermaßen entgegengesetzte Lösung, eine Erforderlichkeit der jeweiligen konkreten Abwehrmaßnahme und damit eine Strafflosigkeit des Betreibers der Selbstschutzanlage nur für den Fall anzunehmen, dass die Abwehrmaßnahme – man ist versucht zu sagen: nur zufällig – das richtige Mittel zur Abwehr des tatsächlich geschehenen Angriffs ist.<sup>99</sup> Eine solche Überbürdung des – wie ich es nennen möchte – „Fehlschuss-Risikos“ allein auf die Schultern des Verteidigers ist nicht sachgerecht.

Es braucht wohl nicht näher dargelegt zu werden, dass einerseits der Schutz der eigenen Rechtsgüter, insbesondere des Eigentums, immer dann besonders schwierig ist, wenn man nicht selbst anwesend ist, um ihnen vor Ort den erforderlichen Schutz zu gewähren, dass andererseits es aber schlechterdings nicht möglich ist, seinen Rechtsgütern durchgehend den nur bei Anwesenheit möglichen maximalen Schutz zu gewähren, weil man eben nicht immer anwesend sein kann. Es kann nun aber doch nicht angehen, dass es nicht möglich sein soll, das Minus an Schutz, das durch vorübergehende Abwesenheit entsteht, auszugleichen durch das Treffen geeigneter Vorkehrungen zur automatisierten Gegenwehr, ohne dabei wegen des hohen Risikos nicht exakt auf die Situation passenden Wirksamwerdens stets, um es pointiert zu formulieren, mit einem Bein im Gefängnis zu stehen. Für potentielle Angreifer wäre bzw. ist eine solche rechtliche Situation natürlich sehr vorteilhaft: Verzichteten die Bürger wegen des damit verbundenen hohen Strafbarkeitsrisikos ganz überwiegend auf die Installation von Selbstschutzanlagen, braucht etwa ein findiger Dieb nur auf den Moment zu warten, da der Wohnungsbesitzer nicht anwesend ist, weil er während dieser Zeit kaum mit Gegenwehr zu rechnen braucht – weder mit der unmittelbar personalen Gegenwehr des ja nicht Anwesenden, noch mit einer automatisierten Gegenwehr, weil eine solche wegen des mit ihr für den Betreiber verbundenen hohen Strafbarkeitsrisikos in aller Regel nicht vorhanden sein wird. Auf diese Weise wird – dies sei noch ergänzend angemerkt – im Übrigen auch die nach richtiger Auffassung<sup>100</sup> der Notwehr immanente generalpräventive Wirksamkeit in drastischer Weise verkürzt.

Ein solcher Standpunkt ließe sich bestenfalls mit Hilfe des Gedankens des Gewaltmonopols des Staates erklären. Von hier aus erschiene es durchaus konsequent, dem sich Verteidigenden das volle Risiko eines Missgriffs bei der automatisierten Gegenwehr aufzuerlegen,<sup>101</sup> bedeutet doch die Errichtung solcher Schutzanlagen „den antizipierten Verzicht auf die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe“<sup>102</sup>. Nur ist es

so, dass – gerade in der heutigen Zeit hoher Kriminalitätsraten und zurückgefahrener Personalausstattung bei der Polizei – in der Einrichtung von Selbstschutzanlagen – worauf schon *Schlüchter* ganz richtig hinweist –<sup>103</sup> „keine Missachtung des staatlichen Gewaltmonopols oder gar eine Auflehnung hiergegen“ liegt. Vielmehr werden insoweit – jedenfalls dem Ansätze nach – nur „die Defizite im Schutz der Bevölkerung durch die Obrigkeit realistisch eingeschätzt. So mag der Bürger noch davon ausgehen können, dass er bei einem konkret bevorstehenden Angriff [durch die Polizei] vor Schaden bewahrt wird. Schwierigkeiten ergeben sich aber schon, wenn zwar Anzeichen auf einen potentiellen Schädiger und die Art des Angriffs hinweisen, nicht aber dessen voraussichtlicher Zeitpunkt bekannt ist. Je stärker die staatliche Hilfe eine allgemeine Observation [scil.: eine ausgedehnte Bewachung der gefährdeten Objekte] voraussetzt, desto weniger kann der Bürger sie erwarten“<sup>104</sup>. Was bleibt ihm also, als das berechnete Anliegen, selbst Vorsorge zu treffen, so dass es sich letztlich, um noch einmal mit *Schlüchter* zu sprechen,<sup>105</sup> „nicht uneingeschränkt verantworten [lässt], den Bürgern das mit einer automatischen Anlage verbundene Übermaßrisiko aufzubürden“.

4. In die vom Ergebnis her zumindest prinzipiell richtige Richtung zielt daher der vor allem von *Kunz* ausgearbeitete Ansatz,<sup>106</sup> die nötige Erforderlichkeit und daraus resultierende Straffreiheit an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der die Selbstschutzanlage Einrichtende eine gleichsam gestaffelte Verteidigung ins Werk setzt, die es ermöglicht, verschiedenen intensive Angriffe auf der jeweils ihnen angemessenen Verteidigungsstufe mit der jeweils passenden Verteidigungsmaßnahme zu beantworten. Aber einmal abgesehen von konstruktiven Bedenken, unter anderem dem bereits weiter oben<sup>107</sup> erwähnten Kritikpunkt, dass mit dem für diese Staffellösung einhergehenden Abstellen der Erforderlichkeitsprüfung auf die zum Zeitpunkt bereits der Errichtung der Anlage bestehenden Verteidigungsalternativen der maßgebliche Zeitpunkt beim Merkmal der Erforderlichkeit anders gewählt ist als bei dem der Gegenwärtigkeit, vermag dieser Ansatz auch vom Ergebnis her nicht, zumindest nicht vollkommen zu überzeugen.

Zuzustimmen ist *Kunz* allerdings insoweit – freilich auch *nur* insoweit – als er den vorprogrammierten Einsatz abgestufter Verteidigungsmaßnahmen als Mittel zur Beweiserleichterung hinsichtlich der Erforderlichkeitsprüfung versteht: Tatsächlich wird man ihm darin beipflichten dürfen, wenn er dartut,<sup>108</sup> „die Erforderlichkeit selbsttätiger Gegenwehr“ werde „in concreto durch die Hartnäckigkeit eines Angreifers dokumentiert, der sich durch warnende, hemmende und gelinder gegenwirkende Mittel nicht von der Fortset-

<sup>99</sup> Vgl. hierzu oben Abschnitt II. 3.

<sup>100</sup> Vgl. nur *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 2.

<sup>101</sup> So ganz richtig *Schlüchter* (Fn. 1), S. 317; vgl. auch *Kunz* (Fn. 2), 543: „Der Einsatz privater Gegenwehrautomaten gefährdet das Primat hoheitlicher Intervention und höhlt das staatliche Gewaltmonopol aus.“

<sup>102</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 317.

<sup>103</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 317.

<sup>104</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 317 f. (Klammereinfügungen von mir).

<sup>105</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 318.

<sup>106</sup> Vgl. oben Abschnitt II. 4.

<sup>107</sup> Abschnitt II. 5., bei Fn. 77.

<sup>108</sup> *Kunz*, GA 1984, 539 (551); vgl. bereits oben Abschnitt II. 4., bei Fn. 68.

zung seiner Attacke abbringen lässt“. Denn tatsächlich, wenn sich etwa der Dieb weder durch die sichtbar angebrachte Warntafel, noch durch die hohe Umzäunung noch durch automatisch abgespielte akustische Warnhinweise, noch durch selbsttätig ausgelöste Warnschüsse vom weiteren einbrecherischen Vorgehen abhalten lässt, wird man kaum umhin kommen, den dann als letzte Abwehrstufe vorgesehenen gezielten Schuss in Kniehöhe als erforderliche Abwehrmaßnahme anzusehen.

Nicht aber wird man eine solchermaßen abgestufte Verteidigung im Sinne einer echten, für die Bejahung der Erforderlichkeit unverzichtbaren Voraussetzung begreifen dürfen. Denn zum einen fehlt es – was *Kunz* ganz offenkundig übersieht – bei der Notwehr ganz allgemein an einer Verpflichtung des Angegriffenen, für den Fall eines Angriffs Vorsorge für die Verfügbarkeit möglichst schonender Abwehrmittel zu treffen;<sup>109</sup> auch der anwesende Verteidiger kann ja nicht darauf verwiesen werden, er dürfe nicht mit der Flinte auf den gerade eben erst entdeckten mit der Beute flüchtenden und mit einem Warnschuss nicht mehr zu stoppenden Dieb schießen, weil er es versäumt habe, vorab für das Vorhandensein milderer Abwehrmaßnahmen zu sorgen, etwa eine Alarmanlage einzubauen und damit den Dieb bereits gar nicht erst in die Wohnung gelangen zu lassen. Warum sollte hier von dem antizipierte Notwehr Üben um ein so vielfaches Mehr zu verlangen sein? Vor allem aber wäre es geradezu widersinnig, wollte man in dem Falle, dass doch einmal die als einzige vorhergesehene vergleichsweise harte Abwehraktion des Selbstschutzautomaten sich als das in concreto objektiv richtige Abwehrmittel erweist, die Frage nach der Erforderlichkeit mit der Begründung verneinen, der Verteidiger wäre seiner Verpflichtung zur Einsetzung abgestufter Verteidigungsmittel nicht nachgekommen und könne deswegen nicht straffrei gestellt werden.

5. Ganz ähnliche Bedenken sind gegenüber der Erkennbarkeitslösung<sup>110</sup> zu erheben. Auch hier wird man gewiss bei umfassender Plastizität der vom Verteidiger in Kraft gesetzten Abwehrkonzeption und der mit ihr für einen Angreifer verbundenen Gefährdungen im Sinne einer Beweiserleichterung für die Erforderlichkeitsprüfung den Schluss ziehen dürfen, dass ein trotz alledem nicht abzuschreckender Angreifer über eine besonders hohe kriminelle Energie verfüge und ein besonders gefährlicher Angreifer sei, dem man letztlich nur mit dem tatsächlichen Einsatz der wirkungslos angeordneten Abwehrmaßnahme beikommen könne.<sup>111</sup>

Auch hier aber wird man die Erkennbarkeit nicht als echte, unverzichtbare Voraussetzung der Notwehrrforderlichkeit ansehen können.<sup>112</sup> Auch hier wäre nicht einzusehen,

warum das im konkreten Fall gerade doch einmal objektiv passende Abwehrmittel nur deswegen nicht erforderlich sein sollte, weil es nicht hinreichend erkennbar gewesen ist. Im Übrigen würde auch hier der nur antizipierte Notwehr Üben wiederum schlechter gestellt, als der sich vor Ort ad personam Verteidigende: Niemand käme wohl auf die Idee, dem vom beutesichernd sich vom Tatort entfernenden Dieb Geweckten den Einsatz seines Gewehres untersagen zu wollen, weil dem Dieb die Bewaffnung des Bestohlenen und die daraus resultierende Gefährlichkeit der Dieberei nicht hinreichend erkennbar gewesen sei.

6. Was nun insofern als letztes noch den Ansatz von *Schlüchter* anlangt:<sup>113</sup> Der höchst innovative Gedanke einer teilweisen Verlagerung der Problematik in den Tatbestand mittels Anwendung der Regeln der objektiven Zurechnung, insbesondere des auch sonst anerkannten Gedankens der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, erscheint mir in hohem Maße begrüßenswert und zustimmungswürdig. Ihm stehen, wie ich meine, weder dogmatisch-konstruktive Bedenken entgegen, noch sind vom Ergebnis her irgendwelche Unvertretbarkeiten ersichtlich. Ganz im Gegenteil gelingt es auf diese Weise, die zwar dem Grundgedanken nach weiterführenden, allein bei Anwendung im Rahmen der Notwehrrforderlichkeit aber – wie eben gezeigt – nur bedingt tauglichen Merkmale der Erkennbarkeit und der abgestuften Verteidigung in nunmehr uneingeschränkt fruchtbarer Weise zur Anwendung gelangen zu lassen. Vor allem gelingt damit die zuvor angemahnte partielle Risikoentlastung beim Aufsteller von Selbstverteidigungsanlagen auf in sich widerspruchsfreie Weise.

Nur in zweierlei Hinsicht möchte ich Kritik an *Schlüchters* Vorschlägen üben: Zum einen geht sie mit ihrer auf die Konstellation der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung beschränkten Konzeption bei der damit verbundenen Verlagerung der Problematik in den Tatbestand *nicht weit genug*, bleibt sie gewissermaßen auf halbem Wege stehen. Zum anderen führt sie auch in den Fällen der Selbstverantwortung den Wechsel in die Tatbestandlichkeit *nicht konsequent genug* zu Ende, macht sie vielmehr unsachgemäße Zugeständnisse an die aus der Notwehrdogmatik sich ergebenden Anforderungen. Dies beides soll im Folgenden nun noch näher erläutert werden.

#### IV. Die eigene Lösung

Wie von *Schlüchter* insoweit höchst überzeugend vorgezeichnet,<sup>114</sup> kann eine vernünftige, sachadäquate Verteilung des bei der Errichtung von Selbstschutzvorkehrungen unbestreitbar besonders hohen Fehlschuss-Risikos letztlich nur gelingen, wenn man derartige Fälle einer abgestuften Beurteilung unterzieht. Nur glaube ich, dass die von *Schlüchter* in den Raum gestellte Konzeption insofern ein zwar höchst beachtlicher und durchaus auch als Initialzündung zu verste-

---

men, deren spezifische Wirkung [...] gerade auf dem *Überraschungseffekt* beruht“ (Hervorhebung auch im Original).

<sup>113</sup> Zu diesem vgl. oben Abschnitt II. 5.

<sup>114</sup> *Schlüchter* (Fn. 1); vgl. bereits oben Abschnitt II. 5.

---

<sup>109</sup> So explizit *Jakobs* (Fn. 45), 12/35.

<sup>110</sup> Näher zu ihr bereits oben Abschnitt II. 4., bei Fn. 70 ff.

<sup>111</sup> In diesem Sinne etwa *Lenckner/Perron* (Fn. 2), § 32 Rn. 37 („ein wichtiges Indiz für die besondere Gefährlichkeit des Angriffs“) und *Spendel* (Fn. 3), § 32 Rn. 250; vgl. bereits oben Abschnitt II. 4., bei Fn. 72, 73.

<sup>112</sup> In diesem Sinne auch *Erb* (Fn. 2), § 32 Rn. 159, für den als dem Anspruch der „Erforderlichkeit“ genügende Verteidigungsmittel „grundsätzlich auch Mittel in Betracht kom-

hender, aber doch nur ein gewissermaßen erster Entwurf für eine derartige endgültige Stufenkonzeption sein kann.

1. Zunächst einmal wird man die erste Stufe bereits früher als beim Gedanken der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ansetzen müssen, nämlich bereits bei der Frage nach der Schaffung einer unerlaubten Gefahr.<sup>115</sup>

Nach der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung beurteilt sich die objektive Zurechenbarkeit zwischen Handlung und tatbestandlichem Erfolg danach, ob (1.) der Handelnde eine unerlaubte Gefahr geschaffen hat, sich (2.) diese Gefahr im konkreten Erfolg verwirklicht, und (3.) diese Erfolgsverwirklichung in die Reichweite – man mag auch sagen: in den Schutzbereich – des jeweiligen Deliktstatbestandes fällt.<sup>116</sup> Der von *Schlüchter* ins Spiel gebrachte Selbstgefährdungsgedanke gehört nun der dritten Stufe der objektiven Zurechnung an, der Frage nach dem Schutzzweck des konkret in Rede stehenden Tatbestandes – wird man doch davon ausgehen dürfen, dass es nicht Sinn einer Deliktsbeschreibung sein kann, den sich sehenden Auges einem bestimmten Risiko Aussetzenden gewissermaßen gegen seinen Willen vor den daraus auf ihn eindringenden Gefahren zu bewahren. Bereits auf der ersten Stufe der objektiven Zurechnung aber stellt sich die auch logisch ganz klar vorgeschaltete Frage, ob der Handelnde durch sein Verhalten überhaupt eine rechtlich relevante unerlaubte Gefahr geschaffen hat. Erst wenn dies bejaht werden kann, schließt sich die zweite Frage an, ob sich diese Gefahr auch zu einem tatbestandlichen Erfolg verdichtet hat, und dann erst die dritte Frage, ob und inwieweit sich der vom Eintritt dieses Erfolges verletzend Getroffene eigenverantwortlich selbst dieser Gefahr ausgesetzt hat.<sup>117</sup>

Auf unsere Problematik der Verwendung von Selbstschutzanlagen übertragen bedeutet dies die Frage, ob es in diesem Bereich nicht möglicherweise Fälle gibt, bei denen

<sup>115</sup> Dieser Gedanke scheint nunmehr auch bei *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 53 auf, der (im Anschluss an *Ontiveros Alonso*) die Problematik der Selbstschutzanlagen neuerdings gar *ausschließlich* „mit der Rechtsfigur des erlaubten Risikos zu lösen“ empfiehlt – ohne dabei freilich wesentlich konkreter zu werden, als: „Dabei wären alle für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit relevanten Faktoren genauestens abzuwägen. [...] Die Erarbeitung einer umfassenden sachgerechten Lösung [...] ist noch eine Aufgabe der Zukunft“. Vgl. bereits oben Fn. 93.

<sup>116</sup> Im Hinblick auf diese Dreistufigkeit folge ich zwar der Darstellung bei *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 44 ff. (ebenso – und ausführlich – bereits *M. Heinrich*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* [Fn. 36], Vor § 13 Rn. 71 ff., 90 ff.; von den „drei Strukturelementen“ der objektiven Zurechnung spricht auch *Kudlich*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* [Hrsg.], *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Vor §§ 13 ff. Rn. 51), meine damit jedoch keine inhaltliche Abweichung von den zahlreichen am Modell einer Zweistufigkeit orientierten, in der Sache aber auch nicht wesentlich anders konzipierten Darstellungen der Zurechnungslehre (näher hierzu *M. Heinrich*, a.a.O., Vor § 13 Rn. 86 ff., 89).

<sup>117</sup> Näher hierzu *M. Heinrich* (Fn. 116), Vor § 13 Rn. 90, 130 f., 132 ff.

schon gar nicht von der Schaffung einer unerlaubten Gefahr gesprochen werden kann. Dies ist, wie ich meine, uneingeschränkt zu bejahen. Fraglich erscheint mir insoweit nur, in *welchen* Fällen eine vorbereitete Abwehrmaßnahme als erlaubte Gefahr einzustufen ist.<sup>118</sup> Jedenfalls dann, so die Antwort, wenn eine Abwehrmaßnahme im jeweiligen Umfeld nicht nur allgemein üblich ist, sondern auch als generell akzeptabel angesehen wird, kurz gesagt, wenn es sich um eine Maßnahme handelt, die gewissermaßen den Stempel der Sozialadäquanz trägt. Zu denken ist hier in erster Linie an gängige rein defensive Abhaltevorkehrungen wie angespitzte Zaunlatten oder in die Maueroberkante eingelassene Glasscherben.<sup>119</sup> Nicht alle rein defensiv wirkenden Maßnahmen können freilich hierher gerechnet werden, sondern eben nur solche, deren Verwendung sich im Rahmen des nach allgemeiner Auffassung als üblich und akzeptabel eingestuft bewegt: nicht also etwa die hinter der Eingangstür befindliche Falltür, durch die der Eindringling möglicherweise mit tödlicher Folge in den Keller stürzt,<sup>120</sup> oder das eigens zur Diebesabwehr installierte Fanggitter im Kamin des saisonbedingt verlassenen Ferienhauses, das zwar durchaus insofern seinen Zweck erfüllt, als es das Eindringen des Diebes verhindert, aber gleichzeitig aufgrund seiner Bauart bewirkt, dass er den Kamin auch nicht mehr verlassen kann und infolge dessen jämmerlich im Kamin verhungert.<sup>121</sup>

<sup>118</sup> Zu weit gehend *Müssig*, *ZStW* 115 (2003), 224, wenn er – in einer von der hier verwendeten Terminologie abweichenden Weise sprechend – überhaupt „die Gestaltung des eigenen Organisationskreises“ als „ohne Auswirkungen auf den Rechtsverkehr“ betrachtet (a.a.O., 235) mit der Folge, dass „keine Haftung des Rechtsinhabers für Folgen eines fremden Eingriffs in sozial abgegrenzte Interna des Organisationskreises“ bestehe (a.a.O., 240); nicht zu überzeugen vermag insbesondere auch die Abgrenzung zwischen zur Haftungsfreistellung führender „sozial abgeschirmter Binnenorganisation“ und haftungsbegründenden „Sonderrisiken“ anhand des Kriteriums, ob für das vom Anlagenbetreiber geschaffene Gefährdungspotential nicht auch „eine Erklärung in einem harmloseren Kontext möglich“ ist (a.a.O., 239 f.).

<sup>119</sup> Vgl. hierzu bereits oben bei Fn. 21 mit weiteren Beispielen in Fn. 21.

<sup>120</sup> Vgl. hierzu bereits oben bei und in Fn. 18.

<sup>121</sup> Wenn *Spendel* (Fn. 3), § 32 Rn. 250, in dem von ihm konkret berichteten Fanggitter-Fall im Ergebnis zu einer strafrechtlichen Entlastung des Eigentümers des Ferienhauses gelangt, so steht dies nicht notwendig im Widerspruch zu dem oben Dargelegten. Zum einen nämlich erörtert er den Fall nicht im Hinblick auf die objektive Zurechenbarkeit zum Tatbestand, sondern im Rahmen der Notwehrrforderlichkeit; zum anderen wird, wenn er dabei abstrahierend von der Fallkonstellation spricht, dass „ein Einbrecher auf einem völlig ungewöhnlichen Wege in ein Haus einzusteigen versucht und ihm dabei eine übliche Sicherung zum Verhängnis wird“, deutlich, dass auch er sich letztlich – insoweit in der Sache durchaus im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung – am oben herangezogenen Merkmal der Üblichkeit der Abhaltevorkehrung orientiert und lediglich bei der Frage, ob denn

Die Schaffung einer schon von vornherein erlaubten Gefahr kann aber auch beim Einsatz offensiv wirkender Vorkehrungen jedenfalls dann angenommen werden, wenn eine solche Maßnahme in dem betreffenden Lebenskreis als gängiges und ohne weiteres akzeptables Abwehrmittel erscheint; man denke hier nur an den im Garten frei laufenden, bissigen Wachhund. Ob weitergehend ganz generell darüber hinaus auch noch weitere Fälle erlaubter Gefahrschaffung aufgefunden werden können, bedarf noch der näheren Untersuchung, die an dieser Stelle freilich nicht vorgenommen werden kann. Ich neige dazu, überhaupt auch Abwehrmaßnahmen schärferen Zuschnitts dann als Schaffung einer erlaubten Gefahr und damit als schon nicht tatbestandsmäßig anzusehen, wenn sie einerseits nach außen hin in ihrer Wirkung und in ihrer Gefährlichkeit klar erkennbar sind und wenn sie andererseits jedenfalls nicht zu schweren Schädigungen an Leib und Leben des Angreifers führen können. Wo schließlich, wie dies etwa in Baden-Württemberg der Fall ist,<sup>122</sup> für die Aufstellung von Selbstschutzanlagen eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, wird man mit Fug die im Falle der Genehmigung erfolgende Einrichtung der Anlage als Schaffung einer *erlaubten* Gefahr betrachten können.<sup>123</sup>

2. Auf einer zweiten Stufe wären dann, ganz im Sinne des Vorschlags von *Schlüchter*<sup>124</sup>, die Fälle der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung als ebenfalls nicht tatbestandsmäßig auszuscheiden.<sup>125</sup> Hierunter ließen sich all die Fälle rechnen, bei denen der – zu eigenverantwortlichem Verhalten befähigte –<sup>126</sup> Angreifer tatsächlich sehenden Auges die durch die Abwehrmaßnahme in die Welt gesetzte Gefahr auf sich genommen hat, um sein deliktisches Ziel zu erreichen. Dies wäre wohl in den meisten der Fälle anzunehmen, in denen der Verteidiger sich tatsächlich der Mühe unterzogen hat, die Verteidigung plastisch nach außen hin erkennbar zu machen

---

ein solches Fanggitter dem Üblichen entspricht, zu einer weniger einbrecherfreundlichen Antwort gelangt.

<sup>122</sup> Vgl. § 11 Landes-OWiG v. 8.2.1978.

<sup>123</sup> Wenn *Erb* (Fn. 2), § 32 Rn. 162 formuliert: „auf die Einholung verwaltungsrechtlich erforderlicher Genehmigungen [scil.: für die Einrichtung von Selbstschutzanlagen] [...] kommt es für das Notwehrrecht [...] nicht an“, so ist ihm insofern zuzustimmen, als nach der hier vertretenen Konzeption bei Vorliegen einer solchen Genehmigung schon die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen ist und es somit zur Frage nach der Rechtswidrigkeit gar nicht mehr kommt; sofern er jedoch mit seinen Worten zum Ausdruck bringen will, dass das Vorliegen einer entsprechenden Genehmigung für die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Aufstellers der Selbstschutzanlage überhaupt irrelevant sei, so ist ihm darin zu widersprechen.

<sup>124</sup> Vgl. noch einmal oben Abschnitt II. 5. Ebenso etwa auch *Rönnau/Hohn* (Fn. 2), § 32 Rn. 200; *Erb* (Fn. 2), § 32 Rn. 156; *Lenckner/Perron* (Fn. 2), § 32 Rn. 37.

<sup>125</sup> Zustimmend *Krey* (Fn. 50), Rn. 480, bei und in Fn. 113a.

<sup>126</sup> [...] nicht also das nach § 19 StGB schuldunfähige Kind, der gem. § 20 StGB Schuldunfähige oder der in einer Notstandssituation gem. § 35 Abs. 1 StGB Befangene; vgl. hierzu *M. Heinrich* (Fn. 116), Vor § 13 Rn. 138.

– und der Angreifer sie dementsprechend auch erkannt hat<sup>127</sup> –, aber auch in anderen Fällen, soweit der Angreifer, etwa aufgrund ihm eigenen Sonderwissens auch ohne allgemeine Erkennbarkeit die entsprechende Kenntnis de facto hat. Nicht also – wie *Schlüchters* Ausführungen es nahelegen – auf die Erkennbarkeit als solche, sondern auf die tatsächliche Kenntnis des Angreifers kommt es hiernach an.

Aber noch in einem Weiteren ist *Schlüchter* an dieser Stelle zu widersprechen, insofern nämlich, als sie verlangt, dass selbst bei zweifelsfreier Erkennbarkeit und auch bei noch so sorgfältig vorgenommener Abstufung der Verteidigungsmaßnahmen, letztlich also auch, „wenn sich der Angreifer bei Erkennbarkeit des in der Selbstschutzanlage enthaltenen Gefahrenpotentials eigenverantwortlich selbst gefährdet“<sup>128</sup>, „prospektiv selbst das äußerste Mittel in der Intensität nicht über das Ausmaß zu erwartender Angriffe hinausgeht“<sup>129</sup>. Die darin liegende Hinübernahme der bei der Notwehr zu beachtenden Einschränkungen in die Beurteilung der objektiven Zurechnung erscheint nicht nur inkonsequent und als unsachgemäße Vermischung von Zurechnungs- und Notwehrrecht, sondern würde auch in der Sache der üblichen Sicht in Selbstgefährdungsfällen widersprechen, gibt es dort doch ganz allgemein keine obere Grenze hinsichtlich der vom Opfer eigenverantwortlich auf sich genommenen Gefahr. Auch die Befürchtung *Schlüchters*, ohne eine solche Begrenzung wäre eine Fehlentwicklung vorgezeichnet dahingehend, dass damit Verteidiger rechtlich risikofrei stets auch die gefährlichsten Abwehrmaßnahmen vorsehen könnten, soweit sie diese nur genügend erkennbar gestalten,<sup>130</sup> überzeugt nicht. Denn anders als in den Fällen schon der Schaffung eines erlaubten Risikos kann der Selbstgefährdungsgedanke ja nur dann zum Tatbestandsausschluss führen, wenn das Opfer sich *eigenverantwortlich* selbst gefährdet, was etwa bei einem Kind, einem Geisteskranken oder einem über die Gefährlichkeit Irrenden nicht gegeben ist – mit der Folge, dass für diese Fälle<sup>131</sup> nach wie vor eine Bestrafung im Raume steht, so dass sich ein allzu leichtfertiger Umgang mit übertriebenen Abwehrmaßnahmen eben doch von selbst verbietet. Im Übrigen, und insoweit findet die Besorgnis *Schlüchters*<sup>132</sup> nun doch ein Echo, wird man den Grundsatz aufstellen müssen, dass, je größer die in der Abwehrmaßnahme liegende Gefährlichkeit ist, desto eher von einer zur Annahme von Eigenverantwortlichkeit nicht hinreichenden Einschätzung der Situation durch den sich selbst Gefährdenden auszugehen sein wird.

---

<sup>127</sup> Vgl. hierzu das Beispiel unten bei Fn. 133, 134.

<sup>128</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 326/27.

<sup>129</sup> *Schlüchter* (Fn. 1), S. 325.

<sup>130</sup> Dahin gehen offenbar die Befürchtungen *Schlüchters*, wenn sie sich darum sorgt, ohne entsprechende Einschränkungen einer straflosen Teilnahme an der Selbstgefährdung „könnte die antizipierte Notwehr als Freibrief für Verteidigungsmöglichkeiten genutzt werden, die dem sich eigenhändig Verteidigenden verschlossen bleiben“, vgl. *Schlüchter* (Fn. 1), S. 324.

<sup>131</sup> Vgl. hierzu das Beispiel unten bei Fn. 141.

<sup>132</sup> Vgl. soeben bei und in Fn. 130.

3. Auf dritter Stufe folgt nun die Rechtswidrigkeitsprüfung, die nur, aber auch immer dann eigenständige Bedeutung erlangt, wenn der Verteidiger eine unerlaubte Gefahr geschaffen hat und beim Opfer keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung zu verzeichnen ist. In all diesen Fällen nicht bereits gegebenen Tatbestandsausschlusses sind nunmehr die Voraussetzungen der Notwehr zu prüfen.

Insbesondere sind hier diejenigen Fälle als nicht notwehrfähig und deswegen im Ergebnis strafbar herauszufiltern, bei denen schon kein Angriff vorliegt, so etwa in dem bereits erwähnten Fall, dass ein Radfahrer, um eine Pause zu machen, sein Rad an den unter Strom gesetzten Zaun lehnt und dabei ums Leben kommt.<sup>133</sup> Eine solche Abwehrmaßnahme ist gewiss sozial inadäquat und von daher die Schaffung einer unerlaubten Gefahr; mangels Kenntnis des Radfahrers von der Gefahr liegt auch keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vor, dies übrigens auch dann nicht, wenn ein von ihm nicht gesehenes Hinweisschild vorhanden ist.<sup>134</sup> Da von dem Radfahrer kein Angriff ausgeht, scheitert eine Notwehrrechtfertigung schon im Vorfeld einer Erforderlichkeitsprüfung.

Nichts anderes gilt hinsichtlich solcher Fälle, in denen zwar ein gem. § 32 Abs. 2 StGB gegenwärtiger Angriff im Raume steht, der Angreifer aber seinerseits in seinem Vorgehen gerechtfertigt ist, wie etwa in dem Fall, dass ein von Sturm und Wetter überraschter Bergsteiger sich mit letzter Kraft Zugang zur schützenden Berghütte verschafft – und nunmehr, ungeachtet der sein Vorgehen rechtfertigenden Wirkung des § 34 StGB, vom Projektil der vorinstallierten Selbstschussanlage niedergestreckt wird.<sup>135</sup>

Damit verbleiben für die Notwehrprüfung noch all diejenigen Fälle der Verwendung von Selbstschutzanlagen, die einerseits nicht schon auf Tatbestandsebene einer Klärung zugänglich sind, bei denen andererseits aber eine Notwehrrechtfertigung nicht bereits mangels Vorliegens eines rechtswidrigen Angriffs zu verneinen ist und die deswegen einer näheren Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit zuzuführen sind. Hier wird man davon auszugehen haben, dass der Verwender der Selbstschutzanlage das Risiko situativer Überreaktion im Wesentlichen selbst zu tragen hat, indem man darauf abhebt, was ein tatsächlich anwesender Verteidiger als Mittel hätte einsetzen dürfen.<sup>136</sup> Zur Beurteilung dieser Frage kann den – in erster Linie freilich im Hinblick auf das etwaige Vorliegen einer tatbestandsausschließenden eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bedeutsamen<sup>137</sup> – Kriterien der Erkennbarkeit und der Abgestuftheit der Verteidigung durchaus noch einmal eine Indizwirkung

zukommen in dem schon besprochenen Sinne,<sup>138</sup> dass ein Angreifer, der trotz Erkennbarkeit und Abgestuftheit der Verteidigungsvorkehrungen nicht von einer Fortsetzung seines Angriffs abzubringen ist, sich eben als mit mildereren Mitteln nicht abwehrbar erweist; eine darüber hinausgehende, eigenständige Bedeutung im Sinne unverzichtbarer Voraussetzungen der Erforderlichkeit ist – wie schon dargelegt<sup>139</sup> – den Kriterien der Erkennbarkeit und Abgestuftheit hingegen nicht zuzumessen.

Als nicht durch Notwehr gerechtfertigt werden schließlich jene Fälle zu erkennen sein, in denen zwar ein rechtswidriger Angriff vorliegt und in denen auch das Merkmal der Erforderlichkeit zu bejahen ist, es aber an der Gebotenheit der Abwehr fehlt. Zu denken ist hier an den ebenfalls bereits herangezogenen Fall,<sup>140</sup> dass ein Kind in diebischer Absicht auf den Baum des Nachbarn klettern will, dabei aber in ein dort ausgelegtes Fangeweis tritt: Eine erlaubte Gefahrschaffung ist hier ebenso wenig anzunehmen, wie eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung, letztere übrigens aufgrund des altersbedingten Reifedefizits selbst dann nicht, wenn das Kind Kenntnis von der Abwehrmaßnahme hat.<sup>141</sup> Aufgrund der gemäß § 19 StGB bestehenden Schuldunfähigkeit des Kindes besteht eine auch in den Fällen antizipierter Notwehr zu beachtende sozioethische Einschränkung, die zur Versagung einer Notwehrrechtfertigung beim Verteidiger führt.

4. Auf vierter Stufe wäre noch – gemäß einem Vorschlag von *Herzog*<sup>142</sup> – zu überlegen, ob nicht ausnahmsweise trotz Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit und der Ablehnung einer Notwehrrechtfertigung nicht gar noch auf der Ebene der Schuld das Risiko übermäßiger Verteidigung von den Schultern des Verteidigers genommen werden kann. Wie ich meine, wird aber – ohne auch dies hier noch näher ausführen zu wollen – die in Frage kommende Annahme eines Erlaubnisirrtums<sup>143</sup> nur mit großer Zurückhaltung und letztlich nur dann vorgenommen werden können, wenn dies entsprechend einer auch sonst gängigen Konstellation des Erlaubnisirrtums möglich erscheint. Ein solcher nach § 17 StGB zu behandelnder Irrtum wäre wohl etwa dann anzunehmen, wenn ein aus einem fremden und mit rauerer Sitten als hierzulande gesegneten Kulturkreis Stammender nunmehr glaubt, bei der antizipierten Verteidigung seiner Güter die den Gebräuchen seiner Heimat entsprechenden ebenfalls etwas rüderer Abwehrmaßnahmen treffen zu dürfen. Auch die Frage der Vermeidbarkeit wird dann nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen sein.

<sup>133</sup> Vgl. oben bei Fn. 53.

<sup>134</sup> Vgl. bereits oben bei Fn. 127: Nicht auf die Erkennbarkeit als solche, sondern auf die tatsächliche Kenntnis des Angreifers kommt es an.

<sup>135</sup> So – mit eben diesem Gewitterbeispiel – auch *Kühl*, Jura 1993, 123: „Das Risiko, daß der Schuß einen gerechtfertigten Angreifer trifft, hat der Verteidiger zu tragen“; vgl. bereits oben bei Fn. 54.

<sup>136</sup> Vgl. hierzu bereits oben Abschnitt II. 2.

<sup>137</sup> Vgl. hierzu den vorhergehenden Abschnitt 2.

<sup>138</sup> Vgl. hierzu oben Abschnitt III. 4., bei Fn. 108, und Abschnitt III. 5., bei Fn. 111.

<sup>139</sup> Oben Abschnitt III. 4., bei Fn. 109, und Abschnitt III. 5., bei Fn. 112.

<sup>140</sup> Vgl. oben bei Fn. 55.

<sup>141</sup> Vgl. hierzu bereits oben bei Fn. 131.

<sup>142</sup> *Herzog* (Fn. 1), S. 214.

<sup>143</sup> Auch für *Herzog* (Fn. 1), S. 214 geht es um die „Frage der Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit eines Erlaubnisirrtums“.

## V. Zusammenfassung

Alles in allem scheint mir mit der hier vorgeschlagenen Konzeption der Spagat möglich zwischen einerseits der notwendigen Anerkennung des Bedürfnisses der Bürger, auch ohne Inanspruchnahme staatlicher Hilfe ihre Rechtsgüter auch für den Fall ihrer Abwesenheit wirksam zu schützen, und andererseits dem kriminal- und gesellschaftspolitischen Erfordernis zu entsprechen, das Gewaltmonopol des Staates weitestgehend aufrechtzuerhalten und nicht einer Entwicklung Vorschub zu leisten hin zu einer uferlosen Verbreitung privater Gewalt, wie sie einem dem inneren Frieden verpflichteten Rechtsstaat nicht gut zu Gesicht stünde.

Diese Konzeption abgestufter Beurteilung ermöglicht es, eine hinreichend dem Einzelfall angepasste Risikoverteilung zwischen dem an maximalem Schutz interessierten Betreiber von Selbstschutzanlagen und den ebenso legitimen Interessen der von der Abwehrmaßnahme konkret Betroffenen vorzunehmen: Bei sozial adäquaten Abwehrmaßnahmen trägt der Verwender keinerlei Risiko, nicht anders als etwa beim ebenfalls prinzipiell gefährlichen aber dennoch erlaubten Betreiben einer gefahrträchtigen Produktionsanlage oder auch dem regelmäßigen Fahren mit einem Kraftfahrzeug. Dies gilt auch gegenüber Nichtangreifern und Schuldunfähigen. Auch bei Fällen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung wird das Risiko weitestgehend von ihm genommen, wobei ihm hier aber immerhin das Restrisiko verbleibt, dass ein nicht eigenverantwortlich Handelnder (etwa ein Kind oder auch ein nicht hinreichend aufmerksamer Erwachsener) sich in den Gefahrenbereich der Anlage begibt. Auf dritter Stufe hingegen trägt der Verteidiger das Hauptrisiko im Einzelfall nicht passender Verteidigung, fehle es an einer solchen nun schon mangels eines rechtswidrigen Angriffs oder aber aus Gründen fehlender Erforderlichkeit oder fehlender Gebotenheit.

Das alles bedarf selbstverständlich noch der näheren Ausarbeitung. Dieser Beitrag, der *Jörg Tenckhoff* mit herzlichen Glückwünschen zum 70. Geburtstag gewidmet ist, vermag aber doch wenigstens, wie ich meine, in den Grundzügen eine denkbare Lösung für die hier zu behandelnde Problematik erkennbar werden zu lassen.

# Vollendung, Versuch und Rücktritt im „Interferenzbereich“ zwischen Schwangerschaftsabbruch und allgemeinem Tötungsdelikt – Ein imaginäres Lehrgespräch

Von Prof. Dr. Wilfried Küper, Heidelberg\*

## I. Einleitung

In guter, fruchtbarer Tradition knüpfen Beiträge zu Festschriften häufig an das wissenschaftliche Werk des Jubilars an. Auch in *Jörg Tenckhoffs* Oeuvre gibt es dafür manche „verführerischen“ Anknüpfungspunkte. Dies gilt etwa für seine Arbeiten zu den Ehrverletzungsdelikten,<sup>1</sup> zu Betrug und Erpressung,<sup>2</sup> den Straftaten gegen das Eigentum,<sup>3</sup> zum erfolgsqualifizierten Delikt<sup>4</sup> oder zu den Unterlassungsdelikten<sup>5</sup> – um nur einige zu nennen. *Tenckhoffs* meisterhafte Essays zu Klassikern der „schönen Literatur“ und zu „Literatur und Recht“<sup>6</sup> legen überdies den Gedanken nahe, auch auf diesem Gebiet eine Verbindung zu seinem wissenschaftlichen Werk herzustellen.

Gleichwohl habe ich hier einen anderen Ausgangspunkt und eine andere Form der Ehrung unseres Jubilars gewählt. Mein Beitrag will daran erinnern, dass *Jörg Tenckhoff* – nach verlässlichen Quellen – in seiner „aktiven Zeit“ als Heidelberger Assistent und später als Augsburger Professor nicht nur ein forschender und publizierender Wissenschaftler, sondern auch ein vorzüglicher, von den Studierenden sehr geschätzter *akademischer Lehrer* gewesen ist. Als Hommage, die dieser Seite seines Wirkens gelten soll, habe ich deshalb einen „didaktischen“ Beitrag entworfen. Er hat die ungewöhnliche Form eines *Dialogs*: eines fiktiven Gesprächs zwischen einem Lehrenden (L) und einem Studenten bzw. einer Studentin (S) über einen praktischen Fall. In dem Fall geht es im Schwerpunkt um eine für Studierende gewiss etwas extravagante, aber auch lehrreiche Materie, um Probleme des Schwangerschaftsabbruchs und seines Verhältnisses

---

\* Der Verf. ist emeritierter Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsgeschichte an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

<sup>1</sup> *Tenckhoff*, Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, 1974; *ders.*, Ehrverletzungsdelikte, 4. Aufl. 1997; *ders.*, JuS 1988, 199, 457, 618, 787; *ders.*, JuS 1989, 35, 198.

<sup>2</sup> *Tenckhoff*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 677; *ders.*, JR 1994, 489.

<sup>3</sup> *Tenckhoff*, JuS 1980, 723; *ders.*, JuS 1984, 775.

<sup>4</sup> *Tenckhoff*, ZStW 88 (1976), 897.

<sup>5</sup> *Tenckhoff*, JuS 1978, 308; *ders.*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 347.

<sup>6</sup> Vgl. z.B.: *Tenckhoff*, in: Heinrich Mann-Jahrbuch 12/1994 (1995), S. 65 (auch in: Jahrbuch der Universität Augsburg 1993/1994 [1995], S. 174); *ders.*, in: Bartl (Hrsg.), Festschrift für Helmut Koopmann, 1998, S. 339; *ders.*, JZ 2000, 1143 (auch in: Vormbaum [Hrsg.], Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Bd. 2 [2000/2001], S. 645, sowie in: Vormbaum [Hrsg.], Franz Kafka – Der Prozeß, 2006, S. 223); *ders.*, in: Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Bd. 3 (2001/2002), S. 645; *ders.*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 645.

zu den allgemeinen Tötungsdelikten, außerdem um den Rücktritt vom Versuch des Schwangerschaftsabbruchs.

## II. Ein praktischer Fall

Vor Beginn des Gesprächs legt L dem/der S den folgenden Sachverhalt vor und fordert dazu auf, den Text ruhig und sorgfältig zu lesen:

Die 18jährige Schülerin A wird von einem ihrer Lehrer ungewollt schwanger. Beide kommen überein, dass die Angelegenheit unter allen Umständen geheim gehalten und die Schwangerschaft abgebrochen werden müsse. Dafür erhält A von dem Lehrer 5.000 Euro. A verschleppt zunächst den Schwangerschaftsabbruch. Erst in der 28. Woche, als sich die Schwangerschaft kaum mehr verheimlichen lässt, sucht sie die ehemalige Hebamme H auf, die sich auch bereit erklärt, gegen Zahlung von 5.000 Euro den Abbruch vorzunehmen. Da H ebenso wenig wie A selbst – die nur unregelmäßig die Pille genommen hat – den Zeitraum der Schwangerschaft genau einschätzen kann, öffnet sie bei A die Fruchtblase. Hierbei geht H davon aus, dass infolge dieses Eingriffs eventuell ein lebendes, aber jedenfalls nicht lebensfähiges Kind zur Welt kommen werde. Kurz nach dem Eingriff setzen bei A die Wehen ein. Es kommt zur Geburt eines Kindes, das – wie H sogleich erkennt – bei medizinischer Intensivbehandlung noch Überlebenschancen hätte. Als das Kind zu schreien beginnt, bittet A die H, „die Sache zu Ende zu bringen“ und das Kind zu ersticken. Zum Schein verspricht H, dies zu tun und das tote Kind dann zu „entsorgen“: A solle inzwischen zwei Stunden ruhig liegen bleiben, um sich von dem Eingriff zu erholen. In Wirklichkeit verlässt H mit dem Kind die Wohnung und bringt es in die „Babyklappe“ des nahe gelegenen Kreiskrankenhauses. Dort wird das Kind nach kurzer Zeit gefunden und sogleich eine medizinische Intensivbehandlung veranlasst, mit der es gelingt, das Leben des Neugeborenen zu retten.

## III. Das Lehrgespräch

Nach der Lektüre dieses Textes wird S gebeten, den Sachverhalt in seinen wesentlichen Partien zu wiederholen. Dann beginnt das Gespräch zwischen L und S:

L: Ich habe diesen Fall nicht selbst erfunden, sondern Ihnen – geringfügig gekürzt und sprachlich etwas verändert – einen Sachverhalt präsentiert, der im Herbst 2008 Teil einer baden-württembergischen Examensklausur gewesen ist, einer insgesamt freilich umfangreicheren Prüfungsaufgabe in der Ersten Juristischen Staatsprüfung.<sup>7</sup> Gefragt war nach der Strafbarkeit von A und H. Wir wollen uns auf die Frage beschränken, wie sich H strafbar gemacht haben könnte, also die A außer Betracht lassen, dafür aber die Strafbarkeit der H gründlich untersuchen. Bevor wir in die nähere Prüfung eintreten, möchte ich Sie erst einmal nach Ihrem *intuitiven Ein-*

---

<sup>7</sup> Staatsprüfung in der Ersten Juristischen Prüfung Baden-Württemberg, Herbst 2008, Aufsichtsarbeit Nr. 4 (Strafrecht).

druck von unserem Fall fragen. Was fällt Ihnen daran auf? Wo sehen Sie Besonderheiten, die strafrechtlich berücksichtigt werden müssten?

S: H hat sich zunächst zum Abbruch der Schwangerschaft „bereit erklärt“. Hier sehe ich allenfalls die Besonderheit, dass dieses Verhalten noch straflos ist, weil sich § 30 Abs. 2 StGB auf „Verbrechen“ bezieht, der Schwangerschaftsabbruch jedoch nur ein „Vergehen“ darstellt (§§ 218 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB).

L: Einverstanden. Und wie verhält es sich mit dem Schwangerschaftsabbruch?

S: Unter einem typischen Schwangerschaftsabbruch stelle ich mir zunächst eine Handlung vor, durch die der Embryo oder Fetus – man benutzt wohl auch heute noch den altertümlichen Ausdruck „Leibesfrucht“ – *im Mutterleib* getötet und auf diese Weise „abgetrieben“ wird. So war es im Sachverhalt allerdings nicht. Vielmehr wurde nach dem Einsetzen der Wehen gewissermaßen regulär ein lebendes Kind geboren, dessen Leben letztlich auch erhalten werden konnte. Das ist ein extrem atypisches Geschehen, bei dem ich intuitiv Zweifel habe, ob man es als Abbruch der Schwangerschaft beurteilen darf. Keine Zweifel hätte ich, wenn das Geschehen tatsächlich so verlaufen wäre, wie es sich H als Möglichkeit vorgestellt hat, d.h. wenn als Folge des Eingriffs ein „nicht lebensfähiges“ Kind geboren worden wäre. Dann würde ich in der Herbeiführung dieses Zustandes, also der „Lebensunfähigkeit“ des Kindes, einen Schwangerschaftsabbruch sehen.

L: Das müssen Sie allerdings näher erläutern. Wieso soll die Herbeiführung der Frühgeburt eines „lebensunfähigen“ Kindes schon ein Schwangerschaftsabbruch sein? Und was heißt es überhaupt, dass das Kind „nicht lebensfähig“ ist?

S: Gestatten Sie, dass ich auf dem Umweg über die Beantwortung Ihrer *zweiten* Frage zur ersten komme. Der Begriff der „Lebensfähigkeit“ und sein Gegenbegriff, die „Lebensunfähigkeit“, sind offenbar keine besonders klaren Begriffe. Logisch betrachtet ist ja jedes lebend geborene Kind, auch das als „lebensunfähig“ bezeichnete, notwendig zugleich „lebensfähig“; denn sonst würde es nicht leben.<sup>8</sup> Die Begriffe sind deshalb wohl nicht logisch, sondern pragmatisch gemeint. „Nicht lebensfähig“ ist danach ein Kind, das praktisch keine relevante Chance hat, den Eingriff zu überleben, weil es aufgrund seines körperlichen Zustandes zwangsläufig innerhalb kurzer Frist sterben muss. Ein solches „nicht überlebensfähiges“ Kind – das wäre der bessere Ausdruck<sup>9</sup> – ist, etwas zynisch formuliert, bei der Geburt sozusagen schon „so gut wie tot“. Diesen Fall würde ich deshalb dem zuerst genannten, also der Tötung im Mutterleib, gleichstellen und daher einen Schwangerschaftsabbruch annehmen. Denn es hängt bei einer Abtreibung häufig vom Zufall ab, ob dem Embryo schon im Mutterleib seine „Lebensfähigkeit“ durch Tötung entzogen wird oder ob er als lebensunfähiges Kind zur Welt kommt. Nach meiner Erinnerung habe ich auch in

<sup>8</sup> Vgl. *Merkel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2010, § 218 Rn. 75.

<sup>9</sup> *Merkel* (Fn. 8), § 218 Rn. 75: „gemeint ist das Überleben-Können für einen [...] relevanten Zeitraum“.

Kommentaren und in einem Lehrbuch gelesen, dass die Herbeiführung des „Abgangs der Frucht in nicht lebensfähigem Zustand“ als Abbrechen der Schwangerschaft angesehen wird.<sup>10</sup>

L: Was Sie zur „Lebensfähigkeit“ gesagt haben, trifft im Wesentlichen die Bedeutung dieses – sehr problematischen – Begriffs.<sup>11</sup> Wenn wir also einmal von der Konstellation ausgehen, dass der Eingriff zur Geburt eines „nicht lebensfähigen“ Kindes führt, und zunächst bei diesem Fall bleiben – würden Sie dann wirklich schon einen Abbruch der Schwangerschaft annehmen? Ich betone das Wort „schon“.

S: Sie meinen wohl, ob der Schwangerschaftsabbruch mit dem „Abgang der Frucht in nicht lebensfähigem Zustand“ bereits *vollendet* ist oder etwa erst mit dem Tod des Kindes? Ich würde, aus den schon angedeuteten Gründen, in dem Eintritt des Todes *keine* notwendige Voraussetzung der Vollendung sehen. Das „Abbrechen“ der Schwangerschaft i.S.d. § 218 Abs. 1 StGB ist zwar kein bloßes Tätigkeitsdelikt, dessen Tatbestand lediglich einen Handlungsvollzug beschreibt, sondern ein Erfolgsdelikt. Doch besteht der Erfolg eben im „Abbruch“ der Schwangerschaft, und im Gesetz ist vom Tod als Erfolg nirgends die Rede. Verlangt wird nur, dass die Schwangerschaft vorzeitig beendet und in diesem Sinn „abgebrochen“ wird. Das ist aber bei der Herbeiführung einer „lebensunfähigen Frühgeburt“ ebenso der Fall wie bei der Tötung des Kindes im Mutterleib.

L: Sie merken hoffentlich, dass Sie jetzt plötzlich anders argumentieren als vorhin. Da hatten Sie den Fall der Geburt eines lebensunfähigen Kindes mit ziemlich dubiosen Erwägungen der Tötung im Mutterleib, also einem Fall des Todes eintritts, „gleichstellen“ wollen. Jetzt sagen sie aber, dass es allein auf die vorzeitige Beendigung der Schwangerschaft ankommt.

S: Sie sollten meine Überlegungen nicht als „dubios“ bezeichnen. So unvernünftig waren Sie doch eigentlich nicht – zumal sie sich auf Anhaltspunkte in der Literatur stützen

<sup>10</sup> Vgl. *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 57. Aufl. 2009, § 218 Rn. 5 („Abbrechen der Schwangerschaft ist jede Einwirkung [...], die das Absterben der noch lebenden Frucht im Mutterleib oder den Abgang der Frucht in nicht lebensfähigem Zustand herbeiführt“); *Rudolphi/Rogall*, in: *Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 113. Lieferung, Stand: April 2008, § 218 Rn. 12 („eine Einwirkung [...], durch die die Leibesfrucht im Mutterleib getötet wird oder die den Tod dadurch bewirkt, dass sie den Abgang der Frucht in einem nicht lebensfähigen Zustand herbeiführt“); *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 226 („Abtötung der eingenisteten Frucht im Mutterleib“ oder „Herbeiführung des vorzeitigen Abgangs einer noch nicht selbstständig lebensfähigen Frucht“). Vgl. auch *Momsen*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2009, § 218 Rn. 11 (Einwirkung, „die dazu führt, dass die Frucht im Mutterleib abstirbt oder dass sie in nicht lebensfähigem Zustand abgeht“).

<sup>11</sup> Zur Problematik der „Lebensfähigkeit“ näher *Merkel* (Fn. 8), § 218 Rn. 75 ff.

konnten –, mag es auch rechtsethisch problematisch sein, ein „lebensunfähiges“ Kind einem bereits toten Embryo gleichzustellen. Doch sehe ich ein, dass solche Überlegungen zumindest überflüssig waren, weil schon und nur die „Beendigung der Schwangerschaft“ der für den Erfolg entscheidende Gesichtspunkt ist.

L: Dann müssten Sie aber auch mit der Geburt eines „lebensfähigen“ Kindes, wie sie in unserem Fall ersichtlich vorliegt, einen vollendeten Schwangerschaftsabbruch annehmen, und das sogar dann, wenn das Kind den Eingriff tatsächlich überlebt.

S: Ob im Ausgangsfall die „Lebensfähigkeit“ des Kindes bejaht werden kann, wäre doch erst einmal die Frage. Der Sachverhalt teilt nur mit, dass das von A geborene Kind „bei *medizinischer Intensivbehandlung* noch Überlebenschancen hätte“. Ich verstehe das so, dass es ohne eine derartige Behandlung keine Überlebenschancen hätte. Liegt aber „Lebensfähigkeit“ schon vor, wenn das Kind nicht selbstständig, aus eigener konstitutioneller Kraft, sondern nur bei ärztlicher Spezialbehandlung eine Überlebensaussicht hat? Bei der Bearbeitung einer *Klausur* würde ich freilich von der Lebensfähigkeit ausgehen, weil der Verfasser des Falles dies ersichtlich gemeint hat, wenn er der Erwartung der H, dass eventuell ein „jedenfalls nicht lebensfähiges Kind“ geboren werde, die „Überlebenschancen“ des tatsächlich geborenen Kindes gegenüberstellt. Aber im „wirklichen Leben“ müsste die von mir aufgeworfene Frage, über die Sie vorschnell hinweggegangen sind, ernsthaft diskutiert und beantwortet werden.

L: Das ist durchaus zutreffend. Wie würden Sie die Frage denn beantworten?

S: Ein Kind, das nach dem Eingriff überhaupt noch Aussicht hat, am Leben erhalten zu werden, wird man nicht einfach als „lebensunfähig“ abqualifizieren dürfen, auch wenn die Lebenserhaltung von einer intensivmedizinischen Behandlung abhängt. Viele „Frühchen“ bedürfen dieser speziellen Behandlung – oft sogar für längere Zeit – und können dadurch, wie in unserem Fall, vor dem Tod bewahrt werden. Sie von vornherein als „lebensunfähig“ zu bewerten, hieße ja zugleich, dass eine auf Lebenserhaltung gerichtete Pflicht zur Intensivbehandlung verneint werden müsste. Das wäre unerträglich.

L: Darin stimme ich Ihnen zu.<sup>12</sup> Doch haben uns diese Überlegungen von der Frage abgelenkt, ob Sie auch bei der Geburt eines „lebensfähigen“ Kindes einen vollendeten Schwangerschaftsabbruch bejahen.

S: Da der Erfolg des Abbruchs mit der Beendigung der Schwangerschaft eintritt, würde ich die Frage positiv beantworten. Allerdings hat sich H in unserem Fall die Geburt eines „nicht lebensfähigen“ Kindes vorgestellt, während tatsächlich ein lebensfähiges geboren wurde. Insoweit liegt eine Abweichung im Kausalverlauf vor, die zum Wegfall des Vorsatzes führen könnte. Da es jedoch für den Erfolg nur darauf ankommt, ob die Schwangerschaft durch deren Beendigung abgebrochen worden ist, möchte ich von einer *unwe-*

*sentlichen* Abweichung ausgehen und damit auch den Vorsatz bejahen.

L: Langsam, langsam! Auch bei einer „wesentlichen“ Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten „entfällt“ nicht etwa der „Vorsatz“ des Täters, obwohl das manchmal so formuliert wird.<sup>13</sup> Vielmehr ist dann der objektiv verwirklichte Erfolg nicht mehr vom Vorsatz umfasst, kann nicht als vorsätzlich bewirkt zugerechnet werden: Der zurechenbare Erfolg ist nicht eingetreten und der eingetretene nicht zurechenbar. Doch brauchen wir dies hier nicht zu vertiefen. Ein Abweichungsproblem läge möglicherweise vor, wenn der Erfolg wirklich schon, wie Sie hartnäckig angenommen haben, in der Beendigung der Schwangerschaft bestehen würde. Aber so ist es nicht. Ich muss Ihnen jetzt deutlich sagen, dass ein sachkundiger Zuhörer unseres Gesprächs schon längst ungeduldig geworden wäre, weil Ihr intuitiver Eindruck Sie auf einen Irrweg geführt hat. Auch Ihre klugen Bemerkungen zur „Lebensfähigkeit“ – die uns später noch einmal beschäftigen wird – hingen deshalb sozusagen in der Luft. Es ist nämlich allgemein anerkannt, dass der „Abbruch“ der Schwangerschaft erst mit dem *Tod* des Opfers vollendet ist. Das wird auch in den Äußerungen der Literatur zum „Abgang der Frucht in nicht lebensfähigem Zustand“, auf die Sie hingewiesen hatten, vorausgesetzt oder angedeutet.

S: Das Gesetz spricht aber in § 218 Abs. 1 StGB nun einmal lediglich davon, dass jemand „eine Schwangerschaft abbricht“, ohne den Tod des Embryos zu erwähnen oder den Begriff „töten“ zu gebrauchen. Nicht einmal das Opfer des Abbruchs wird genannt, sondern nur der Zustand der Schwangerschaft.

L: Der Gesetzgeber hat in der 1974/76 eingeführten Formulierung des heutigen Tatbestandes den Charakter des Schwangerschaftsabbruchs als Tötungsdelikt – milde gesagt – „verschleiert“<sup>14</sup> und ist dafür oft getadelt worden.<sup>15</sup> Er ist daher nicht ganz unschuldig daran, dass Sie mit Ihren Überlegungen zum „Abbrechen“ auf eine schiefe Bahn geraten waren, wie übrigens auch manche Bearbeiter der Examensklausur. Doch besteht kein Zweifel daran, dass der Schwangerschaftsabbruch ein *Tötungsdelikt* darstellt, welches zur Vollendung einen entsprechenden *Erfolg* verlangt. Das können Sie selbst aus dem Gesetz ableiten, wenn Sie einmal darauf achten, in welchem Zusammenhang das Delikt im Strafgesetzbuch geregelt ist.

S: Die Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch stehen im 16. Abschnitt des Besonderen Teils, der die „Straftaten gegen das Leben“ enthält. Sie sind hier im unmittelbaren Anschluss an die allgemeinen Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB) geregelt. Daraus lässt sich schließen, dass auch die Abtreibung eine „Straftat gegen das Leben“, also ein Tötungsdelikt ist, das einen Todeserfolg voraussetzt.

---

<sup>12</sup> Zur „Lebensfähigkeit“ bei Notwendigkeit intensivmedizinischer Behandlung und zu den damit verbundenen Fragen eingehend *Merkel* (Fn. 8), § 218 Rn. 77 ff.

<sup>13</sup> Vgl. z.B. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 258.

<sup>14</sup> So BVerfG 39, 1 (46); *Wessels/Hettinger* (Fn. 10), Rn. 226.

<sup>15</sup> Hinweise dazu bei *Küper*, GA 2001, 515 (516, dort in Fn. 5).

L: Einen gewissen Anhaltspunkt dafür finden Sie zudem in § 219 Abs. 1 S. 3 StGB, wo bei der Beratungsregelung erwähnt wird, dass das „Ungeborene“ in jedem Stadium der Schwangerschaft ein „eigenes Recht auf Leben“ hat. Im Übrigen kann der Charakter des Schwangerschaftsabbruchs als Tötungsdelikt aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes abgeleitet werden. Sie zeigt, dass bei der Reform 1974/76 die bisherige Fassung des Tatbestandes, die den Abbruch als „Abtöten der Leibesfrucht“ bezeichnet hatte, ohne inhaltliche Abweichung nur sprachlich ersetzt werden sollte.<sup>16</sup> Bleibt der Todeserfolg – wie in unserem Fall – aus irgendwelchen Gründen aus, so kommt deshalb nur ein *Versuch* des Schwangerschaftsabbruchs in Betracht. Bitte prüfen Sie deshalb diesen Versuch.

S: Der Erfolg ist nicht eingetreten, weil das Leben des Kindes schließlich gerettet wurde. Ein Versuch des Schwangerschaftsabbruchs ist nach § 218 Abs. 4 S. 1 StGB mit Strafe bedroht; nur die Schwangere kann wegen Versuchs nicht bestraft werden (§ 218 Abs. 4 S. 2 StGB). Im Fall hat H durch das Öffnen der Fruchtblase zweifellos i.S.d. § 22 StGB zum Versuch „unmittelbar angesetzt“; eine bloße Vorbereitungshandlung kann man ausschließen. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen ebenfalls vor.

L: Halt! Abgesehen davon, dass der Täter nicht „zum Versuch“ unmittelbar ansetzt – wie ich in studentischen Arbeiten manchmal lese<sup>17</sup> –, wenn er einen Versuch begeht, sondern „zur Verwirklichung des Tatbestandes“, haben Sie etwas Wichtiges unterschlagen.

S: Ach so – Sie meinen den sog. „Tatentschluss“, den ich natürlich *vor* dem „unmittelbaren Ansetzen“ prüfen muss. Er besteht in dem subjektiven Tatbestand des jeweiligen Delikts, bei § 218 Abs. 1 StGB somit in dem Vorsatz, die Schwangerschaft abubrechen. Weil der objektive Tatbestand als Erfolg den Tod voraussetzt, ist mir inzwischen auch klar, dass es sich bei diesem Vorsatz um einen *Tötungsvorsatz* handeln muss. H hatte aber sicherlich den Vorsatz zur Tötung, weil das von A erwartete Kind durch den Eingriff getötet werden sollte. Das hätte ich vor der Bejahung des „unmittelbaren Ansetzens“ klarstellen müssen.

L: Vielleicht müssen wir aber noch *mehr* klarstellen. Sehen Sie sich doch den Tötungsvorsatz der H unter dem Aspekt, welche Vorstellungen sie über den Todeseintritt hatte, einmal *genauer* an.

S: Im Sachverhalt ist nur eine „Eventualvorstellung“ etwas näher beschrieben. Danach geht H davon aus, dass infolge des Eingriffs „eventuell ein lebendes, aber jedenfalls nicht lebensfähiges Kind“ zur Welt kommen werde. Zu dieser Vorstellung gehört notwendig auch diejenige, dass der Eingriff den baldigen Tod des Kindes zur Folge haben wird. Die Möglichkeit der Geburt eines „lebensfähigen“ Kindes hat H in ihrer Vorstellung damit ausgeschlossen. Allerdings ist das

nur die *eine Seite* ihrer Eventualvorstellung. Die zweite Seite erschließt sich mittelbar aus der anderen „Eventualität“, mit der H für den Fall, dass *kein lebendes* Kind geboren wurde, ebenfalls gerechnet hat. Diese Seite der Vorstellung kann sinnvollerweise nur den Inhalt gehabt haben, dass bereits die Tötung des Embryos *im Mutterleib* gelingen würde. Das dürfte auch das vorrangige Ziel der H gewesen sein. Denn die Geburt eines lebenden Kindes, welches H dann erst noch hätte sterben lassen „müssen“, bedeutete für sie eine Komplikation, die sie nach Möglichkeit vermeiden wollte. Allerdings war sie sich aufgrund ihrer Ungewissheit über das Stadium der Schwangerschaft nicht sicher, ob sich dieses Ziel verwirklichen ließ.

L: So würde auch ich den Sachverhalt verstehen. Jedenfalls wollen wir bei den weiteren Überlegungen davon ausgehen. Was bedeutet das aber für den Tötungsvorsatz der H?

S: H hatte gewissermaßen einen doppelten Tötungsvorsatz oder zwei verschiedene „Tötungsvorsätze“. Ihr primärer Vorsatz bezog sich auf die Tötung des Embryos schon vor der Geburt im Mutterleib. Hinzu kam sekundär der *bedingte Vorsatz*, den Tod eines Kindes herbeizuführen, das nach der Geburt mangels „Lebensfähigkeit“ unvermeidlich sterben würde. Der primäre Tötungsvorsatz war sicherlich ein *direkter Vorsatz* zum Abbruch der Schwangerschaft. Der hinzutretende bedingte Vorsatz richtete sich dagegen auf die Tötung eines bereits geborenen „Menschen“ i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB und war somit anscheinend ein Vorsatz zum *Totschlag*. Auch ein „lebensunfähiges“, aber eben lebendes Kind ist ja ein „Mensch“, wie er hier vorausgesetzt wird. Wir haben es also mit einer eigentümlichen Kombination von direktem Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch und bedingtem Totschlagsvorsatz zu tun. Ich bin im Zweifel, wie man diese Kombination beurteilen soll. Sie macht mir auch deshalb Schwierigkeiten, weil es sich bei dem „Doppelvorsatz“ doch irgendwie wieder um einen einheitlichen Vorsatz handelt: den Vorsatz zur Tötung eines menschlichen Wesens, das im Mutterleib noch „Embryo“, später aber „Mensch“ ist.

L: Zutreffend haben Sie gesagt, dass auch ein „lebensunfähiges“ Kind ein „Mensch“ i.S.d. § 212 StGB ist, auf dessen Tötung sich der Vorsatz zum Totschlag richten kann. Soweit H den Vorsatz hatte, das Kind durch Herbeiführung einer „lebensunfähigen Frühgeburt“ zu töten, lag jedoch kein bloß bedingter Vorsatz vor. Denn H hatte auch insoweit den zielgerichteten Willen zur Tötung, somit direkten Vorsatz 1. Grades. Ihr kam es auf den Tod des Kindes an. Nur war sie sich unsicher, auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt der Tod eintreten werde: entweder schon im Mutterleib als „intrauteriner Fruchttod“ – wie die Mediziner sagen – oder erst als unmittelbare Folge der Geburt eines „nicht lebensfähigen“ Kindes. Der „Doppelvorsatz“, von dem Sie sprachen, bezog sich – wohlgemerkt: als direkter Vorsatz – auf zwei verschiedene, einander ausschließende, doch nach Vorstellung der H jeweils zum sicheren Tod führende Geschehensabläufe. Insofern hatte ihr Vorsatz die logische Struktur eines „Alternativvorsatzes“.

S: Der „Alternativvorsatz“ ist mir bekannt. Der Täter weiß bei seiner Handlung nicht sicher, ob er von zwei Tatbeständen, die einander ausschließen, den einen oder den ande-

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drs. VI/3434, S. 12; Lackner, NJW 1976, 1233 (1235), der von einer bloßen „Umetikettierung“ spricht.

<sup>17</sup> Bisweilen auch in der didaktischen Literatur. Vgl. etwa Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht I, Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger, 4. Aufl. 2008, Rn. 194 f.; Putzke, JuS 2009, 985 (1084 f.).

ren verwirklichen wird, nimmt aber beide Möglichkeiten – alternativ – in seinen Vorsatz auf. Ein Schulbeispiel, das ich mir gemerkt habe, ist der Fall des Wilderer, der in der Dämmerung vom Förster mit dessen Jagdhund verfolgt wird. Der Wilderer feuert seine letzte Kugel in Richtung des Försters mit dem Vorsatz ab, entweder den Förster oder den Hund tödlich zu treffen. Dieser Vorsatz richtet sich alternativ auf die Tötung eines Menschen oder die Zerstörung einer Sache. Wie ein solcher Alternativvorsatz strafrechtlich beurteilt wird, ist allerdings sehr streitig.<sup>18</sup> Die Einzelheiten der Kontroverse sind so unübersichtlich, dass ich sie mir beim besten Willen nicht merken kann. Nur den einfachsten und deshalb gut „merkfähigen“ Lösungsvorschlag habe ich in Erinnerung behalten. Danach soll allein der „schwerste Vorsatz“ maßgebend sein, also der auf das schwerere Delikt bezogene Vorsatz.<sup>19</sup> Im Wilderer-Fall wäre somit auf den Tötungsvorsatz abzustellen und der Vorsatz zur Sachbeschädigung außer Betracht zu lassen. Übertragen auf den Alternativvorsatz der H würde das heißen, dass allein ein Tötungsvorsatz und kein Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch anzunehmen wäre; denn der Totschlag ist gewiss das schwerere Delikt.

L: Ehe wir uns im dogmatischen Labyrinth des „Alternativvorsatzes“ verirren, müssen wir klären, ob hier tatsächlich ein solcher Vorsatz gegeben ist. Ich hatte den Begriff bewusst vorsichtig gebraucht und nur angemerkt, dass der Vorsatz unter dem Gesichtspunkt der erwarteten *Geschehensabläufe* die „logische Struktur“ eines Alternativvorsatzes habe. Auch darf ich Sie an den Anfang unseres Gesprächs erinnern, als Sie im Zusammenhang mit dem „Abgang der Frucht in nicht lebensfähigen Zustand“ von einem Schwangerschaftsabbruch sprachen, wobei Sie freilich den für die Vollendung notwendigen Todeserfolg übersehen hatten. Außerdem hatten Sie gesagt, dass es sich bei dem Vorsatz der H doch „irgendwie wieder um einen einheitlichen Vorsatz“ handeln könnte, der sich auf die Tötung des Kindes in verschiedenen Lebensstadien bezieht. Haben wir es also in Wirklichkeit *allein* mit einem Vorsatz zum Abbruch der *Schwangerschaft* zu tun und nicht zugleich mit einem alternativen Tötungsvorsatz?

S: Als Methode zur Beantwortung der Frage schlage ich vor, dass man aus dem „Doppeltvorsatz“ der H den zweiten Vorsatzteil hypothetisch isoliert und überlegt, wie der Vorsatz zu bewerten wäre, wenn H einen Tod des Embryos im Mutterleib subjektiv völlig *ausgeschlossen*, also überhaupt nur damit gerechnet hätte, dass es infolge ihres Eingriffs zur Geburt eines „lebensunfähigen“ Kindes kommt, welches kurz darauf sterben wird.

L: Warum denn dieser komplizierte Vorschlag zur Bildung einer Hypothese, die vom tatsächlichen Fall abweicht?

S: Aus einem einfachen Grund. Wenn ich bei der Bewertung des hypothetisch angenommenen Vorsatzes zu dem Ergebnis komme, dass sich dieser Vorsatz auf die Begehung eines Schwangerschaftsabbruchs richtet, dann weiß ich auch,

dass kein „Alternativvorsatz“ vorliegt, sondern bei jeder von H erwarteten Alternative ein Vorsatz i.S.d. § 218 Abs. 1 StGB. Andernfalls hätte ich es mit einem echten Alternativvorsatz zu tun, der entweder auf einen Totschlag oder einen Abbruch der Schwangerschaft gerichtet wäre.

L: Die Methode leuchtet mir ein. Wie bewerten Sie nun aber den „hypothetischen Vorsatz“?

S: Ich muss gestehen, dass mir das bisher nicht klar ist. Als H den Eingriff vornahm, befand sich das Kind noch im Stadium einer „Leibesfrucht“; das spricht für einen Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch. Doch sollte der Erfolg ausschließlich an einem geborenen „Menschen“ eintreten, was wieder für einen Tötungsvorsatz spricht. Man ist hier offenbar in einem Dilemma.

L: Mit „Dilemma“ haben Sie nicht ganz unrecht. Wir bewegen uns auf einem Grenzgebiet, das man – in wissenschaftlich anspruchsvoller Formulierung – als „Interferenzbereich zwischen Schwangerschaftsabbruch und allgemeinen Tötungsdelikten“ bezeichnen kann.<sup>20</sup> Diese „Interferenz“, deutsch: Überlagerung, wird hier unter dem Aspekt des *Vorsatzes* und seines jeweiligen Bezugsobjekts relevant. Da aufgrund der Exklusivität der Rechtsgüter<sup>21</sup> – „Leibesfrucht“ oder „Mensch“ – bei *einer* Handlung nicht *zugleich* ein Vorsatz zum Abbruch der Schwangerschaft und zum Totschlag gegeben sein kann, müssen wir im subjektiven Tatbestand eine Abgrenzung vornehmen. Sie hängt wiederum davon ab, wie beide Delikte *objektiv* voneinander abzugrenzen sind. Die *erste* notwendige Abgrenzung betrifft die Frage, wann sich die „Leibesfrucht“ als Schutzobjekt des § 218 Abs. 1 StGB in einen durch die allgemeinen Tötungsdelikte – übrigens auch durch die Körperverletzungstatbestände – geschützten „Menschen“ verwandelt. *Diese* Abgrenzung haben wir in unserem Gespräch bereits im *Grundsatz* getroffen, und Sie hatten sie zuletzt selbst vorausgesetzt.

S: Ich war als selbstverständlich davon ausgegangen, dass mit der „Geburt“ des Kindes eine Zäsur eintritt. Bis zur Geburt ist das Kind noch „Leibesfrucht“ und damit Schutzobjekt des § 218 Abs. 1 StGB; nach der Geburt ist es zum „Menschen“ i.S.d. allgemeinen Tötungsdelikte geworden. Man spricht auch von einem „Statuswechsel“ oder einem Wechsel der „Rechtsqualität“. Die „Geburt“ wird als Unterscheidungsmerkmal allerdings im Gesetz gar nicht erwähnt.

L: Das ist richtig. Immerhin ist in der schon genannten Beratungsregelung (§ 219 Abs. 1 S. 3 StGB) vom „Schutz des ungeborenen Lebens“ und vom „Ungeborenen“ die Rede, das ein „eigenes Recht auf Leben“ hat, auch vom „Austragen“ des Kindes durch die schwangere Frau. Dies sind Anhaltspunkte für eine Systematik des Gesetzes, die das „Menschsein“ an die Beendigung der Schwangerschaft durch die „Geburt“ anknüpft.<sup>22</sup> Freilich ist die „Geburt“ ein zeitlich

<sup>20</sup> Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 49.

<sup>21</sup> Dazu Küper, GA 2001, 516 f.; Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 30.

<sup>22</sup> Vgl. auch BGH NStZ 2008, 393 (394) im Anschluss an Küper, GA 2001, 533; Hirsch, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 309 (312 ff.).

<sup>18</sup> Übersichten dazu etwa bei Jeßberger/Sander, JuS 2006, 1065 f.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 27a/b; Wessels/Beulke (Fn. 13), Rn. 231 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>19</sup> So Kühl (Fn. 18), § 5 Rn. 27 b.

gestreckter Vorgang mit mehreren Phasen. Streng genommen muss deshalb noch entschieden werden, wann *genau* jener Statuswechsel stattfindet. Weil dies für unseren Fall nicht bedeutsam ist, brauchen wir uns mit dieser „Feinbestimmung“ eigentlich nicht näher zu befassen. Wegen ihrer praktischen Wichtigkeit sollten wir aber trotzdem kurz darauf eingehen.

S: Ich weiß, was Sie meinen. Das genauere Kriterium ist die „Eröffnung der Geburtswehen“. Mit der Eröffnung der Wehen wird aus dem bisherigen Embryo oder Fetus ein „Mensch“, obwohl er zu dieser Zeit noch nicht wirklich „geboren“ ist.

L: Was Sie als „Eröffnung der Geburtswehen“ bezeichnen,<sup>23</sup> nennt man sonst die sog. „Eröffnungswehen“. Mit diesem medizinischen Begriff wird ein anderer konkretisiert, nämlich der „Beginn der Geburt“ im rechtlichen Sinn.<sup>24</sup> Sobald die Geburt mit dem Einsetzen der „Eröffnungswehen“ – die man genauer beschreiben kann – *begonnen* hat, soll nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung jener Statuswechsel vom Embryo zum Menschen eintreten. Sie haben aber auch angedeutet, dass in diesem Zeitpunkt der Mensch noch nicht wirklich „geboren“ ist. Warum soll dann schon der „Beginn“ der Geburt maßgebend sein und nicht etwa ihr Ende?

S: Meines Wissens hat die herrschende Auffassung historische Gründe, die mir allerdings nicht mehr präsent sind. Es gab im Strafgesetzbuch wohl früher einmal eine Vorschrift, aus der man das Kriterium des Geburtsbeginns ableiten konnte, und die auch heute noch irgendwie weitergelten soll.

L: Die frühere Vorschrift, auf die Sie anspielen, war § 217 Abs. 1 StGB a.F., wo es zuletzt hieß, dass „eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet“, erheblich milder bestraft wird als sonst bei einem Totschlag. Aus der auf ein „Kind“, also einen „Menschen“, bezogenen Formulierung „in der Geburt“ wurde abgeleitet,<sup>25</sup> dass bereits der *Beginn* der Geburt für die Abgrenzung der „Leibesfrucht“ vom „Menschen“ maßgebend sei, so dass der Embryo mit Geburtsbeginn zum Schutzobjekt der allgemeinen Tötungsdelikte werde. Der Gesetzgeber hat 1998 jedoch die Vorschrift gestrichen, weil er die darin enthaltene Privilegierung für „nicht mehr zeitgemäß“ und allenfalls einen „minderschweren Fall“ i.S.d. § 213 StGB für angemessen hielt.<sup>26</sup> Hierbei hat der Gesetzgeber übersehen, dass er mit der Abschaffung der Privilegierung zugleich die bisher angenommene gesetzliche Grundlage für das Abgrenzungskriterium des „Beginns“ der Geburt beseitigte.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> So *Momsen* (Fn. 10), Vor §§ 211 ff. Rn. 11.

<sup>24</sup> Vgl. BGHSt 32, 194 (196); OLG Karlsruhe NStZ 1985, 314 (315); *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 149 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 3 Rn. 2; *Rudolphi/Rogall* (Fn. 10), § 218 Rn. 10; *Wessels/Hettinger* (Fn. 10), Rn. 9.

<sup>25</sup> Näher dazu *Küper*, GA 2001, 525.

<sup>26</sup> Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 34; Text auch bei *Küper* (Fn. 24), S. 151.

<sup>27</sup> Zu diesem eindeutigen Befund und zum Gesetzgebungsverfahren näher *Küper*, GA 2001, 529 ff.

S: Trotzdem soll aber die aufgehobene Vorschrift offenbar noch irgendwie weitergelten.

L: „Weitergelten“ kann sie nach ihrer Aufhebung natürlich nicht. Aber man beruft sich vielfach darauf, dass sie insofern ihre Bedeutung behalten habe, als der Gesetzgeber nur die „Privilegierung“ habe abschaffen wollen, nicht aber die daraus früher abgeleitete Grenze zwischen „Embryo“ und „Mensch“<sup>28</sup>. Dieses Argument ist sogar – das wird Sie interessieren – in eine Empfehlung zur Klausurbearbeitung eingegangen, nach der folgender Hinweis angebracht sei:<sup>29</sup>

„Da die Aufhebung des § 217 StGB [...] lediglich der Beseitigung einer als nicht mehr zeitgemäß empfundenen Privilegierung von Tötungen nichtehelicher Kinder dienen sollte, ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Zeitpunkt des Lebensbeginns mit dem Einsetzen der Eröffnungswehen in Frage stellen wollte.“

S: Der Hinweis ist für Klausuren sicher hilfreich. Doch halte ich die Begründung mit dem „Willen des Gesetzgebers“ für sehr problematisch. Wenn der Gesetzgeber tatsächlich – wie Sie sagen – nicht erkannt hat, dass er mit der Aufhebung des § 217 StGB a.F. die gesetzliche Basis der bisherigen Abgrenzung beseitigte, dann kann er überhaupt nicht den „Willen“ gehabt haben, diese Abgrenzung beizubehalten. Man kann nur negativ feststellen, dass dem Gesetzgeber ein Wille zur Änderung *gefehlt* hat. Das ist aber etwas anderes als der behauptete Wille, die vorgefundene Rechtslage weiterhin bestehen zu lassen. Hierfür wäre ein entsprechender *Inhalt* des gesetzgeberischen Willens erforderlich.

L: Das haben Sie richtig gesehen.<sup>30</sup> Ein schlichter „Mangel des Willens“, ein „Nichtwille“, der keine gesetzgeberische Entscheidung enthält, lässt sich nicht in einen inhaltserfüllten Willen des Gesetzgebers umdeuten. Das wird oft übersehen, wenn argumentiert wird, der Gesetzgeber habe eine Änderung „nicht gewollt“.<sup>31</sup> Pointiert könnte man in Anlehnung an § 164 Abs. 2 BGB sagen: „Tritt der Wille des Gesetzgebers, die frühere Rechtslage nicht zu verändern, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, sie zu verändern, nicht in Betracht.“

S: Wenn man sich nicht mehr auf den Willen des Gesetzgebers berufen darf, dann heißt das doch wohl, dass auch das Abgrenzungskriterium des „Beginns der Geburt“ verabschiedet werden muss. Da andererseits die Zäsur der „Geburt“ aufgrund der gesetzlichen Systematik unberührt geblieben ist, liegt es nahe, sie mit dem Abschluss der Geburt zu verknüpfen.

<sup>28</sup> Hinweise dazu bei *Hirsch* (Fn. 22), S. 310 mit Fn. 4; *Küper*, GA 2001, 529 mit Fn. 63.

<sup>29</sup> *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2009, Rn. 4, im Anschluss an *Jäger*, JuS 2000, 31 (32).

<sup>30</sup> Vgl. dazu *Küper*, GA 2001, 531 f. Gegen die Berufung auf einen „Willen des Gesetzgebers“ auch *Herzberg*, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), Symposium zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen, 2003, S. 39 (40); *Hirsch* (Fn. 22), S. 310.

<sup>31</sup> Vgl. in anderem Zusammenhang *Küper*, JuS 1976, 783 (787), und *ders.*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 555 (562 f.).

fen, also mit dem wirklichen „Geborenssein“ des Menschen. Das hatte mir auch vorgeschwebt, als ich sagte, dass der Embryo „nach der Geburt“ zum „Menschen“ geworden ist.

L: In der Tat wird vereinzelt vorgeschlagen, den Statuswechsel erst mit der „Vollendung der Geburt“ anzusetzen.<sup>32</sup> Es gibt jedoch auch Begründungen für die herkömmliche Abgrenzung, die nicht mit einem angeblichen „Willen des Gesetzgebers“ operieren.<sup>33</sup> Ich hatte aber schon davon gesprochen, dass diese Frage für die Beurteilung unseres Falles nicht von Bedeutung ist. Es genügt dafür zu wissen, dass H den Eingriff „vor der Geburt“, also frühestens vor deren Beginn, vorgenommen hat und der tödliche Erfolg „nach der Geburt“, hier nach deren Vollendung, eintreten sollte. Auf die zuletzt erörterte „Feinbestimmung“ des Geburtskriteriums kommt es deshalb nicht an.

S: Das sehe ich zwar ein. Viel klüger bin ich dadurch aber nicht geworden, weil für die Bewertung des Vorsatzes – ich meine immer noch: des „hypothetischen“ – das angesprochene Dilemma bestehen geblieben ist. Ich wiederhole: Als H den Eingriff vornahm, befand sich das Kind noch im embryonalen Stadium einer „Leibesfrucht“; das spricht für einen Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch. Der tödliche Erfolg sollte aber einen geborenen „Menschen“ treffen; das spricht wieder für einen Vorsatz zum Totschlag.

L: Um dieses Problem der „Interferenz“ zu lösen, benötigen wir ein *weiteres* Abgrenzungsmerkmal, gewissermaßen ein Parallelkriterium, das den an der Qualität des Schutzobjekts orientierten Statuswechsel zum konkreten Geschehensablauf in eine zeitliche Beziehung setzt. Ein solches Abgrenzungskriterium ist notwendig, um entscheiden zu können, welcher Status des Objekts – als „Embryo“ oder „Mensch“ – im Zeitverlauf *wann* maßgebend ist. Ich will Ihnen das heute allgemein anerkannte Kriterium nennen. Das gesuchte Abgrenzungsmerkmal wird nicht im Zeitpunkt des Erfolgseintritts gesehen, sondern in der sog. „Einwirkung“, genauer: im Zeitpunkt oder Zeitraum der Einwirkung.<sup>34</sup> Jede Einwirkung, die vor der Geburt stattfindet, also den Embryo betrifft, wird danach dem Anwendungsbereich des Schwangerschaftsabbruchs zugeordnet, auch wenn der tödliche *Erfolg* erst postnatal am „Menschen“ eintritt. Strafrechtlich „behält“ das Kind dann sozusagen den Status der „Leibesfrucht“, den es zur Zeit der „Einwirkung“ hatte, obwohl es im Zeitpunkt des Erfolges den Status eines geborenen „Menschen“ erlangt hat. „Einwirkung“ bedeutet dabei eine Handlung (oder Unterlassung), die in ihrer Auswirkung den Zustand des ungeborenen Kindes nachteilig verändert. Von Formulierungsnuancen abgesehen, ist das heute, wie ich schon sagte, einhellig aner-

kannt.<sup>35</sup> Als „Definition“ des Schwangerschaftsabbruchs ist diese Beurteilung auch in die Lehrbuch-Literatur eingegangen, wenn es z.B. heißt, dass eine Schwangerschaft abbricht, „wer auf die Leibesfrucht einwirkt und dadurch deren Tod – entweder schon im Mutterleib oder nach der Geburt als objektiv zurechenbare Folge der Einwirkung – herbeiführt“.<sup>36</sup>

S: Trotzdem ist das sehr eigenartig. Wie *begründet* man denn, dass es in dieser Weise auf die „Einwirkung“ ankommt, die ich in unserem Fall im Öffnen der Fruchtblase sehen würde. Die „allgemeine Anerkennung“ macht ja eine Begründung nicht überflüssig, und ich kann sie im Augenblick nicht erkennen. Manches allgemein Anerkannte stellt sich bei näherer Prüfung als unzureichend begründet heraus, und wir Studenten werden immer wieder aufgefordert, unsere Auffassungen auch zu begründen.

L: Ihre kritische Anfrage ist berechtigt. Erstaunlicherweise findet man in der Literatur kaum einmal etwas dazu. Ehe wir uns aber mit einer möglichen Begründung befassen, sollten Sie zunächst die Konsequenzen ziehen, die sich für den *Vorsatz* der H ergeben, wenn wir auf die Rechtsqualität des Kindes zur Zeit der „Einwirkung“ abstellen. Sonst verlieren wir den roten Faden. Die „Einwirkung“ besteht hier – darin stimme ich Ihnen zu – in dem negativen Einfluss, den das Öffnen der Fruchtblase auf den Zustand des ungeborenen Kindes hatte; dieser Eingriff verschlechterte dessen Situation.

S: Bei der Prüfung des Vorsatzes gehe ich zunächst wieder von dem hypothetisch unterstellten Vorsatz der H aus, das Kind allein durch die Herbeiführung einer „nicht lebensfähigen“ Frühgeburt zu töten. Hätte sich dieser Vorsatz verwirklicht, weil das Kind mangels „Lebensfähigkeit“ tatsächlich alsbald gestorben wäre, so läge aufgrund der vorgeburtlichen Einwirkung ausschließlich ein vollendeter Schwangerschaftsabbruch und kein Totschlag vor. Konsequenz daraus ist, dass der Vorsatz der H nur auf einen Abbruch der Schwangerschaft und nicht auf die Begehung eines Totschlages gerichtet sein konnte. Damit ist aber der „hypothetische“ Vorsatz nicht anders zu bewerten als der primäre, den Embryo schon im Mutterleib zu töten. Deshalb liegt in *jeder* Alternative ausschließlich ein Vorsatz zum Abbruch der Schwangerschaft und somit gerade kein auf verschiedene Tatbestände bezogener „Alternativvorsatz“ im dogmatischen Sinn vor.

L: In Ordnung. Damit haben wir den für einen Versuch des Schwangerschaftsabbruchs notwendigen „Tatentschluss“ festgestellt. Mit Recht hatten Sie aber gefragt, wie sich das Einwirkungskriterium *begründen* lässt, das wir dieser Bewertung zugrunde gelegt haben. Die Frage berührt ein Thema, dem ich eigentlich längere Ausführungen widmen müsste, als sie unser Gespräch erlaubt. Zunächst: In der Rechtsprechung finden Sie manchmal den Gedanken, dass die Strafbarkeit wegen Schwangerschaftsabbruchs oder wegen eines allgemeinen Tötungsdelikts nicht „von dem für den Täter ganz

<sup>32</sup> Vgl. Herzberg/Herzberg, JZ 2001, 110; Herzberg (Fn. 30), S. 48; Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 33 (40).

<sup>33</sup> Vgl. dazu Hirsch (Fn. 22), S. 312, 318 ff.; Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 127 ff.; Küper, GA 2001, 534 ff.; Weinschenk, § 217 StGB – Folgen des Wegfalls einer Norm, 2004, S. 158 ff.

<sup>34</sup> Üblicherweise wird nur vom *Zeitpunkt* der Einwirkung gesprochen. Es geht jedoch u.U. um den gesamten *Zeitraum* der Einwirkung oder mehrerer Einwirkungen.

<sup>35</sup> Auch Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 52 ff., (69), stimmt nach eingehender Begründungskritik dem Einwirkungskriterium letztlich zu.

<sup>36</sup> Rengier (Fn. 24), § 11 Rn. 6a, im Anschluss an Küper (Fn. 24), S. 270.

zufälligen Ablauf des physiologischen Vorgangs“ abhängen dürfe, der infolge des pränatalen Eingriffs zum Tod des Kindes (vor oder nach der Geburt) führt.<sup>37</sup> Überzeugt Sie dieses Argument?

S: Es kann zumindest nicht für die Fälle gelten, in denen der Täter den nachgeburtlichen Tod des Kindes bei seinem Eingriff schon einkalkuliert oder ihn gar ausschließlich herbeiführen will. Dann ist dieser Erfolg – wie in unserem Fall – für den Täter gerade kein bloßer Zufall. Eine allgemeingültige Lösung kann man daher mit dem Argument des „physiologischen Zufalls“ nicht gewinnen.

L: Immerhin kann man sagen: Weil es bei Abtreibungen häufig vom Zufall abhängt, ob der Tod vor oder nach der Geburt eintritt, ist auch der postnatale Tod des Kindes ein *typisches* Phänomen des Schwangerschaftsabbruchs, das in der Regelung des § 218 Abs. 1 StGB bereits implizit berücksichtigt und deshalb im Begriff des „Abbrechens“ mit enthalten ist. Auf diese Spur führt uns auch die *historische Entwicklung*, der das Einwirkungskriterium seine Entstehung verdankt; sie ist heute fast vergessen,<sup>38</sup> aber für die Auslegung eminent wichtig. Als es um die Eigenart des Schwangerschaftsabbruchs als *Tötungsdelikt* ging, hatten wir schon gesehen, dass in der heutigen Tatbestandsfassung der frühere Begriff „Abtöten der Leibesfrucht“ nur sprachlich, nicht sachlich ersetzt werden sollte. Diese frühere Formulierung beruhte jedoch ihrerseits auf den ursprünglichen Fassungen des Tatbestandes, in denen es hieß: „*abtreibt* oder im Mutterleibe tötet“ bzw. „im Mutterleib oder durch *Abtreibung* tötet“. Nichts anderes sollte jedoch die später vereinfachte Fassung „Abtöten der Leibesfrucht“ bedeuten,<sup>39</sup> die wiederum dem „Abbrechen der Schwangerschaft“ zugrunde liegt. Die Variante der tödlichen „Abtreibung“, die damit auch in der heutigen Tatbestandsfassung sinngemäß enthalten ist, setzte aber logisch voraus, dass der Erfolg des pränatalen Eingriffs an einem bereits geborenen „Menschen“ eintritt.<sup>40</sup>

S: Sie stützen sich bei der Begründung des Einwirkungskriteriums also vorwiegend auf eine historische Interpretation, auf die Genealogie wechselnder Tatbestandsfassungen ohne Änderung ihres Sinnes.

L: Ich sehe vorläufig keine bessere Begründung. Eine dogmatisch-theoretische ist diskutabel, aber zweifelhaft. So ist darauf hingewiesen worden, dass bei einem *Totschlag* das betroffene Rechtsgut „Mensch“ zur Zeit der Einwirkung bereits existieren müsse, um tauglicher Gegenstand einer Verletzung zu sein.<sup>41</sup> Das ist aber wohl eine ad-hoc-Argumentation vom Ergebnis her, der kein valides dogmatisches Prinzip zugrunde liegt. Eher könnte man sagen, dass die Tat zwar den „Erfolgsunwert“ eines allgemeinen Tötungsdelikts aufweist, ihr jedoch der korrespondierende „Handlungsunwert“ fehlt, weil sich der Eingriff primär gegen

noch ungeborenes Leben richtet.<sup>42</sup> Aber auch das bleibt vage. Die historische Interpretation lässt sich jedoch möglicherweise durch eine systematische ergänzen. Es muss nämlich beachtet werden, dass das Kriterium der „Einwirkung“ nicht nur über die Abgrenzung von Schwangerschaftsabbruch und Totschlag entscheidet, sondern z.B. auch über die Grenze zwischen fahrlässiger Tötung und strafloser Beeinträchtigung der Leibesfrucht. Würde man den Zeitpunkt des Erfolgseintritts für maßgebend halten, so gerieten auch fahrlässige Einwirkungen auf den Embryo, die zum postnatalen Tod führen, über § 222 StGB in den Bereich der Strafbarkeit. Damit würde die gesetzliche Begrenzung des Schwangerschaftsabbruchs auf Vorsatztaten unterlaufen. Doch kann ich diese Fragen hier nicht weiter vertiefen. Lassen Sie uns zur Prüfung des Versuchs zurückkehren.

S: Den Vorsatz zur Begehung eines Schwangerschaftsabbruchs haben wir schon festgestellt. Das „unmittelbare Ansetzen“ hatte ich bereits früher – damals allerdings voreilig und zu ungenau – bejaht und in dem Öffnen der Fruchtblase gesehen. Die Begründung kann ich jetzt nachholen. Einer Ihrer Kollegen hat mir geraten, dafür eine der anerkannten „Versuchsformeln“ zu verwenden, damit man bei der Fallprüfung „etwas in der Hand hat“ und sich nicht auf schlichte Behauptungen beschränken muss. Ich habe mir eine solche Formel gemerkt, obwohl sie etwas umständlich ist:<sup>43</sup>

Erforderlich ist ein Verhalten, das zwar nicht selbst tatbestandsmäßig zu sein braucht, nach dem Gesamtplan des Täters jedoch so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang – ohne weitere wesentliche Zwischenakte – zur Verwirklichung des gesamten Tatbestandes führen soll oder derart in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr steht, dass aus der Sicht des Täters das Angriffsobjekt schon konkret gefährdet erscheint.

Ein solches Verhalten bestand hier sicherlich im Öffnen der Fruchtblase.

L: Über den Wert solcher Formeln, die in verschiedenen Kombinationen auftauchen, lässt sich gewiss streiten, weil sie bei allem Wortreichtum irgendwie inhaltsarm bleiben. Aber man kann damit arbeiten. Ihre Formel ist jedenfalls besser als die isolierte Anwendung der in der Rechtsprechung häufig benutzten, dass der Täter die „Schwelle zum Jetzt geht es los“ subjektiv überschritten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung angesetzt“ haben müsse.<sup>44</sup> Auch mit Ihrem Ergebnis bin ich einverstanden. H hat sogar, über das in der Formel beschriebene Minimum hinaus, die gesamte Ausführungshandlung vollständig vorgenommen. Dass sie bei der eventuell erwarteten Geburt eines nicht lebensfähigen Kindes bis zu dessen Tod noch kurze Zeit hätte warten müssen, ist kein „wesentlicher Zwischenakt“, der die Unmittelbarkeit des Ansetzens in Frage stellt. Bitte fahren sie fort.

<sup>37</sup> Vgl. BGHSt 31, 348 (352); BGH NSTz 2008, 393 (394).

<sup>38</sup> Vgl. aber neuerdings wieder BGH NSTz 2008, 393 (394).

<sup>39</sup> Dazu näher *Lüttger*, JR 1971, 133 (138), m.w.N. vgl. auch BGHSt 10, 5.

<sup>40</sup> Vgl. bereits RGSt 4, 380 (381).

<sup>41</sup> *Hirsch*, JR 1985, 336 (337).

<sup>42</sup> In dieser Richtung *Merkel* (Fn. 8), § 218 Rn. 60.

<sup>43</sup> Das Folgende ist zusammengestellt aus *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 601.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. BGHSt 48, 34 (36); BGH NSTz 2008, 409 (410); jeweils freilich mit Ergänzungen.

S: Weil somit ein „unmittelbares Ansetzen“ zum Schwangerschaftsabbruch gegeben und die Tat auch rechtswidrig und schuldhaft ist, hat sich H wegen versuchten Schwangerschaftsabbruchs (§§ 22, 218 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 StGB) strafbar gemacht.

L: Immerhin sagen sie nicht – wie ich häufig lese – „des versuchten Schwangerschaftsabbruchs strafbar“. Aber Sie haben etwas sehr Wichtiges vergessen, was erstaunlicherweise sogar der Verfasser unserer Klausur in seinen Lösungshinweisen nicht berücksichtigt hat, obwohl man es bei der Prüfung eines strafbaren Versuchs niemals vergessen darf. H hat doch das Kind durch ihr späteres Verhalten vor dem Tod gerettet. Was muss man also unbedingt noch prüfen?

S: Zu prüfen ist weiterhin ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch. Die maßgebliche Vorschrift ist bei einem Einzeltäter § 24 Abs. 1 StGB. Gestatten Sie mir, dass ich aus dem Gesetz vorlese: „Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern.“ Diese Vorschrift enthält die Unterscheidung zwischen „unvollendetem“ und „vollendetem“ Versuch – Verzeihung: zwischen „unbeendetem“ und „beendetem“ Versuch. Beim „unbeendetem“ Versuch erlangt der Täter Straffreiheit durch freiwilligen Verzicht auf weitere Ausführung. Beim „beendetem“ Versuch muss er dagegen freiwillig den Erfolg abwenden oder sich wenigstens ernsthaft darum bemühen.

L: Gut, dass Sie sich sofort korrigiert und die richtige Terminologie benutzt haben. Die jeweils erforderliche Rücktrittsleistung haben Sie auch zutreffend beschrieben. Sie müssen aber noch darlegen, wie sich beide Versuchsformen in den *Voraussetzungen* unterscheiden.

S: Auch hierfür habe ich mir eine Abgrenzungsformel eingeprägt. „Unbeendet“ ist der Versuch, wenn der Täter noch nicht alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur ihrer Vollendung notwendig ist. „Beendet“ ist der Versuch dagegen, wenn der Täter alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges notwendig und möglicherweise ausreichend ist.<sup>45</sup>

L: Das ließe sich vielleicht präziser formulieren, ist jedoch in der Sache zutreffend. Wichtig ist dabei, dass ein „beendetem“ Versuch grundsätzlich schon vorliegt, wenn die Handlung aus der Sicht des Täters zur Erfolgsherbeiführung bereits „ausreicht“. Wie steht es nun in unserem Fall?

S: Mit Sicherheit handelt es sich um einen „beendetem“ Versuch. Denn H hat, als sie die Fruchtblase öffnete, schon alles getan, was sie für erforderlich und ausreichend hielt, um das Kind jedenfalls dadurch zu töten, dass es in einem „lebensunfähigen“ Zustand zur Welt kommen sollte, der kurzfristig zum „endgültigen Tod“ führen würde. Deshalb war für den strafbefreienden Rücktritt primär eine „Verhinderung der Vollendung“ erforderlich. Diese Rücktrittsleistung hat H glücklicherweise auch erbracht, weil sie für die Rettung des

Kindes gesorgt hat, das ohne intensivmedizinische Behandlung gestorben wäre.

L: Bitte nicht zu schnell vorgehen. Die „Rücktrittsleistung“ müssen wir bei Annahme eines „beendetem“ Versuchs ohnedies noch genauer daraufhin prüfen, ob das Verhalten die Voraussetzungen des „Verhinderns“ erfüllt. Doch zunächst muss Klarheit darüber erzielt werden, ob tatsächlich ein „beendetem“ Versuch vorliegt. Ich weiß nicht, ob es Ihnen aufgefallen ist, aber Sie haben die Beendigung des Versuchs mit der Vorstellung verbunden, die H in dem Zeitpunkt hatte, als sie den Eingriff vornahm.

S: Ich merke, worauf Sie hinaus wollen. Meiner Beurteilung habe ich die Vorstellung der H bei *Beginn* und *Vollzug* ihrer Ausführungshandlung zugrunde gelegt. Das ist die sog. „Tatplanperspektive“ oder der „Planhorizont“. Nach heutiger Rechtsprechung und herrschender Lehre soll für die Abgrenzung der Versuchsformen jedoch der sog. „Rücktrittshorizont“ maßgebend sein. Dies ist die Vorstellung, die der Täter bei Abschluss seiner bisherigen Ausführungshandlung hat, wenn er auf deren Wirkung gleichsam zurückblickt. Aus dieser „Rücktrittsperspektive“ sind dann die von mir genannten Maßstäbe zur Abgrenzung anzulegen.

L: Wir können hier über die „richtige Perspektive“ natürlich nicht eingehend diskutieren und wollen uns deshalb mit der herrschenden Auffassung am „Rücktrittshorizont“ orientieren, den der BGH auch „Erkenntnishorizont“ nennt.<sup>46</sup> Unter diesem Blickwinkel besteht die Möglichkeit, ein vom „Planhorizont“ aus erzieltetes Abgrenzungsergebnis in zweifacher Richtung zu verändern: Ein aus der „Planperspektive“ schon beendeter Versuch kann im „Rücktrittshorizont“ noch unbeendet sein und umgekehrt. Wie verhält es sich in unserem Fall, wenn wir diese „Rücktrittsperspektive“ einnehmen?

S: Als H ihre Handlung mit der Wirkung abgeschlossen hatte, dass das Kind geboren wurde, erkannte sie zwar, dass es entgegen ihrer ursprünglichen Erwartung „lebensfähig“ war; sie erkannte aber auch, dass es nur bei intensivmedizinischer Versorgung Überlebenschancen hatte. Objektiv und zugleich aus Sicht der H war das Neugeborene gewissermaßen – wenn der Ausdruck erlaubt ist – lediglich „bedingt überlebensfähig“ und befand sich in unmittelbarer, nur durch eine derartige Notfallbehandlung abwendbarer Lebensgefahr. Damit der Tod eintreten konnte, brauchte H somit, auch nach ihrer Vorstellung, keine weitere Handlung mehr vorzunehmen. Es genügte völlig, die Einleitung der medizinischen Behandlung zu unterlassen und den baldigen Tod des Kindes schlicht abzuwarten. Deshalb lag ein „beendetem“ Versuch vor. Das ist auch daran erkennbar, dass H bei dieser Situation zur Erfolgsabwendung *aktiv tätig* werden musste, um sich Straffreiheit zu verdienen. Sowohl aus der „Planperspektive“ als auch aus dem „Rücktrittshorizont“ kommt man daher zu einem „beendetem“ Versuch.

L: Das lässt sich hören. Bei der Rücktrittsprüfung darf man aber *eine* Konstellation nicht vergessen, über die Sie bisher elegant hinweggegangen sind, nämlich die Möglichkeit eines sog. „fehlgeschlagenen Versuchs“. Was versteht man darunter? Um unsere Diskussion etwas zu beschleunigen

<sup>45</sup> Nach *Wessels/Beulke* (Fn.13), Rn. 631.

<sup>46</sup> Vgl. z.B. BGH *NStZ* 2009, 688 (689).

gen, will ich Ihnen eine der üblichen Beschreibungen nennen. „Fehlgeschlagen“ ist der Versuch einer Straftat danach grundsätzlich dann, wenn die zu ihrer Ausführung vorgenommenen Handlungen aus der Sicht des Täters ihr Ziel nicht erreicht haben und der Täter erkennt oder annimmt, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg entweder gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne zeitliche Zäsur erreichen kann.<sup>47</sup> Bei diesem „fehlgeschlagenen Versuch“, der ebenfalls aus dem „Rücktrittshorizont“ zu bestimmen ist, soll die Regelung des § 24 Abs. 1 StGB nicht eingreifen, weil sie nach dem Sinn des Gesetzes prinzipiell voraussetze, dass der Täter die Vollendung seiner Tat noch für möglich hält. Aus Zeitgründen und um bald zum eigentlichen Problem vorzudringen, wollen wir von der Richtigkeit dieser Thesen ausgehen, ohne dass wir uns genauer damit befassen können. Wie steht es in unserem Fall mit dem „fehlgeschlagenen Versuch“? Läge er vor, so würde für H eine Rücktrittsmöglichkeit ausscheiden.

S: Ich kann nicht erkennen, wieso Sie überhaupt auf die Idee kommen, dass hier ein „fehlgeschlagener Versuch“ des Schwangerschaftsabbruchs vorliegen könnte. Dies würde ja bedeuten, dass nach der Frühgeburt keine Möglichkeit mehr bestand, der H ihre Rettungshandlung als strafbefreiende Rücktrittsleistung anzurechnen, obwohl das Kind sein Überleben ihrer Aktivität verdankt und es nur deswegen beim Versuch des Schwangerschaftsabbruchs geblieben ist.

L: Ich verstehe gut, dass Sie irritiert sind. Die Frage eines „fehlgeschlagenen“ Versuchs stellt sich sonst regelmäßig bei der Abgrenzung vom „unbeendeten“ Versuch. Damit haben wir es hier aber nicht zu tun, weil nach allgemeinen Regeln – wie Sie mit Recht ausgeführt haben – ohnehin ein „beendeter“ Versuch anzunehmen ist. Das Problem unseres Falles liegt indes in der Anwendbarkeit dieser anerkannten Regeln auf den Versuch des Schwangerschaftsabbruchs. Sie haben bisher den Rücktritt so geprüft, als ginge es um den Versuch eines *allgemeinen* Tötungsdelikts wie § 212 Abs. 1 StGB. Beim Versuch, die Schwangerschaft abbrechen, gibt es aber vielleicht Besonderheiten, die berücksichtigt werden müssen. Sie sind nicht leicht zu erkennen und hängen wieder mit der „Lebensfähigkeit“ des Kindes zusammen. Erinnern Sie sich, was Sie am Anfang unseres Gesprächs unter Hinweis auf Literaturstellen über das „Abbrechen“ der Schwangerschaft gesagt hatten, als Sie den „Abgang der Frucht“ erwähnten?

S: Ich hatte auf Beschreibungen des „Abbrechens“ hingewiesen, in denen sinngemäß von einer Handlung die Rede ist, die das Absterben des Embryos im Mutterleib oder dessen „Abgang in einem nicht lebensfähigen Zustand“ bewirkt. Sie hatten damals dazu gesagt, dass auch in der zweiten Variante für die Vollendung der Eintritt des Todes vorausgesetzt wird. In jenen Formulierungen wird aber die Frühgeburt eines „lebensfähigen“ Kindes, das gleichwohl infolge des Eingriffs stirbt, seltsamerweise nicht erwähnt. Sie klingen so, als gehöre der Tod eines solchen Kindes nicht mehr zum möglichen Erfolg eines Schwangerschaftsabbruchs, weil hierfür ein Zustand der „Lebensunfähigkeit“ erforderlich sei.

<sup>47</sup> Wessels/Beulke (Fn. 13), Rn. 628.

L: Erkennen Sie jetzt, weshalb ich die Idee eines „fehlgeschlagenen Versuchs“ ins Spiel gebracht habe?

S: Allerdings. Wenn das richtig ist, dann hätte H nach der Geburt des „lebensfähigen“ Kindes die Vollendung des Schwangerschaftsabbruchs gar nicht mehr „verhindern“ können, da der abwendbare „Erfolg“ außerhalb des Tatbestandes läge. Ihr Versuch, die Schwangerschaft abbrechen, wäre aufgrund der „Lebensfähigkeit“ des Neugeborenen „fehlgeschlagen“ und damit nicht mehr rücktrittsfähig. Die Rettung des Kindes, das sonst alsbald gestorben wäre, könnte daran nichts mehr ändern, obwohl sie dazu geführt hat, dass das Delikt im Versuchsstadium stecken geblieben ist. Das ist aber eine seltsame Sache!

L: Tatsächlich liest man häufig, dass der Versuch des Schwangerschaftsabbruchs „endgültig gescheitert“ oder „fehlgeschlagen“ sei, wenn es zur Geburt eines „lebensfähigen“ Kindes kommt.<sup>48</sup> Das wäre, wie Sie richtig gesehen haben, auch die Konsequenz der von Ihnen erwähnten Kennzeichnungen des „Abbrechens“. Da wir unser Gespräch allmählich beenden müssen, will ich Ihnen wenigstens kurz darlegen, weshalb ich dieser Auffassung jedenfalls so allgemein nicht zustimmen kann. Hinter der Frage des „Fehlgeschlags“ verbirgt sich ein Problem der *Erfolgszurechnung* beim Schwangerschaftsabbruch. Nehmen Sie an, H hätte zur Rettung des Kindes nichts getan und es einfach sterben lassen. Dann hätte sie sich aufgrund ihrer Garantenstellung aus Ingerenz eines Totschlags durch pflichtwidriges Unterlassen (§§ 13 Abs. 1, 212 Abs. 1 StGB) schuldig gemacht. In diesem Fall wäre zwar sogar der Erfolg eines *allgemeinen* Tötungsdelikts eingetreten. Doch könnte der Todeserfolg *zugleich* der Abbruchhandlung zugerechnet werden, so dass tatbestandlich auch ein vollendeter Schwangerschaftsabbruch gegeben wäre. Denn anders als vielleicht bei *aktiver* Tötung des Neugeborenen läge nicht etwa eine „wesentliche Abweichung im Kausalverlauf“ vor.<sup>49</sup> Vielmehr hätte sich im Tod des Kindes noch das Risiko realisiert, das H mit ihrem Eingriff geschaffen hat, wenngleich geringfügig anders, als ursprünglich von ihr erwartet. Zu diesem Risiko wird man nämlich nicht nur die Gefahr rechnen dürfen, dass der Embryo in „lebensunfähigem“ Zustand zur Welt kommt und deshalb unvermeidlich stirbt. Auch das Todesrisiko eines frühgeborenen Kindes, dessen Weiterleben von einer medizinischen Spezialbehandlung abhängt, gehört untrennbar zur Gefährlichkeit des Eingriffs. In welchem Verhältnis dann der

<sup>48</sup> Vgl. etwa BGHSt 13, 21 (24); Kröger, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 218 Rn. 9; Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 57, 75; Roxin, JA 1981, 542 (546); Satzger, Jura 2008, 424 (428). Vgl. auch Wessels/Hettinger (Fn. 10), Rn. 240.

<sup>49</sup> Dafür bei aktiver Tötung Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 218 Rn. 24; Groppe, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 3, § 218 Rn. 19, 60; Kröger (Fn. 8), § 218 Rn. 13; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 218 Rn. 4; Roxin, JA 1981, 545; in der Sache auch BGHSt 13, 21 (24). Kritisch dazu Merkel (Fn. 8), § 218 Rn. 84.

durch Unterlassen begangene Totschlag zum vollendeten Schwangerschaftsabbruch steht, ist eine *Konkurrenzfrage*, der wir nicht nachzugehen brauchen. Es genügt festzuhalten, dass eine im Unterlassungsfall eintretende Vollendung des Schwangerschaftsabbruchs folgerichtig durch Gegenaktivität i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB auch „verhindert“ werden kann. Deshalb kann von einem schon wegen der „Lebensfähigkeit“ des geborenen Kindes „fehlgeschlagenen“ Versuch nicht gesprochen werden. – Wenn Sie dieser Argumentation folgen, bliebe als letzte Frage des strafbefreienden Rücktritts noch übrig, ob H die Vollendung wirklich „verhindert“ hat.

S: Ich hatte das schon bejaht. Das Gesetz verlangt nur eine tatsächliche „Verhinderung“. Dafür genügt jede für das Ausbleiben des Erfolges kausale Handlung, die allerdings auch subjektiv, mit „Verhinderungsvorsatz“, auf dieses Ergebnis gerichtet sein muss. Der Täter braucht dabei die Vollendung nicht unmittelbar selbst zu verhindern. Er kann dazu auch Dritte einschalten, wie dies H getan hat, als sie das Kind in die „Babyklappe“ brachte und so die lebensrettende ärztliche Behandlung auslöste.

L: In der Literatur werden allerdings häufig strengere Anforderungen gestellt. Die nur kausal bewirkte Verhinderung des Erfolgseintritts soll danach nicht genügen. Es gibt dazu eine Reihe von Vorschlägen.<sup>50</sup>

S: Sie sind mir im Einzelnen leider nicht bekannt. Ich könnte mir aber vorstellen, dass man auch für das „Verhindern der Vollendung“ zusätzlich zur Kausalität ein „ernsthafte Bemühen“ i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB verlangt, um Fälle auszuschneiden, in denen das Verhalten des Täters nicht hinreichend aner kennenswert ist, um eine Strafbefreiung zu verdienen. Im vorliegenden Fall würde ich jedoch ein „ernsthafte Bemühen“ ebenfalls bejahen. H hat das Kind ja nicht an einer Stelle abgelegt, wo es nur durch glücklichen Zufall gerettet werden konnte, wie z.B. in der Nähe des Krankenhauses. Mit dem Verbringen in die „Babyklappe“ hat sie im Gegenteil eine zur Lebenserhaltung gut geeignete Maßnahme gewählt und sich daher sicherlich um die Verhinderung des Todes „ernsthafte bemüht“.

L: Dem kann man zustimmen, ohne dass wir uns mit den einzelnen Vorschlägen genauer beschäftigen müssen. – Unsere Zeit geht aber zu Ende. Wir haben die Strafbarkeit der H, um die es allein ging, noch nicht ganz vollständig geprüft. So müssten wir uns die Körperverletzung, die H an A durch das Öffnen der Fruchtblase begangen hat (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB), noch genauer ansehen. Dabei würden wir auf die schwierige Frage stoßen, ob die Einwilligung der A in diesen Eingriff wegen eines Verstoßes der Tat „gegen die guten Sitten“ (§ 228 StGB) unwirksam ist. Relativ einfach ist dagegen die Beurteilung des zum Schein abgegebenen Versprechens, das Kind zu ersticken. Ein „Sichbereiterklären“ zum Totschlag (§§ 30 Abs. 2, 212 Abs. 1 StGB) scheidet aus; dafür wäre die *ernst gemeinte* Erklärung der Bereitschaft zur Begehung eines Verbrechens erforderlich.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Detaillierte Übersicht bei *Kühl* (Fn. 18), § 16 Rn. 67 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 212 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>51</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 49), § 30 Rn. 6.

# Ehrenkränkungen („flaming“) im Web 2.0

## Ein Problemaufriss de lege lata und de lege ferenda

Von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg\*

### I. Das Beleidigungsstrafrecht gestern und heute

Trotz seines beträchtlichen Alters und der geringen Zahl von Gesetzesänderungen hat sich das deutsche Beleidigungsstrafrecht als erstaunlich anpassungsfähig erwiesen. Dies dürfte nicht zuletzt auf die Weite und Interpretationsoffenheit der gesetzlichen Bestimmungen (v.a. der §§ 185, 186, 187 und 193 StGB) zurückzuführen sein. Auch seine Leitbegriffe, v.a. das Rechtsgut der „Ehre“, jenes nach *Maurach* „mit den hölzernen Handschuhen des Strafrechts“ so schwer zu erfassende Rechtsgut,<sup>1</sup> sowie die damit in engem Zusammenhang zu interpretierenden Basiskonzepte der „Ehrverletzung“ und der Rechtfertigung durch „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ sind hinreichend flexibel, um selbst weitgehende gesellschaftliche Veränderungen und das Wechselspiel des Zeitgeistes einfangen zu können.<sup>2</sup>

In der Gegenwart steht das hergebrachte Strafrecht der Beleidigung allerdings vor einer besonderen Bewährungsprobe: der Bewältigung ehrverletzender Äußerungen im Internet, neudeutsch gelegentlich auch „flaming“ genannt. Im weltumspannenden Netz der Informationsübertragung und Informationsspeicherung spielen ehrverletzende Äußerungen – vom „digitalen Pranger“ bis hin zum Rufmord – eine beträchtliche Rolle,<sup>3</sup> ohne dass die Besonderheiten des strafrechtlichen Ehrenschatzes im Internet bislang hinreichend thematisiert worden wären.<sup>4</sup> Hinter dieser Zurückhaltung verbirgt sich möglicherweise die Überzeugung, das hergebrachte Beleidigungsstrafrecht sei ohne weiteres in der Lage, der neuen Herausforderungen Herr zu werden. Ob dies zutrifft, soll im Folgenden überprüft werden. Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist also der Aufweis einiger neuartiger Probleme, vor die das Internet die überkommene Dogmatik der §§ 185 ff. StGB stellt. Ihre Lösung kann hier nur angedeutet werden.

### II. Die Entwicklung des Internet zum Web 2.0

Um die neuen Herausforderungen des strafrechtlichen Ehrenschatzes im Internet angemessen einschätzen zu können, ist

\* Der Autor ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtslehre, Informationsrecht und Rechtsinformatik an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

<sup>1</sup> *Maurach*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1956, § 17 I 1.

<sup>2</sup> *Tenckhoff* weist in seiner grundlegenden Arbeit über „Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände“, 1974, S. 13, zusätzlich zu Recht auf die geradezu „babylonische Sprachverwirrung“ bei der dogmatischen Erfassung des Rechtsguts „Ehre“ hin.

<sup>3</sup> Vgl. die Nachweise in *Volkmer/Singer*, Tatort Internet, Das Handbuch gegen Rufschädigung, Beleidigung und Betrug im Internet, 2008, S. 48 ff. Zum „digitalen Pranger“ *Grevel/Schärdel*, MMR 2008, 644.

<sup>4</sup> Vgl. aber *Hilgendorf/Frank/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, Rn. 519 ff; *Hilgendorf*, EWE 2008, 403 (409 f.). Speziell zur Beleidigung im Internet *Beck*, MMR 2009, 736.

es angebracht, zunächst einen Blick auf die jüngste Entwicklung dieses Mediums zu werfen.<sup>5</sup> 2009 waren 67 % der über 14jährigen Deutschen zumindest gelegentlich online, davon fast 72 % täglich. Die höchste Nutzerquote ist mit 96 % bei den 14 bis 29jährigen festzustellen. Danach sinkt die Nutzungsbereitschaft deutlich ab. Immerhin sind unter den über 60jährigen ebenfalls noch 27 % gelegentlich online.

Seit 2004 macht ein neuer Begriff die Runde: Web 2.0.<sup>6</sup> Damit werden die neuen Möglichkeiten bezeichnet, das Netz nicht bloß zum Abruf von Texten, Filmen, Bildern u.ä. zu nutzen, sondern selbst aktiv Dateien online zu stellen. Viele neue Internetangebote, etwa die Internet-Enzyklopädie Wikipedia oder die Video-Datenbank YouTube, funktionieren nur infolge der Bereitschaft zahlreicher Nutzer, eigenes Material, seien es nun Artikel oder Videos, auf die zur Verfügung gestellten Plattformen hochzuladen. Andere verbreitete Nutzungsformen des Web 2.0 sind Foto-Communitys wie flickr, auf denen Nutzer private Bilder online stellen, andere Bilder betrachten und kommentieren können und Weblogs, eine Art online-Tagebücher, in denen Nutzer regelmäßig über bestimmte Themen berichten. So betreibt etwa der bekannte Rechtssoziologe *Klaus Röhl* unter <http://www.rsoblog.de> einen sehr informativen, anspruchsvollen Weblog zu aktuellen rechtssoziologischen, rechtspolitischen und rechtstheoretischen Themen. Die Gesamtheit aller Blogs, von denen die meisten mit anderen Blogs und sonstigen Internetseiten verlinkt sind, heißt „Blogosphäre“.<sup>7</sup> Von Bedeutung sind auch die sog. „soziale Lesezeichensammlungen“ (social bookmarks), etwa „del.icio.us“, „Digg“, „Furl“ und „Mister Wong“, in denen Internetnutzer ihre persönlichen Lesezeichen (bookmarks) online stellen und oft zur Erleichterung der Nutzung zusätzlich mit Schlagworten indexieren.

<sup>5</sup> Zugrunde gelegt wurde das Zahlenmaterial der ARD/ZDF Onlinestudie 2009, abgedruckt in: *Media Perspektiven* 2009, 333-376.

<sup>6</sup> Der Begriff wurde 2004 von *Dale Dougherty* und *Craig Cline* geprägt, *Tim O'Reilly* machte ihn 2005 zu einem Schlagwort. Vgl. *O'Reilly*, What is Web 2.0 ?, <http://www.o-reilly.com>. Inzwischen existiert eine umfangreiche Literatur zu dem Thema. Grundlegend *Castells*, Die Internet-Galaxie, Internet, Wirtschaft und Gesellschaft, 2005 (englisches Original 2001); vgl. ferner *Palfrey/Gasser*, Generation Internet, Die Digital Natives: Wie sie leben, Was sie denken, Wie sie arbeiten, 2008. Aus juristischer Perspektive besonders interessant *Bieber* u.a. (Hrsg.), Soziale Netze in der digitalen Welt, Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht, 2009; *Ertelt/Röll* (Hrsg.), Web 2.0: Jugend online als pädagogische Herausforderung, Navigation durch die digitale Jugendkultur, 2008; *Zeger*, Paralleluniversum Web 2.0, Wie online-Netzwerke unsere Gesellschaft verändern, 2009; in die wichtigsten Geschäftsstrukturen einführend *Kaspar*, Web 2.0, 2009.

<sup>7</sup> *Zeger* (Fn. 6), S. 24 ff.

Die am meisten verbreitete Kommunikationsform des Web 2.0 bilden die sozialen Netzwerke, die teilweise berufliche (Xing, LinkedIn), überwiegend aber private Ausrichtung haben (z.B. StudiVZ, facebook). 74 % der deutschen 14-19-jährigen nutzen private Netzwerke. Unter den 20-29-jährigen beträgt diese Quote immerhin noch 61 %, während sie bei den 30-39-jährigen nur noch 24% beträgt, bei den 40-49-jährigen 12 % und bei den 50-59-jährigen 10 %.<sup>8</sup> Bemerkenswert ist in den sozialen Netzwerken, anders als sonst im Internet, der Anteil der Frauen etwas höher als der der Männer. In derartigen Netzwerken stellen die Beteiligten ihr „Profil“ online, also persönliche Daten, die sie anderen mitteilen wollen, und nutzen das Netzwerk zur Kommunikation mit anderen „Usern“, der Suche nach Freunden und sonstigen Formen der Kontaktpflege.<sup>9</sup> Die meisten Nutzer sind nicht bloß in einem, sondern in mehreren sozialen Netzwerken eingeschrieben, häufig mit ganz unterschiedlichen Profilen.<sup>10</sup>

Die genannten Angebote zeigen, dass das Web 2.0 in hohem Maße auf altruistischen Energien der Nutzer, verbunden mit Motiven wie Mitteilungsbereitschaft, Kontaktfreude und Neugier, beruht. Das Web 2.0 ist ein sehr menschliches Medium. Die bisweilen immer noch anzutreffenden pauschalen Verurteilungen der neuen technischen Möglichkeiten beruhen auf Unkenntnis oder Unverständnis. Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, dass das „Mitmachnetz“ auch neue Formen sozialschädlichen und kriminellen Verhaltens ermöglicht, vom Auftreten unter falscher Identität, dem Ausforschen fremder Daten und verschiedenen Formen der Sabotage über das „Cyberstalking“ bis hin zu extremistischer Propaganda, Betrug und Erpressung. Grundsätzlich können fast alle Delikte auch online, also in Form von Datennetzkriminalität, begangen werden.<sup>11</sup> In vorliegendem Beitrag soll das Hauptaugenmerk auf der Beleidigung im Web 2.0 liegen.

### III. Besonderheiten der Beleidigung im Internet

Grundsätzlich sind die §§ 185 ff. ohne weiteres auch im Internet anwendbar. Angesichts des rasanten Veränderungstempos im Web 2.0 spielt hier für die juristische Bewertung der „Grundsatz der Technikdistanz“<sup>12</sup> eine besondere Bedeutung: Die Voraussetzung der Strafbarkeit ergeben sich aus dem Gesetz; Tatbestandsmerkmale sollten so interpretiert

werden, dass nicht jede noch so belanglose technische Neuerung sofort rechtliche Bewertungsunterschiede nach sich zieht; technische Vorkehrungen gegen Straftaten, auch wenn sie gut gemeint sind, müssen sich an den gesetzlichen Vorgaben messen lassen. Auf diesen – eigentlich selbstverständlichen – Grundsatz hinzuweisen erscheint nicht überflüssig, da gerade im Internetstrafrecht technische Gegebenheiten immer wieder als Schutzbehauptungen gegen rechtliche Anforderungen ins Feld geführt werden.<sup>13</sup>

Um die Besonderheiten der Beleidigung im Internet genauer in den Blick nehmen zu können, sollen im Folgenden drei Perspektiven unterschieden werden: die auf den Absender der beleidigenden Botschaft, die auf ihren Empfänger und schließlich die Perspektive auf das verwendete Medium, das Internet.

#### 1. Absenderperspektive

Das Internet wird heute quer durch alle Altersgruppen und sozialen Schichten verwendet.<sup>14</sup> Absender einer Beleidigung über das Internet kann also jedermann sein. Allerdings ist der Internetnutzer in der Regel in einer anderen Situation als derjenige, der beleidigende Äußerungen in der „realen“ Welt äußert: Der Urheber der Beleidigung im Internet steht dem Adressaten seiner Äußerung, sei es der von der Beleidigung Betroffene selbst (§ 185 StGB) oder ein Dritter (§§ 186, 187 StGB) nicht unmittelbar gegenüber. Dadurch fallen die (möglicherweise tatanreizenden, in den meisten Fällen aber wohl tathemmenden) Einflüsse, die vom Äußerungsadressaten sonst auf den Äußerungsurheber wirken, fort. Die psychische Situation des Äußerungsurhebers ist ferner dadurch gekennzeichnet, dass die Äußerung u.U. vom häuslichen PC aus abgegeben wird, eine Situation, die beim Täter den Eindruck von Unkontrolliertheit und Anonymität erzeugen kann. In einer derartigen Situation wird der Kontakt per E-Mail, im Rahmen eines „chats“ oder via „Twitter“, oft als besonders intensiv erlebt, mit der Folge, dass auch sehr persönliche Äußerungen über Dritte leichter fallen, als wenn man sich von Angesicht zu Angesicht gegenüberstünde. Die Hintergründe dieses Phänomens scheinen psychologisch bislang noch nicht vollständig erforscht zu sein, obgleich sich die Medienpsychologie durchaus schon der Besonderheiten des Internet angenommen hat.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> ARD/ZDF Online-Studie, Media Perspektiven 2009, 333 (360).

<sup>9</sup> Die Hemmungen, dabei selbst intime Details zu offenbaren, scheinen mehr und mehr abzunehmen, was die Legitimität der überkommenen Datenschutzregelungen in Frage stellt. Dazu näher Hilgendorf, in: Tomásek (Hrsg.), Grundfragen des europäischen Strafrechts, Sammelband des Deutsch-Tschechischen Grundlagenseminars zum europäischen Strafrecht, 21.-22. April 2005 in Prag, 2005, S. 30-48.

<sup>10</sup> Da Angaben in der Regel nicht überprüft werden, ist es einfach, in sozialen Netzwerken unter falscher Identität aufzutreten. Dies eröffnet Kriminellen – vom Cyberstalker bis hin zum Pädophilen – natürlich beträchtliche Möglichkeiten.

<sup>11</sup> Zum Begriff der Datennetzkriminalität Hilgendorf, JuS 1997, 323.

<sup>12</sup> Hilgendorf, ZStW 113 (2001), 650 (653).

<sup>13</sup> So wurde und wird etwa gegen die Providerverantwortlichkeit gerne mit der (angeblich technisch bedingten) Unmöglichkeit argumentiert, die über einen bestimmten Provider laufenden online-Kontakte zu kontrollieren – obwohl Firmen wie Google vormachen, dass selbst das Internet als Ganzes kontrolliert werden kann. Dass diese Kontrolle keine hundertprozentige sein kann, ist unschädlich und im Übrigen auch offline (in der „normalen Welt“) nicht anders.

<sup>14</sup> Vgl. die Angaben oben II.

<sup>15</sup> Vgl. etwa Batinic/Appel (Hrsg.), Medienpsychologie, 2008, wo die Besonderheiten von Computern und Internet durchgängig thematisiert werden. Speziell zu Kommunikation und sozialen Beziehungen im Internet Boos/Jonas, in: Batinic/Appel (a.a.O.), S. 195 (S. 211 ff.). Allgemeiner Krämer u.a. (Hrsg.), Medienpsychologie, Schlüsselbegriffe und Kon-

Nach dem sog. „Reduced Social Cues-Approach“ werden bei digitaler Kommunikation bestimmte Hinweisreize herausgefiltert, so dass Missverständnisse und Fehlverhalten begünstigt werden. Die Internetpsychologin *Nicola Döring* fasst die dabei auftretenden Effekte wie folgt zusammen:<sup>16</sup>

- Beschränkte Wahrnehmung des sozialen Kommunikationskontextes
- Beschränkte Wahrnehmung des Kommunikationspartners
- Verstärkte Wahrnehmung der eigenen Person (Begünstigung egozentrischer Sichtweisen)
- Erschwerte Regulation der Interaktion, dadurch Verunsicherung, Missverständnisse, Redundanz
- Egalisierte Kommunikation (Herausfilterung von Statusinformationen)
- Enthemmte Kommunikation (Offenheit, Emotionalität, im Extremfall Beleidigungen)
- Ambivalente Effekte hinsichtlich der Gruppendynamik (Egalisierungseffekte einerseits, gleichzeitig Polarisierung und Bildung/Bestärkung von Feindbildern möglich)
- Ambivalente Effekte hinsichtlich des Kommunikationsergebnisses (anomische Gruppenprozesse möglich, denkbar sind aber auch Impulse zu demokratischer Gruppenkommunikation und Kreativität).

In sozialen Netzwerken wie StudiVZ oder facebook treten tatanreizende Situationen besonders häufig auf, weil hier die Nähebeziehung zu dem Kommunikationspartner als Teil des eigenen „Netzwerks“ nicht nur von den Nutzern, sondern auch vom Anbieter der Plattform selbst in besonderer Weise hervorgehoben wird. Wer lediglich im Rahmen eines „Freundeskreises“ agiert, mag dieser auch nur ausschließlich im Internet existieren,<sup>17</sup> wird sehr viel eher geneigt sein, problematische Äußerungen abzugeben, als dies in der „realen Welt“ der Fall wäre. Die Atmosphäre von Sicherheit, Abgeschlossenheit und Vertrautheit, die sich in den einzelnen Nutzergruppen des sozialen Netzes leicht einstellt (und die von den Anbietern der Netzwerke in besonderer Weise gefördert wird), führt zu einer Erniedrigung von Hemmschwellen. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Nutzer im Internet Bedingungen vorfindet, die in besonderer Weise den Eindruck von (einerseits) besonderer Vertrautheit, (andererseits) Anonymität und Verantwortungslosigkeit fördern können.

Es fragt sich, wie diese besonderen Bedingungen rechtlich zu verarbeiten sind. Man könnte zunächst an eine Verneinung des Kundgabevorsatzes denken, so dass eine Beleidigung jedenfalls am subjektiven Tatbestand scheitern würde. Wer aus der abgeschiedenen Situation eines privaten Zim-

mers heraus eine ehrverletzende Äußerung ins Netz stellt, ist sich möglicherweise über den Kundgabecharakter seines Handelns nicht im Klaren.<sup>18</sup> Das Gefühl des Nutzers, seine Äußerung quasi bloß am „Stammtisch“ (d.h. der von ihm frequentierten Usergruppe) abgegeben zu haben, schließt dolus eventualis im Hinblick auf die Kundgabe der beleidigenden Äußerung aber nicht aus. Mit dem Einstellen der Äußerung in das Netz soll sie ja gerade den anderen Gruppenmitgliedern zur Kenntnis gebracht werden. Der subjektive Tatbestand einer Beleidigung wird deshalb kaum am fehlenden Kundgabevorsatz scheitern.

Man könnte daran denken, in Parallele zu Äußerungen im engsten Familienkreis eine Privilegierung des Täters vorzunehmen. Allerdings besteht über den dabei einzuschlagenden Weg in der Rechtslehre keine Einigkeit. Die h.M. will unter Rekurs auf Art. 6 Abs. 1 GG eine teleologische Reduktion<sup>19</sup> vornehmen, nach a.A. kommt nur eine Rechtfertigung über die Figur der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ in Frage.<sup>20</sup> Die Frage kann hier allerdings offen bleiben, da fraglich erscheint, ob überhaupt eine Privilegierung beleidigender Äußerungen in Diensten des Internet angebracht ist, mögen die entsprechenden Dienste auch noch so sehr die Intimität und Vertraulichkeit einer Familienrunde oder eines vertrauten Stammtisches aufweisen. Die Privilegierung von Äußerungen im engen Familienkreis beruht nicht zuletzt darauf, dass die Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG unter besonderem Schutz gestellt ist. Ein derartiger Schutz fehlt beim Stammtisch und erst Recht bei der vertrauten Usergruppe im Internet.<sup>21</sup> Es spricht deshalb vieles dafür, dass jedenfalls de lege lata eine Privilegierung von beleidigenden Äußerungen in Usergruppen des Internet, auch wenn sie dort vertraulich erfolgen, nicht möglich ist. Ob sie bei einer noch weiteren Verbreitung bestimmter Formen von sozialen Netzwerken de lege ferenda angebracht erscheinen könnte, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Lehnt man eine Privilegierung beleidigender Äußerungen in vertraulichen Kommunikationsgruppen des Internet ab, so bleibt, um eine Strafbarkeit zu vermeiden, nur die Möglichkeit, das Unrechtsbewusstsein des Nutzers zu verneinen. Angesichts der oben skizzierten besonderen psychischen Bedingungen bei der Nutzung des Internet mag diese Voraus-

<sup>18</sup> Eine „Kundgabe“ i.S.v. § 185 StGB setzt voraus, dass die fragliche Äußerung „nach außen“ dringt, vgl. *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (788).

<sup>19</sup> *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 482 ff.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 185 Rn. 9; *Regge*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, Vor § 185 Rn. 60; *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (789).

<sup>20</sup> *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, Vor § 185 Rn. 14 m.w.N.

<sup>21</sup> Der Vergleich der Usergruppe mit dem Stammtisch hinkt überdies insoweit, als i.d.R. jeder Nutzer einen anderen Freundeskreis hat, und die jeweiligen Freundeskreise nicht identisch, sondern allenfalls teildentisch sind.

zepte, 2008. Aus dem angelsächsischen Raum *Joinson u.a.* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Internet Psychology*, 2007.

<sup>16</sup> *Döring*, in: *Krämer* (Fn. 15), S. 290 (S. 292 f.). Vgl. auch *Barak*, in: *Joinson u.a.* (Fn. 15), S. 303-329 (mit umfangreicher Bibliographie).

<sup>17</sup> Im Regelfall scheint es allerdings so zu sein, dass die Mehrzahl der „Web-Bekanntschäften“ auf Kontakten außerhalb des Internet beruht bzw. mit solchen einhergeht.

setzung in sozialen Netzwerken gelegentlich erfüllt sein. Ein derartiger Verbotsirrtum dürfte allerdings im Regelfall vermeidbar sein, § 17 StGB, so dass die entsprechende Äußerung strafbar bleibt. Es ist im Übrigen in Zukunft vermehrt Aufgabe der Schulen, im Rahmen der Vermittlung von Medien- und insbesondere Internetkompetenz ihren Schülern die nötige Einsicht in die Risiken der Internetnutzung zu vermitteln.<sup>22</sup>

### 2. Empfängerperspektive

Vor allem auf der Empfängerseite wirken die beiden Faktoren, die dem Internet von Anfang an sein besonderes Gepräge gaben: Der Kreis der potentiellen Empfänger ist zum einen unbestimmt, zum anderen ist die beleidigende Äußerung grundsätzlich weltweit empfangbar.

Die dadurch auftretenden Fragen des Strafanwendungsrechts sind bereits mehrfach behandelt worden:<sup>23</sup> Da es sich bei den §§ 185 ff StGB um Erfolgsdelikte handelt und der Taterfolg in dem Zugang der beleidigenden Äußerung an eine beliebige Person zu sehen ist,<sup>24</sup> kann der Taterfolg überall auf der Welt eintreten. Umgekehrt können beleidigende Äußerungen, die irgendwo auf der Erde in das Internet eingegeben werden, in Deutschland empfangen werden, so dass hier nach § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB ein Tatort begründet wird. Um die dadurch drohende Allzuständigkeit des deutschen Strafrechts für Beleidigungen im Internet zu verhindern, ist eine Vielzahl von Lösungen vorgeschlagen worden. Am aussichtsreichsten dürfte sein, zusätzlich zum Taterfolg auf deutschem Territorium eine besondere Beziehung der Tat zu Deutschland, also eine territoriale Spezifizierung<sup>25</sup> zu verlangen.

Ein besonderes Problem der Internetbeleidigung auf der Empfängerseite ist ferner darin zu sehen, dass für die Feststellung einer Beleidigung eine Berücksichtigung der im jeweiligen Kontext üblichen Kommunikationsstandards erforderlich ist.<sup>26</sup> Ausdrucksformen, die in der einen gesellschaftlichen Gruppe – es ließe sich auch von „Subkultur“ sprechen – sozialadäquat sind, können, wenn man sie gegenüber einer nicht der jeweiligen Gruppe angehörigen Person verwendet, deplaziert und geradezu beleidigend wirken. Ein Beispiel ist die Verwendung des vertraulichen „Du“ oder die Anrede mit dem Vornamen unter Studierenden oder unter etwa gleichaltrigen Urlaubern einerseits, im geschäftlichen

Verkehr oder gar vor Gericht andererseits.<sup>27</sup> In Deutschland sind die Voraussetzungen einer Kundgabe von Miss- oder Nichtachtung trotz des unbestimmten Normwortlauts einigermaßen bestimmbar, weil eine mehr als 100jährige Kasuistik Vergleichsfälle bereitstellt. Immerhin lässt sich auch hierbei beobachten, dass ältere Entscheidungen wegen des seither eingetretenen Werte- und Ansichtswandels nicht mehr ohne weiteres auf die heutige Zeit übertragen werden können. Dieser Pluralismus der Perspektiven und Wertgesichtspunkte findet sich auch im Internet, nur erstreckt er sich nicht entlang der Zeitachse in die Vergangenheit, sondern existiert in globalem Maßstab in der Gegenwart.<sup>28</sup>

Es sind vor allem zwei Aspekte, die die Problemsituation im Internet verschärfen: einerseits die Vielzahl der dort vertretenen Subkulturen, Gruppen und Grüppchen und andererseits die Tatsache, dass Internetpublikationen im Grundsatz auf der ganzen Welt empfangbar sind, so dass nicht bloß subkulturspezifische Kommunikationsformen, sondern die Standards ganzer Kulturkreise aufeinander treffen können.<sup>29</sup> So ist die Veröffentlichung von Karikaturen des Propheten Mohammed im Internet<sup>30</sup> nach Auffassung westeuropäischer Betrachter je nach eigenem Standpunkt als aufklärerisch, religionskritisch oder auch religionsfeindlich einzustufen, aber kaum als beleidigend – als Toter ist Mohammed selbst nicht mehr ohne weiteres beleidigungsfähig<sup>31</sup> und auch der Islam als Glaubensgemeinschaft ist zu groß und in seiner Abgrenzung zu unscharf, um als taugliches Objekt einer Beleidigung in Frage zu kommen.<sup>32</sup> Dagegen könnte aus der Perspektive eines gläubigen Moslems durchaus eine Beleidigung (des Propheten Mohammed) vorliegen. Die damit nur

<sup>27</sup> Im Internet hat sich die Anrede mit Vornamen eingebürgert, so dass es passieren kann, dass man von einem großen Internethändler automatisiert mit „Hallo“ und dem eigenen Vornamen angesprochen wird. Diese Praxis ist mittlerweile so verbreitet, dass man sie schon als sozialadäquat anzusehen haben dürfte. Passierte dasselbe in einem deutschen Kaufhaus, würde dies bei vielen Kunden zumindest Befremden auslösen.

<sup>28</sup> Man könnte statt von einem diachronen von einem synchronen Pluralismus sprechen.

<sup>29</sup> Hilgendorf, JZ 2009, 139.

<sup>30</sup> Am 30.9.2005 veröffentlichte die dänische Tageszeitung Jyllands-Posten eine Serie von Karikaturen über den Propheten Mohammed, die in der islamischen Welt für erhebliche Irritationen, bis hin zu gewalttätigen Demonstrationen und Übergriffen auf westliche Botschaften führte. Die teilweise drastischen Karikaturen wurden von vielen Moslems als Beleidigung des Propheten interpretiert. Inzwischen sind die Bilder auch auf zahlreichen Seiten im Internet verfügbar. Vgl. zum Ganzen den materialreichen Artikel „Das Gesicht Mohammeds“ in der online-Enzyklopädie Wikipedia (hier benutzt auf dem Stand vom 29.1.2010).

<sup>31</sup> Allerdings kann § 189 StGB einschlägig sein, vgl. Hilgendorf (Fn. 20), Vor § 185 Rn. 24 und § 189 Rn. 1 und 2 (auch zur abweichenden h.M.).

<sup>32</sup> Zur Frage der Beleidigungsfähigkeit von Personengemeinschaften Hilgendorf (Fn. 20), Vor § 185 Rn. 25 ff.

<sup>22</sup> Süß, in: Batinic/Appel (Fn. 15), S. 361 (insb. S. 371 ff.).

<sup>23</sup> Hilgendorf/Frank/Valerius (Fn. 4), Rn. 230-256 (mit eingehenden Nachweisen); aus völkerrechtlicher Sicht jetzt grundlegend Schmahl, Archiv des Völkerrechts 2009, 284-327.

<sup>24</sup> Tenckhoff, JuS 1988, 787 (788); Lackner/Kühl (Fn. 19), § 185 Rn. 7.

<sup>25</sup> Hilgendorf, NJW 1997, 1873 (1876); ders., ZStW 113 (2001), 650 (669); dem folgend BGHSt 46, 212 (224; Fall Töben). Das Kriterium der territorialen Spezifizierung knüpft an den älteren Gedanken des „genuine link“ im IPR an.

<sup>26</sup> Regge (Fn. 19), § 185 Rn. 9; Hilgendorf (Fn. 20), § 185 Rn. 19 ff.

angedeuteten Probleme werden sich vermutlich mit zunehmender Computerdichte in den Ländern der islamischen Welt verschärfen.

Die sonst als Maßstab herangezogene Sichtweise eines „objektiven Betrachters“ versagt, weil bei globalen Sachverhalten, wie sie im Internet die Regel sind, eine neutrale „Metaebene“ oberhalb der kulturspezifischen Bewertung fehlt. Auch dieses Problem scheint in der Literatur noch nicht hinlänglich behandelt worden zu sein. Nolens volens wird der (deutsche) Rechtsanwender vorläufig seine eigene Betrachtungsweise zur Geltung zu bringen haben und dementsprechend in Fällen wie den Mohammed-Karikaturen<sup>33</sup> feststellen, dass schon objektiv eine Beleidigung nicht vorliegt, auf jeden Fall aber auf der subjektiven Tatseite kein Beleidigungsvorsatz vorliegt. Man wird dann freilich akzeptieren müssen, dass andere Länder entsprechend verfahren und ihre strafrechtlichen Anschauungen zur Anwendung bringen, was u.U. bedeuten könnte, dass westeuropäische Urheber religiöskritischer Äußerungen in islamischen Ländern verurteilt werden.<sup>34</sup>

Auf mittlere und längere Sicht dürfte eine internationale Annäherung und eine Einigung auf bestimmte Standards des „noch zu Tolerierenden“ unumgänglich sein. Es geht dabei in erster Linie darum, einen Freiraum für die Meinungsvielfalt zu schaffen, nicht darum, interkulturell akzeptable Standards für das Vorliegen einer Beleidigung zu formulieren. Ein solches Unterfangen wäre angesichts der extremen Wertegeladenheit und kulturellen Interpretationsoffenheit der Ehrverletzung von vornherein zum Scheitern verurteilt.

Allenfalls ein Kernbereich der Beleidigung dürfte interkulturell konsensfähig sein. In Frage kommen hierbei insbesondere jene schwersten Formen einer Ehrkränkung, die nicht bloß die Ehre als solche verletzen, sondern darüber hinaus auch die Menschenwürde des Betroffenen tangieren.<sup>35</sup> Dies lässt sich am besten verdeutlichen, wenn man Art. 1 Abs. 1 GG mit der Ensembletheorie der Menschenwürde so deutet, dass Menschenwürde subjektive Rechte auf ein Existenzminimum, grundsätzliche autonome Selbstentfaltung, ein Minimum an Schmerzfreiheit, Wahrung der Privatsphäre, geistig-seelische Integrität, grundsätzliche Rechtsgleichheit und minimale Achtung enthält.<sup>36</sup> Der „kulturfeste“ Teil des Ehrenschutzes könnte danach in einem „Recht auf minimale Achtung“ gesehen werden. Auch diese Sicht bedarf freilich noch vielfältiger Klärung und Explikation.<sup>37</sup>

Insgesamt ist nicht anzunehmen – und auch nicht ohne weiteres legitimierbar – dass die westliche Welt ihre Standards ohne weiteres durchsetzen wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich liberale Auffassungen von Meinungsfreiheit erhebliche Einschränkungen werden gefallen lassen müssen, will man einen „Zusammenprall der Strafrechtssysteme“<sup>38</sup> im Internet vermeiden.

### 3. Besonderheiten des Mediums Internet

Das Internet weist als Medium der Beleidigung zahlreiche Besonderheiten auf, die der Ehrverletzung über das Datenetz ein ganz besonderes Gepräge geben. Auf die besondere psychische Situation des Täters wurde bereits hingewiesen.<sup>39</sup> Hinzu kommt, dass durch die Herausbildung des mobilen Internet die Möglichkeiten, beleidigende Äußerungen online zu stellen, erheblich zugenommen haben. Die Nutzung des Netzes ist heute nicht mehr nur zu Hause oder im Betrieb, in der Schule oder in der Universität von Standgeräten aus möglich, sondern auch über Smartphones, die z.B. in Bars und Diskotheken benutzt werden können, also Orten, in denen sich erheblich leichter eine „gelöste“ Stimmung einstellt als anderswo. Ob und inwieweit sich infolge des mobilen Internet (mobile internet) das kriminologische Leitbild der Beleidigung verändern wird, bleibt abzuwarten.

Ein anderer Problemfaktor ist darin zu sehen, dass die Publikation der Ehrverletzung im Internet grundsätzlich weltweit empfangen werden kann,<sup>40</sup> was u.U. eine Verbreitung der beleidigenden Äußerungen über den ganzen Globus bedeuten kann. Die Äußerung kann gespiegelt (kopiert) und verlinkt werden. Dies bedeutet, dass die fragliche Publikation auch an Personen gelangt, die den Kontext, aus dem sie stammt, nicht kennen, was zu zusätzlichen Unsicherheiten bei der Interpretation von als „Beleidigung“ deutbaren Äußerungen und Publikationen führen kann<sup>41</sup> und u.a. eine politische Instrumentalisierung der „Beleidigung“ erleichtert.<sup>42</sup>

Zu bedenken ist auch, dass eine einmal in das Internet gelangte Äußerung kaum wieder daraus entfernt werden kann. Auch wenn sich die Streitparteien längst versöhnt haben, steht die Beleidigung weiter im Netz. Wird die fragliche Datei von dem Server gelöscht, auf dem sie ursprünglich gespeichert war, so ist sie doch meist mittlerweile auf eine nicht mehr überschaubare Vielzahl anderer Server übertragen worden, von welchen die Äußerung wiederum weiter über-

<sup>33</sup> Vgl. oben Fn. 30.

<sup>34</sup> Wegen welchen Delikts die Verurteilung erfolgt, ob wegen Beleidigung i.e.S. oder wegen eines Religionsdelikts (i.e. Beleidigung des Gottes) ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich.

<sup>35</sup> Die Menschenwürde als „konstanter Ehrfaktor“ betont auch *Tenckhoff* (Fn. 2), S. 178 f.

<sup>36</sup> *Hilgendorf*, Jahrbuch für Recht und Ethik 7 (1999), 137 (148 ff.).

<sup>37</sup> Vgl. die Diskussion in EWE 2008: *Arzt*, EWE 2008, 416; *Burkhart*, EWE 2008, 418; *Hörnle*, EWE 2008, 426 und *Losch*, EWE 2008, 437.

<sup>38</sup> Analog zum viel beschworenen „Zusammenprall der Kulturen“, den *Huntington*, *The Clash of Civilizations*, 1996, beschrieben hat.

<sup>39</sup> Vgl. oben III. 1.

<sup>40</sup> Das gilt allerdings nicht für sämtliche Beleidigungen im Internet. So ist etwa eine Beleidigung via „normaler“ E-Mail nur vom Absender und vom (konkret in die Adresszeile aufgenommenen) Empfänger zu lesen (die Möglichkeit, dass der Diensteanbieter oder ein Systemadministrator die beleidigende Nachricht liest, kann hier unberücksichtigt bleiben).

<sup>41</sup> Dazu schon oben III. 2.

<sup>42</sup> Derartiges dürfte im Zusammenhang mit den Mohammed-Karikaturen geschehen sein, dazu näher den oben Fn. 30 angegebenen Wikipedia-Artikel.

mittelt wird. Eine „Bereinigung“ des Netzes ist unter diesen Umständen nur mit sehr großem Aufwand möglich. Es erstaunt deshalb nicht, dass es mittlerweile einen neuen Berufsstand gibt, den „Internet-Reputations-Manager“, dessen Aufgabe es im Wesentlichen ist, im Internet Angaben, die dem Ansehen des jeweiligen Auftraggebers schädlich sein könnten, zu entdecken und durch zusätzliche Angaben, Relativierungen und Gegendarstellungen zu entkräften, wenn eine Löschung – wie regelmäßig der Fall – nicht möglich ist.<sup>43</sup>

Zusammenfassend lassen sich die Faktoren, die der Beleidigung im Internet ihr besonderes, unrechtserhöhendes Gepräge geben, wie folgt zusammenfassen: Ehrverletzende Publikationen im Internet sind im Grundsatz weltweit empfangbar (Ubiquität), sie sind dauerhaft im Internet auffindbar (permanente Verfügbarkeit) und kaum wieder daraus zu löschen (Nicht-Eliminierbarkeit). Die Leser der ehrkränkenden Publikation kennen in aller Regel die besonderen Beziehungen zwischen Absender und Betroffenen nicht (Fehlen des persönlichen Kontextes).

Die besonderen Gefahren, die von einer derartigen ehrverletzenden Äußerung im Internet ausgehen, legen den Gedanken nahe, ob nicht ein Sondertatbestand der Beleidigung im Internet geschaffen werden sollte. Man könnte an einen Qualifikationstatbestand zu den §§ 185, 186 und 187 StGB denken.<sup>44</sup> Andererseits sollte nicht aus dem Blick verloren werden, dass durch die Möglichkeit, ehrverletzende Äußerungen vom privaten PC zu Hause oder über ein Smartphone zu versenden, Hemmschwellen herabgesetzt werden, die sich durch eine Strafverschärfung allein kaum wieder anheben lassen. Vor einem Tätigwerden des Gesetzgebers müssen jedenfalls solide empirische Studien durchgeführt werden, um die Annahmen über die besondere Täter- und Opfersituation im Internet wissenschaftlich zu untermauern und zielführende Normformulierungen zu ermöglichen. Die besonderen Probleme, die sich aus der Möglichkeit grenzüberschreitender Beleidigungen ergeben, können vom deutschen Gesetzgeber ohnehin nicht im Alleingang gelöst werden. Alles in allem dürfte deshalb ein Tätigwerden des Gesetzgebers zum jetzigen Zeitpunkt noch verfrüht sein.

#### IV. Diensteanbieter (Provider)

##### 1. Beleidigungsaffine Angebote im Internet

Im „Web 2.0“ besitzen die Diensteanbieter eine stärkere Stellung als jemals zuvor, weil sie die erforderliche Infrastruktur zur Verfügung stellen und kontrollieren. Die früher verbreitete Forderung, der Staat solle sich aus dem Internet heraushalten, um einen „herrschaftsfreien Raum“ zu gewähr-

leisten,<sup>45</sup> verkürzt die Problemsituation deshalb in erheblicher Weise. Je mehr sich der Staat regelnder Eingriffe in das Internet enthält, desto stärker wird die Position der großen, oft weltweit agierenden Internet-Unternehmen. Globale Internet-Player wie Google oder Microsoft entziehen sich schon heute dem Zugriff einzelner Staaten und können oft nur noch durch ein konzertiertes Vorgehen mehrerer Regierungen kontrolliert werden; teilweise scheint eine Kontrolle gar nicht mehr möglich zu sein. Gerade im Web 2.0 hat diese historisch neuartige Machtstellung erhebliche Konsequenzen: Wer eine bestimmte Plattform zur Verfügung stellt, kann sie den Nutzern auch wieder entziehen, in der Regel, ohne deren Zustimmung einzuholen. Des Weiteren legt der Diensteanbieter die Nutzungsbedingungen fest und kann sie auch nachträglich ändern. Gelegentlich scheitern solche Änderungen am Widerstand der Betroffenen, doch in der Regel können die Anbieter Änderungen durchsetzen, ohne die Auffassungen der Betroffenen berücksichtigen zu müssen.

Die starke Stellung der Diensteanbieter und Plattformhersteller spiegelt sich auch in der Vielzahl der unterschiedlichen Angebotsformen wieder. Einige Dienste sind wie prädestiniert, als Plattform für Beleidigungen zu dienen. So existierte bis 2008 eine sehr populäre Plattform namens <http://www.rottenneighbors.com>, auf der man sich über seine Nachbarn beschweren konnte und die häufig für massive Beleidigungen missbraucht wurde. Ein derzeit nicht unbedenkliches „beleidigungsaffines“ Internetangebot ist <http://dontdatehimgirl.com>, wo man sich über Ex-Partner äußern kann.<sup>46</sup>

Derartige Seiten ermöglichen Delikte nach den §§ 185 ff. StGB nicht nur, sie befördern sie sogar. Allerdings ist das Hervorrufen oder das Fördern einer fremden Tatneigung per se noch nicht strafbar, da es an einem hinreichend konkreten Vorsatz fehlt. Die Grenzen zur Strafbarkeit können aber überschritten werden, wenn der Diensteanbieter konkrete Kenntnis von der Förderung einer bestimmten Tat hat.

Des Weiteren ist an Unterlassungstaten zu denken, wenn der Diensteanbieter trotz konkreter Kenntnis eine bestimmte beleidigende Publikation nicht vom Netz nimmt. Entsprechende Garantienpflichten können etwa aus Vertrag oder einer polizeilichen Anordnung entstehen. Eine Strafbarkeit wegen des Unterlassens einer Sperrung oder Löschung strafrechtswidriger Inhalte kommt auch für Access-Provider in Frage. Zwar bestimmt § 8 TMG, dass Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder zu denen sie den Zugang zur Nutzung vermitteln, vorbehaltlich der dort näher dargelegten Ausnahmen, nicht verantwortlich sind. Aus dieser Regelung wird in der Literatur teilweise eine sehr weitgehende Haftungsprivilegierung der Zugangsprovider geschlossen.<sup>47</sup> Dagegen lässt sich aber auf § 7 Abs. 2 S. 2 TMG verweisen, wonach Verpflich-

<sup>43</sup> Vgl. etwa <http://www.datenwachsenschutz.de>; <http://www.dein-guterruf.de>; <http://www.myonid.de>; <http://www.reputations-defender.com> und <http://www.saubereweste.de>, vgl. auch *Zenger* (Fn. 6), S. 110 f. Praktische Hinweise zum Selbstschutz geben *Volkmer/Singer* (Fn. 6), S. 28 ff.

<sup>44</sup> Abwägend *Hilgendorf*, EWE 2008, 403 (408); für die Einführung eines neuen Qualifikationstatbestandes *Beck*, MMR 2009, 736 (738 ff.).

<sup>45</sup> Anklänge z.B. noch bei *Hoeren*, EWE 2008, 424 f.

<sup>46</sup> Vgl. auch <http://www.hollabacknyc.com>, wo man sich gegen (echte oder vermeintliche) Belästiger wehren kann, indem man Handyfotos veröffentlicht.

<sup>47</sup> *Marbeth-Kubicki*, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, Rn. 155.

tungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8-10 TMG unberührt bleiben. Daraus folgt, dass sich Accessprovider für Unterlassungen u.U. auch strafrechtlich zur Verantwortung ziehen lassen.<sup>48</sup> Voraussetzung ist lediglich, dass sämtliche Bedingungen einer Unterlassungsstrafbarkeit, insbesondere auch die Garantenstellung, gegeben sind. Eine besondere Privilegierung von Access-Providern, welche vorsätzlich strafrechtswidrige Inhalte nicht sperren oder nicht aus dem Netz entfernen, obwohl sie die Möglichkeit dazu haben und darüber hinaus durch Vertrag oder eine behördliche Verfügung dazu verpflichtet sind, existiert nicht.

## 2. Weiterverwendung selbstentblößender und anderer möglicherweise peinlicher Publikationen

Ein besonderes, bislang soweit ersichtlich in der Strafrechtswissenschaft noch nicht thematisiertes Problem liegt in der Verwendung von ehrverletzenden Inhalten, die Nutzer aus eigenem Antrieb online gestellt haben, ohne freilich an die Möglichkeit zu denken, dass diese Inhalte über einen ganz bestimmten Anwendungsbereich hinaus bekannt werden. So wäre es etwa denkbar, dass unter StudiVZ eingestellte Partybilder oder erotische Aufnahmen in ganz anderem Kontext, etwa im Rahmen von Alkoholwerbung oder auf einer Porno-Seite, wieder auftauchen. Liegt darin eine Beleidigung? Manche Diensteanbieter behalten sich die Möglichkeit, die vom Nutzer online gestellten Inhalte nach Belieben weiter verwenden zu können, in ihren Geschäftsbedingungen sogar ausdrücklich vor.<sup>49</sup>

Ob der objektive Tatbestand einer Beleidigung vorliegt – eine Kundgabe der Miss- oder Nichtachtung – hängt grundsätzlich vom Einzelfall ab. Bei extrem kontextdivergierender Verwendung von Photographien oder Filmen wird man den Tatbestand des § 185 oder der §§ 186, 187 StGB aber bejahen können. Der subjektive Tatbestand dürfte in derartigen Fällen zumindest in Form von *dolus eventualis* vorliegen.

<sup>48</sup> Hilgendorf/Frank/Valerius (Fn. 4), Rn. 310 ff.

<sup>49</sup> Vgl. etwa die AGB von facebook unter <http://de-de.facebook.com/policy.php>, wo es u.a. zu sog. „Umfeldorientierten Werbeanzeigen“ heißt: „Gelegentlich kombinieren wir die von uns veröffentlichten Werbeanzeigen mit relevanten Informationen, die wir über dich und deine Freunde haben, um Werbeanzeigen für euch attraktiver und individueller zu gestalten. Wenn du beispielsweise Fan einer Seite wirst, können wir deinen Namen und dein Profilbild neben einer Werbeanzeige für diese Seite einblenden, die deinen Freunden angezeigt wird. Wir geben die in Umfeldorientierten Werbeanzeigen sichtbaren personenbezogenen Informationen nur an die Freundin oder den Freund weiter, der die jeweilige Werbeanzeige sehen kann. Auf dieser [Hilfe](#)-Seite kannst du dich gegen die Verwendung deiner Informationen in Umfeldorientierten Werbeanzeigen entscheiden.“ Ein Kommentar aus der Marketingbranche dazu hier: <http://www.website-marketing.ch/1689-missbraucht-facebook-mitglieder-als-werbebotschafter/>.

Problematischer ist, ob nicht eine Einwilligung angenommen werden kann. Regelmäßig wird der Nutzer den Geschäftsbedingungen des Diensteanbieters zumindest *pro forma* zugestimmt haben. Die Erfahrung zeigt allerdings, dass kaum jemand diese Geschäftsbedingungen wirklich zur Kenntnis nimmt. Meist wird nur ein „Haken“ unter einen Text gesetzt, den man nicht gelesen hat und von dem auch der Anbieter nicht erwartet, dass er von allen gelesen wird. Es fragt sich, ob dennoch eine rechtfertigende Einwilligung i.S.d. Strafrechts vorliegen kann.<sup>50</sup>

Unter Zugrundlegung der für die Einwilligung in einen Heileingriff entwickelten Grundsätze ist dies zu verneinen: So wie der Patient tatsächlich über die durch einen ärztlichen Eingriff drohenden Gefahren aufgeklärt worden sein muss und es nicht genügt, ihm nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme von evtl. drohenden Risiken etwa durch Aushändigung von Formularen und Merkblättern zu eröffnen,<sup>51</sup> so muss auch im Internetstrafrecht die Einwilligung, wenn sie rechtfertigend wirken soll, in realer Kenntnis der Risiken erfolgen. Gegen die Möglichkeit, durch Setzen eines Häkchens unter bestimmte Geschäftsbedingungen strafrechtlich einwilligen zu können, spricht ferner, dass sich die Einwilligung auf eine bestimmte, einigermaßen konkretisierte Rechtsgutsverletzung beziehen muss. Pauschaleinwilligungen sind nicht wirksam. Alles dies spricht gegen die Möglichkeit, sich durch allgemeine Geschäftsbedingungen eine strafrechtlich relevante Einwilligung verschaffen zu können.

## V. Wahrnehmung berechtigter Interessen

Eine Möglichkeit, der Vielzahl kultureller Besonderheiten gerecht zu werden, mit denen das Beleidigungsstrafrecht im Internet konfrontiert ist, ist die „Wahrnehmung berechtigter Interessen“, § 193 StGB. Insofern ergibt sich hier eine Parallele zur Figur der „cultural defense“<sup>52</sup> des angelsächsischen Rechtskreises, welche allerdings grundsätzlich nicht nur bei Beleidigungsdelikten (die v.a. in den USA ohnehin kaum eine Rolle spielen<sup>53</sup>), sondern bei sämtlichen Deliktformen in Frage kommt. Englische und US-amerikanische Gerichte sind allerdings bei der Anerkennung einer *cultural defense* sehr zurückhaltend.

<sup>50</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Lackner/Kühl* (Fn. 19), § 228 Rn. 3 ff.

<sup>51</sup> BGH NJW 1985, 1399; *Lackner/Kühl* (Fn. 19), § 228 Rn. 14.

<sup>52</sup> Dazu umfassend *Renteln*, *The Cultural Defense*, 2004.

<sup>53</sup> Die USA kennen kein Beleidigungsstrafrecht in unserem Sinne und betonen gegenüber dem kontinentalen und deutschen Modell die Bedeutung der Meinungsfreiheit. Dazu *Nelson*, in: Tellenbach (Hrsg.), *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, 2007, S. 663-699. Allerdings gibt es in den USA seit einigen Jahren eine intensive Debatte über das Erfordernis einer stärkeren strafrechtlichen Kontrolle von sog. „hate speech“, dazu *Van Blaricum*, in: Carr (Hrsg.), *Computer Crime*, 2009, S. 327-376. Auf informeller Ebene werden Ehrenkränkungen teilweise auch über die Regeln der „political correctness“ erfasst, welche die grundsätzlich verbürgte Meinungsfreiheit v.a. an den Universitäten stark einschränken.

Da das Internet die Verwendung bildlicher Darstellungen, etwa von Karikaturen, in besonderer Weise erleichtert,<sup>54</sup> darf auch die Garantie der Kunstfreiheit nicht außer Acht gelassen werden. So wäre etwa die Publikation der Mohammed-Karikaturen nach deutscher Rechtslage nicht bloß durch die Meinungsfreiheit, sondern auch durch die Kunstfreiheit geschützt. Dogmatisch wird der Einfluss der Kunstfreiheit i.d.R. bei § 193 StGB, der Wahrnehmung berechtigter Interessen, verortet, wobei aber Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG selbst, und nicht der § 193 StGB, die einschlägige Rechtfertigungsnorm darstellt.<sup>55</sup>

Zur Abgrenzung zwischen dem Schutz der Ehre einerseits, der Meinungs- und Kunstfreiheit andererseits ist nach h.L. und Rechtsprechung eine Abwägung der widerstreitenden Interessen mit dem Ziel der Herstellung „praktischer Konkordanz“ vorzunehmen.<sup>56</sup> Derartige Abwägungsverfahren sind im Strafrecht wegen der Unbestimmtheit der zur Geltung zu bringenden Abwägungsgesichtspunkte problematisch. Außerdem setzen sie einen Rechtsanwender voraus, der die einander gegenüberstehenden Gesichtspunkte gleichermaßen versteht, ihre Bedeutung für den Betroffenen einschätzen und eine ausgleichende, beiden Seiten gerecht werdende Entscheidung treffen kann. Bei Sachverhalten, in denen dem Durchschnittsrechtsanwender nicht geläufige kulturelle Besonderheiten thematisiert werden müssten,<sup>57</sup> gerät die Abwägung leicht in den Verdacht, nur die Interessen der eigenen Seite angemessen zu berücksichtigen, ja berücksichtigen zu können. Dieses missliche Problem lässt sich durch eine verstärkte Vermittlung kultureller Kompetenz in der Juristenausbildung<sup>58</sup> entschärfen; ganz lösen lässt es sich wohl nicht.

### VI. Ergebnis

Die vorstehende knappe Analyse hat gezeigt, dass der strafrechtliche Ehrenschatz im Internet neuen Herausforderungen begegnet, auf die die überkommene Dogmatik bislang kaum hinreichend vorbereitet ist. Besonders bemerkenswert sind Veränderungen im typischen Tatbild einer Beleidigung, wenn die ehrverletzenden Äußerungen nicht mehr im Rahmen einer

Auseinandersetzung von Angesicht zu Angesicht abgegeben werden, sondern in geschlossenen Foren sozialer Netzwerke vom scheinbar abgeschiedenen PC im Privatzimmer aus erfolgen oder per Smartphone in der Disco oder einer Bar. Ob und inwieweit diese neuen Tatbilder auch die rechtliche Bewertung beeinflussen können, ist noch nicht geklärt. Unklar ist auch, nach welchem Maßstab das Vorliegen einer Ehrverletzung bei kulturübergreifenden Kontakten bestimmt werden kann, wenn ein Konsens über die Voraussetzungen eines „objektiven Betrachters“ fehlt. Ein anderes neuartiges Problem liegt in der Ubiquität und Nicht-Eliminierbarkeit von Internetpublikationen, was zu Überlegungen Anlass gegeben hat, ob nicht ein neuer Qualifikationstatbestand der §§ 185 ff. StGB erforderlich ist, um dem besonderen Unrechtsgehalt einer Beleidigung im Internet gerecht zu werden. Von Bedeutung ist schließlich auch, die besondere Verantwortung von Internet-Providern im Blick zu behalten und die gegebenen rechtlichen Möglichkeiten ihrer Kontrolle, unter Einschluss der strafrechtlichen Haftung für das rechtswidrige und schuldhaftige Nicht-Entfernen krimineller Inhalte, auszuschöpfen.

---

<sup>54</sup> Zur modernen Debatte im die Verwendung von Bildern im Recht vgl. etwa *Röhl*, Recht anschaulich, Visualisierung in der Juristenausbildung, 2007; ferner *Hilgendorf* (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsvisualisierung, 2005.

<sup>55</sup> *Hilgendorf* (Fn. 20), § 193 Rn. 8 ff.; *Lackner-Kühl* (Fn. 19), § 193 Rn. 14. *Tenckhoff*, JuS 1989, 198 (200) spricht sich für das Vorliegen eines „ähnlichen Falles“ i.S.v. § 193 StGB aus.

<sup>56</sup> BVerfGE 42, 143 (152); *Hilgendorf* (Fn. 20), § 193 Rn. 6; vgl. auch *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1942).

<sup>57</sup> Vgl. schon oben III. 2. und die dort angegebene Literatur.

<sup>58</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Würzburger Universitätsprojekt „Globale Systeme und interkulturelle Kompetenz“ (<http://www.gsik.de>), das sich zum Ziel gesetzt hat, den Studierenden aller Fächer interkulturelle Kompetenz zu vermitteln, wobei „interkulturelle Kompetenz“ als die Fähigkeit verstanden wird, kulturell bedingte Konflikte als solche zu erkennen, zu analysieren und (eventuell) zu lösen.

# Anmerkungen zur Befreiung des Strafrechts vom ökonomistischen Denken

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn\*

## I. Einleitung

Recht zu schaffen oder zu verteilen ist nicht die Aufgabe des Strafrechts, sondern Rechte zu schützen. Zwar hat das Strafrecht auch die Kompetenz, Interessen selbst namhaft zu machen, die es in gewissen Grenzen unter seinen Schutz stellt, sog. Rechtsgüter. Voraussetzung dafür ist aber, dass diese Rechtsgüter allgemein anerkannt sind. In zweierlei Hinsicht ist aber das Strafrecht an außerstrafrechtliche Regelungen strikt gebunden: Es darf nicht Positionen schützen, denen das außerstrafrechtliche Recht seine Anerkennung versagt und es darf nicht Positionen seine Anerkennung versagen, die außerhalb des Strafrechts rechtlich anerkannt sind. In der Rechtsprechung zum Betrugstatbestand geschieht aber beides und zwar beides unter Berufung auf einen wirtschaftlichen Vermögensbegriff.

Das erstere geschieht, indem die Rechtsprechung Teilnehmern an einem sittenwidrigen Geschäft den Schutz des Betrugstatbestandes vor Übervorteilung durch ihre Geschäftspartner gewährt.<sup>1</sup> Denn das Zivilrecht hat den Teilnehmern an einem rechtswidrigen oder sittenwidrigen Geschäft seinen Schutz ausdrücklich entzogen, indem es das Geschäft für nichtig erklärt, so dass keine Ansprüche daraus erwachsen können. Darüber hinaus hat es sogar dem Vorleistenden durch § 817 BGB die Rückgewähransprüche entzogen, die sich aus eben dieser Nichtigkeit nach den allgemeinen Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung ergeben hätten. Trotzdem gewährt die strafrechtliche höchstrichterliche Rechtsprechung dem Teilnehmer an einem solchen sittenwidrigen Geschäft den Schutz des § 263 StGB unter Berufung auf die Maßgeblichkeit eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs. Dies geschieht aus dem Grunde und unter der Voraussetzung, dass die Position, um die ihn sein Partner übervorteilt, einen wirtschaftlichen Wert hat. Einen solchen hat sie dann, wenn der Partner, falls sein Schwindel miss-

lingt, bereit wäre, die rechtswidrige Verabredung einzuhalten, oder wenn der Getäuschte die Macht hätte, ihn dazu zu zwingen. Hier zeigt sich, wohin ein strafrechtlicher Schutz wirtschaftlicher Positionen führt, die vom Recht nicht anerkannt sind: zum Schutz der reinen von Recht gelösten Macht. Dies hat in der Literatur berechtigte Kritik erfahren,<sup>2</sup> die hier nicht weiter vertieft werden soll.

Gegenstand der folgenden Ausführungen wird eine Fallkonstellation sein, in der die Strafrechtspraxis einer Position ihren Schutz verweigert, die das Zivilrecht anerkennt, wiederum unter Berufung auf einen wirtschaftlichen Vermögensbegriff. Es handelt sich um den sog. unechten Erfüllungsbetrug oder, wie die h.L. eigentlich sagen müsste, den scheinbaren Erfüllungsbetrug. Der Täter bietet eine Leistung oder Ware zu einem besonders günstigen Preis an und hält sich dann, wie von vornherein beabsichtigt, dadurch schadlos, dass er eine minderwertige Leistung oder Ware liefert, die aber den von ihm verlangten Preis am Markt noch wert ist. Er zählt dabei darauf, dass der Abnehmer den Minderwert der Leistung nicht oder erst zu spät bemerken wird. Zivilrechtlich wird der Anbieter nicht damit gehört, dass seine Minderleistung noch dem Marktwert der Gegenleistung entsprechen habe. Das Zivilrecht geht vielmehr davon aus, dass der Leistungsabnehmer mit dem Vertragsabschluss ein Recht auf ein besonders günstiges Geschäft erworben hat. Das findet unter anderem dadurch seinen Ausdruck, dass er, falls er die minderwertige Leistung behalten will, den für ihn besonders günstigen Preis weiter mindern kann und zwar im Verhältnis zum Minderwert der ihm erbrachten Gegenleistung. Dennoch hat der BGH ihn, falls er den Minderwert der Leistung nicht oder nicht rechtzeitig bemerkt hat, nicht als durch Betrug geschädigt angesehen, jedenfalls dann nicht, wenn es sich um ein Handgeschäft des täglichen Lebens handelt, das sofort abgewickelt wird. Er lehnt es nämlich ab, bei solchen Geschäften zwischen dem Grundgeschäft und dem Erfüllungsgeschäft zu unterscheiden, sieht vielmehr beide als eine wirtschaftliche Einheit an. Geht man aber von dem Zeitpunkt vor Abschluss des Grundgeschäfts aus und vergleicht diesen mit dem Zeitpunkt nach Erfüllung, so ist der Leistungsabnehmer nicht geschädigt. Denn er hat ja für seine Leistung eine noch marktgerechte Gegenleistung erhalten. Er sei, so die Ansicht der Rechtsprechung, nicht ärmer geworden, sondern nur in seiner Hoffnung enttäuscht worden, reicher zu werden. Diese Hoffnung werde aber durch den Betrugstatbestand nicht geschützt.<sup>3</sup>

---

\* Die *Autorin* ist pensionierte Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtstheorie.

<sup>1</sup> Allerdings genießt diesen Schutz nur eine der Parteien des sittenwidrigen oder verbotenen Geschäfts, nämlich die, die ihr „gutes Geld“ für die verpönte Leistung gegeben hat, BGH NStZ-RR 2002, 214; NStZ 2003, 151 (152), während der Leistungserbringer nach Ansicht des BGH auch wirtschaftlich keinen Schaden erleidet, wenn er für seine verpönte Leistung kein Geld bekommt, weil die Rückforderung des gelieferten Rauschgifts als Naturalrestitution „wegen unzulässiger Rechtsausübung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen“ sei, BGHSt 48, 322 (327). Dasselbe müsse dann auch für einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld gelten. Begründet wird dies damit, dass auch die Rückgabe der Rauschgiftlieferung ein verbotenes Handeltreiben mit dem Rauschgift ist. Dabei hält der *Senat* ausdrücklich daran fest, dass das Verbot des ursprünglichen Rauschgiftgeschäfts dem Schadensersatzanspruch eines geprellten Rauschgiftempfängers nicht entgegensteht, BGHSt 48, 322 (330).

## II. Die Position *Tenckhoffs*

Während der BGH kein Wort darüber verliert, dass er sich mit dieser Gesamtbetrachtung über die zivilrechtliche Rechtslage hinwegsetzt und dem Getäuschten wohl erworbene Gewährleistungsrechte abspricht, setzt sich *Tenckhoff* in seinem

---

<sup>2</sup> *Kindhäuser/Wallau*, NStZ 2003, 152 ff.

<sup>3</sup> BGHSt 16, 220 (223); anders aber BGH JZ 1984, 530 (531).

Beitrag in der Festschrift für *Lackner* mit dieser Diskrepanz mit den folgenden Worten auseinander: „Bei den Geschäften des täglichen Lebens fallen jedoch in aller Regel Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zeitlich zusammen. Die Täuschung bei Vertragsschluss hat dann zwei sich gegenseitig aufhebende Wirkungen. Indem sie den Käufer durch den Vertragsschluss reicher und gleichzeitig durch die Vereitelung der Gewährleistungsrechte wieder ärmer macht. Nimmt man eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vor, so ist der Käufer nicht ärmer geworden. Sieht man den Vorgang aber mit den Augen des Zivilrechts, so werden dem Käufer zunächst Rechtspositionen eingeräumt, um die er sogleich wieder gebracht wird. Es handelt sich dabei nicht um unsichere Gewinnaussichten, sondern um rechtlich gesicherte Gewinnansparungen, die als Vermögensbestandteil anzusehen sind. Insoweit kann auch der entgangene Gewinn als Vermögensschaden angesehen werden. Die Frage ist nur, ob für die Anwendung des § 263 StGB die juristische Aufspaltung des einheitlichen Lebensvorgangs maßgeblich ist oder ob nicht doch die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung den Vorzug verdient. Für sie spricht nämlich die heute allseits akzeptierte Abkehr von den juristischen Vermögenslehren, die unter Vermögen die Summe der Vermögensrechte und -pflichten verstanden, und die Hinwendung zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Es ist also keineswegs so, dass das Strafrecht die zivilrechtliche Rechtslage einfach als Faktum akzeptieren müsste.“<sup>4</sup>

Mit der Rechtsprechung akzeptiert *Tenckhoff* diese zivilrechtliche Rechtslage nicht. Er beruft sich dabei auf den wirtschaftlichen Vermögensbegriff, der den juristischen abgelöst habe. Aber dieser wirtschaftliche Vermögensbegriff schließt den juristischen ein. Er hat nicht den Sinn, dass bestimmte geldwerte Rechte nicht zum Vermögen im Sinne des § 263 StGB gehören, sondern den, dass außer all diesen Rechten auch noch bestimmte Positionen zum Vermögen gehören, die nicht die Form eines Rechts haben, aber gleichwohl einen wirtschaftlichen Wert.<sup>5</sup> Nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise könnte man den Gewährleistungsansprüchen des Getäuschten ihren Vermögenswert mit der Begründung absprechen, dass der Anbieter von vornherein nicht gewillt war, vertragsgemäß zu erfüllen. Diese Begründung für die wirtschaftliche Wertlosigkeit der Gewährleistungsansprüche käme allerdings nur dann in Betracht, wenn der Leistungsanbieter sich auch dann nicht an den Vertrag halten würde, wenn der Abnehmer seine Täuschung durchschaut und der Abnehmer auch nicht die Möglichkeit hätte, ihn mit den dazu vorgesehenen Rechtsmitteln zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung zu zwingen. Aber *Tenckhoff* lehnt diese Begründung generell ab, und zwar zu Recht. Mag auch ein Anspruch im Wirtschaftsverkehr seinen Wert verlieren, wenn er gegen

einen leistungsunwilligen oder gar leistungsunfähigen Schuldner gerichtet ist, im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ist diese wirtschaftliche Betrachtungsweise unzulässig, weil sie die zivilrechtliche Rechtslage missachtet. Da auch der schlechte Schuldner zur Leistung zivilrechtlich verpflichtet ist, behält der Anspruch im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner seinen vollen Wert, solange er von Rechts wegen besteht.<sup>6</sup> Hier stößt also die wirtschaftliche Betrachtungsweise an rechtliche Grenzen.

Es ist denn auch gar keine wirtschaftliche Betrachtungsweise, sondern lediglich eine „Gesamtbetrachtung“, die gegen die als künstlich apostrophierte Trennung zwischen Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft ins Feld geführt wird. Die Trennung zwischen beiden Rechtsvorgängen, wie sie das Zivilrecht vorschreibt, ist aber nichts anderes, als die Konsequenz des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Was soll an diesem Grundsatz künstlich sein? Woher nimmt also die Lehre vom unechten Erfüllungsbetrug die Berechtigung, die zivilrechtlich legitimierte Unterscheidung zwischen Eingehungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft durch eine Gesamtbetrachtung zu verdrängen?

Nach der Rechtsprechung besteht die Berechtigung in dem engen zeitlichen Zusammenhang, in dem beide Geschäfte bei den Bargeschäften des täglichen Lebens einander folgen. *Tenckhoff* genügt diese Rechtfertigung aber nicht. Für ihn ergibt sich die Legitimität der Gesamtbetrachtung daraus, dass ein und dieselbe Erklärung des unredlichen Leistungsanbieters sowohl die Bereicherung des Leistungsabnehmers durch das besonders günstige Angebot, als auch seine Entreicherung durch die Schlechterfüllung bedingt. Deshalb wendet *Tenckhoff* die Gesamtbetrachtung nicht nur in den Fällen an, in denen Eingehung und Erfüllung einander unmittelbar folgen, sondern auch in solchen, in denen eine zeitliche Zäsur zwischen ihnen liegt, sofern der Anbieter den Leistungsempfänger nicht bei der Leistung noch ein zweites Mal darüber täuscht, dass diese hinter der versprochenen Leistung ihrer Qualität nach zurückbleibt.<sup>7</sup> Dabei lehnt es *Tenckhoff* allerdings ab, schon in dem Angebot der Schlechterfüllung eine konkludente Täuschung über ihre Vertragsmäßigkeit zu sehen. Das begründet er damit, dass nach § 377 Abs. 1 HGB der Leistungsempfänger gehalten ist, sich selbst davon zu überzeugen, dass die Leistung vertragsgemäß ist.<sup>8</sup> Aber das HGB gilt gerade nicht für die Bargeschäfte des täglichen Lebens, sondern nur für Handelsgeschäfte. § 377 Abs. 1 HGB steht also einer Interpretation des Leistungsangebots als konkludente Zusicherung der Vertragsgemäßheit der angebotenen Leistung nicht entgegen.<sup>9</sup> Außerdem kommt, sofern die angebotene Leistung der vertragsgemäßen äußerlich ähnlich ist, immer noch eine Täuschung durch Schaffung eines falschen Anscheins in Betracht. Soll die Frage, ob hier ein Erfüllungsbetrug vorliegt oder nicht, wirklich davon abhängen, ob der Erbringer der minderwertigen Leistung dem Abneh-

---

<sup>4</sup> *Tenckhoff*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 677 (690 f.).

<sup>5</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 263 Rn. 54; *Cramer/Perron*, in: Schönlke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 80; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 263 Rn. 33.

<sup>6</sup> *Tenckhoff* (Fn. 4), S. 677 (689); so schon *Puppe*, JZ 1984, 531 (532).

<sup>7</sup> *Tenckhoff* (Fn. 4), S. 677 (690).

<sup>8</sup> *Tenckhoff* (Fn. 4), S. 677 (692).

<sup>9</sup> *Seyfert*, JuS 1997, 29 (32).

mer noch einmal ausdrücklich zusichert, dass die Leistung vertragsgemäß ist?

Hat er dies getan, so wird ihn niemand mit dem Verteidigungsvorbringen hören, er habe doch den Vertragspartner nicht ärmer gemacht, sondern nur seine Hoffnung enttäuscht, reicher zu werden, in der dieser nicht geschützt sei. Dieses Vorbringen ist deshalb unrichtig, weil der Geschäftspartner ja bereits einen Anspruch erworben hat, reicher zu werden. Man kann das auch so ausdrücken: Er ist bereits reicher geworden, und dieser Gewinn geht ihm durch Annahme der minderwertigen Leistung als vertragsgemäße Erfüllung wieder verloren. Der für die Saldierung entscheidende Zeitpunkt ist nämlich der der Vermögensverfügung des Getäuschten, nicht der der Täuschung.

Wendet man diese allgemeine Regel auch auf den Fall an, dass der Täter die Täuschung über die beabsichtigte Schlechterfüllung bereits bei Vertragsschluss begeht, so kommt das gleiche Ergebnis heraus. Denn diese Täuschung wirkt bis zu dem Moment fort, in dem der Getäuschte die Schlechterfüllung als Rechtfertigung annimmt. Durch die vom Zivilrecht gelöste sog. wirtschaftliche Gesamtbetrachtung von Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft als Einheit wird nun aber der maßgebliche Zeitpunkt von der Verfügung auf die Täuschungshandlung vorverlegt, um das Fehlen einer Schädigung damit zu begründen, dass der Getäuschte vor der Täuschungshandlung ja noch keinen Anspruch darauf hatte, reicher zu werden und deshalb durch die Täuschung nicht ärmer geworden ist.<sup>10</sup>

### III. Stellungnahme

Offenbar wird der Fall nicht anders bewertet, als der, dass der Täter dem Vertragspartner vorspiegelt, der von ihm verlangte Preis sei besonders günstig und anderswo am Markt nicht zu haben. Für diesen Fall gilt der Satz, dass niemand in seiner Erwartung geschützt wird, reicher zu werden. Er gilt nicht für den Fall, dass diese Erwartung durch das außerstrafrechtliche Recht geschützt ist. Denn dieser Satz ist nichts als ein Spezialfall des allgemeinen Satzes, auf dem unser liberaler Wirtschaftsverkehr beruht, dass jeder für das Preis-Leistungs-Verhältnis selbst verantwortlich ist. Verlässt er sich dazu auf Angaben seines Vertragspartners, so wird er nicht nur in seiner Erwartung reicher zu werden nicht geschützt, sondern auch nicht in seiner Erwartung nicht ärmer zu werden. Wer fälschlich behauptet, dass der von ihm gebotene Preis dem Marktpreis entspricht, macht sich ebenso wenig des Betruges schuldig, wie derjenige, der behauptet, dass er unter dem Marktpreis liege.<sup>11</sup> Der Grund dafür besteht nicht darin, dass

es sich um Wertaussagen handelt. Das ist nämlich durchaus nicht immer der Fall. Wenn der Verkäufer erklärt, dass die von ihm angebotene Ware in allen anderen Geschäften der betreffenden Stadt nur zu einem höheren Preis zu haben sei, so behauptet er eine Tatsache. Aber der Geschäftspartner hat in Bezug auf diese Tatsache kein Recht auf eine wahrheitsgemäße Auskunft.<sup>12</sup>

Aber eben deshalb, weil er für das Preis-Leistungs-Verhältnis allein zuständig ist, hat der Geschäftspartner ein Recht, über die tatsächlichen preisbildenden Eigenschaften der angebotenen Leistung nicht getäuscht zu werden. Sonst wäre ihm eine rationale Entscheidung über das Preis-Leistungs-Verhältnis nicht möglich.<sup>13</sup> Dieses Recht hat er aber nicht nur dann, wenn das Preis-Leistungs-Verhältnis nach den Maßstäben des Marktes ausgeglichen ist, sondern auch dann, wenn es ihm gelungen ist, ein besonders günstiges Geschäft abzuschließen. Sofern der Leistungsanbieter sich erst nachträglich entschließt, durch Vortäuschung einer ordnungsgemäßen Erfüllung das Preis-Leistungs-Verhältnis wieder auszugleichen, ist das auch unbestritten.

Tenckhoff führt für die von ihm vorgeschlagene Erweiterung der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf zeitlich gestreckte Geschäfte das folgende argumentum a maiore ad minus an: „Dass ein Geschäftsmann strafbar sein soll, wenn er sich bei Erfüllung seiner Verpflichtung eine Unredlichkeit zu Schulden kommen lässt, hingegen der größere Gauner straffrei ausgehen soll, der bereits bei Abschluss des Vertrages den Partner übertölpelt, erscheint nicht nur willkürlich, sondern geradezu unsinnig.“<sup>14</sup> Wie jedes argumentum a maiore ad minus, das nicht von einem unbezweifelbaren Rechtssatz, wie beispielsweise einem Gesetzestext ausgeht, kann man auch dieses Argument umdrehen. Wenn der unredliche Geschäftsmann, der sich erst nachträglich entschließt, seinem Partner den Geschäftsvorteil durch Schlechterfüllung zu entziehen, strafbar ist, so muss der „größere Gauner“, der dies schon in dem Moment vorhat, in dem er dem Anderen das günstige Geschäft anbietet, erst Recht strafbar sein.

Schließlich ist der marktgerechte Preis auch keine feste Größe. Zwischen einem billigen, aber schon marktgerechten Preis und einem teuren, aber noch marktgerechten Preis, kann eine große Spanne liegen und er kann sich von Tag zu Tag ändern.<sup>15</sup> Am Ende gibt es den marktgerechten Preis gar nicht. Es hieße, dem unredlichen Marktteilnehmer ein weites Betätigungsfeld einzuräumen, wenn man ihm erlaubt, den Geschäftspartner bis zu einer Grenze der gerade noch markt-mäßigen Gegenleistung über die wertbildenden und daher preisbildenden Eigenschaften seiner Leistung zu täuschen.

Das Beispiel des sog. unechten Erfüllungsbetruges zeigt ebenso wie das Beispiel einer strafrechtlichen Garantie für die absprachegemäße Abwicklung verbotener Rechtsgeschäfte, dass die Strafrechtsanwendung sich nicht anmaßen darf, ein Recht oder Rechtsverhältnis anders zu „betrachten“, als dies in der für dieses Rechtsverhältnis zuständigen Materie

<sup>10</sup> BGHSt 16, 220 (223 f.); Tenckhoff (Fn. 4), S. 677 (690).

<sup>11</sup> Das ist der Grund dafür, dass die ganz h.L. in einer Leistung für einen bestimmten Preis keine konkludente Behauptung der Marktgerechtigkeit dieses Preises sieht. Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 130; Cramer/Perron (Fn. 5), § 263 Rn. 17c; Lackner/Kühl (Fn. 5), § 263 Rn. 5; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, § 13 Rn. 49; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 41 Rn. 33.

<sup>12</sup> Vgl. Kindhäuser (Fn. 11), § 263 Rn. 93.

<sup>13</sup> Puppe, JZ 1984, 531 (533).

<sup>14</sup> Tenckhoff (Fn. 4), S. 677 (687).

<sup>15</sup> Puppe, JZ 1984, 531 (533); Seyfert, JuS 1997, 29 (32).

geschieht. Sonst verwickelt sie sich in Ungereimtheiten. Um die Worte *Tenckhoffs* aufzugreifen, es ist so, dass das Strafrecht die zivilrechtliche Rechtslage einfach als Faktum akzeptieren muss. Verfährt es anders, so maß es sich nicht nur eine Kompetenz an, die ihm nicht zusteht, sondern es verfehlt seine Aufgabe, das Recht, so wie es ist, zu schützen.

# Drei Jahre Freiheitsstrafe für alle Google-Mitarbeiter?

## Ein Beitrag zur Praxis des Urheberstrafrechts

Von Dr. Klaus Weber, München/Augsburg\*

### I. Einführung

Gibt man unter „Google-Bücher“ den Namen des Jubilars Jörg Tenckhoff ein, so erscheint dort unter anderem die „Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992“. In roter Schrift ist angekündigt „Eingeschränkte Vorschau“; klickt man diese eingeschränkte Vorschau an, so erscheinen die Seiten 347 bis 362 dieser Festschrift und dort der komplette Beitrag des Jubilars „Zur Anwendung des § 13 StGB auf schlichte Tätigkeitsdelikte“. Ausdrucken kann man den Beitrag nicht, nur lesen. Links unten heißt es schlicht: „Seiten werden mit Genehmigung von Walter de Gruyter<sup>1</sup> angezeigt“.<sup>2</sup>

In diesem Fall erscheint alles in bester Ordnung. Wir sollten als selbstverständlich davon ausgehen, dass der Vermerk über die Genehmigung durch den Verlag Walter de Gruyter der Wahrheit entspricht, und wir können als selbstverständlich davon ausgehen, dass der zustimmende Verlag von den Autoren das Recht erhalten hat, Lizenzen zu vergeben.<sup>3</sup>

### II. Das große Scannen

Ganz so einfach ist die Sache jedoch nicht. Nicht immer hat Google die erforderlichen Genehmigungen eingeholt. Wir wissen, dass Google seit 2004 in großem Umfang in den USA Bücher ohne Zustimmung der Rechteinhaber eingescannt und anschließend digitalisiert hat. Darunter sind auch zahlreiche Werke deutscher Autoren und Verlage.<sup>4</sup>

Google beschritt dabei zwei Wege. Im sogenannten Buch-Partner-Programm (publisher program) erfolgte die Speicherung unmittelbar in Zusammenarbeit mit den Verlagen und mit Zustimmung der Verlage. Soweit diese von ihren Autoren ein umfassendes Nutzungsrecht erhalten haben,<sup>5</sup> ist dieser Weg urheberrechtlich unproblematisch.<sup>6</sup>

Brisanter ist das so genannte Google Bibliotheksprogramm (library program), das nun genauer betrachtet werden soll. Google hatte im Jahre 2004 begonnen, Millionen von Büchern – darunter auch Werke deutscher Autoren, die in deutschen Verlagen erschienen sind – einzuscannen und zu

digitalisieren.<sup>7</sup> Dieser Teil des Google Booksearch-Projekts hat das Ziel, eine umfassende digitale Bibliothek aufzubauen und damit den Inhalt aller Bücher dieser Welt für jedermann durchsuchbar (searchable) zu machen. Es soll so ein Katalog aller Bücher erstellt werden – laut Google dann in Zusammenarbeit mit Verlagen und Bibliotheken und unter Beachtung des Urheberrechts.<sup>8</sup> Die Google Book Search – hervorgegangen aus Google Print – soll es langfristig ermöglichen, von jedem PC aus im weltweiten Buchbestand eine Volltextsuche durchzuführen und die Ergebnisse auf dem eigenen Bildschirm – in unterschiedlicher Form – anzuzeigen.<sup>9</sup> Google selbst sieht in seiner Buchsuche keine Online-Bibliothek; die Rechte der Autoren und Verlage würden respektiert.<sup>10</sup> Google hat den Volltext der Bücher auf eigenen Datenträgern gespeichert und so in ähnlicher Weise wie Internetseiten der Google-Recherche zugänglich gemacht.<sup>11</sup>

### III. Kann Scannen strafbar sein?

#### 1. Der Ausgangssachverhalt: Scannen in den Vereinigten Staaten von Amerika ohne Genehmigung der Rechteinhaber

Untersucht werden soll im Folgenden, wie sich die Hilfskräfte von Google in den Vereinigten Staaten von Amerika nach deutschem Recht strafbar gemacht haben, die urheberrechtlich geschützte Werke in Deutschland ansässiger deutscher Autoren und deutscher Verlage ohne Genehmigung der Rechteinhaber eingescannt haben. Dabei soll es hier speziell nur um die Strafbarkeit des Scannens selbst gehen. Alle weitergehenden Fragen, die sich aus der anschließenden Digitalisierung der Daten und insbesondere dann aus der Online-Stellung von Teilen der eingescannten Werke oder der gesamten eingescannten Werke ergeben, sollen an dieser Stelle ausgeklammert bleiben.

Interessant wäre es natürlich auch, diesen Grundsachverhalt zu variieren und zum Beispiel zu untersuchen, ob auch eine Strafbarkeit nach deutschem Recht vorläge, wenn das Werk eines deutschen Autors, das in einem ausländischen Verlag erschienen ist, oder das Werk eines ausländischen Autors, das in einem deutschen Verlag erschienen ist, eingescannt worden wären. Die vielfältigen Varianten würden jedoch den hier gegebenen Rahmen sprengen und müssten daher einer umfangreicheren Untersuchung vorbehalten bleiben. Schon der Standardfall, der hier untersucht werden soll, wirft zahlreiche Probleme auf und führt in die Untiefen der Urheberrechtsdogmatik und des internationalen Strafrechts.

\* Der Autor ist Verlagsbereichsleiter bei den Verlagen C.H. Beck und Vahlen, München, Lehrbeauftragter an der Universität Augsburg und als Rechtsanwalt zugelassen.

<sup>1</sup> Walter de Gruyter ist der Verlag der Festschrift für Günter Spendel.

<sup>2</sup> Dies ist Ergebnis einer Internetrecherche des Autors am 8.9.2009 um 18.45 Uhr.

<sup>3</sup> Dies entspricht dem branchenüblichen Standard der Verlagsverträge und allgemeiner Übung.

<sup>4</sup> Weiden, GRUR 2009, 36 f.; Verlautbarung der Bundesregierung vom 1.9.2009, zitiert nach Beck-Online becklink 288264.

<sup>5</sup> Dies ist branchenüblich; siehe Fn. 3.

<sup>6</sup> Kubis, ZUM 2006, 370 (371); Ott, GRUR Int 2007, 562.

<sup>7</sup> Kubis, ZUM 2006, 370 (371 f.); Ott, GRUR Int 2007, 562 (563).

<sup>8</sup> Adolphsen/Mutz, GRUR Int 2009, 789.

<sup>9</sup> Kubis, ZUM 2006, 370.

<sup>10</sup> Kubis, ZUM 2006, 370 (371).

<sup>11</sup> Kubis, ZUM 2006, 370 (371).

### 2. Strafbarkeit nach §§ 106 ff. UrhG

Wer in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung des Berechtigten ein Werk vervielfältigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (§ 106 Abs. 1 UrhG);<sup>12</sup> dabei ist nur vorsätzliches Handeln strafbar (§ 15 StGB).<sup>13</sup>

Im Folgenden soll für die folgende Untersuchung als selbstverständlich unterstellt werden, dass es sich bei den eingescannten Büchern um Werke im Sinne des § 2 UrhG handelt<sup>14</sup>. Die Subsumtion unter diesen § 106 Abs. 1 UrhG weist nun gleichwohl ein ganze Reihe von Problemen auf:

- Ist die Vorschrift auf die Taten der in den USA handelnden Hilfskräfte überhaupt anwendbar (dazu unter IV.)?
- Ist Scannen eine Vervielfältigung im Sinne des § 106 Abs. 1 UrhG (dazu unter V.)?
- Handelt es sich um einen „gesetzlich zugelassenen Fall“ und erfolgte die Handlung „ohne Einwilligung des Berechtigten“ im Sinne des § 106 Abs. 1 UrhG (dazu unter VI.)?
- Wie steht es um Rechtswidrigkeit und Schuld der handelnden Personen (dazu unter VII.)?

Abschließend soll dann noch kurz auf die Frage eingegangen werden, wie die deutsche Justiz ihren Strafanspruch gegen die Hilfskräfte von Google, die irgendwo in den Vereinigten Staaten von Amerika Bücher deutscher Autoren und Verlage gescannt haben, durchsetzen könnte (dazu dann noch unter VIII.).

### IV. Anwendbarkeit des deutschen § 106 UrhG

#### 1. Anwendbarkeit des § 106 UrhG nach den allgemeinen Regeln

In den Katalogen der §§ 5 und 6 StGB findet sich § 106 UrhG nicht wieder; ein Abkommen nach § 6 Nr. 9 StGB gibt es nicht.<sup>15</sup> Auf den ersten Blick handelt es sich auch um keine Inlandstaten im Sinne des § 3 StGB, wenn man auf den Handlungsort abstellt. Die Scanner stehen in den USA. Dort wird gescannt und die Datenträger befinden sich nach dem Einscannen im Zweifel wiederum dort.

<sup>12</sup> Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9.9.1965 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.12.2008 (BGBl. I S. 2586).

<sup>13</sup> Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 106 Rn. 7.

<sup>14</sup> Die Problematik, inwieweit wissenschaftliche Werke schutzfähig sind, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Zur Schutzfähigkeit von Schriftwerken im Allgemeinen siehe Dreier/Schulze (Fn. 13), § 2 Rn. 81 ff. sowie speziell zu wissenschaftlichen Werken § 2 Rn. 93 bis 96, jeweils m.w.N.

<sup>15</sup> Weber, in: Küper (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 613 (S. 617).

#### a) Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach §§ 3, 9 Abs. 1 StGB

Tatort nach § 9 Abs. 1 StGB ist jedoch auch der Erfolgsort, und der könnte im vorliegenden Fall möglicherweise in Deutschland liegen. Dann wäre § 106 UrhG nach §§ 3, 9 Abs. 1 StGB anwendbar. Soweit der Tatbestand zum Beispiel von Äußerungsdelikten den Zugang voraussetzt, ist Erfolgsort der Ort des Zugangs.<sup>16</sup> Die Vervielfältigung setzt indes keinen Zugang voraus. Die Vervielfältigung verletzt aber gleichwohl das Urheberrecht des deutschen inländischen Urhebers. Zwar können Tathandlungen, die keine für die Tatbestandsverwirklichung relevanten Tatwirkungen im Inland haben, nach § 9 Abs. 1 StGB keinen inländischen Gerichtsstand begründen,<sup>17</sup> doch ist das Urheberrecht eines in Deutschland ansässigen deutschen Urhebers stets im Inland betroffen; dessen Verwertungsmöglichkeiten und dessen Urheberpersönlichkeitsrechte werden dadurch verletzt, dass im Ausland gescannt wird. Die Vervielfältigungsstücke können jederzeit öffentlich zugänglich gemacht oder verbreitet werden. Es ist nicht Tatbestandsvoraussetzung des § 106 Abs. 1 UrhG, dass der betroffene Urheber weiß, dass sein Werk gerade – unerlaubt – vervielfältigt wird. Die Situation ist der Konstellation bei § 266 StGB vergleichbar. Tritt bei einer im Ausland begangenen Untreuehandlung (§ 266 StGB) der Schaden bei einem Unternehmen im Inland ein, so ist über § 9 Abs. 1 StGB Strafbarkeit im Inland gegeben.<sup>18</sup> Das Urheberrecht, das Recht an einer persönlichen, geistigen Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) existiert unabhängig von seinem Trägermedium, sei es nun dem Vervielfältigungsstück eines Buches oder einer Kopie auf einem Server; vielmehr ist es untrennbar mit der Person des Urhebers verbunden – und dies ist in dieser hier angenommenen Fallkonstellation ein durch das deutsche Strafrecht geschützter Deutscher, der einen Wohnsitz im Inland hat. Wer bei diesem Ergebnis die Ubiquität der Anwendung deutschen Strafrechts beklagt,<sup>19</sup> möge sich umgekehrt die Ubiquität des Verletzungspotentials elektronischer Medien vor Augen halten. Für einen Urheber, der in München wohnt, ist es in Zeiten des Internet völlig gleichgültig, ob unerlaubte Vervielfältigungsstücke seines Werkes in digitaler Form in Augsburg oder in Alabama hergestellt werden. §§ 3, 9 Abs. 1 würden daher im vorliegenden Fall zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts führen.

<sup>16</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 9 Rn. 5.

<sup>17</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 9 Rn. 6.

<sup>18</sup> Umkehrschluss aus OLG Frankfurt NJW 1989, 6575; dort scheiterte die Strafbarkeit nur daran, dass das geschädigte Unternehmen nur Tochterunternehmen eines inländischen Unternehmens war; vgl. auch Eser (Fn. 17), § 9 Rn. 6. Auch für § 258 StGB und § 130 StGB wird so argumentiert: Eser (Fn. 17), § 9 Rn. 6 und Fischer (Fn. 16), § 9 Rn. 8 f.

<sup>19</sup> Vgl. z.B. Ambos/Ruegenberg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 9 Rn. 34 m.w.N.

b) Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach § 7 StGB

Einschlägig könnte auch § 7 Abs. 1 StGB sein. Danach gilt deutsches Strafrecht für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder – was hier indes ausscheidet – der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt. Die Tat richtet sich nach unserem Sachverhalt gegen Deutsche. Hinsichtlich der ausländischen Strafdrohung kommt es auf die Strafbarkeit im konkreten Fall an. Urheberrechtsschutz besteht auch in den Vereinigten Staaten von Amerika nach Title 17 U.S. Code § 104 (b) (1) in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 RBÜ<sup>20</sup>. Die Urheberrechtsverletzung ist grundsätzlich auch in den Vereinigten Staaten von Amerika mit Strafe bedroht. Title 17 U.S. Code § 506 lautet wie folgt: „Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed [...] for purposes of commercial advantage or private financial gain.“

Damit liegt jedenfalls für Vorsatztaten mit Gewinnerzielungsabsicht – bei Google zu unterstellen – grundsätzlich auch Strafbarkeit nach US-amerikanischem Recht vor. Vorsatz ist auch für die Strafbarkeit nach deutschem Recht erforderlich, Gewinnerzielungsabsicht nicht. Das Problem ist allerdings, dass die Urheberrechtsverletzung in den Vereinigten Staaten von Amerika durch die Rechtfertigungs-Generalklausel des Title 17 U.S. Code § 107 („fair use“) gedeckt sein könnte.<sup>21</sup> Da der gegen Google anhängige (Zivil-)Rechtsstreit wohl mit einem Vergleich enden wird<sup>22</sup>, werden wir möglicherweise die gerichtliche Lösung dieser US-amerikanischen Rechtsfrage nie erfahren; die überwiegende Meinung geht jedoch wohl davon aus, dass jedenfalls das Einscannen nach US-amerikanischem Recht noch dem fair use unterfällt.<sup>23</sup> Soweit fair use greift, fände daher über § 7 Abs. 1 StGB kein deutsches Strafrecht Anwendung.

c) Zwischenergebnis

Nach den allgemeinen Vorschriften des StGB – jedenfalls nach §§ 3, 9 Abs. 1 – wäre im vorliegenden Fall das deutsche Strafrecht anwendbar.

2. Gilt im Urheberstrafrecht etwas anderes?

a) Die herrschende Meinung

Nach herrschender Meinung gilt § 7 StGB nicht im Urheberstrafrecht<sup>24</sup>. Begründet wird dies durch das urheberrechtliche Territorialitäts- und Schutzlandprinzip<sup>25</sup>. § 9 Abs. 1 UrhG, mit dem sich die herrschende Meinung erst gar nicht näher auseinandersetzt, wird im Urheberstrafrecht wohl ohnehin nicht als einschlägig angesehen, wenn nicht bereits Vervielfältigungsstücke im Inland auftauchen oder vom Inland aus öffentlich (§ 19a UrhG) zugänglich sind.<sup>26</sup> Der Schutz des § 106 sei durch die §§ 120 ff. UrhG begrenzt.<sup>27</sup>

Eine differenzierte Betrachtung setzt erst dann ein, wenn es nicht mehr nur um das Einscannen geht, sondern die urheberrechtsrelevanten Inhalte online gestellt werden und – auch wenn der Server im Ausland steht – von jedem deutschen PC aus abgreifbar sind.<sup>28</sup> In diesem Fall soll aber die Zuständigkeit der deutschen Strafgerichte nicht schon beim ersten Fall eintreten, sondern sogar auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen ein besonderer Bezug zu Deutschland besteht, zum Beispiel wenn gewerbsmäßig (§ 108a UrhG) ein Werk zielgerichtet für Nutzer im deutschen Staatsgebiet ins Netz gestellt wird.<sup>29</sup>

b) Kritik an der herrschenden Meinung

Die herrschende Meinung vermag nicht zu überzeugen.

Grundsätzlich gelten im Nebenstrafrecht die allgemeinen Vorschriften. Die Straftatbestände des Nebenstrafrechtes sind nicht anders zu behandeln als die Straftatbestände des Allgemeinen Teils des StGB. Nur wenn für den einzelnen Tatbestand etwas abweichend geregelt sein sollte, sind die allgemeinen Vorschriften nicht oder nur in modifizierter Form anwendbar. In den §§ 106 ff. UrhG findet sich aber keine Vorschrift, die ausdrücklich der Anwendung des § 7 StGB entgegensteht; gegen die Anwendbarkeit des § 9 StGB werden ohnehin keine grundsätzlichen Einwendungen erhoben. Da für die §§ 106 ff. UrhG nichts anderes geregelt ist, bleibt es bei der Anwendung der allgemeinen Vorschriften und damit bei der Anwendung des Deutschen Rechts.

<sup>20</sup> Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Wissenschaft vom 9.9.1886 mit späteren Vervollständigungen und Revisionen (vgl. BGBl. II 1974, S. 165 und 1079), zuletzt geändert durch Beschluss vom 2.10.1979 (BGBl. II 1985, S. 81), zum Stand der Vertragsparteien siehe <http://www.wipo.int>.

<sup>21</sup> Adolphsen/Mutz, GRUR Int 2009, 789 (793) m.w.N. zum Meinungsstand in den USA.

<sup>22</sup> Siehe dazu Adolphsen/Mutz, GRUR Int 2009, 789 und Kubis, ZUM 2006, 370.

<sup>23</sup> Adolphsen/Mutz, GRUR Int 2009, 789 (793) m.w.N. zum Meinungsstand in den USA; siehe dazu auch unten.

<sup>24</sup> BGH GRUR 2004, 421; Dreier/Schulze (Fn. 13), § 106 Rn. 16; Heinrich, in: Joecks/Miebach (Fn. 19), Bd. 6/1, 2010, Vor § 106 UrhG Rn. 31; Hildebrandt, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 106 UrhG Rn. 46; Flechsig, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2009, § 90 Rn. 65; Vassilaki, in: Schricker (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 106 ff. Rn. 6.

<sup>25</sup> Dreier/Schulze (Fn. 13), § 106 Rn. 16; Heinrich (Fn. 24), Vor § 106 UrhG Rn. 31 f.; Vassilaki (Fn. 24), Vor §§ 106 ff. Rn. 6.

<sup>26</sup> Vassilaki (Fn. 24), Vor §§ 106 ff. Rn. 6.

<sup>27</sup> Heinrich (Fn. 24), Vor § 106 UrhG Rn. 31 f.; Hildebrandt (Fn. 24), § 106 UrhG Rn. 46; Weber (Fn. 15), S. 620 ff., 622.

<sup>28</sup> Flechsig (Fn. 24), § 90 Rn. 66.

<sup>29</sup> Flechsig (Fn. 24), § 90 Rn. 66; Hilgendorf, NJW 1997, 1873.

Die Berufung auf das urheberrechtliche Territorialitätsprinzip verkennt, dass der deutsche Urheber nach dem Wortlaut der §§ 120 ff. UrhG gerade auch gegen ausländische Rechtsverletzungen geschützt ist. Der Schutz des deutschen Rechts endet für den deutschen Urheber gerade nicht an den schwarz-rot-goldenen Grenzpfählen. Ob er sein Recht dann durchsetzen kann, wenn der Verletzer zum Beispiel im Inland über kein pfändbares Vermögen verfügt, ist eine ganz andere Frage. § 120 UrhG knüpft zunächst daran an, ob der Rechteinhaber Deutscher ist oder einem Deutschen gleichgestellt (§ 120 Abs. 2 UrhG) wird. Nur um diesen Fall geht es hier. Lediglich bei ausländischen Urhebern – die nicht wie zum Beispiel alle Bürger der 26 anderen Staaten der Europäischen Union bereits nach § 120 Abs. 2 UrhG deutschen Urhebern gleichgestellt sind – ist der Urheberrechtsschutz eingeschränkt. Diese genießen den Schutz des deutschen Urheberrechtes grundsätzlich nur dann, wenn ihr Werk in Deutschland erschienen ist (§ 121 Abs. 1 UrhG), dann aber nach dem Wortlaut des Gesetzes auch umfassend. Diesem Fall soll in der vorliegenden kleinen Untersuchung aber gar nicht weiter nachgegangen werden.

Nun ist aber allerdings nicht zu verkennen, dass auch der zivilrechtliche Schutz des Urheberrechts nach der herrschenden Meinung zu den Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüchen nach §§ 97 ff. UrhG nicht gegen Vervielfältigungen im Ausland greift.<sup>30</sup> Insoweit ist die herrschende Auffassung zum strafrechtlichen Schutz nur konsequent, da sonst über §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB durch die Hintertüre Ansprüche möglich wären, die die herrschende Meinung dem Urheber nach §§ 97 ff., 120 ff. UrhG gerade versagt. Man spricht von der Urheberrechtsakzessorietät des Urheberstrafrechts.<sup>31</sup> Der vorliegende Fall gibt jedoch Anlass, zu hinterfragen, ob es denn richtig ist, dem Urheber gegen Vervielfältigungen im Ausland den Schutz zu versagen.

*c) Notwendigkeit des Schutzes des deutschen Urhebers gegen Vervielfältigungen im Ausland*

*aa) Wortlaut der §§ 120 ff. UrhG*

Der Wortlaut des § 120 Abs. 1 UrhG gibt keine Anhaltspunkte für diese Auslegung. Das spricht schon einmal dagegen, entgegen dem Wortlaut dem deutschen Urheber in diesen Fällen den Schutz des deutschen Rechts zu versagen.

*bb) Keine Frage des Territorialitätsprinzips*

Bleibt das Argument, das hergebrachte Territorialitätsprinzip gebiete es, dem deutschen Urheber den Schutz des deutschen Urheberrechtsgesetzes gegenüber Vervielfältigungshandlungen im Ausland zu versagen. Dabei gilt es zu hinterfragen, was Territorialitätsprinzip eigentlich bedeutet. Unser heutiges Urheberrecht ist aus den Fürstenprivilegien<sup>32</sup> entstanden.

Durch hoheitlichen Gunstbeweis verboten seit der frühen Neuzeit Landesherren zunächst zugunsten von Druckern (Druckerprivilegien) und Verlagen, dann zugunsten von Autoren den Nachdruck fremder Werke.<sup>33</sup> Dieses Verbot griff natürlich nur so weit wie der Arm des gnädigen Souveräns. Hinter den Landesgrenzen konnte der nächste Duodezfürst ohne irgendeine Erlaubnis des Urhebers oder seines Verlegers fröhlich nachdrucken, ohne von seinem Landesherren etwas befürchten zu müssen.<sup>34</sup> An die Stelle des Serenissimus ist heute der demokratische Gesetzgeber getreten, der den Schöpfern aller Werke seinen Schutz angedeihen lässt; am Prinzip hat sich indes nichts geändert, nämlich dass die Staatsgewalt grundsätzlich an den Landesgrenzen endet. Die beschränkten Möglichkeiten, sein Recht jenseits der eigenen Grenzpfähle durchzusetzen, ändern jedoch nichts daran, dass einem Landekind Unrecht geschieht, wenn jenseits der Grenzen gegen sein Urheberrecht verstoßen wird. Wehe dem üblen Raubdrucker, der in alter Zeit unvorsichtigerweise in das Territorium reiste, in dem die von ihm dann unerlaubt nachgedruckten Werke beim Lieblingsverleger des dortigen Landesherrn erstmals erschienen waren; dieser Serenissimus hätte wohl nicht gezögert, die Festnahme dieses Übeltäters zu befehlen. Der Schutz der eigenen Landeskinder ist historisch betrachtet gerade der Ausfluss des Territorialitätsprinzips.

Es kann also hier dahinstehen, ob das etwas antiquierte<sup>35</sup> Territorialitätsprinzip heute noch gerechtfertigt ist oder ob nicht ohnehin einem Weltrechtsprinzip<sup>36</sup> der Vorzug zu geben wäre. Jedenfalls aber kann aus dem Territorialitätsprinzip nicht geschlossen werden, die Verletzung der Rechte eines deutschen Urhebers durch Handlungen im Ausland bleibe von vornherein ohne Konsequenzen. Eine ganz andere Frage ist, ob der Verletzte seine Rechte durchsetzen kann. Dieses völlig gesondert zu betrachtende Problem stellt sich aber immer und insbesondere in Fällen mit Auslandsberührung. Dies ist kein Spezifikum des Urheberrechts. Das Territorialitätsprinzip, so man es überhaupt noch hochhalten möchte, steht damit weder Ansprüchen aus §§ 97 ff. UrhG noch – in der Konsequenz – der Strafbarkeit aus § 106 Abs. 1 UrhG entgegen.

*cc) RBÜ*

Deutschland ist – wie die Vereinigten Staaten von Amerika – Vertragsstaat der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ).<sup>37</sup> Nach Art. 2 Abs. 1 RBÜ sind Schriftwerke geschützt. Die

<sup>30</sup> Dreier/Schulze (Fn. 13), Vor §§ 120 ff. Rn. 33; Adolphsen/Mutz, GRUR Int 2009, 789 (789, 791); Kubis, ZUM 2006, 370 (378).

<sup>31</sup> Weber (Fn. 15), S. 615.

<sup>32</sup> Vgl. auch Weber (Fn. 15), S. 621.

<sup>33</sup> Vgl. Reh binder, Urheberrecht, 15. Aufl. 2008, Rn. 14 ff.; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 92 ff.

<sup>34</sup> Schack (Fn. 33), Rn. 96; sehr instruktiv zu der Situation am Ende des Ancien Régime, insbesondere auch zu den Raubdrucken dieser Zeit siehe Ubertazzi, I Savoia e gli autori, Quaderni di AIDA n. 3, 2000, S. 13 ff., 31 f. und 40.

<sup>35</sup> Zur Kritik am Territorialitätsprinzip siehe insbesondere Schack (Fn. 33), Rn. 798 ff.; a.A. Reh binder (Fn. 33), Rn. 976.

<sup>36</sup> Schack (Fn. 33), Rn. 806 ff. m.w.N.

<sup>37</sup> Siehe oben Fn. 20.

RBÜ gewährt gewisse Mindeststandards<sup>38</sup>, die in allen Verbandsländern unabhängig davon gelten, ob der Urheber über die Anwendung der Schutzvorschriften für Inländer in einem anderen Verbandsland (Art. 5 Abs. 1 RBÜ) geschützt wäre. Zu diesen Mindeststandards gehört Art. 9 Abs. 1 RBÜ. Danach ist das ausschließliche Vervielfältigungsrecht der Urheber in allen Verbandsländern geschützt, gleich, ob diese im eigenen Recht einen solchen Schutz vorsehen oder nicht. Lediglich die Gesetzgebung eines Verbandslandes könnte es erlauben, zum Beispiel das massenhafte Scannen ohne Erlaubnis der Rechteinhaber zuzulassen. Ein solches ausdrücklich normiertes Gesetz gibt es in Deutschland für den vorliegenden Fall nicht. Rechtfertigung durch fair use kennt das RBÜ nicht.<sup>39</sup>

Man mag nun einwenden, dem deutschen Gesetzgeber sei es doch unbenommen, für sein nationales Recht hinter den Schutzstandards des RBÜ zurückzubleiben.<sup>40</sup> Das RBÜ ist nicht strafbewehrt, so dass dann eben Vervielfältigungen im Ausland insoweit zwar verboten (nach RBÜ), aber strafrechtlich sanktionslos (nach UrhG) wären. Im Hinblick auf das hohe deutsche Schutzniveau ist dies aber inkonsequent. Dort wo das deutsche Recht der Auslegung zugänglich ist, sollte es auf jeden Fall RBÜ-konform ausgelegt werden. Die Wertentscheidung des deutschen Gesetzgebers als Vertragsstaat des RBÜ lässt es jedenfalls nicht zu, ohne Stütze im Wortlaut des UrhG – nur unter Verweis auf das überkommene Territorialitätsprinzip – den deutschen Urhebern den Urheberrechtsschutz gegen Vervielfältigungen im Ausland zu verweigern.

*dd) Kein unterschiedlicher Schutz bezüglich der verschiedenen Verwertungsrechte*

Nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3, §§ 16, 17, 19a und 20 UrhG sind Vervielfältigungsrecht, Verbreitungsrecht, Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und Senderecht in gleicher Weise geschützt. Wichtig ist insbesondere, dass der Urheber nicht erst gegen die Verbreitung, sondern bereits gegen die Vervielfältigung geschützt ist. Also auch wenn ein Dritter – im Inland – nur nachdruckt und die Vervielfältigungsstücke einlagert oder wenn er nur einscannt und die digitalen Kopien auf seinem Rechner abspeichert, ohne dass irgendein Mitglied der Öffentlichkeit davon Kenntnis erhält, kann sich der Urheber dagegen wehren. Das ist auch konsequent. Das Vervielfältigungsrecht ist ein selbstständiges Verwertungsrecht.<sup>41</sup> Bereits die Vervielfältigung birgt die Gefahr, dass Vervielfältigungsstücke schnell und für den Urheber schwer kontrollierbar zu seinem materiellen Schaden in Verkehr gelangen.<sup>42</sup>

Bei Fällen mit Auslandsberührung werden bei Verbreitung, öffentlicher Zugänglichmachung und Sendung Ansprüche des deutschen Urhebers bejaht, wenn die Wahrnehmung

des Werkes von Deutschland aus möglich ist.<sup>43</sup> Es ist inkonsequent, für die Vervielfältigung diese Ansprüche zu verneinen. In Zeiten des Internet ist ein Urheber in völlig identischer Weise beeinträchtigt, egal ob sein Werk auf einem Server in Washington gespeichert ist oder ob sein Werk auf einem Server in Köln gespeichert ist. Gleiches kann das Recht jedoch nicht ungleich behandeln, so dass auch dieses Argument dafür spricht, in einer Vervielfältigung in den Vereinigten Staaten von Amerika eine Rechtsverletzung nach deutschem Urheberrecht zu sehen.

*d) Ergebnis*

Daraus ergibt sich, dass die allgemeinen Regeln des StGB – also auch §§ 3, 9 Abs. 1 – auch im Urheberstrafrecht gelten. Es gibt keine Vorschrift, die diese allgemeinen Regeln abbedingen würde. Der Schutz deutscher Urheber gegen unerlaubte Vervielfältigungen greift daher sowohl zivilrechtlich (§§ 97 ff. UrhG) als auch strafrechtlich (§ 106 UrhG) – was hier in erster Linie interessiert – auch dann, wenn die Vervielfältigungshandlung im Ausland vorgenommen wird.

#### **V. Ist Scannen eine Vervielfältigung im Sinne des § 106 Abs. 1 UrhG?**

Diese Frage ist klar zu bejahen. Bereits durch das Scannen wird eine digitale Kopie gefertigt. Dieses Tatbestandsmerkmal ist daher erfüllt.<sup>44</sup> Das Scannen erfolgt auch vorsätzlich.

#### **VI. Handelt es sich hier um einen „gesetzlich zugelassenen Fall“ oder erfolgt die Handlung mit „Einwilligung des Berechtigten“ im Sinne des § 106 Abs. 1 UrhG?**

Die zweite Alternative scheidet aus, da in dem hier zu Grunde gelegten Ausgangsfall keine Einwilligung der jeweiligen Urheber erteilt wurde. Fraglich ist allerdings, ob es sich hier nicht um einen gesetzlich zugelassenen Fall handelt.

##### *1. Gesetzlich zugelassener Fall nach deutschem Recht?*

Nach deutschem Recht handelt es sich sicherlich um keinen gesetzlich zugelassenen Fall. Keine der Schrankenbestimmungen (§§ 44a ff. UrhG) ist einschlägig.<sup>45</sup>

Fraglich ist aber, ob das US-amerikanische Recht eine gesetzliche Zulassung enthält (dazu im Folgenden unter 2.) und ob diese für die Strafbarkeit nach deutschem Recht relevant wäre (dazu unter 3.).

##### *2. Gesetzlich zugelassener Fall nach amerikanischem Recht?*

An dieser Stelle ist auf die obigen Ausführungen zum fair use zu verweisen.<sup>46</sup> Der einschlägige Title 17 U.S.Code § 107 lautet wie folgt:

<sup>38</sup> Schack (Fn. 33), Rn. 845 ff., 848.

<sup>39</sup> Siehe oben Fn. 20 bis 22.

<sup>40</sup> Vgl. dazu Schack (Fn. 33), Rn. 846 und 849.

<sup>41</sup> Dreier/Schulze (Fn. 13), § 16 Rn. 2.

<sup>42</sup> Heerma, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 24), § 16 Rn. 1 sagt klar, dass sich durch die Vervielfältigung der Personenkreis multipliziert, dem es möglich ist, das Werk zu genießen.

<sup>43</sup> Dreier/Schulze (Fn. 13), Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 34 und 35.

<sup>44</sup> Kubis, ZUM 2006, 370 (375 ff.); Ott, GRUR Int 2007, 562 (564).

<sup>45</sup> Vgl. dazu Kubis, ZUM 2006, 370 (375 f.).

<sup>46</sup> Siehe oben Fn. 20 bis 22. Siehe ferner Ott, GRUR Int 2007, 562 (566 ff.).

„Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include –

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of copyrighted work.“

Der dritte factor spricht klar gegen fair use; es geht schließlich um das Einscannen kompletter Bücher. Die im Normtext genannte portion ist 100 Prozent.<sup>47</sup> Ebenso spricht der kommerzielle Nutzen (erster factor) gegen fair use.<sup>48</sup> Auch die Unzulässigkeit des Scannens nach RBÜ spricht gegen fair use, zumal die Vereinigten Staaten von Amerika Vertragsstaat der RBÜ sind und die Regel des fair use den Anforderungen einer Regelung nach Art. 9 Abs. 1 RBÜ nicht genügen dürfte. Letztlich aber ist, wie auch das oben zitierte anhängige Zivilverfahren zeigt, in hohem Maße streitig, ob das Handeln von Google vielleicht nicht doch nach amerikanischem Recht zulässig wäre.<sup>49</sup> Es stellt sich nun die Frage, was dies für die Strafbarkeit nach deutschem Recht bedeutet.

### 3. Beachtlichkeit der Zulassung nach amerikanischem Recht

Nach h.M. handelt es sich bei dem „gesetzlich zugelassenen Fall“ um ein Tatbestandsmerkmal.<sup>50</sup> Die Frage, ob die Zivilrechtsordnung der Vereinigten Staaten von Amerika das Scannen zulässt, ist eine typische zivilrechtliche Inzidentfrage, die die strafrechtliche Bewertung präjudiziert; so richtet sich zum Beispiel auch die Frage, ob bei einem Diebstahl eine Sache fremd ist, bei Handlungen im Ausland nach der ausländischen Rechtsordnung.<sup>51</sup> Lässt also das US-amerikanische Recht das Scannen zu, so entfällt die Strafbarkeit nach deutschem Recht, lässt das US-amerikanische Recht das Scannen nicht zu, so bleibt es auch – zurecht – bei der Strafbarkeit nach deutschem Recht; die irrige Annahme der Zulassung nach US-amerikanischem Recht erschiene zumindest fahrlässig.

<sup>47</sup> A.A. mit wenig überzeugender Begründung *Ott*, GRUR Int 2007, 562 (568).

<sup>48</sup> *Ott*, GRUR Int 2007, 562 (567 f.) sieht dies differenziert.

<sup>49</sup> Siehe dazu *Ott*, GRUR Int 2007, 562 und insbesondere das Fazit auf 569 sowie *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int 2009, 789 (793), jeweils m.w.N.

<sup>50</sup> *Dreier/Schulze* (Fn. 13), § 106 Rn. 6.

<sup>51</sup> *Eser* (Fn. 17), Vor §§ 3-7 Rn. 22 und 23.

## VII. Rechtswidrigkeit und Schuld der handelnden Personen

Rechtfertigungsgründe sind nicht erkennbar. Zweifellos wäre aber in der vorliegenden Fallgestaltung – die Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestandes nach den obigen Ausführungen unterstellt – die Frage des Verbotsirrtums besonders sorgfältig zu prüfen. Vor einem US-amerikanischen Gericht wird gestritten, ob das Einscannen nach amerikanischem Recht zulässig ist. Ist es dies, so ist die Tat auch nach deutschem Recht – wie oben im Einzelnen ausgeführt – nicht strafbar. Zudem ist die Tat in den Vereinigten Staaten von Amerika Vorsatzdelikt (siehe oben). Hier fiel es amerikanischen Kopierhilfskräften wohl leicht, sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 StGB) zu berufen.

## VIII. Wie kann der Strafanspruch durchgesetzt werden?

Diese Problematik soll hier nur ganz kurz angerissen werden. Strafbarkeit kommt ohnehin nur in Betracht, wenn man davon ausgeht, dass das Einscannen nicht mehr vom fair use gedeckt ist. Dies vorausgeschickt ist zu berücksichtigen, dass es selbst dann in vielen Fällen wegen Verbotsirrtums an der Schuld der handelnden Personen fehlen könnte.<sup>52</sup>

Selbstverständlich könnten die Mitarbeiter von Google, die selbst eingescannt haben, strafrechtlich belangt werden, wenn sie sich in Deutschland aufhalten und durch Zufall ihre Namen bekannt werden. Die Strafwürdigkeit der einfachen Aushilfskraft, die am Kopierer steht, bewegt sich dabei sicherlich im Bagatellbereich an der untersten Grenze der Strafbarkeit. Trotz der evidenten Fluchtgefahr erscheinen Haftbefehle unverhältnismäßig. Die Anwendung des § 153 StPO drängt sich auf. Diese Fälle sind aber auch kriminalpolitisch uninteressant.

Interessanter wäre es, unmittelbar für die Scanaktion verantwortliche Führungskräfte wegen Anstiftung zu § 106 UrhG oder § 106 UrhG in mittelbarer Täterschaft zu belangen. Hier ließe sich durchaus die Verhältnismäßigkeit eines Haftbefehles noch rechtfertigen, der in der Praxis gegen Zustellungsvollmacht an einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten und Hinterlegung eines Geldbetrages in der Höhe einer in einem Strafbefehlsverfahren zu erwartenden Geldstrafe sofort wieder außer Vollzug gesetzt werden könnte.

Rechtshilfeersuchen an die Vereinigten Staaten von Amerika wären wohl im Hinblick auf die US-amerikanische Rechtslage zum Scheitern verurteilt.

## IX. Fazit

Entgegen der herrschenden Meinung gilt § 106 UrhG auch für Vervielfältigungshandlungen auf dem Boden der Vereinigten Staaten von Amerika – jedenfalls wenn der Verletzte den Schutz des deutschen Urheberrechtes genießt. Der Tatbestand ist jedoch nur erfüllt, wenn das Einscannen auch nach US-amerikanischen Recht nicht mehr durch die Regeln des *fair use* gedeckt ist. Im konkreten Einzelfall wird die Strafbarkeit zudem in der Regel an der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums scheitern. Die deutschen Staatsanwaltschaften

<sup>52</sup> Siehe oben unter VII.

müssten die unerlaubte öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) abwarten – dies wäre definitiv vom fair use nicht mehr gedeckt. Dazu wird es aber möglicherweise gar nicht mehr kommen.

Bei dem Festschriftbeitrag des Jubilars jedenfalls hat Google offenbar brav nachgefragt und die erforderliche Erlaubnis erhalten.

# Ansätze zur Gewaltprävention bei Kindern und Jugendlichen\*

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Streng, Erlangen\*\*

## I. Einleitung

### 1. Zum Begriff „Prävention“

Kriminalprävention meint die Verhütung von Kriminalität bzw. entsprechende Vorbeugungsstrategien. Dabei unterscheidet man üblicherweise primäre, sekundäre und tertiäre Prävention.<sup>1</sup>

*Primäre Prävention* meint Vorbeugungsstrategien, die sich grundsätzlich an alle Bürger richten. Es geht um die Reduzierung von Belastungen und von Problemlagen, die letztlich zu krimineller Anfälligkeit führen können. Zielgruppe sind vor allem Kinder und Jugendliche, denen dabei geholfen werden soll, möglichst problemlos in die Gemeinschaft hineinzuwachsen.

*Sekundäre Prävention* meint die indirekte Einwirkung auf potentielle Straftäter durch Erschwerung von Taten. Zu nennen sind hier etwa Abschreckung durch hohe Strafdrohungen, Technoprävention, polizeiliche Präsenz, polizeiliche Aufklärungseffizienz, Warnung und Aufklärung von potentiellen Opfern.

*Tertiäre Prävention* meint Rückfallverhinderung durch direkte Einwirkung auf den Täter. Zu nennen sind hier Sicherung und Resozialisierung durch Strafvollzug, Entlassenenfürsorge, Bewährungshilfe und sonstige ambulante Stützungsmaßnahmen.

### 2. Zum Verhältnis von Ätiologie und Prävention

Konzepte der Prävention beruhen entweder unmittelbar auf Vorstellungen über die Entstehung von Kriminalität oder sie beziehen diese Fragestellung der Kriminalätiologie zumindest mit ein. Es lassen sich kriminalätiologische Ansätze also weithin auch als Präventionskonzepte formulieren und umkehrt.

#### a) Primärprävention

Wenn man etwa erkennt, dass überforderte Eltern durch ein Versagen in der Kindererziehung überproportional viele verhaltensauffällige Kinder in die Welt hinein entlassen und von diesen wiederum überproportional viele kriminell auffällig werden, dann ist mit der kriminologischen Erkenntnis

zugleich ein primärpräventiver Ansatz unübersehbar: Es lohnt, mit der Erziehung potentiell überforderte Eltern zu unterstützen und auch in Kindergarten und Schule Kriseninterventionspotentiale vorzuhalten.<sup>2</sup> Dass eine liebevolle und konsequente Erziehung höchst bedeutsam ist, um Jugendkriminalität entgegenzuwirken, wissen wir seit den Vergleichsuntersuchungen des Ehepaars *Glueck*<sup>3</sup> und des Ehepaars *McCord*<sup>4</sup>. Freilich ist einzukalkulieren, dass erziehungsbedingt schlechte Startchancen sich mit der Zeit relativieren können. Etwa zeigt die von *Sampson* und *Laub* auf den Daten der *Gluecks* aufbauende Verlaufsstudie, dass eine anhand erzieherischer und familiärer Belastungsfaktoren definierte kindliche Hochrisikogruppe in ihrer zunächst tatsächlich hohen Kriminalitätsbelastung schon im Jugendalter von der Gruppe erzieherisch und familiär weniger benachteiligter Delinquenten eingeholt wurde.<sup>5</sup> Trotz dieser, dem neueren kriminologischen Interesse an Verlaufsforschung geschuldeten Relativierung bleibt der Befund vom Fortwirken schlechter Startchancen im Grundsatz bedeutsam. Da nicht vorausgesetzt werden kann, dass jedermann Gelegenheit hat, ein förderliches Erziehungsverhalten in der eigenen familialen Sozialisation zu erlernen, sollte bereits für die 8. oder 9. Klassenstufe ein Fach „Erziehungskunde“ (wieder) eingeführt werden.

Unterstützung erfährt dieses Postulat durch neuere Befragungsstudien zur Bedeutung von Wertorientierungen für Jugenddelinquenz. Es zeigte sich, dass die – naturgemäß ganz wesentlich durch die Erziehungspersonen (nicht) vermittelten – Wertorientierungen und eine entsprechende Normakzeptanz besonders wesentliche Erklärungsfaktoren für die von den befragten Kindern und Jugendlichen eingeräumten normwidrigen Handlungen darstellten.<sup>6</sup>

Kriminologisch evident ist auch der folgende Zusammenhang: Die Befunde zum „Kreislauf der Gewalt“<sup>7</sup> legen es

\* Herrn Kollegen *Tenckhoff* in Erinnerung an gemeinsame Heidelberger Assistentenzeiten zum 70. Geburtstag gewidmet. Die gewählte Thematik knüpft an das vom Jubilar an Jugendstrafrecht und Jugendkriminalologie gezeigte Interesse an. Hier hervorgehoben sei sein Beitrag „Jugendkriminalität heute“ im Jahrbuch der Universität Augsburg, 1985, S. 139.

\*\* Der *Autor* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Meier*, Kriminologie, 3. Aufl. 2007, § 10 Rn. 13 ff.; *Kunz*, Kriminologie, 5. Aufl. 2008, § 24 Rn. 3; *Schwind*, Kriminologie, 19. Aufl. 2009, § 1 Rn. 40 (42); relativierend *Göppinger/Bock*, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, § 15 Rn. 2.

<sup>2</sup> Vgl. *Beelmann*, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2 (2008), 190; detaillierte Ergebnisse eines Kinder- und Elterstrainings bei *Lösel/Stemmler/Jaursch/Beelmann*, MschrKrim 2009, 289.

<sup>3</sup> Vgl. *Glueck/Glueck*, Unraveling Juvenile Delinquency, 4. Aufl. 1964, S. 260; anhand des entsprechenden Ausgangsmaterials *Sampson/Laub*, Crime in the Making, Pathways and Turning Points Through Life, 1993, S. 247.

<sup>4</sup> Vgl. *McCord/McCord*, Origins of Crime, 1959, S. 77 (f). – Für gleichartige neueste Befunde vgl. *Johnson/Smailes et al.*, BJC 44 (2004), 915 (922).

<sup>5</sup> Vgl. *Sampson/Laub*, Criminology 41 (2003), 555 (575); für ähnliche Tendenzen in anderen Studien vgl. *Dölling/Hermann*, in: Wink (Hrsg.), Vererbung und Milieu (Heidelberger Jahrbücher XLV), 2001, S. 153 (173).

<sup>6</sup> Vgl. *Boers/Reinecke/Motzke/Wittenberg*, NK 2002, 141 (145); *Hermann*, in: Schwind/Steffen/Hermann (Hrsg.), Kriminalprävention durch familiale Erziehung?, 2009, S. 88 (93).

<sup>7</sup> *Pfeiffer/Delzer/Enzmann/Wetzels*, Ausgrenzung, Gewalt und Kriminalität im Leben junger Menschen, 1998, S. 94

nahe, die Eltern zu gewaltfreier Erziehung zu ermutigen. Es stellt eine kriminologische Binsenweisheit dar, dass die aus gewalttätigen Familien entsprossenen Jungen überproportional gefährdet sind, selbst durch Gewaltausübung aufzufallen. Die Eltern (insbesondere die Väter) demonstrieren ihre Überlegenheit durch Gewaltausübung; trotz der damit verbundenen eigenen Leidensgeschichte der Opfer wird nur zu häufig später dann doch das gewalttätige Verhalten der Väter für die Söhne zum Wegweiser für Anerkennung und Respekt. Freilich stellt sich die Frage, wo und wie man die gewaltfreie Erziehung propagieren soll. Etwa käme hierfür das bereits angesprochene Schulfach „Erziehungskunde“ ins Spiel.

Bemerkenswerte Formen der Frühprävention knüpfen an neuere Befunde der Hirnforschung an, wobei es vor allem um die Erklärung von Gewaltentstehung auf der Basis von Hirnschädigungen (Unfall, Krankheit), von Genetik und von Besonderheiten des Neurotransmittersystems (Serotonin u.a.) geht. Etwa berichten *Piefke/Markowitsch*, dass die Vererbbarkeit aggressiven Verhaltens auf 50 bis 75 % geschätzt werde. Allerdings betonen die Autoren andererseits auch die „neuronale Plastizität“ des Hirns, das heißt die Veränderbarkeit des Hirns und seiner Strukturen durch Erfahrung und Übung, wobei die biologischen Faktoren der Beeinflussbarkeit jeweils aber Grenzen setzen.<sup>8</sup>

In der Folge werden Strategien der Prävention diskutiert, die jedoch problematisch anmuten. Etwa solle durch genaue Untersuchung (aller Kinder?) das Gefährdungspotential geklärt werden, was dann auch schon bei Jugendlichen zu präventiver neuropharmakologischer Behandlung führen könne.<sup>9</sup> Dass hier ethische Fragen auftauchen, reißen die Autoren immerhin an. Der Vorstoß von *Piefke/Markowitsch* erscheint nicht ganz überraschend, nachdem der Psychologe *Eysenck* schon vor Jahrzehnten postuliert hatte, dass die angemessene Kriminalprävention in einer dem jeweiligen Persönlichkeitstypus entsprechenden Erziehung zu sehen sei. Die durch flächendeckende Untersuchung der Kleinkinder festzustellenden Persönlichkeitstypen seien der jeweiligen Erziehung zugrunde zu legen: Die schwerer konditionierbaren Extravertierten seien härter anzufassen, die leichter konditionierbaren Introvvertierten aber besonders rücksichtsvoll.<sup>10</sup> Dass die hier an biologische Dimensionen geknüpften Verhaltenserwartungen die Gefahr einer „sich selbst erfüllenden Prophezeiung“

gewinnen und derart zum Sozialisationsrisiko entarten können, lässt sich kaum übersehen.<sup>11</sup> Auch scheint am Horizont die präventive Sicherungsverwahrung an biologisch belastet erscheinenden Jugendlichen auf!

#### b) Sekundärprävention

Als gesichert darf gelten, dass Gewaltkriminalität durch Alkoholkonsum begünstigt wird, indem Antriebssteigerung, Enthemmung und Situationsverkennung in problematischer Weise zusammenwirken.<sup>12</sup> Von daher wird mancherorts durch lokale Alkoholverbote und durch das Unterbinden von *flatrate-parties* übermäßigem Alkoholkonsum Jugendlicher entgegengewirkt.<sup>13</sup> Angesichts der Attraktivität und ubiquitären Verfügbarkeit von Alkohol lassen sich hierdurch freilich nur begrenzte Effekte erzielen.

Dass man durch technische Instrumente wie Überwachungskameras oder Sicherungsmaßnahmen in Banken nicht nur Abschreckung bewirken, sondern sogar eine objektive Erschwerung für Deliktsbegehung herbeiführen kann, erscheint eindeutig. Man sollte aber nicht übersehen, dass der vermehrte Einsatz von Technoprävention etwa gegen Banküberfälle oder Wohnungseinbrüche zu Verdrängungseffekten führen wird. Dass durch verbesserte Vorbeugungsmaßnahmen gegenüber schon Tatgeneigten unter dem Strich Kriminalität in nennenswertem Umfang verhütet werden kann, erscheint durchaus zweifelhaft. Vielmehr wird so die Gefährdung der jeweils weniger geschützten potentiellen Opfer erhöht. Sehr deutlich war das zu sehen in der Folge der Ausrüstung der Banken mit Panzerglas u.ä. Zunächst erfolgte eine Verdrängung hin zu den noch ungeschützten kleineren Banken und Zahlstellen. Im Weiteren nahm die Zahl der Geiselnahmen zu Lasten von Bankkunden und von Bankangestellten außerhalb des geschützten Kassenbereichs massiv zu.<sup>14</sup>

Das der situativen Prävention eigene Problem von Verdrängungseffekten wird neuestens etwa für die insbesondere in Großbritannien weit verbreitete Videoüberwachung der Innenstädte (Closed Circuit Television – CCTV) und deren – offenbar recht begrenzte – lokale Präventionswirkung problematisiert.<sup>15</sup>

(DVJJ-Sonderdruck); *Raithel*, NK 2002, 62; *Bussmann/Erthal/Schroth*, Recht der Jugend und des Bildungswesens 2008, 404 (410 f.); *Walter*, Gewaltkriminalität, 2. Aufl. 2008, Rn. 107 ff.; *Schwind*, Kriminologie, 19. Aufl. 2009, § 6 Rn. 45 f., § 10 Rn. 46b.

<sup>8</sup> *Piefke/Markowitsch*, in: Grün/Friedman/Roth (Hrsg.), Entmoralisierung des Rechts, 2008, S. 96 (97), 113 ff.; eine Überblicksdarstellung der Befunde geben auch *Roth/Lück/Strüber*, DRiZ 2005, 356. – Für eine Bestandsaufnahme zu den klassischen kriminologischen Ansätzen und Befunden zum Thema „Anlage und Umwelt“ vgl. *Dölling/Hermann* (Fn. 5), S. 154 ff.

<sup>9</sup> *Piefke/Markowitsch* (Fn. 8), S. 124 f.

<sup>10</sup> *Eysenck*, Kriminalität und Persönlichkeit, 3. Aufl. 1977, z.B. S. 216.

<sup>11</sup> Für Kritik vgl. *Streng*, in: Justizministerium NRW (Hrsg.), Kriminalbiologie (Juristische Zeitgeschichte NRW, Band 6), 1997, S. 213 (241).

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Haller*, Die psychiatrische Begutachtung, 2. Aufl. 2008, S. 176 f.; *Streng*, in: DVJJ Nordbayern (Hrsg.), Ursachen und Sanktionierung von Jugendkriminalität, Alkohol als Jugendproblem, Jugendstrafvollzug im Umbruch, 2009, S. 7 (9).

<sup>13</sup> Vgl. *Frommer* und *Kaller/Jukl*, in: DVJJ Nordbayern (Fn. 12), S. 65 und 69.

<sup>14</sup> Vgl. *Rengier*, MschrKrim 68 (1985), 104 (106 ff.).

<sup>15</sup> Ausführlich *Welsh/Farrington*, CPP 3 (2004), 497 (510 ff.); ferner *H.E. Müller*, MschrKrim 85 (2002), 33 (35).

### c) Tertiärprävention

Im deutschen Strafrecht ist neben dem Schuldausgleichsgedanken (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB) nach wie vor der Resozialisierungsansatz ganz unübersehbar verankert (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB; § 2 S. 1 StVollzG), obgleich die anderen herkömmlichen Präventionszwecke – Abschreckung, Normbestätigung (Verteidigung der Rechtsordnung) und Sicherung – daneben bedeutsam sind.<sup>16</sup> Ganz besonders gilt der Gedanke der Resozialisierung bzw. Sozialisierung für das Jugendstrafrecht, das vor allem dem Erziehungsgedanken verpflichtet ist (§ 2 Abs. 1 JGG)<sup>17</sup>.

In den USA hingegen genießt derzeit der Null-Toleranz-Ansatz hohes Ansehen. Etwa der zunächst in Kalifornien entwickelte, zum Bereich der Tertiärprävention zu zählende, *three strikes and you are out*-Ansatz lässt sich in diesem Zusammenhang anführen: Dieser ab dem zweiten Rückfall auf extrem lange Strafen setzende *selective incapacitation*-Ansatz trägt zunächst der kriminologischen Erkenntnis Rechnung, dass eine relativ kleine Gruppe von Intensivtätern für einen großen Teil der Gesamtkriminalität verantwortlich ist (5 % für 30-50 % der Delinquenz).<sup>18</sup> Überdies kann man diesen kriminalpolitischen Ansatz auch als späte Konsequenz aus einer Enttäuschung über die geringen Erfolge des kriminalpräventiven Therapie- und Resozialisierungs-Ansatzes verstehen (*Martinson*: „nothing works“). Das immerhin teilweise begründbare kriminologische Fundament lautet also: Wiederholungstäter erscheinen kaum besserbar und sie sind für einen so überproportional großen Anteil der Gesamtkriminalität verantwortlich, dass Wegsperrn die angemessenste kriminalpräventive Strategie darstellt. Freilich fällt eine Nutzen-Kosten-Analyse wohl gegen einen solch extremen *Incapacitation*-Ansatz aus, da viele Täter erst nach ihrer hochaktiven Kriminalitätsphase genug strafrechtliche Auffälligkeiten aufweisen, um dann – zu spät und in jeder Hinsicht sehr teuer – dauerhaft weggesperrt zu werden.<sup>19</sup> Aus der mitteleuropäischen Perspektive ergeben sich zudem erhebliche rechtsstaatliche Bedenken dagegen, einen Täter wegen eines leichten oder mittelschweren Rückfalls zu einer Freiheitsstrafe von 25 Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe zu verurteilen. Nicht weniger irritierend erscheint, wenn jugendliche

Angeklagte in den USA nach den harten Standards des Erwachsenenstrafrechts abgeurteilt werden können.<sup>20</sup>

Inwieweit das deutsche strafrechtliche Sanktionssystem den etablierten Präventionszwecken gerecht wird, soll weiter unten bei den einzelnen Präventionsfeldern (in II. 3.) ausführlich behandelt werden.

## II. Einzelne Präventionsfelder

### I. Gewalt in der Schule

#### a) Grundlagen

Bereits in den 70er Jahren hatten sich verschiedene Forscher und Forschungsgruppen aus den englischsprachigen und den skandinavischen Ländern der Thematik der Gewalt in der Schule angenommen. Es sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Untersuchungen von *Olweus* zu nennen, der in Norwegen Längsschnittstudien in diesem Bereich durchführte und den Begriff des „bullying“ prägte.<sup>21</sup> Wegen seiner Arbeiten gilt *Olweus* als Begründer der Forschung zur schulischen Täter- und auch Opferproblematik.<sup>22</sup> In der Folge haben sich auch deutschsprachige Kriminologen und Pädagogen mit der Problemstellung intensiver beschäftigt, so dass ab den 1980er Jahren eine größere Anzahl derartiger Untersuchungen durchgeführt worden ist. Inzwischen besteht an Untersuchungen zu Schulgewalt kein Mangel mehr.

#### b) Befunde einer Schulstudie

Stellvertretend sei auf eine vom *Verf.* betreute Untersuchung eingegangen.<sup>23</sup> Es handelt sich um eine Befragung von Schülern mehrerer Schulzweige eines Schulzentrums in einer süddeutschen Mittelstadt. Befragt wurden 455 Schüler mittels standardisierten Fragebogens. Aus den insgesamt 93 Fragen wurden mittels multipler Regressionsanalyse die aussagekräftigsten Erklärungsfaktoren für selbst begangene, im Fragebogen eingeräumte aggressive Akte errechnet.

Das auf dem Wege einer schrittweisen multiplen Regressionsanalyse erstellte aussagestärkste Erklärungsmodell<sup>24</sup> besagt, dass mit Gewaltakten besonders belastet sind:

<sup>16</sup> Ausführlich *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 428 ff.

<sup>17</sup> Ausführlich *Streng*, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 15 ff.

<sup>18</sup> Vgl. etwa *Kaiser*, in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl. 1993, S. 178 ff.; *Walter*, Jugendkriminalität, 3. Aufl. 2005, Rn. 273; *Göppinger/Bock* (Fn. 1), § 24 Rn. 52.

<sup>19</sup> Vgl. *Hermann/Janssen*, MschKrim 73 (1990), 227; zur fehlenden Praxisbewährung *Killias*, BewHi 1999, 426; *Kovandzic*, Criminology 39 (2001), 179 (190 ff.); *Kovandzic/Sloan/Vieraitis*, CPP 1 (2002), 399; *Kury/Brandenstein/Yoshida*, ZStW 121 (2009), 190 (198).

<sup>20</sup> Vgl. etwa *Silverman*, in: Krakau/Streng (Hrsg.), Konflikt der Rechtskulturen? Die USA und Deutschland im Vergleich, 2003, S. 135 (143 ff., 147 ff.).

<sup>21</sup> Vgl. *Olweus*, Aggression in the Schools – Bullies and Whipping Boys, 1978; *ders.*, Gewalt in der Schule, Was Lehrer und Eltern wissen sollten – und tun können, 4. Aufl. 2006.

<sup>22</sup> Vgl. etwa *Lösel/Bliesener*, Aggression und Delinquenz unter Jugendlichen – Untersuchungen von kognitiven und sozialen Bedingungen, 2003, S. 25; *Bannenberg/Rössner/Kempfer*, ZJJ 2004, 159.

<sup>23</sup> Vgl. *Pöll*, Gewalt in der Schule, Ergebnisse einer Befragung von Schülern und Lehrern, 1995; *Streng/Pöll*, in: Gruter/Rehbinder (Hrsg.), Gewalt in der Kleingruppe und das Recht, 1997, S. 133 (137).

<sup>24</sup> Vgl. *Streng/Pöll* (Fn. 23), S. 142.

- die männlichen Jugendlichen;
- die Befragten mit ausgeprägter Macho-Haltung (sich von anderen nichts sagen lassen wollen; sich nichts gefallen lassen; nicht nachgeben bei Konflikten);
- wer Konfliktlösung durch Gewalt bejaht;
- die Hauptschüler;
- die Befragten mit einem schlechten Verhältnis zu ihren Lehrern;
- wer gelegentlich Waffen mit in die Schule bringt;
- wer das Schulklima als durch Gewalt geprägt sieht;
- wer angibt, in der Schule viele Gewaltakte beobachtet zu haben;
- wer in der Schule Gewaltopfer geworden ist.

Auffallend ist zunächst, dass die Besonderheiten des Medienkonsums (einschl. Videospiele) in dem dargestellten Erklärungsmodell keinen Platz finden, obschon deutliche bivariate Zusammenhänge erkennbar sind: Wer besonders an Gewaltthemen interessiert ist und viel Zeit am Bildschirm verbringt, ist in der Schule verhaltensauffälliger. Nachdem dieser bivariate Zusammenhang sich in Konkurrenz zu anderen Zusammenhängen aber nicht durchsetzen kann, spricht viel für Folgendes:<sup>25</sup> Medienkonsum der auffälligen Art ist eher Symptom für Probleme als deren Ursache! Freilich gilt das nur für die Schüler-Durchschnittspopulation; man geht in der aktuellen Medienwirkungsforschung überwiegend davon aus, dass Medieneffekte solche jungen Menschen, die erhebliche Sozialisationsdefizite aufweisen und/oder erzieherisch unzulänglich betreut sind, leichter zu Gewalttaten verführen können, als andere.<sup>26</sup>

Der im multivariaten Modell eindeutig stärkste Zusammenhang besteht zwischen dem Umfang an Gewaltbeobachtungen in der Schule und den eigenen Gewalt-Aktivitäten. Gleichsinnig weist auch die Globalaussage zur Gewaltbelastung der Schule i.S.e. abstrakten Gewalteindrucks einen – wenngleich schwächeren – Zusammenhang mit begangenen gewaltsamen Aktivitäten auf. Damit wird der Erklärungsansatz von einer verhaltensprägenden Wirkung der „Gewalt-Subkultur“ zunächst einmal bestätigt. Mittels Berücksichtigung allein der zwei Variablen zur Gewaltwahrnehmung werden in einem multivariaten Erklärungsmodell 34 % der Varianz in der abhängigen Variable „Gewalttaten“ erklärt.<sup>27</sup>

Auch eine im Jahr 2008 durchgeführte, derzeit auszuwertende Replikationsstudie an denselben Schulen (unter Einbeziehung einer in den neuen Bundesländern liegenden Ge-

samtschule) bestätigte die Befunde. Der Gewaltbeobachtungsindex erwies sich in der zusammenfassenden multiplen Regressionsanalyse als aussagekräftigster Erklärungsfaktor der genuin unabhängigen Variablen für selbst begangene aggressive Handlungen.<sup>28</sup>

Die Gewaltbeobachtungs-Variable relativieren mag, dass die Bereitschaft, im Umfeld Gewalt und Unfrieden zu sehen, zumindest auch persönlichkeitsstypisch geprägt sein dürfte.<sup>29</sup> D.h. eine Interpretation des Befundes als rein situativ begründet, geht wohl fehl. Man könnte in diesem Sinne argumentieren, es diene die Wahrnehmung eines gewaltbelasteten Schulumfelds manchen Befragten dazu, eigene Gewaltbereitschaft zu legitimieren oder nachträglich zu rechtfertigen. Dafür spricht zunächst auch, dass die Schüler der einzelnen Schularten in dieselbe Schule mit dem dort für alle Schüler grundsätzlich gleichen Gewaltniveau gegangen sind – was objektiv bedingte unterschiedliche Wahrnehmungen zunächst auszuschließen scheint. Allerdings ist insoweit im Auge zu behalten, dass auch in verschiedenen Klassenverbänden derselben Schule ein unterschiedliches Gewaltniveau herrschen kann. Dies spricht dafür, den unterschiedlichen Angaben zur Gewaltwahrnehmung einen Bezug zur jeweiligen Schulrealität nicht einfach abzusprechen.

#### c) Präventionsansätze

Hinsichtlich möglicher Präventionsansätze sind zunächst das Zurücktreten von Erklärungsfaktoren aus dem familiären Bereich und dem Freizeitbereich und das entsprechende Hervortreten schulischer Umfeld-Faktoren relevant. Der im Zuständigkeitsbereich der Schul(behörd)en liegende Gewaltpegel in den Schulen stellt unverkennbar eine beachtenswerte Verhaltensdeterminante dar. Deswegen und wegen der vergleichsweise guten Zugänglichkeit und Beeinflussbarkeit gerade der situativen Faktoren im Schulbereich eröffnet sich hier ein wichtiges präventives Aufgabenfeld.

Effektive Ansätze ergeben sich aus der Bedeutung gerade der Gewaltwahrnehmung für Schülergewalt. Ein *laissez faire*-Stil von Seiten der Schule gegenüber aggressivem Verhalten, auch nur gegenüber Raufereien, oder gar eigene Gewalttätigkeiten der Lehrer gegenüber Schülern begünstigen allem Anschein zufolge das Entstehen eines ansteckenden Milieus.<sup>30</sup> Auch in diesem Zusammenhang gilt: Gewalt erzeugt Gewalt! Man wird zudem aufgreifen können, dass sich die jeweilige Qualität der Lehrer-Schüler-Beziehung für die Gewaltentstehung in unserer Befragung als bedeutsam erwiesen hat. Und dieses Verhältnis wird zuvörderst auch von den Lehrern mitgestaltet. Man sollte sich um ein Schulklima bemühen, in welchem die Lehrer als Förderer und Forderer, nicht aber als Angst erzeugende Schulmeister erscheinen, die

<sup>25</sup> Näher Streng, ZJJ 2007, 198.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Ammitzböll, in: Gruter/Rehbinder (Hrsg.), Gewalt in der Kleingruppe und das Recht, 1997, S. 265 (278 f.); Bock, in: Göppinger (Hrsg.), Kriminologie, 5. Aufl. 1997, S. 578; Lösel/Bliesener, Aggression und Delinquenz unter Jugendlichen, 2003, S. 151; Kunczik/Zipfel, Medien und Gewalt, Befunde der Forschung seit 1998, 2004, S. 158 (231 ff.; vgl. auch die Kurzfassung, S. 11 ff.); Browne/Hamilton-Giachritsis, Lancet 365 (2005), 702 (705 f.).

<sup>27</sup> Bezüglich „Gewalttaten“ als unabhängiger Variable weist „Gewaltbeobachtungen“ einen  $\beta$ -Wert von .51 und „Gewalteindruck“ einen  $\beta$ -Wert von .18 auf (jeweils  $p = .0000$ ).

<sup>28</sup> Vgl. Hacker, Gewalt in der Schule, Analyse einer Schülerbefragung, 2009, VII. 1.2 (erklärungsstärker ist dort lediglich eine andere Deliktsvariable, nämlich der als unabhängige Variable behandelte Eigentumsdeliktsindex).

<sup>29</sup> Vgl. Streng/Pöll (Fn. 23), S. 147.

<sup>30</sup> Vgl. schon Olweus (Fn. 21), S. 171.

durch Zensuren Druck erzeugen.<sup>31</sup> Man mag darüber nachdenken, ob Zensuren wirklich durchgängig sein müssen, oder ob man sie nicht weitgehend durch verbale Beurteilungen ersetzen kann, die als konstruktive Rückmeldung wahrnehmbar sind. Dies könnte Angst vermeiden helfen und auch den Gefahren einer statusmindernden Abstempelung als „schlechter Schüler“ entgegenwirken. Über diese hier benannten Facetten hinaus verdient ein ganzheitliches Konzept, wie das von *Olweus*, Beachtung; dieses setzt auf Klassen- wie auf Schulebene an und bezieht auch die Elternschaft ein.<sup>32</sup>

Ein neuerer Ansatz will die starke Gleichaltrigenbindung junger Menschen nutzen, indem in den Schulen Mediatoren als Streitschlichter ausgebildet und eingesetzt werden. Es handelt sich dabei um einen sinnvollen Ansatz,<sup>33</sup> der Normkonformität und Konfliktbewältigung zudem als Merkmale des Mediators zu statusförderlichen Elementen werden lässt.

### 2. Kriminalprävention durch Strafrecht

#### a) Generalpräventive Verhinderung von Straftaten (Sekundärprävention)

##### aa) Befragungsstudien

Empirische Untersuchungen zur generalpräventiven Effizienz des Strafrechts sind in Deutschland bislang nur wenige durchgeführt worden. Dieses ist Folge der besonderen Schwierigkeiten von Forschung in diesem Bereich. Seit Veröffentlichung der auf Befragungen junger männlicher Probanden basierenden Studien von *Schöch/Dölling* und von *Schumann u.a.*, sowie der repräsentativen Stichproben nutzenden Befragungsstudie von *Hermann*, gehen wir von folgendem Erkenntnisstand aus:<sup>34</sup>

- Die erwartete Schwere der Strafe für bestimmte Taten erwies sich als bedeutungslos.
- Das wahrgenommene Entdeckungsrisiko zeigte sich nur bei einer Reihe leichter Delikte als immerhin etwas relevant.
- Als wesentlich wichtigerer Erklärungsfaktor für Normkonformität trat die wahrgenommene moralische Verbindlichkeit der Strafnorm bzw. die Strafnormakzeptanz in Erscheinung. Dieser Zusammen-

hang weist auf die Bedeutsamkeit der Normbekräftigung durch Strafe hin – ohne allerdings schon einen eigentlichen Beweis für die Wirksamkeit positiver Generalprävention zu verkörpern.

Angesichts unverkennbarer Relevanz verinnerlichter Normbindung ergibt sich mithin ein tragfähiger Ansatzpunkt für positive Generalprävention, während negative Generalprävention (also der Abschreckungszweck) nur geringe Stützung erfährt. Diese Ergebnisse stehen in Einklang mit in anderen Ländern gewonnenen Resultaten.<sup>35</sup>

Für die Präventionsdosierung bedeuten diese Ergebnisse, dass Abschreckung und Strafhärte nicht im Vordergrund stehen, sondern eine kommunikative Aufgabe im Sinne der unmissverständlichen Missbilligung der Tat. Diese muss sich ab einer bestimmten Tatschwere freilich in einer tatangemessenen Übelzufügung ausdrücken, um glaubhaft zu wirken.

Für die Interpretation der empirischen Resultate ist allerdings zu beachten, dass die Existenz eines Strafrechts mit den entsprechenden Strafdrohungen für alle Befragten gleichermaßen selbstverständliche Basis ihrer Aussagen war; den Schluss auf eine Verzichtbarkeit abschreckungsorientierter Strafdrohung und Strafe lassen die so gewonnenen Daten also schwerlich zu. Es geht bei den mittels Studien der vorgestellten Art erzielbaren Erkenntnissen also um den „Grenznutzen“ zusätzlicher Abschreckungsdeterminanten.<sup>36</sup>

Weiterhin geben die Befunde zur Bedeutung der Normakzeptanz Anlass dazu, schon vor jedem Strafrechtseinsatz der Werteerziehung in Primärsozialisation und Schule – also bereits primärpräventiv – große Bedeutung als kriminalpräventive Strategie zuzuerkennen.<sup>37</sup>

##### bb) Kriminalstatistische Studien

Als Methoden-Alternative zur Nutzung der Befragungstechnik besteht die Möglichkeit, Veränderungen bzw. Unterschiede in der kriminalstatistisch registrierten Deliktshäufigkeit mit Veränderungen bzw. Unterschieden im Strafrechtssystem in Verbindung zu setzen. Derart sollen die Wirkungen unterschiedlicher Strafdrohung auf der Ebene der Gesellschaft insgesamt, also auf Aggregatdaten-Niveau, ermittelt werden. Zu erwähnen sind hier insbesondere die in den USA durchgeführten Vergleiche der Raten von Tötungsverbrechen zwischen Staaten mit und ohne Todesstrafe. Hierzu lässt sich festhalten, dass die Abschreckungsthese hinsichtlich der

<sup>31</sup> Vgl. auch *Hurrelmann/Bründel*, Gewalt an Schulen, Pädagogische Antworten auf eine soziale Krise, 2. Aufl. 2007, S. 104, 162 f.

<sup>32</sup> Dazu näher *Olweus* (Fn. 21), S. 73.

<sup>33</sup> Vgl. auch *Hurrelmann/Bründel* (Fn. 31), S. 180.

<sup>34</sup> Vgl. *Dölling*, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle, 1983, S. 51 (69 ff.); *Schöch*, in: Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 1081 (1099 ff.); *Schumann/Berlitz/Guth/Kaulitzki*, Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention, 1987, z.B. S. 152 (158 f.); *Hermann*, Werte und Kriminalität, Konzeption einer allgemeinen Kriminalitätstheorie, 2004, S. 122; ferner *Hermann/Dölling*, Kriminalprävention und Wertorientierungen in komplexen Gesellschaften, 2001, S. 74.

<sup>35</sup> Vgl. v. *Hirsch/Bottoms/Burney/Wikström*, Criminal Deterrence and Sentencing Severity, An Analysis of Recent Research, 1999, S. 25 (45 ff.); *Dölling/Entorf/Hermann/Rupp*, Eur J Crim Pol Res 15 (2009), 201; ferner *Dölling/Entdorf/Hermann u.a.*, Soziale Probleme 17 (2006), 193.

<sup>36</sup> Vgl. zum Ganzen mit weiteren Nachweisen *Streng*, in: Lösel/Bender/Jehle (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007, S. 65 (75).

<sup>37</sup> Vgl. *Hermann* (Fn. 6), S. 88 (97); ferner *Hermann/Dölling*, Kriminalprävention und Wertorientierungen in komplexen Gesellschaften, 2001, S. 78.

Todesstrafe eher delegitimiert als unterstützt wurde.<sup>38</sup> Für die Verfechter strafrechtlicher Abschreckungsstrategien ähnlich desillusionierende Befunde haben sich bezüglich der Abschreckungseffizienz der in den USA in den 90er Jahren eingeführten Strafschärfungsregelungen für Wiederholungstäter („habitual offender laws“ nach dem Muster „three strikes and you are out“) ergeben.<sup>39</sup>

Trotz einiger tendenziell in andere Richtung weisender Befunde aus empirischen Studien zur ökonomischen Analyse der Kriminalität bzw. des Strafrechts<sup>40</sup> bestehen also nur höchst begrenzte Effizienzerwartungen hinsichtlich einer Aufrüstung strafrechtlicher Abschreckung. Bemerkenswert erscheint, dass eine neuere, sehr differenziert angelegte ökonomisch-kriminalstatistisch ansetzende Präventionsstudie insoweit mit den Befragungsstudien konform geht, als eine zu erwartende längere Haftstrafe keinen Abschreckungseffekt nach sich zieht; lediglich die Überführungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit wird als relevant nachgewiesen.<sup>41</sup> Bestätigt wird dies auch durch eine neueste Meta-Analyse von Generalpräventionsstudien.<sup>42</sup> Eine amerikanische Studie zur Wahrnehmung der Sanktionswirklichkeit durch die Bevölkerung trägt zum Verständnis generalpräventiver Erfolglosigkeit von Strafschärfungsstrategien bei, indem sie den schwachen Zusammenhang zwischen (unterschiedlicher) Sanktionierungsrealität und deren Wahrnehmung durch die Bürger aufzeigt.<sup>43</sup>

#### cc) Schlussfolgerungen

Zur empirischen Beweisbarkeit generalpräventiver Bedeutung des Strafrechts lässt sich zusammenfassend konstatieren, dass immerhin deutliche Hinweise auf eine präventive Relevanz von Normbegründung durch Strafe erkennbar sind. Die Abschreckungsidee hat nur für begrenzte Deliktsbereiche im Bagatellbereich, wo die Regelbefolgung relativ wenig gewissen gestützt ist, und zudem in recht schwacher Form empirische Abstützung erhalten.

Bei realistischer Betrachtung kann vom Strafrecht und seinen Sanktionen unter dem Gesichtspunkt positiver Generalprävention nur – oder immerhin – die Abstützung von solchen Werten und Normen erwartet werden, welche die

Bürger von vornherein zu akzeptieren bereit sind. Daneben bleiben Abschreckungseffekte durch ein flächendeckendes Netz funktionierender sozialer Kontrolle sowie durch punktuell hervorgehobene Kontrolldichte erkennbar, wobei solche Effekte vor allem im Bereich wenig tabuierter Delikte zu erwarten sind.

Gerade für junge Menschen ist der Status bzw. die Anerkennung innerhalb der *peer group* von größter Bedeutung. Eine normkonforme Bezugsgruppe stellt einen sehr wesentlichen Bedingungsfaktor für normkonformes Verhalten des einzelnen Gruppenmitgliedes dar. Bei gegebener Einbindung in ein konformes soziales Umfeld ist folglich von einer lediglich komplementären Normbestätigungsfunktion des Strafrechts<sup>44</sup> auszugehen, wobei diese Funktion um so weniger hartes Eingreifen erfordert, je gesicherter und breiter der gesellschaftliche Konsens über die maßgeblichen Werte und Normen ausfällt.

#### b) Rückfallverhinderung durch Strafrecht (Tertiärprävention)

##### aa) Grundlagen

Das deutsche Jugendstrafrecht ist Erziehungsstrafrecht, das „vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken“ soll (§ 2 Abs. 1 JGG). Deutlich stärker als im Allgemeinen Strafrecht steht also der präventive Aspekt im Vordergrund; es geht um tertiäre Prävention. Von daher stellt sich die Frage, inwieweit das Jugendstrafrecht diesem Anspruch auch gerecht wird. Ein Blick in *Tabelle 1* (unten S. 233) wirkt insoweit desillusionierend. Es handelt sich hierbei um Daten eines ganzen Jahrgangs des Bundeszentralregisters, weshalb von einer hohen Validität der Daten auszugehen ist. Die Rückfälligkeit wurde dabei als erneute Registrierung im Bundeszentralregister innerhalb von vier Jahren nach Sanktionierung bzw. nach Entlassung aus freiheitsentziehender Sanktion (im Jahr 1994) definiert.<sup>45</sup>

Nach allgemeinstrafrechtlichen Sanktionen fällt die Rückfälligkeit durchschnittlich niedriger aus als nach entsprechenden jugendstrafrechtlichen. Freilich muss man für die Interpretation dieses aus *Tabelle 1* ablesbaren Befunds berücksichtigen, dass die Kriminalitätsanfälligkeit und damit auch die Rückfallneigung ganz generell ab Erreichen des Erwachsenenalters immer mehr abnimmt.<sup>46</sup> Die höhere Rückfälligkeit der jungen Bestraften ist schon von daher nicht überraschend.

<sup>38</sup> Für Einzelheiten vgl. *Sorensen/Wrinkle/Brewer/Marquart*, C&D 45 (1999), 481; *Kury*, ZfStrVo 2000, 323 (327 f.); *Dölling/Entorf/Hermann/Rupp*, Eur J Crim Pol Res 15 (2009), 201 (219 ff.); *Kury/Brandenstein/Yoshida*, ZStW 121 (2009), 190 (201 f.).

<sup>39</sup> Vgl. oben Fn. 19.

<sup>40</sup> Vgl. *G.S. Becker*, Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Aufl. 1993, S. 39; *Curti*, ZRP 1999, 234 (236); *Entorf*, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, S. 1 (15). – Zusammenfassend *Streng* (Fn. 16), Rn. 58.

<sup>41</sup> Vgl. *Entorf/Spengler*, MschKrim 88 (2005), 313 (332 ff.).

<sup>42</sup> Vgl. *Dölling/Entorf/Hermann/Rupp*, Eur J Crim Pol Res 15 (2009), 201.

<sup>43</sup> Vgl. *Kleck/Sever/Li/Gertz*, Criminology 43 (2005), 623 (642 ff.).

<sup>44</sup> Vgl. dazu *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 318; *Kaiser*, Kriminologie, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, § 28 Rn. 9 ff.; *Rössner*, in: *Höffe* (Hrsg.), Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, 1999, S. 121 (122 f.); *Streng* (Fn. 16), Rn. 22 f., 60. – Zur messbaren präventiven Bedeutung nicht-strafrechtlicher Reaktionen auf Normbrüche vgl. etwa *Schöch* (Fn. 34), S. 1081 (1099).

<sup>45</sup> Vgl. *Jehle/Heinz/Sutterer*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, Eine kommentierte Rückfallstatistik, 2003, S. 7.

<sup>46</sup> Vgl. etwa *BKA* (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, Bundesrepublik Deutschland, 2009, S. 97 f.

Tabelle 1: Sanktionstyp und Rückfälligkeit nach Jehle/Heinz/Sutterer

	%
<b>Freiheitsstrafe ohne Bewährung</b> .....	<b>56,4</b>
- Freiheitsstrafe ohne Strafrestaussetzung (Vollverbüßer) .....	63,6
- Freiheitsstrafe mit Strafrestaussetzung .....	47,2
<b>Freiheitsstrafe mit Bewährung</b> .....	<b>44,7</b>
<b>Geldstrafe</b> .....	<b>30,2</b>
-----	
<b>Jugendstrafe ohne Bewährung</b> .....	<b>77,8</b>
- Jugendstrafe ohne Strafrestaussetzung (Vollverbüßer) .....	78,3
- Jugendstrafe mit Strafrestaussetzung .....	77,6
<b>Jugendstrafe mit Bewährung</b> .....	<b>59,6</b>
<b>Jugendarrest</b> .....	<b>70,0</b>
<b>Jugendrichterl. Maßnahmen</b>	
(§§ 9, 13, 27 JGG) .....	55,2
<b>Diversion (§§ 45, 47 JGG)</b> .....	<b>40,1</b>

bb) Stationäre vs. ambulante Sanktionen

Innerhalb der Anwendung des Jugendstrafrechts fällt in *Tabelle 1* auf, dass den stationären Sanktionen, nämlich Jugendstrafe ohne Bewährung und Jugendarrest, ein denkbar schlechtes Zeugnis auszustellen ist. Freilich sind für das bessere Abschneiden von ambulanten Sanktionen Selektionseffekte einzukalkulieren. Denn es folgt die Zuweisung zu den verschiedenen Sanktionsformen nicht dem Zufallsprinzip, sondern wird gesteuert durch die Tatschwere und insbesondere auch durch die vom Richter wahrgenommene Rückfallgefahr. Die nach Sanktionsvollzug sich zeigende Rückfälligkeit kann daher nicht einfach einem (mangelnden) Resozialisierungspotential der jeweiligen Sanktion angelastet werden, sondern ist ganz wesentlich auch als Konsequenz der Selektion durch den Richter, nämlich der Zuweisung bestimmter Täter zu bestimmten Sanktionen, anzusehen. Tatsächlich konnte in einschlägigen Studien durch immerhin partielle rechnerische Homogenisierung der den verschiedenen Sanktionsformen zugewiesenen Tätergruppen gezeigt werden, dass sich dann die Unterschiede in den Rückfallquoten deutlich angleichen.<sup>47</sup>

Vergleichsweise gut lassen sich im Rahmen der Therapiefor- schung Selektionseffekte kontrollieren. Tatsächlich hat man durch methodisch anspruchsvolle Meta-Analysen zur Wirksamkeit von Therapie an Straftätern aufzeigen können, dass die Straftäterbehandlung dann deutlich bessere Wirkung im Sinne von Rückfallverhinderung aufweist, wenn sie ambulant durchgeführt wird, als in Unfreiheit.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Vgl. zum Ganzen *Streng* (Fn. 16), Rn. 274; *ders.* (Fn. 36), S. 67 ff.

<sup>48</sup> Vgl. *Andrews/Zinger/Hoge/Bonta/Gendreau/Cullen*, *Criminology* 28 (1990), 369 (384); *Andrews/Bonta*, *The Psychology of Criminal Conduct*, 1994, S. 191; *Lösel*, in: McGuire (Hrsg.), *What Works: Reducing Reoffending, Guidelines from Research and Practice*, 1995, S. 79 (94 f.); *Kury*, in: Feuerhelm u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Alexander Böhm zum 70. Geburtstag*, 1999, S. 251 (265, 267); *Schmucker*, *Kann Therapie Rückfälle verhindern?*, 2004, S. 105 f., 198.

Hinsichtlich der Rückfallverhinderungspotentiale von Modifikationen des Jugendstrafvollzugs ist derzeit wenig methodisch wirklich Gesichertes anzuführen. Immerhin bezüglich der Dauer der Unterbringung in stationärer Sanktion (z.B. Jugendstrafe) bzw. Haftverkürzungen durch Strafrestaussetzung zur Bewährung (d.h. ambulante Sanktionierung) haben Studien aus Deutschland wie auch aus dem Ausland gezeigt, dass längere Verweildauer in Haft nicht etwa zu niedrigeren Rückfallquoten führt.<sup>49</sup> Dies konnte mittels Berücksichtigung auch von Kontrollvariablen methodisch hinlänglich abgesichert werden.

cc) *Ambulante Sanktionen*

Die bereits erwähnten Selektionseffekte stellen für die vergleichende Effizienzmessung auch innerhalb der ambulanten Sanktionen ein erhebliches methodisches Problem dar. Erhellend sind diesbezüglich Evaluationsstudien zum Jugendstrafrecht. Es haben solche Untersuchungen zu den Auswirkungen unterschiedlich gravierender Sanktionierung immer wieder zu der Aussage veranlasst, dass formelle Sanktionen (aufgrund Urteils) keinesfalls zu günstigeren, sondern eher zu höheren Rückfallquoten führen als informelle Reaktionen (*Diversion*), und zwar gerade auch bei ansonsten vergleichbaren Verurteilten mit vergleichbaren Taten.<sup>50</sup> Dies entspricht dem in *Tabelle 1* aufgezeigten Bild. Allerdings ist bei der Interpretation der derzeit vorliegenden Daten nicht zu verkennen, dass die eingesetzten Kontrollvariablen eine eindeutige Parallelisierung der verglichenen Sanktionsgruppen bezüglich der sanktionsunabhängigen rückfallrelevanten Merkmale der Bestrafen nicht garantieren können.

Der daher naheliegende Methodeneinwand, dass durch die Rückfallstudien lediglich die sanktionsleitenden Negativprognosen der Staatsanwälte und Richter bestätigt worden seien, konnte allerdings für den Bereich der Jugendstrafrechtspflege ganz wesentlich entkräftet werden. Unter Auswertung der vorfindbaren regionalen Sanktionsunterschiede stellte die Konstanzer Forschungsgruppe um *Wolfgang Heinz* fest, dass auch in Gegenden, in welchen bei bestimmten Formen der Alltagskriminalität nur in Ausnahmefällen das Verfahren nicht nach Diversionsgrundsätzen eingestellt wird, der hier weitgehende Verzicht auf Individualprognosen nichts an der besonders geringen Rückfälligkeit gerade der informell Sanktionierten, d.h. der mit einer Verfahrenseinstellung Bedachten, ändert.<sup>51</sup> Die gerade nach Verfahrenseinstellung sich ergebenden positiven Rückfallergebnisse ganz wesentlich als

<sup>49</sup> Vgl. *Böhm*, in: Jehle (Hrsg.), *Kriminalprävention und Strafjustiz*, 1996, S. 263 (275 ff.); *Birklbauer/Hirtenlehner*, *ÖJZ* 2005, 938 (941 f., 944); für die USA neuestens *Loughran/Mulvey/Schubert/Fagan/Pique-ro/Losoya*, *Criminology* 47 (2009), 699.

<sup>50</sup> Vgl. zum Ganzen mit weiteren Nachweisen *Streng* (Fn. 36), S. 70.

<sup>51</sup> Vgl. *Spieß/Storz*, in: BMJ (Hrsg.), *Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis – Informelle Reaktionen und neue ambulante Maßnahmen auf dem Prüfstand*, 1989, S. 127 (144 ff., 146 ff.); *Heinz/Storz*, *Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland*, 1992, S. 59 ff., 175 ff.

Sanktionseffekte und nicht allein als selektionsbedingt zu interpretieren, erscheint demnach zumindest für die Massenkriminalität junger Menschen legitim.

Im Rahmen von *Diversion*, also beim Verzicht auf eine Verurteilung, steht eine breite Palette von Reaktionsformen zur Verfügung, weshalb auf Erziehungsdefizite und Persönlichkeitsprobleme des Beschuldigten auch ohne Anklage und Verurteilung eingegangen werden kann. Etwa lässt sich die Teilnahme des Jugendlichen an einem Anti-Aggressivitäts-Training vereinbaren. Wichtig ist hier das Erlernen des richtigen Einschätzens des Verhaltens anderer Menschen und das Einüben eines deeskalierenden Umgangs mit Konfliktsituationen. Die Teilnahme an einem Täter-Opfer-Ausgleich kann das Einfühlen in die konkrete Opfersituation und das Erlernen von vorausschauendem Berücksichtigen möglicher Opferschäden begünstigen.<sup>52</sup> Die Staatsanwaltschaft kann für die Nutzung solcher Optionen auch Anregungen der Jugendhilfe aufgreifen oder die von einem *teen court* (Schülergericht) mit dem Delinquenten vereinbaren und dann auch durchgeführten Maßnahmen durch Einstellung des Verfahrens honorieren. Diese am *peer group*-Ansatz orientierte Option eines Schülergerichts, die in Modellversuchen in Bayern evaluiert wurde, ist bei den Fachleuten überwiegend auf Skepsis gestoßen<sup>53</sup> – man befürchtet insbesondere zu hartes Vorgehen der Mitschüler und überdies Verfahrensverzögerungen. Evaluationsberichte fallen freilich eher positiv aus.<sup>54</sup>

Derartige sozialkonstruktive Reaktionsformen können auch im Urteil als Weisungen durch den Richter (§ 10 JGG) verhängt werden.

Hingegen sollte man sich allzu eingängigen Rezepten verschließen, welche auf Konfrontation oder gar Demütigung des auf dem „heißen Stuhl“ sitzenden Gewaltdelinquenten bauen. Denn Gewaltausübung ist weithin Folge mangelnden Selbstwertgefühls, weshalb eine weitere Dezimierung dieses seltenen Gutes kontraproduktiv ausgehen kann. Wenig erstaunlich haben Rückfalluntersuchungen keinen positiven Effekt der konfrontativen Vorgehensweise erbringen können.<sup>55</sup> Tatsächlich stellt das Erlernen einer realistischen, unverzerrten Einschätzung des Verhaltens anderer Menschen und eines deeskalierenden Umgangs mit Konfliktsituationen den weit aus plausibleren Ansatz dar.

#### dd) Schlussfolgerungen

Auf der Basis einer vorsichtigen, methodenkritischen Interpretation der vorliegenden bundesdeutschen Untersuchun-

gen<sup>56</sup> lässt sich festhalten, dass eine spezifische Rückfallverhinderung oder aber Rückfallbegünstigung durch harte Sanktionen nicht beweisbar erscheint.<sup>57</sup> Das schon durch ausländische Untersuchungen nahegelegte Argument einer weitgehenden „Austauschbarkeit der Sanktionen“ unter sozialpräventivem Aspekt findet auch für unser Sanktionssystem Bestätigung. D.h., es spricht auf der Ebene einer generalisierenden Betrachtung alles für eine „Gleichwirkungsthese“, also dafür, dass harte Sanktionen in sozialpräventiver Hinsicht zumindest nicht erfolversprechender sind als alternativ in Frage kommende weniger einschneidende Sanktionen.

Allerdings kann die Ersetzbarkeit harter durch weniger einschneidende Sanktionen in sozialpräventiver Hinsicht allein auf der Ebene durchschnittlicher Betrachtung als hinreichend gesichert gelten.<sup>58</sup> Das bedeutet, dass im Einzelfall durchaus gute Gründe dafür sprechen mögen, zu stationären – und deshalb harten – Sanktionen zu greifen; es kann etwa bei dem konkreten Täter das Rückfallrisiko oder das Risiko eines Sich-Entziehens einer ambulanten Sanktion als zu groß erscheinen. Diesen Fällen werden wiederum andere gegenüberstehen, in denen die Wahl der härteren Sanktion sich eindeutig nachteilig für die weitere Entwicklung auswirkt. Wie groß und wie beschaffen diese Gruppen sind und wie die dazwischenliegende Gruppe der gegenüber unterschiedlicher Sanktionshärte Unempfindlichen zu umschreiben ist – auf welche ja allein der Slogan von der „Austauschbarkeit“ der Sanktionen im eigentlichen Sinne des Wortes zutrifft –, ist letztlich unerforscht. Gleichwohl bleibt die Ermunterung an die Akteure in der Justiz immerhin für den Regelfall berechtigt, beim Strafen eher weniger als mehr zu tun.

### III. Zum Schluss: Das Rätsel Amoklauf

Angesichts der großen Aktualität sei abschließend noch auf das Phänomen der Schul-Amokläufe eingegangen, auch wenn hierzu noch wenig kriminologisches Wissen vorliegt.<sup>59</sup>

Wir können davon ausgehen, dass der typische Amoktäter eher unsicher-ängstlich ist und Probleme mit seinen Mitschülern und mit Menschen überhaupt hat. Er fühlt sich zurückgestoßen, an den Rand gedrängt und gemobbt; ob das mehr einer verzerrten Wahrnehmung oder realem Erlebnis

<sup>52</sup> Die überdies nützlichen Potentiale des T-O-A für das Tatopfer seien im gegebenen Zusammenhang nicht ausgeführt.

<sup>53</sup> Vgl. bei Streng, *Jugendstrafrecht*, 2. Aufl. 2008, Rn. 182.

<sup>54</sup> Vgl. Sabaß, *Schülergremien in der Jugendstrafrechtspflege – ein neuer Diversionsansatz*, 2004; Englmann, *ZJJ* 2009, 216 ff.

<sup>55</sup> Vgl. Ohlemacher/Sögding u.a., *DVJJ-Journal* 2001, 380 ff.; Höynck/Ohlemacher u.a., *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 2004, 540 (549 ff.); Grundsatzkritik bei Plewig, *ZJJ* 2008, 52 ff.

<sup>56</sup> Allgemein zur Evaluationsforschung Coester/Bannenberg/Rössner, in: Lösel/Bender/Jehle (Hrsg.), *Kriminologie und wissenschaftliche Kriminalpolitik*, 2007, S. 93; Heinz, in: Lösel/Bender/Jehle (Fn. 36), S. 495.

<sup>57</sup> Vgl. zum Ganzen H.-J. Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, 1994, S. 66; Müller-Dietz, in: Jehle (Hrsg.), *Kriminalprävention und Strafjustiz*, 1996, S. 227; Schöch, in: Jehle (a.a.O.), S. 291; Heinz, *BweHi* 2000, 131 (146 ff.); Streng (Fn. 16), Rn. 274 ff.; ders. (Fn. 36), S. 66 ff.

<sup>58</sup> Dazu Bock, *ZStW* 102 (1990), 504 (526 ff.); ders., *GA* 1997, 1 (15 ff.).

<sup>59</sup> Neuere Zusammenstellungen bei Hoffmann/Roshdi/Robertz, *Kriminalistik* 2009, 196; H.-J. Schneider, in: ders. (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Kriminologie*, Bd. 2, 2009, S. 727 (752 ff.); ferner Hurrelmann/Brün-del (Fn. 31), S. 70 ff.

geschuldet ist, bleibe dahingestellt. Bemerkenswert ist jedenfalls, dass es solche Leidensgeschichten schon seit jeher gab, der Schüler-Amoklauf aber ein durchaus neues Phänomen darstellt. Auch die ins Auge springende Relevanz einer Greifbarkeit von Schusswaffen als Bedingung für wirklich dramatische Amokläufe ist in Deutschland mit seinem seit Jahrzehnten zunehmend restriktiven Waffenrecht für die neuere Entwicklung bei Schul-Amokläufen nicht erklärungsreich.

An Neuerungen, die solche Exzesse begünstigen könnten, fällt daher eigentlich nur die Medienentwicklung ins Auge: das Internet und die Möglichkeit des Rückzugs in eine durch Gewaltspiele geprägte Phantasiewelt. Es scheint freilich, als hätten Medienberichte über reale Gewalt größere „Ansteckungskraft“ als die Wahrnehmung fiktiver Gewalt in Filmen und Videospiele. Die Folgetaten etwa nach dem Schulmassaker in der *Columbine High School* vom April 1999, die sich in den USA und auch in Deutschland (insbes. Erfurt, Emsdetten und Winnenden) ergaben, sprechen dafür.<sup>60</sup> Beachtenswert ist jedenfalls, wenn immer wieder berichtet wurde, dass Amok-Täter sich vor ihrer Tat im Internet mit Vorgängertaten (insbes. *Columbine*) intensiv beschäftigt hatten.<sup>61</sup> Man könnte das hier erkennbare *Herostraten*-Motiv etwa so nachvollziehen: „Jetzt revanchiere ich mich für das Leid, das Ihr mir zugefügt habt – und ich werde mich mit dieser großen Tat in den Medien verewigen“. Dieses „Nachruhm“-Motiv im Zusammenhang einer suizidalen Aktion<sup>62</sup> gewinnt durch die zumindest im Internet auf lange Dauer erwartbare *Publicity* zusätzliche Attraktivität.

Diese – wenngleich noch recht ungesicherte – Bestandsaufnahme zeigt bereits, wie schwer hier präventiv anzusetzen ist. Der exzessiven Berichterstattung über solche spektakulären Ereignisse entgegenwirken zu wollen, erscheint illusionär. Zum einen steht dem die Pressefreiheit entgegen und zum anderen schafft das Internet ohnehin die Öffentlichkeit, die die Interessierten mit den gewünschten Informationen und Gewalt-Mythen versorgt.

Man weicht daher auf die Diskussion von Zugangskontrollen in Schulen und auf größere Beachtung von Warnsignalen im Verhalten der Schüler aus. Die Schulen zu Festungen auszugestalten, erscheint freilich widersinnig und auch wenig erfolgversprechend gegenüber ernsthaft Tatentschlossenen.<sup>63</sup> Auch das stärkere Achten auf Verhaltensauffälligkeiten und psychische Notsignale dürfte nur begrenzt wirksam sein, nachdem das Verdecken der psychischen Vereinsamung eine Strategie der betroffenen jungen Leute darstellt, um nicht (noch mehr) in eine belastende Außenseiterrolle hineinzugeraten. Gleichwohl werden nicht selten in einer späten Phase der Fehlentwicklung seitens der späteren Täter deutliche Warnsignale gesendet.<sup>64</sup> Von daher erscheint vermehrte

Sensibilität nicht zuletzt der „am nächsten dran“ befindlichen Eltern und auch der Verwandten, Freunde und Lehrer immerhin begrenzt erfolgversprechend.<sup>65</sup> Freilich müsste bei diagnostizierten auffälligen Problemlagen sich dann der Gang zum Schulpsychologen oder Psychotherapeuten anschließen, um etwas zu bewirken.

Dass Schulen immerhin für ein solides Katastrophenmanagement sorgen sollten, um bei Unglücksfällen solcher oder anderer Art schnell reagieren zu können, erscheint unstrittig. Dem Phänomen des Schul-Amoklaufs beikommen kann man mit solchen Strategien aber natürlich nicht.

---

<sup>60</sup> Vgl. auch *Killias*, Grundriss der Kriminologie, 2002, Rn. 624 f.

<sup>61</sup> Vgl. *Hoffmann/Roshdi/Robertz*, Kriminalistik 2009, 196 (201).

<sup>62</sup> Vgl. dazu *Hurrelmann/Bründel* (Fn. 31), S. 71.

<sup>63</sup> Vgl. auch bei *H.-J. Schneider* (Fn. 59), S. 758.

<sup>64</sup> Vgl. bei *Hoffmann/Roshdi/Robertz*, Kriminalistik 2009, 196 (200, 202); *H.-J. Schneider* (Fn. 59), S. 756.

---

<sup>65</sup> Sehr optimistisch insoweit *Hoffmann/Roshdi/Robertz*, Kriminalistik 2009, 196 (202 ff.).

# Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht – Eine unendliche Geschichte\*

Von Prof. Dr. **Joachim Herrmann**, LL.M., Augsburg\*\*

## I. Ein kurzer Rückblick

Die Stellung des Verbrechensoffers im deutschen Strafprozess hat sich im Laufe der Jahrhunderte mehrfach entscheidend gewandelt. In der germanischen und karolingischen Zeit bestimmte das Opfer als Ankläger Einleitung und Durchführung des Verfahrens.<sup>1</sup> Das Opfer verlor jedoch seine aktive Rolle, als mit dem Erstarken der Staatsgewalt die Verfolgung von Straftaten Aufgabe der Gemeinschaft und der Inquisitionsprozess eingeführt wurde. Theoretisch behielt das Opfer zwar seine Anzeigebefugnis, in der Praxis lagen Einleitung und Durchführung des Verfahrens aber in der Hand des Inquisitionsrichters; das Opfer trat nur noch als Zeuge auf. Daran änderte sich wenig, als in den deutschen Partikularstaaten um die Mitte des 19. Jahrhunderts der reformierte Strafprozess mit der Staatsanwaltschaft als Anklageorgan sowie öffentlicher und mündlicher Hauptverhandlung eingeführt wurde.

Eine Wende brachten das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 mit dem Strafantragsrecht des Opfers und die Reichsstrafprozessordnung von 1877, die das Klageerzwingungsverfahren, die Privatklage und die Nebenklage einführte.<sup>2</sup> Grund für diese Reformen war jedoch nicht eine Rückbesinnung auf die Stellung des Opfers im altdeutschen Strafprozess oder eine grundsätzliche Neubestimmung von dessen Prozessrolle, sondern ein Anknüpfen an einzelne Partikularrechte und vor allem die Aufnahme von Vorschlägen, die in vorangegangenen Auseinandersetzungen in der Wissenschaft entwickelt worden sind.

Trotz dieser neu gewonnenen Rechte blieb das Opfer eine „vergessene Figur“ in der Praxis des Strafverfahrens.<sup>3</sup> Daran änderte sich auch nichts, als im Jahr 1943, aus Ersparnisgründen in Kriegszeiten, das Adhäsionsverfahren eingeführt wurde, das die Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche im Strafverfahren ermöglichte und damit eine doppelte

Feststellung desselben Sachverhalts im Strafverfahren und im Zivilprozess vermieden werden sollte.<sup>4</sup>

## II. Entwicklung des Opferschutzes in kleinen Schritten

Eine tiefgreifende Wende setzte in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts ein. Nachdem es dem Gesetzgeber in den vorangegangenen Jahren vor allem darum gegangen war, das Strafverfahren zu einem schlagkräftigen Instrument moderner Verbrechensbekämpfung zu gestalten und neu entwickelte technische Mittel für die Aufklärung von Straftaten nutzbar zu machen, kam es jetzt zu einer Wiederentdeckung des lange nicht beachteten Opfers. Anlass hierfür waren neuere wissenschaftliche Diskussionen und viktimologische Forschungen im Inland und Ausland, die darauf abzielten, die Rolle des Opfers im Strafverfahren, aber auch im materiellen Strafrecht neu zu bestimmen.<sup>5</sup>

Bemerkenswert an dieser Entwicklung ist, wie rasch die neuen Denkanstöße Eingang in das deutsche Strafverfahren gefunden haben. Im Herbst 1984 befasste sich der 55. Deutsche Juristentag mit der „Rechtsstellung des Verbrechensoffers“.<sup>6</sup> Die Beschlüsse des Juristentages, die in mehrfacher Hinsicht eine Neubestimmung der Opferrolle empfahlen, wurden zur Grundlage des Opferschutzgesetzes, das schon im Herbst 1986 erging.<sup>7</sup>

Das Opferschutzgesetz brachte zahlreiche, an die vorhandenen Strukturen des Strafverfahrens anknüpfende Änderungen, die auf eine Besserstellung des Opfers, nicht zuletzt des Opfers von Sexualdelikten, abzielten. In Wissenschaft und auf politischer Ebene kam man jedoch schon bald zu der Überzeugung, dass zusätzlicher Reformbedarf bestand. Außerdem stellte der Rat der Europäischen Union in seinem Rahmenbeschluss vom 15.3.2001 einen detaillierten Forderungskatalog zur Verbesserung der Rolle des Opfers in den Strafverfahren auf.<sup>8</sup>

Als Folge dieser Initiativen ergingen weitere Gesetze, die den Opferschutz mehr und mehr verstärkten. Zu nennen sind vor allem das Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994,<sup>9</sup> das

---

\* Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, der im September 2009 in Augsburg während des Deutsch-Japanischen Kolloquiums zum Thema „Straftheorie und Strafgerechtigkeit“ gehalten wurde. Der Beitrag wurde inhaltlich so gestaltet, dass er die japanischen Teilnehmer des Symposiums in die Entwicklung des deutschen Rechts eingeführt hat. Das Manuskript wurde im Oktober 2009 abgeschlossen. Der Beitrag wird demnächst auch in einem zu dem Symposium geplanten Sammelband erscheinen.

\*\* Der Autor ist emeritierter Professor an der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> Hierzu und zum Folgenden Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 28 ff.; E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 37 ff.; Koch, Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006.

<sup>2</sup> Weigend (Fn. 1), S. 110 ff.

<sup>3</sup> Weigend, ZStW 96 (1984), 761.

---

<sup>4</sup> Weigend (Fn. 1), S. 164 ff.; Hilger, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 8, 26. Aufl. 2009, Vor § 403 Rn. 3 ff.

<sup>5</sup> Weigend (Fn. 1), S. 13 ff.; Kühne, in: Erb u.a. (a.a.O.), Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Rn. 125.

<sup>6</sup> Verh. des 55. DJT: Rieß, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1984, C 1 ff.; Referate v. Hammerstein u. Odersky (a.a.O.), Bd. 2, 1984, L 7 ff. und L 29 ff.

<sup>7</sup> BGBl. I S. 2496. Zum Inhalt des Gesetzes siehe. Böttcher, JR 1987, 133; Jung, JuS 1987, 157; Rieß/Hilger, NStZ 1987, 145; Weigend, NJW 1987, 1170.

<sup>8</sup> Rahmenbeschluss 2001/220/JI, ABl. EG, Nr. L 82, S. 1 v. 22.3.2001.

<sup>9</sup> BGBl. I S. 3186. Siehe Dahs, NJW 1995, 553; König/Seitz, NStZ 1995, 1.

Zeugenschutzgesetz 1998,<sup>10</sup> das Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs 1999,<sup>11</sup> das Opferrechtsreformgesetz 2004<sup>12</sup> und das Zweite Opferrechtsreformgesetz 2009.<sup>13</sup>

Der Preis für diese rasche Entwicklung war allerdings, dass es nicht zu einer Reform aus einem Guss gekommen ist. Man nahm sich nicht die Zeit für eine an sich gebotene, grundsätzliche rechtspolitische Neubestimmung der Opferrolle im Strafverfahren. In jedem neuen Gesetz ging es lediglich um die Korrektur von ad hoc erkannten Einzelproblemen. Der Reformprozess verlief in der Form von kleinen, nicht selten zaghaften Trippelschritten. In gewisser Weise erinnert diese Methode der Patchwork-Reform an Reformen, die in der letzten Zeit in anderen Bereichen der Strafprozessordnung durchgeführt wurden.

Wird die Opferrolle gestärkt, so ist es unvermeidlich, dass dies zu Lasten der Stellung des Beschuldigten gehen kann. Dieses Problem wurde im Zusammenhang mit den Reformen nicht grundsätzlich erörtert. In den Begründungen zu den Reformgesetzen wurde zwar wiederholt darauf hingewiesen, dass die Opferrechtsreform nicht zu einer Benachteiligung des Beschuldigten führe,<sup>14</sup> es wird sich aber immer wieder zeigen, dass dieser Grundsatz keineswegs konsequent befolgt wurde.

Im Folgenden soll die Entwicklung des Opferschutzes seit Erlass des Opferschutzgesetzes 1986 in ihren entscheidenden Punkten dargestellt werden. Diese Darstellung soll sich nicht auf den – vorläufigen – Endzustand des Reformprozesses beschränken. Wo es der Veranschaulichung dient, werden die einzelnen Reformschritte, die aufeinander gefolgt sind, kritisch beleuchtet.

Rückblickend kann man vier Schwerpunkte des Reformprozesses feststellen:

- Die Einführung von Rechten des Opfers auf Information und anwaltlichen Beistand
- Die Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes von Opfern und Zeugen
- Die Umgestaltung der Nebenklage
- Die Verbesserung der Schadenswiedergutmachung zugunsten des Opfers.

Angesichts der kaum übersehbar großen Zahl von Änderungen, die die einzelnen Gesetze gebracht haben, muss sich die

folgende Darstellung auf die wichtigsten Neuregelungen beschränken.

## 1. Neue Rechte des Opfers auf Information und anwaltlichen Beistand

### a) Information über verfahrensabschließende und andere Entscheidungen

Das Opferschutzgesetz 1986 führte für sämtliche Verbrechenopfer ein Informationsrecht ein (§ 406d Abs. 1 StPO). Jedem Opfer muss auf dessen Antrag hin eine das gerichtliche Verfahren abschließende Entscheidung mitgeteilt werden. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass das Opfer sich vergessen und verlassen fühlt, weil es nicht erfährt, was mit dem Geschehen ist, der ihm Unrecht getan hat.

Das Opferrechtsreformgesetz 2004 hat das Informationsrecht des Opfers in mehrfacher Hinsicht erweitert. Da inzwischen zahlreiche Strafverfahren aus Opportunitätserwägungen ohne gerichtliches Verfahren durch Einstellung beendet werden, muss das Opfer jetzt auf Antrag auch über eine Einstellung unterrichtet werden (§ 406d Abs. 1 n.F. StPO). Um dem persönlichen Schutz und dem Sicherheitsbedürfnis des Opfers Rechnung zu tragen, muss es ferner über die Verhängung oder Beendigung von Untersuchungshaft oder einer anderen freiheitsentziehenden Maßnahme gegen den Beschuldigten oder Verurteilten sowie über Vollzugslockerungen und Urlaub aus der Haft unterrichtet werden (§ 406d Abs. 2 StPO). Dies muss allerdings nur geschehen, wenn das Opfer dies beantragt und ein berechtigtes Interesse darlegt.

### b) Recht auf Beiziehung eines Rechtsanwalts

Wichtig für die Mitwirkungsmöglichkeit des Opfers am Verfahren ist das durch das Opferschutzgesetz 1986 geschaffene Recht auf Beiziehung eines Rechtsanwalts, und zwar schon während des Ermittlungsverfahrens (§ 406f StPO). Die Kosten für den Anwalt muss das – nicht nebenklageberechtigte – Opfer allerdings selbst tragen, eine Bedingung, durch die das Recht für sozial Schwache entwertet wird.<sup>15</sup>

Nach dem Opferschutzgesetz war dem Rechtsanwalt die Anwesenheit nur bei der Vernehmung des Opfers durch den Richter und die Staatsanwaltschaft – nicht aber durch die Polizei – gestattet. Die Bedeutung dieser Anwesenheitsbefugnis war freilich begrenzt, da Vernehmungen in der Praxis in aller Regel von der Polizei durchgeführt werden.

Das Opferschutzgesetz ist zudem hinter den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts zurückgeblieben. Das Gericht hatte nämlich schon 1974 aus dem Rechtsstaatsprinzip die Forderung abgeleitet, dass grundsätzlich bei jeder Vernehmung eines Zeugen dessen Anwalt zugegen sein darf.<sup>16</sup> Erst das 2. Opferrechtsreformgesetz 2009 hat daraus die notwendige Konsequenz gezogen und die Anwesenheit eines Rechtsanwalts auch bei der polizeilichen Vernehmung des Opfers (§ 406f Abs. 1 S. 2 StPO) – ebenso wie bei der Vernehmung eines jeden Zeugen (§ 68b Abs. 1 S. 2 StPO) – zugelassen.

<sup>10</sup> BGBl. I S. 820. Siehe *Caesar*, NJW 1998, 2313; *Rieß*, NJW 1998, 3240; *Seitz*, JR 1998, 309.

<sup>11</sup> BGBl. I S. 2491. Siehe *Rieß*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 751 (S. 759); *Tolmein*, ZRP 1999, 409.

<sup>12</sup> BGBl. I S. 1354. Siehe *Ferber*, NJW 2004, 2562; *Hilger*, GA 2004, 478; *Stiebig*, Jura 2005, 592.

<sup>13</sup> BGBl. I 2280. Siehe *Bung*, StV 2009, 430.

<sup>14</sup> Entwurf der Bundesregierung zum Opferschutzgesetz, BT-Drs. 10/5305, S. 1; Entwurf der Bundesregierung zum 2. Opferrechtsreformgesetz, BT-Drs. 16/12098, S. 12; *Hilger*, GA 2004, 478 (486). Kritisch dagegen *Bung*, StV 2009, 430 (431 ff.).

<sup>15</sup> *Weigend*, NJW 1987, 1170 (1173).

<sup>16</sup> BVerfGE 38, 105.

Damit hat das 2. Opferrechtsreformgesetz die Symmetrie der Verfahrensrechte von Opfer und Beschuldigtem allerdings ganz entscheidend gestört, denn der Beschuldigte hat bis heute kein Recht auf Anwesenheit seines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung. Es hätte nahe gelegen, dieses Ungleichgewicht durch das 2. Opferrechtsreformgesetz zu korrigieren. Dem hätten jedoch die Ermittlungsbehörden wohl kaum zugestimmt, denn die Erlangung eines Geständnisses spielt bei der polizeilichen Vernehmung die entscheidende Rolle, und die Erfahrung lehrt, dass Geständnisse leichter zu erlangen sind, wenn bei der Vernehmung kein Rechtsanwalt zugegen ist.<sup>17</sup>

Seit dem Opferschutzgesetz 1986 kann auf Antrag des Opfers neben dem Rechtsanwalt auch eine Vertrauensperson, z.B. ein Angehöriger, zu Vernehmungen hinzugezogen werden (§ 406f Abs. 3 StPO). Die psychische Betreuung soll vor allem Opfern von Vergewaltigungen und Sexualdelikten zugute kommen und damit nicht zuletzt auch der Wahrheitsfindung dienen. Stand es nach dem Opferschutzgesetz 1986 noch im Ermessen des die Vernehmung Leitenden, ob eine Vertrauensperson zugelassen wird, so hat das Opferrechtsreformgesetz 2004 die Position des Opfers gestärkt, indem es bestimmte, dass die Vertrauensperson zuzulassen ist, solange der Untersuchungszweck nicht gefährdet wird.

#### c) Akteneinsichtsrecht

Das Opfer hat seit dem Opferschutzgesetz 1986 ein gesetzlich verbürgtes Akteneinsichtsrecht, es kann dieses Recht aber, ebenso wie der Beschuldigte, nur durch einen Rechtsanwalt ausüben (§ 406e Abs. 1 StPO). Aus datenschutzrechtlichen Gründen kann Akteneinsicht versagt werden, wenn überwiegende schutzwürdige Interessen des Beschuldigten oder anderer Personen entgegenstehen (§ 406e Abs. 2 StPO).

Trotz dieser Einschränkungsklausel erscheint das Akteneinsichtsrecht problematisch, weil es dem Opfer ermöglicht, Informationen zu sammeln, die in die Privatsphäre des Beschuldigten eingreifen, und weil die Akteneinsicht zu Ausforschungszwecken missbraucht und damit die Verteidigungsmöglichkeit des Beschuldigten beschränkt werden kann.<sup>18</sup>

Sehr viel gravierender ist allerdings die Gefahr, dass das Opfer aus den Akten Informationen erhält, mit denen es seine Zeugenaussage in der Hauptverhandlung – bewusst oder unbewusst – zu seinen Gunsten färben und den Angeklagten zu Unrecht belasten kann.<sup>19</sup> Diese Gefahr wurde durch das Opferrechtsreformgesetz 2004 weiter verstärkt, weil der Nebenklageberechtigte, d.h. das Opfer, das Nebenklage erheben kann, dies aber nicht getan hat, ein Recht auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung erhalten hat (§ 406g Abs. 1 S. 1

StPO). Das nebenklageberechtigte Opfer, das in der Hauptverhandlung in aller Regel als Zeuge aussagen muss, kann jetzt seine Aussage an dem ausrichten, was es zuvor bei der Vernehmung des Angeklagten und der anderen Zeugen gehört hat. Der Grundsatz, dass Zeugen vor ihrer Aussage nicht wissen sollen, was der Angeklagte und andere Zeugen bekundet haben (§§ 58 Abs. 1, 243 Abs. 2 S. 1 StPO), wird damit auf den Kopf gestellt. Opferschutz kann zu einer ernsthaften Gefährdung der Wahrheitsfindung und damit zu einer Schlechterstellung des Beschuldigten führen.

#### d) Information des Opfers über seine Rechte im Verfahren

Erst wenn das Opfer weiß, was seine Rechte sind, kann es davon Gebrauch machen. Das Opferschutzgesetz 1986 sieht deshalb vor, dass das Opfer auf die neu geschaffenen Rechte hinzuweisen ist (§ 406h StPO).

Opferschutzverbänden ging die durch das Opferschutzgesetz 1986 eingeführte, allgemeine Informationspflicht jedoch nicht weit genug. Auch der Rahmenbeschluss der Europäischen Union hatte geradezu perfektionistisch festgelegt, wie und wann die Information des Opfers erfolgen soll.<sup>20</sup> Dies führte zu einer Präzisierung und erheblichen Erweiterung der Informationspflicht durch das 2. Opferrechtsreformgesetz 2009 (§ 406h StPO). Es ist jetzt ausdrücklich festgelegt, dass die Information „möglichst frühzeitig“, regelmäßig „schriftlich“ und soweit möglich in einer für das Opfer „verständlichen Sprache“ erfolgt. Der Deutsche Richterbund hat angesichts dieser Ausdehnung der Informationspflicht gewarnt, dass die Strafverfolgungsbehörden „überstrapaziert“ werden.<sup>21</sup>

### 2. Opferschutz durch Zeugenschutz

#### a) Beschränkung des Fragerechts

In Hauptverhandlungen wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung ist es immer wieder geschehen, dass Opfer, die als Zeugen aussagen, auf aggressive Weise nach Einzelheiten ihres Privat- und Intimlebens gefragt und geradezu als die eigentlich Schuldigen hingestellt wurden.<sup>22</sup> Eine gesetzliche Bestimmung sah zwar vor, dass Fragen, die dem Zeugen „zur Unehre gereichen können“, nur dann gestellt werden sollen, wenn sie zur Wahrheitsfindung unerlässlich sind (§ 68a Abs. 1 StPO). Diese Klausel konnte jedoch die Auswüchse der Praxis nicht verhindern. Das Opferschutzgesetz 1986 hat deshalb auch Fragen ausgeschlossen, die den „persönlichen Lebensbereich“ betreffen.

Die Gesetzesänderung wurde treffend dadurch charakterisiert, dass sie den Zeugenschutz „um eine kleine Nuance

<sup>17</sup> Der Streitstand ist wiedergegeben bei *Senge*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 693. Wie zu erwarten, lehnt *Senge* als ehemaliger Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers ab.

<sup>18</sup> *Hilger* (Fn. 4), § 406e Rn. 3 und 9; *Thomas*, StV 1985, 433; *Weigend*, NJW 1987, 1170 (1174).

<sup>19</sup> Hierzu und zum Folgenden *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 65 Rn. 14; *Schünemann*, NSStZ 1986, 193 (199); *Weigend*, NJW 1987, 1170 (1174).

<sup>20</sup> Art. 4 des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl. EG, Nr. L 82, S. 1 v. 22.3.2001.

<sup>21</sup> Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Entwurf des 2. Opferrechtsreformgesetzes v. März 2009, S. 4. Onlineversion unter <http://www.drj.de>.

<sup>22</sup> *Dahs*, NJW 1984, 1921; *Weigend*, NJW 1987, 1170 (1191); jeweils m.w.N.

verbessert“ hat.<sup>23</sup> Beispiele aus der Praxis zeigen, dass die Gesetzesänderung nicht den erhofften Erfolg gebracht hat, zumal der Bundesgerichtshof Fragen, mit denen die Glaubwürdigkeit von Zeugen überprüft werden soll, im Hinblick auf das Gebot der Wahrheitsfindung schon immer großzügig zugelassen hat.<sup>24</sup>

### b) Zeugenaussage in Abwesenheit des Angeklagten

Muss das Opfer in der Hauptverhandlung als Zeuge aussagen, so kann es die persönliche Begegnung mit dem Angeklagten als überaus belastend empfinden. Das Opferschutzgesetz 1986 hat deshalb die Möglichkeit geschaffen, dass ein Opferzeuge – wie auch jeder andere Zeuge – in Abwesenheit des Angeklagten aussagen kann, wenn die dringende Gefahr besteht, dass es anderenfalls zu einem schwerwiegenden Nachteil für dessen Gesundheit kommt (§ 247 S. 2 StPO). Der Angeklagte muss in solchen Fällen zwar über den wesentlichen Inhalt der Zeugenaussage unterrichtet werden, nachdem er in den Sitzungssaal zurückgekehrt ist. Er ist gleichwohl in seiner Verteidigung beschränkt, weil es für ihn keine Möglichkeit gibt, unmittelbare Fragen an den Zeugen zu stellen.

### c) Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung

Dem Opferschutz dient ferner die Einschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, die das Opferschutzgesetz 1986 gebracht hat. Das Gesetz dient nicht allein dem Schutz des Opfers, sondern sämtlicher Verfahrensbeteiligter und Zeugen. Bislang konnte die Öffentlichkeit nur ausgeschlossen werden, wenn Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozessbeteiligten oder Zeugen zur Sprache kamen, deren öffentliche Erörterung „überwiegende schutzwürdige Interessen“ verletzen würde. Aufgrund des Opferschutzgesetzes genügen jetzt „schutzwürdige Interessen“, soweit nicht das Interesse an der öffentlichen Erörterung der privaten Lebensumstände überwiegt (§ 171b GVG). Wichtiger als diese fein gesponnene Neuabwägung der Interessen ist die Bestimmung des Gesetzes, dass der persönliche Lebensbereich des Opfers jetzt auch dann geschützt ist, wenn es nicht als Zeuge oder Nebenkläger an der Hauptverhandlung teilnimmt.

### d) Aufzeichnung von Zeugenaussagen und audiovisuelle Zeugenvernehmung

Der Zeugen- und Opferschutz wurde durch das Zeugenschutzgesetz 1998 weiter ausgebaut. Anlass für das Gesetz waren mehrere Strafverfahren wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern, die zu besonderen psychischen Belastungen der in der Hauptverhandlung vernommenen kindlichen Opferzeugen geführt hatten.<sup>25</sup> Die Bestimmungen des Zeugen-

schutzgesetzes betreffen zwar sämtliche Zeugen, sie kommen aber in erster Linie dem Opfer zugute, da diesem normalerweise die Rolle des Belastungszeugen zufällt.

Aufgrund des Gesetzes können Aussagen von jugendlichen Zeugen – zunächst unter sechzehn, seit dem 2. Opferrechtsreformgesetz 2009 unter achtzehn Jahren – im Vorverfahren auf Bild- und Tonträger aufgenommen und deren erneute Aussage in der Hauptverhandlung unter bestimmten Voraussetzungen durch Abspielen der Aufnahme ersetzt werden (§§ 58a, 255a StPO).<sup>26</sup>

Ist es schon im Vorverfahren zum Schutz des Zeugen notwendig, dessen Konfrontation mit dem Beschuldigten zu vermeiden, so kann sich der Ermittlungsrichter mit dem Zeugen in einen gesonderten Raum begeben und die Vernehmung zeitgleich in Bild und Ton zu den anderen Verfahrensbeteiligten übertragen. Diese können mit Hilfe der Übertragungsanlage Fragen an den Zeugen stellen, entweder direkt oder über den Richter (§ 168e StPO). Die bei der Vernehmung hergestellte Video-Aufnahme kann später in der Hauptverhandlung abgespielt werden.

Sollen während der Hauptverhandlung schwerwiegende Nachteile für das Wohl des Zeugen, insbesondere durch eine Konfrontation mit dem Angeklagten, vermieden werden, so kann dessen Vernehmung so gestaltet werden, dass der Zeuge sich nicht im Sitzungssaal, sondern an einem anderen Ort aufhält und die Vernehmung in Form einer Videokonferenz zeitgleich in den Sitzungssaal übertragen wird (§247a StPO).

### e) Beiordnung eines Rechtsanwalts

Das Zeugenschutzgesetz 1998 sieht des Weiteren vor, dass Zeugen für die Dauer der Vernehmung ein Rechtsanwalt auf Staatskosten beigeordnet werden kann, wenn dies zur Wahrung ihrer schutzwürdigen Interessen notwendig erscheint (§ 68b StPO). Auf Antrag des Zeugen muss ein Zeugenbeistand bestellt werden, wenn die Zeugenvernehmung bestimmte schwere, insbesondere gegen die Sexualsphäre gerichtete Straftaten zum Gegenstand hat.

Das 2. Opferrechtsreformgesetz 2009 hat das Recht auf einen Zeugenbeistand erweitert. Die Beiordnung eines Rechtsanwalts muss jetzt immer erfolgen, wenn dies im Hinblick auf schutzwürdige Interessen des Zeugen erforderlich ist. Ist erst einmal festgestellt, dass ein Zeuge schutzbedürftig ist, so erscheint eine zusätzliche Unterscheidung von Fällen, in denen ein Rechtsanwalt beigeordnet werden kann, und solchen, in denen dies geschehen muss, nicht gerechtfertigt. Andererseits verlangt das 2. Opferrechtsreformgesetz jetzt, dass „besondere Umstände“ vorliegen müssen, aus denen sich die Schutzbedürftigkeit des Zeugen ergibt. Damit soll klargestellt werden, dass die Beiordnung eines Zeugenbeistandes die Ausnahme bleibt.

<sup>23</sup> Böttcher, in: Gössel u.a. (Hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat*, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, S. 25 (S. 37).

<sup>24</sup> BGHSt 13, 252; 21, 334 (360), Böttcher, JR 1987, 133 (139).

<sup>25</sup> Rieß, NJW 1998, 3240; Caesar, NJW 1998, 2313 (2314).

<sup>26</sup> Über den unmittelbaren Gesetzeszweck hinausgehend ermöglicht § 58a StPO auch Video-Aufnahmen bei drohendem Beweisverlust.

### 3. Opferschutz durch veränderte Zuständigkeitsregelung

Für Fälle „besonderer Schutzbedürftigkeit“ des Opfers hat das Opferrechtsreformgesetz 2004 die Möglichkeit eröffnet, dass die Staatsanwaltschaft Anklage nicht beim an sich zuständigen Amtsgericht, sondern beim Landgericht erhebt (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG). Auf diesem Wege soll vermieden werden, dass es nach einem Verfahren vor dem Amtsgericht im Fall einer Berufung zu einer zweiten Tatsacheninstanz vor dem Landgericht kommt, in der das Opfer bei einer erneuten Vernehmung möglicherweise zusätzlichen psychischen Belastungen ausgesetzt ist. Durch diese vor allem im Hinblick auf Opfer von Sexualdelikten geschaffene Reform entfällt allerdings für den Angeklagten die zweite Tatsacheninstanz, in der die gegen ihn vorgebrachten Belastungsbeweise erneut überprüft werden könnten.

### 4. Strafantrag

Eine Reihe von Straftaten wird nur verfolgt, wenn das Opfer einen Strafantrag gestellt hat (§ 77 StGB). Der staatliche Strafanspruch kann bei Antragsdelikten erst dann durchgesetzt werden, wenn das Opfer durch seinen Strafantrag zum Ausdruck bringt, dass der Täter strafrechtlich verfolgt werden soll.

Das Strafantragserfordernis beruht auf verschiedenen Erwägungen. Beim Familiendiebstahl (§ 247 StGB) dient es der Erhaltung des Familienfriedens, bei Beleidigung und Verletzung von Privatgeheimnissen (§§ 194 Abs. 1, 205 StGB) schützt es die Privat- und Intimsphäre des Opfers und bei Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung (§§ 123 Abs. 2, 303c StGB) ist es der Bagatelldeliktcharakter der Taten. Bei manchen Antragsdelikten, z.B. bei der einfachen vorsätzlichen und der fahrlässigen Körperverletzung (§ 230 Abs. 1 StGB), bei Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§ 248a StGB) und bei Sachbeschädigung (§ 303c StGB), kann der fehlende Strafantrag dadurch ersetzt werden, dass die Staatsanwaltschaft das „besondere öffentliche Interesse“ an der Strafverfolgung durch den Staat bejaht.

Am Strafantrag ist vor allem in der Vergangenheit kritisiert worden, dass er eine ungleichmäßige Durchsetzung des Strafrechts ermögliche und vom Opfer als Nötigungsmittel missbraucht werden könne.<sup>27</sup> In neuerer Zeit wird der Strafantrag jedoch allgemein als berechtigt und in seiner Ausgestaltung als praktikabel angesehen. Im Rahmen der Opferschutzreformen der letzten Jahre wurden deshalb keine Änderungen des Strafantragsrechts vorgenommen.

### 5. Privatklage

Das Opfer kann Straftaten, die seinen unmittelbaren Lebensbereich betreffen, aber nicht schwer wiegen, im Wege der Privatklage selbständig verfolgen und zur Anklage bringen (§§ 374 ff. StPO). Mit der Privatklage macht das Opfer nicht eigene Interessen, sondern den Strafanspruch des Staates

geltend. Die Staatsanwaltschaft erhebt wegen dieser Straftaten nur dann Anklage, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint.

In der Praxis ist die Privatklage für das Opfer also ein zweischneidiges Schwert. Das Opfer kann zwar die Verfolgung seiner Rechte selbst in die Hand nehmen, wenn es will, mit Hilfe eines Rechtsanwalts. Dies ist aber mit zeitlichem Aufwand und erheblichen Kosten verbunden, und eine Privatklage hat geringe Erfolgsaussichten. Es wurde deshalb schon vom „Leidensweg des Privatklägers“ gesprochen.<sup>28</sup> In der Rechtswirklichkeit spielt die Privatklage kaum eine Rolle. Die amtliche Justizstatistik belegt, dass es 2006 nur 564 und 2007 nur 528 Privatklageverfahren gab.<sup>29</sup> Nicht zuletzt wegen der geringen Bedeutung in der Praxis wurde mehrfach gefordert, die Privatklage abzuschaffen.<sup>30</sup> Es ist deshalb kaum erstaunlich, dass die Reformgesetze der letzten Zeit entgegen der allgemeinen Tendenz, die Position des Opfers zu stärken, nicht versucht haben, der Privatklage neues Leben einzuhauchen.

### 6. Klageerzwingungsverfahren

Hat die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren eingestellt, weil keine Straftat vorliegt, so hat das Opfer, das damit nicht einverstanden ist und keine Privatklage erheben kann, die Möglichkeit, diese Entscheidung im Wege des Klageerzwingungsverfahrens überprüfen lassen (§§ 172 ff. StPO). Das Opfer kann zunächst Beschwerde beim Generalstaatsanwalt einlegen. Weist dieser die Beschwerde zurück, so kann das Opfer durch einen Rechtsanwalt eine Entscheidung durch das Oberlandesgericht beantragen. Beschließt das Gericht, dass Anklage zu erheben ist, so muss die Staatsanwaltschaft dem Folge leisten.

Das Klageerzwingungsverfahren dient der Absicherung des Legalitätsprinzips, die Durchsetzung der Interessen des Opfers ist nur eine Nebenfolge.<sup>31</sup> Deshalb können Einstellungen, die die Staatsanwaltschaft aufgrund des Opportunitätsprinzips vornimmt, nicht im Wege des Klageerzwingungsverfahrens überprüft werden.

Nachdem für den Bereich der kleinen und zum Teil auch der mittleren Kriminalität im Ergebnis das Opportunitätsprinzip eingeführt wurde und die Staatsanwaltschaft dies zum Anlass nimmt, in großem Stil Verfahren einzustellen, wurde von verschiedenen Seiten gefordert, auch Ermessenseinstellungen auf der Grundlage des Opportunitätsprinzips mit Hilfe des Klageerzwingungsverfahrens überprüfbar zu machen.<sup>32</sup> Gerichte können natürlich nicht ihr Ermessen an

<sup>27</sup> S. Rieß, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1984, C Rn. 93 ff. mit Nachweisen; Schmid, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, Vor § 77 Rn. 1.

<sup>28</sup> Rieß, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1984, C Rn. 23 und 26.

<sup>29</sup> Statistik des Bundesamtes: Strafgerichte 2006 und 2007, Tabelle 2.1.

<sup>30</sup> Hilger (Fn. 4), Vor § 374, Rn. 13 mit Nachweisen.

<sup>31</sup> Graalman-Scheerer, in: Erb u.a. (Fn. 4), Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 172 Rn. 1; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 172 Rn. 1.

<sup>32</sup> Nachweise bei Graalman-Scheerer (Fn. 31), § 172 Rn. 4; siehe auch Rieß, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1984, C Rn. 113; Schünemann, in: Michalke u.a.

die Stelle des staatsanwaltschaftlichen Ermessens setzen, sie sollten aber überprüfen können, ob die Staatsanwaltschaft ihr Ermessen rechtlich fehlerfrei ausgeübt hat. Obwohl viel dafür spricht, die neu gewonnene Einstellungsmacht der Staatsanwaltschaft auf diese Weise einer rechtlichen Kontrolle zu unterwerfen, haben die Reformgesetze der letzten Zeit keine Änderungen gebracht.

Dabei mag eine Rolle gespielt haben, dass es in der Praxis nur selten einmal zu einem Klageerzwingungsverfahren kommt und dass dessen Erfolgsaussichten denkbar gering sind.<sup>33</sup> Die Bedeutung des Klageerzwingungsverfahrens wird deshalb vor allem in dessen präventiver Wirkung zu sehen sein.<sup>34</sup>

### 7. Grundlegende Neugestaltung der Nebenklage

#### a) Änderung und radikale Ausdehnung der Nebenklagebefugnis

Ein Schwerpunkt der Reformgesetzgebung war die Neugestaltung der Nebenklage. Mit einer Nebenklage kann sich das Opfer einer von der Staatsanwaltschaft erhobenen Klage anschließen und wie ein zweiter Staatsanwalt mit eigenen Rechten selbständig am Strafverfahren teilnehmen. Ursprünglich war die Nebenklage vor allem zulässig, wenn die Staatsanwaltschaft die Verfolgung eines Privatklagedelikts übernahm. Das Opferschutzgesetz 1986 löste die Nebenklage aus ihrer engen Verbindung mit der Privatklage. Im Gegensatz zur Privatklage war die Nebenklage jetzt auch bei schweren, gegen höchstpersönliche Rechtsgüter gerichteten Straftaten zulässig, z.B. bei versuchter Tötung, bestimmten Sexualdelikten, vorsätzlicher Körperverletzung, Aussetzung und schweren Delikten gegen die persönliche Freiheit (§ 395 Abs. 1 StPO). Grund für diese Neuausrichtung der Nebenklage war nicht die Berücksichtigung von Rache- und Genugtuungsinteressen des Opfers, sondern vielmehr dessen Schutzbefürfnis. Opfer von Straftaten, die jetzt zur Nebenklage berechtigten, vor allem weibliche Opfer von Sexualdelikten, sollten die Möglichkeit zu einer aktiven Beteiligung an der Hauptverhandlung haben, um sich dort gegen unberechtigte Schuldzuweisungen und andere Angriffe von Seiten des Angeklagten zu wehren.

Trotz dieser grundsätzlichen Neuausrichtung brach das Opferschutzgesetz 1986 nicht völlig mit der Vergangenheit. Es hielt an der Nebenklage fest bei Beleidigungsdelikten, Straftaten gegen den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht, für Opfer, deren Klageerzwingungsantrag erfolgreich war, sowie für nahe Angehörige eines Getöteten.

Im Hinblick auf die neue Tendenz, Nebenklage bei schweren, gegen höchstpersönliche Rechtsgüter gerichteten Delikten zuzulassen, leuchtete es nicht ein, dass die Nebenklage bei einer ganzen Reihe von Straftaten, die ähnlich gravierend in persönliche Rechtsgüter des Opfers eingreifen,

ausgeschlossen blieb. Erste Schritte zur Korrektur dieses Ungleichgewichts wurden durch verschiedene in der Folgezeit ergangene Gesetze unternommen, die den Katalog der nebenklagefähigen Delikte vorsichtig erweiterten, vor allem durch Einfügen des Menschenhandels (§§ 232-233a StGB), der Ausbeutung von Prostituierten und der Zuhälterei (§§ 180a, 181a StGB) sowie des Stalking (§ 238 StGB).

Eine umfassende Reform brachte schließlich das 2. Opferrechtsreformgesetz 2009. Es setzte zwar den eingeschlagenen Weg der punktuellen Reformen fort, indem es die nebenklagefähigen Delikte unter anderem um die Zwangsverheiratung und die Nötigung zu sexuellen Handlungen (§ 240 Abs. 4 StGB) erweiterte. Von größerer Bedeutung ist jedoch, dass das 2. Opferrechtsreformgesetz eine Generalklausel einführt, nach der das Opfer einer jeden „anderen rechtswidrigen Tat“ zur Nebenklage berechtigt ist, wenn dies „aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint“ (§ 395 Abs. 3 StPO).

Damit hat das 2. Opferrechtsreformgesetz die sonst allgemein befolgte rechtspolitische Linie vorsichtiger Änderungen zugunsten einer radikalen Reform aufgegeben. In der Begründung des Regierungsentwurfs zu dem Gesetz wurde zwar hervorgehoben, dass schwere Folgen „insbesondere dann vorliegen, wenn beim Verletzten körperliche oder seelische Schäden mit einem gewissen Grad an Erheblichkeit bereits eingetreten oder zu erwarten sind“.<sup>35</sup> Im Gesetzestext ist diese Einschränkung jedoch nicht zum Ausdruck gekommen. Das Gesetz hat vielmehr nicht nur den erst kurz zuvor hergestellten Bezug zu den höchstpersönlichen Rechtsgütern entscheidend gelockert, sondern zugleich die Tür zu einer unbegrenzten Ausweitung und erneuten Zweckänderung der Nebenklage geöffnet. Haben Opfer von Eigentums- und Vermögensdelikten große finanzielle Verluste erlitten, z.B. die Ersparnisse zur Finanzierung einer Berufsausbildung oder ihrer Alterssicherung verloren, so dürfte für das Gericht angesichts solch schwerer Tatfolgen kaum eine Möglichkeit bestehen, deren Nebenklage zurückzuweisen.

Anwälte von Opfern mit hohem Vermögensschaden mögen ihren Mandanten zur Erhebung einer Nebenklage raten, um die Aufklärung des Sachverhalts im Strafverfahren in ihrem Sinne zu beeinflussen und dadurch die Beweisaufnahme in einem Zivilprozess zu vereinfachen. Ziel der Nebenklage ist dann nicht mehr die Abwehr unberechtigter Schuldzuweisungen durch den Angeklagten, sondern die Durchsetzung finanzieller Interessen. Die Nebenklage wird damit von einem Verteidigungs- zu einem Angriffsmittel umgewertet. Die schon heute in Verfahren wegen Vergewaltigung und Sexualstraftaten oft festzustellende, aggressive und emotional aufgeladene Konfrontation von Opfer und Beschuldigtem dürfte kaum geringer werden, wenn Opfer um verlorenes Vermögen kämpfen, zumal das Opfer und sein Rechtsanwalt

(Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 698; *Dölling*, in: Müller-Dietz u.a. (Fn. 11), S. 77 (S. 85).

<sup>33</sup> *Graalman-Scheerer* (Fn. 31), § 172 Rn. 3.

<sup>34</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 344.

<sup>35</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum 2. Opferrechtsreformgesetz, BT-Drs. 16/12098, S. 49.

im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft nicht zu Objektivität verpflichtet sind.<sup>36</sup>

Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Opfer umfangreicher Betrügereien in großer Zahl Nebenklage erheben, sodass es zu Massenverfahren kommt. Dies würde zu einer durchgreifenden Umgestaltung der Hauptverhandlung führen, in der der Angeklagte einem Heer von Anklägern gegenübersteht. Das Conterganverfahren hat gezeigt, welche Probleme ein Verfahren dieser Art mit sich bringen kann.<sup>37</sup>

#### b) Die Rechte des Nebenklägers in der Hauptverhandlung

Dem Nebenkläger stehen in der Hauptverhandlung die Rechte zu, deren er zur Wahrnehmung seiner Interessen, insbesondere seiner Darstellung des Sachverhalts und der Abwehr von unberechtigten Schuldzuweisungen durch den Angeklagten, bedarf (§ 397 StPO). Hierzu gehören vor allem die folgenden Rechte:

- Anwesenheit in der – auch nicht öffentlichen – Hauptverhandlung
- Beistand eines oder Vertretung durch einen Rechtsanwalt
- Akteneinsicht
- Anspruch auf rechtliches Gehör
- Fragerechte
- Erklärungsrechte
- Beweisantragsrechte

An diesen Rechten wurde durch die Reformgesetze inhaltlich nichts geändert. Es war umstritten, ob der Nebenkläger sein Beweisantragsrecht behalten soll. Die Wissenschaft sprach sich weitgehend dagegen aus, weil es für die Verteidigung gegenüber Schuldzuweisungen durch den Beschuldigten nicht erforderlich sei und zu Verfahrensverzögerungen führen könne.<sup>38</sup> Der Gesetzgeber hat jedoch auf Stimmen der Anwaltschaft und von Opferschutzverbänden gehört und das Beweisantragsrecht beibehalten. Dies erscheint nur konsequent, nachdem die Nebenklage jetzt auch als Angriffsmittel dienen kann.

Auf das Problem, dass die Zeugenaussage des während der gesamten Hauptverhandlung anwesenden Opfers nicht als Aussage eines „unbefangenen“ Zeugen gewertet werden kann, wurde schon hingewiesen. Dieses Problem wird verschärft, wenn das Opfer zugleich als Zeuge und Nebenkläger auftritt. Die Aussage des Opfers muss deshalb trotz der den Zeugen treffenden Wahrheitspflicht zugleich als interessen geleitete Parteierklärung angesehen werden, der bei der Beweiswürdigung mit besonderer Vorsicht zu begegnen ist.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Kritik auch bei *Bung*, StV 2009, 430 (434 ff.); *Schünemann* (Fn. 32), S. 691.

<sup>37</sup> Siehe *Herrmann*, ZStW 85 (1973), 255 (258) mit Nachweisen.

<sup>38</sup> *Weigend* (Fn. 1), S. 512, und *ders.*, NJW 1987, 1170 (1175) jeweils mit Nachweisen; weitere Nachweise bei *Hilger* (Fn. 4), § 397 Rn. 8.

<sup>39</sup> Kritisch auch *Schünemann* (Fn. 32), S. 693.

#### c) Prozesskostenhilfe und Opferanwalt auf Staatskosten

Schon vor Erlass der Reformgesetze konnte der Nebenkläger, der einen Rechtsanwalt beauftragen wollte, Prozesskostenhilfe beantragen. Wird Prozesskostenhilfe gewährt, so muss der Nebenkläger entsprechend seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen keine oder nur einen Teil der Anwaltskosten zahlen.

Das Opferschutzgesetz 1986 hatte diese Regelung im Wesentlichen beibehalten. Das Zeugenschutzgesetz 1998 hat jedoch ergänzend zur Prozesskostenhilfe den Opferanwalt auf Staatskosten eingeführt und die Nebenkläger insoweit in zwei Klassen eingeteilt (§ 397a StPO). Nebenkläger, die Opfer eines Sexualverbrechens, eines versuchten Tötungsdelikts oder eines Menschenhandels sowie Angehörige eines durch eine Straftat Getöteten sind, haben jetzt Anspruch auf Bestellung eines Rechtsanwalts. Ein kostenloser Opferanwalt wird selbst dann bestellt, wenn ein Nebenkläger über ausreichende Mittel zur Bezahlung verfügt. Nebenkläger, die Opfer anderer Straftaten sind, müssen sich weiterhin mit der Prozesskostenhilfe begnügen.

Eine weitere Besserstellung des Opfers brachte das 2. Opferrechtsreformgesetz 2009. Das Gesetz hat den Katalog der Straftaten, die zur Beiordnung eines kostenlosen Rechtsanwalts berechtigen, ganz erheblich erweitert (§ 397a StPO). Anlass hierfür waren Forderungen von Opferschutzverbänden. Deren Empfehlungen führten auch dazu, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenbeihilfe gelockert wurden. Die bislang bestehende Klausel, dass Prozesskostenhilfe nur bei „Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage“ gewährt wird, wurde gestrichen, da es auch in einfach gelagerten Fällen für das Opfer nicht zumutbar sein könne, seine Interessen selbst wahrzunehmen.<sup>40</sup>

Das Recht auf Bestellung eines kostenlosen Anwalts sowie Prozesskostenhilfe steht auch dem Opfer zu, das Nebenklage zwar erheben könnte, dies aber nicht getan hat (§ 406g Abs. 1 StPO). Das nebenklageberechtigte Opfer kann einen entsprechenden Antrag auch schon im Vorverfahren stellen.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die großzügige Gewährung des kostenlosen Opferanwalts und der Prozesskostenhilfe die Gewichte im Strafverfahren – entgegen der wiederholt geäußerten Ansicht des Gesetzgebers – stark zu Lasten des Beschuldigten verschoben hat. Das Opferschutzgesetz 1986 hat zwar vorgesehen, dass der Richter dem Beschuldigten einen Verteidiger bestellen kann, wenn „ersichtlich ist“, dass dieser sich nicht selbst verteidigen kann, weil dem Nebenkläger oder dem Nebenklageberechtigten ein Opferanwalt beigeordnet wurde (§ 140 Abs. 2 S. 1 StPO). Die Bestellung des Verteidigers steht aber im Ermessen des Richters, während die Beiordnung des Opferanwalts erfolgen muss, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Wie mit der Bestellung eines Verteidigers für den Beschuldigten zu verfahren ist, wenn das Opfer einen Rechtsanwalt auf eigene Kosten beauftragt hat, hat der Gesetzgeber völlig offen gelassen. Es wird deshalb Aufgabe der Gerichte sein, die aus den Fugen geratene Verfahrensbalance wieder herzustellen.

<sup>40</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum 2. Opferrechtsreformgesetz, BT-Drs. 16/12098, S. 54.

## 8. Schadenswiedergutmachung

Ein zentrales Thema der Reformbewegung war die Verbesserung des Schadensausgleichs zwischen Täter und Opfer. Der Gesetzgeber hat nicht nur Änderungen am schon bestehenden Adhäsionsverfahren vorgenommen, sondern verschiedene neue, teils prozessuale, teils materiell-rechtliche Einrichtungen geschaffen, sodass dem Opfer heute zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung stehen, seine zivilrechtlichen Ansprüche im Rahmen des Strafverfahrens durchzusetzen. Hier sollen nur die wichtigsten dieser Möglichkeiten genannt werden.

### a) Adhäsionsverfahren

Im Adhäsionsverfahren kann das Opfer Schadensersatzansprüche, die ihm aus einer Straftat erwachsen sind und für die an sich ein Zivilgericht zuständig wäre, im Rahmen des Strafverfahrens verfolgen. Das Adhäsionsverfahren hat für das Opfer mehrere Vorteile. Anstelle einer Klageschrift genügt ein einfacher Antrag. Auch im Verfahren vor dem Landgericht besteht kein Anwaltszwang. Da im Strafprozess der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, muss das Opfer dem Gericht, anders als im Zivilprozess, nicht die Tatsachen unterbreiten und Beweismittel benennen, die seinen Antrag stützen.

Das Adhäsionsverfahren soll der Verfahrensvereinfachung dienen, weil es eine Würdigung desselben Sachverhaltes durch zwei voneinander unabhängige Gerichte überflüssig macht. Gleichwohl spielte das Adhäsionsverfahren seit seiner Einführung im Jahr 1943 im Prozessalltag kaum eine Rolle.<sup>41</sup> Die Strafgerichte scheuten offensichtlich die mit diesem Verfahren verbundene Mehrarbeit und machten deshalb regelmäßig Gebrauch von der Gesetzesbestimmung, nach der sie von einer Entscheidung absehen können, wenn sich der Antrag auf Schadensersatz zur Erledigung im Strafverfahren „nicht eignet“, insbesondere wenn sich das Verfahren dadurch verzögern würde (§ 405 S. 2 StPO a.F.). Zudem war das Adhäsionsverfahren für die Rechtsanwälte aus gebührenrechtlichen Gründen uninteressant.

Die Reformgesetze haben versucht, das Adhäsionsverfahren praktikabler und für das Opfer attraktiver zu machen. Zunächst brachte das Opferschutzgesetz 1986 einige vorsichtige Verbesserungen. Es bestimmte, dass vor dem Amtsgericht, wo die meisten Strafverfahren stattfinden, Schadensersatzansprüche auch dann geltend gemacht werden können, wenn die für amtsgerichtliche Zivilprozesse bestehende Streitwertgrenze von 5.000 € überschritten wird (§ 403 Abs. 1 StPO). Das Gesetz ließ ferner im Adhäsionsverfahren Grund und Teilurteile zu. Bei Grundurteilen entscheidet das Strafgericht nur über die Begründetheit des Schadensersatzanspruchs, während die Festlegung der Schadenshöhe in einem späteren Zivilprozess erfolgt (§ 406 Abs. 1 S. 2 StPO). Schließlich sah das Opferschutzgesetz vor, dass dem Opfer –

und aus Gründen der Gleichbehandlung auch dem Beschuldigten – für das Adhäsionsverfahren Prozesskostenhilfe gewährt werden kann (§ 404 Abs. 5 StPO).

Da die Reformen des Opferschutzgesetzes 1986 nicht zu einem häufigeren Gebrauch des Adhäsionsverfahrens führten, wurde mit dem Operrechtsreformgesetz 2004 erneut versucht, dem Adhäsionsverfahren mehr Leben einzuhauchen.<sup>42</sup> Das Opfer musste jetzt „in der Regel und so früh wie möglich“ darauf hingewiesen werden, dass es ein Adhäsionsverfahren anstrengen kann (§ 406h Abs. 2 StPO). Anders als in der Vergangenheit ist nun im Adhäsionsverfahren ein – vollstreckbarer – gerichtlicher Vergleich zulässig (§ 405 Abs. 1 StPO). Die Möglichkeit des Gerichts, von einer Entscheidung abzusehen, wurde eingeschränkt. Dies durfte jetzt nur noch geschehen, wenn sich der Antrag des Opfers „unter besonderer Berücksichtigung der berechtigten Belange“ des Opfers zur Erledigung im Strafverfahren nicht eignet, insbesondere wenn dessen Prüfung das Verfahren „erheblich“ verzögern würde (§ 406 Abs.1 S. 3 und 4 StPO).

Im Schrifttum meldeten sich alsbald skeptische Stimmen, die insbesondere darauf hinwiesen, dass das Adhäsionsverfahren kaum an Bedeutung gewinnen dürfte, solange es nicht von der Praxis akzeptiert wird.<sup>43</sup> Die angemeldeten Bedenken wurden durch die Praxis bestätigt. In den Jahren 2007 und 2008 erging lediglich in etwa fünftausend amtsgerichtlichen Verfahren ein Urteil im Adhäsionsverfahren, bei den landgerichtlichen Verfahren waren es 450 bzw. 600.<sup>44</sup> An der ablehnenden Haltung der Gerichte dürfte sich nur dann etwas ändern, wenn sie, ähnlich wie der französische Richter im Falle einer „Action civile“, grundsätzlich verpflichtet werden, auf Antrag des Opfers über dessen Ersatzansprüche im Adhäsionsverfahren zu entscheiden.<sup>45</sup> Es passt jedoch in das Bild der durch kleine und zaghafte Schritte bestimmten Reformgesetzgebung, dass das 2. Opferrechtsreformgesetz 2009 nicht zum Anlass genommen wurde, das Problem an der Wurzel zu packen.

### b) Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung

Auch im Rahmen des Sanktionsrechts haben die Interessen des Opfers größere Bedeutung erlangt. Bei der Strafzumessung wurde bislang schon zu Gunsten des Täters berücksichtigt, wenn er den Schaden ganz oder zum Teil wieder gutgemacht hat. Das Opferschutzgesetz 1986 hat an die bestehende Praxis angeknüpft, indem es neben dem Bemühen, den Schaden wieder gutzumachen, „das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen“ als weiteren Strafzumessungsgrundsatz hinzufügte (§ 46 Abs. 2 StGB). Auf diese Weise sollten auch andere als materielle Ausgleichsleistungen bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden.

<sup>42</sup> S. hierzu *Meier/Dürre*, JZ 2006, 18.

<sup>43</sup> *Hilger*, GA 2004, 478 (485); *Dallmeyer*, JuS 2005, 327 (330).

<sup>44</sup> Statistisches Bundesamt, Strafgerichte 2007 und 2008, Tab. 2.1, 4.1; s. auch *Spiess* (Fn. 41), S. 152.

<sup>45</sup> Zur Action civile s. *Spiess* (Fn. 41), S. 246 ff.; *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, 2006, S. 111 ff.

<sup>41</sup> *Rieß*, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1984, C Rn. 43; *Meier/Dürre*, JZ 2006, 18 (19); *Spiess*, Das Adhäsionsverfahren in der Rechtswirklichkeit, 2008, S. 108 ff.

Das Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 ist einen entscheidenden Schritt weiter gegangen, denn es hat einerseits den Täter-Opfer-Ausgleich und andererseits besondere Formen der Schadenswiedergutmachung als Grund für eine zusätzliche Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe vorgesehen (§ 46a StGB).<sup>46</sup> Nachdem die Praxis vor allem im Jugendstrafrecht schon mit dem Täter-Opfer-Ausgleich experimentiert hatte, wurde jetzt eine gesetzliche Grundlage hierfür geschaffen.

Voraussetzung für den Täter-Opfer-Ausgleich ist ein kommunikativer Prozess zwischen Täter und Opfer, möglichst unter Anleitung eines Dritten. In dem Prozess soll der Täter zeigen, dass er zu seiner Verantwortung steht und Wiedergutmachung zumindest ernsthaft erstrebt.

Für den besonderen Strafmilderungsgrund der Wiedergutmachung genügt nicht allein die Bezahlung von Schadensersatz. Es wird vom Täter vielmehr verlangt, dass er als Ausdruck seines Verantwortungsbewusstseins eine zusätzliche „persönliche Leistung“ erbringt oder Einschränkungen in Form von „persönlichem Verzicht“ auf sich nimmt.

Durch den Täter-Opfer-Ausgleich treten im unteren und mittleren Kriminalitätsbereich die Verständigung mit dem Opfer sowie die Schadenswiedergutmachung neben die herkömmlich anerkannten Strafzwecke des Schuldausgleichs und der Abschreckung. Das ist nur möglich, wenn vom Täter nicht nur der ohnehin geschuldete Ersatz des von ihm verursachten materiellen Schadens, sondern als zusätzliches pönales Element ein Ausgleich für den „ideellen Verbrechenschaden“ gefordert wird.<sup>47</sup>

In der Praxis sind dem Täter-Opfer-Ausgleichs-Verfahren enge Grenzen gesetzt, denn es fehlt an den mit sozialpädagogisch ausgebildeten Vermittlern besetzten Einrichtungen.<sup>48</sup> Zudem kann es zu dem geforderten kommunikativen Prozess von Täter und Opfer nur kommen, wenn beide hierfür abgeschlossen sind. Die Erfahrung zeigt, dass dies durchaus nicht immer der Fall ist.

Das Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs usw. 1999 hat versucht, den bislang nur verhältnismäßig selten praktizierten Täter-Opfer-Ausgleich stärker ins Bewusstsein der Strafjustiz zu heben und dem Ausgleichsverfahren durch eine prozessuale Verankerung einen breiteren Anwendungsbereich zu verschaffen.<sup>49</sup> Durch das Gesetz werden Staatsanwaltschaft und Gericht ausdrücklich verpflichtet, in jedem Stadium des Verfahrens zu prüfen, ob ein Täter-Opfer-Ausgleich in Frage kommt, und in geeigneten Fällen auf einen solchen Ausgleich hinzuwirken (§ 155a StPO). Staatsanwaltschaft und Gericht können ein Verfahren vorläufig einstellen, um einen Täter-Opfer-Ausgleich oder eine Schadenswiedergutmachung herbeizuführen (§ 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StPO). Das Ausgleichsverfahren kann einer privaten Stelle übertragen werden, der zu diesem Zweck auch personenbezogene Daten übermittelt

werden dürfen (§ 155b StPO). Ob der Täter-Opfer-Ausgleich aufgrund dieses erneuten Anlaufs durch den Gesetzgeber von der Praxis in größerem Umfang akzeptiert worden ist, erscheint allerdings zweifelhaft.<sup>50</sup>

#### *c) Berücksichtigung der Schadenswiedergutmachung bei Festsetzung der Geldstrafe und Strafaussetzung zur Bewährung*

Durch die Reformgesetze wurde auch festgelegt, welche Rolle die Schadenswiedergutmachung bei der Festsetzung der Geldstrafe und im Rahmen der Bewährungsauflagen spielen soll.

Das 2. Justizmodernisierungsgesetz 2006 bestimmt, dass bei Verhängung der Geldstrafe Zahlungserleichterungen, insbesondere Ratenzahlungen, auch dann gewährt werden sollen, wenn ohne eine solche Bewilligung die Schadenswiedergutmachung durch den Täter erheblich gefährdet wäre (§ 42 S. 3 StGB).<sup>51</sup> Der Entschädigung des Opfers wird damit der Vorrang vor der Bezahlung der Geldstrafe eingeräumt.

Das Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 sieht vor, dass die Schadenswiedergutmachung bei der Strafaussetzung zur Bewährung in doppelter Hinsicht zu berücksichtigen ist.<sup>52</sup> Einerseits legt das Gesetz fest, dass das Bemühen des Täters um Schadenswiedergutmachung bei der Entscheidung zu beachten ist, ob überhaupt eine Strafaussetzung in Betracht kommt (§ 56 Abs. 2 S. 2 StGB). Dies war allerdings schon zuvor gängige Praxis der Gerichte; der Bestimmung kommt deshalb nur eine deklaratorische Bedeutung zu.<sup>53</sup> Andererseits bestimmt das Gesetz, dass bei der Festsetzung von Bewährungsauflagen die Schadenswiedergutmachung den anderen Auflagen vorgeht (§ 56b Abs. 2 StGB). In der Praxis haben Opferanwälte diese Bestimmung zum Anlass genommen, entsprechende Anträge zu stellen, um auf einfache Weise Schadensersatzleistungen an das Opfer zu sichern.

#### *d) Zurückgewinnungshilfe*

Im Wege der Zurückgewinnungshilfe können die Strafverfolgungsorgane die durch eine Straftat erlangten Vermögenswerte oder deren Surrogate im Interesse des Opfers durch Beschlagnahme sicherstellen (§ 111b Abs. 5 StPO i.V.m. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB). Dies kann schon im Vorverfahren und ohne einen Antrag des Opfers geschehen. Das Opfer hat sodann die Möglichkeit, auf die beschlagnahmten Gegenstände zuzugreifen.

Das Verfahren der Zurückgewinnungshilfe ist in komplizierten und unübersichtlichen gesetzlichen Bestimmungen geregelt, sodass in der Praxis selten davon Gebrauch gemacht wird.<sup>54</sup> Das Verfahren dürfte ohnehin nur bei Straftaten mit hohem Vermögensschaden in Frage kommen. Obwohl Vereinfachungen der gesetzlichen Bestimmungen gefordert wur-

<sup>46</sup> BGBl. I S. 3186.

<sup>47</sup> Alternativentwurf Wiedergutmachung, 1992, S. 38.

<sup>48</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 46a Rn. 1; König/Seitz, NStZ 1995, 1 (2).

<sup>49</sup> BGBl. I S. 2491.

<sup>50</sup> Beulke, in: Erb u.a. (Fn. 4), Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 155a Rn. 2 mit Nachweisen.

<sup>51</sup> BGBl. I S. 3416.

<sup>52</sup> BGBl. I S. 3186.

<sup>53</sup> König/Seitz, NStZ 1995, 1 (2).

<sup>54</sup> Rieß, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1984, C Rn. 52.

den, hat das 2006 ergangene Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten nur eine Erweiterung der Zugriffsmöglichkeiten des Opfers auf die beschlagnahmten Vermögenswerte sowie eine weitere Perfektionierung gebracht.<sup>55</sup>

### III. Schlussbemerkung – Ein kurzer Blick in die Zukunft

Der Reformprozess der letzten 25 Jahre hat gezeigt, dass die Aufwertung des Opfers zu einem „kriminalpolitischen Dauerzustand“ geworden ist.<sup>56</sup> Die Entwicklung ist bis in die jüngste Zeit so dynamisch verlaufen, dass ein Ende nicht abzusehen ist.

Immerhin hat eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts den Gesetzgeber schon zu weiterem Tätigwerden aufgefordert.<sup>57</sup> In dem Fall ging es um die Frage, ob ein Opfer, das entgegen der gesetzlichen Vorgabe nicht auf sein Recht zur Nebenklage hingewiesen worden ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen kann. Das Bundesverfassungsgericht lehnte dies zwar im Einklang mit der herrschenden Meinung ab. Es stellte jedoch in einem obiter dictum fest, dass der Opferrechtsschutz „umfassender umgesetzt worden wäre, wenn ein Verstoß gegen die Hinweispflicht [...] durch eine Wiedereinsetzungsregelung flankiert worden wäre“. Dieses Versäumnis bezeichnete das Bundesverfassungsgericht als „rechtspolitisch bedauerlich“, eine Bewertung, die dem Gericht an sich nicht zustand, denn das Gericht hat sich zu verfassungsrechtlichen, nicht aber zu rechtspolitischen Fragen zu äußern.

In jüngster Zeit wurde auch von Seiten der Wissenschaft, nicht zuletzt im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Gebote des fairen Verfahrens und des rechtlichen Gehörs, ein weiterer Ausbau der Opferrechte angemahnt.<sup>58</sup> Dem Opfer sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, in der Hauptverhandlung darzulegen, wie die abzuurteilende Straftat sein Leben beeinflusst hat und welche Folgen sich aus seiner Sicht daraus für die Strafzumessung ergeben. Zumindest nebenklageberechtigte Opfer sollten das Recht haben, eine ergänzende Anklageschrift bei Gericht einzureichen. Ferner sollten Opfer vor Entscheidungen über die Untersuchungshaft gehört werden.

Von verschiedenen Seiten wurde gefordert, Einstellungen aus Opportunitätsabwägungen und verfahrensbeendende Absprachen von der Zustimmung des Nebenklägers abhängig zu machen.<sup>59</sup> Die Möglichkeiten des Opfers, Rechtsmittel einzulegen, sollten erweitert werden. Verfassungsrechtlich geboten soll schließlich eine Pflicht der Strafverfolgungsbehörden sein, auf Anzeige eines – mutmaßlichen – Opfers zunächst

eine Vorprüfung und bei Verdichtung des Anfangsverdachts ein Ermittlungsverfahren durchzuführen.<sup>60</sup>

Angesichts solcher Forderungen wird der Ausbau des Opferschutzes wohl weiterhin Konjunktur haben. Wenn man berücksichtigt, dass die Opfer schon heute von zahlreichen ihrer Mitwirkungsrechte nur wenig Gebrauch machen, dann sollte allerdings ernsthafter als bislang geprüft werden, inwieweit weitere Reformen geeignet sind, die Praxis des Strafverfahrens tatsächlich zu beeinflussen. Es sollte ausgeschlossen werden, dass neue Reformgesetze, nicht anders als viele der bereits ergangenen, weitgehend nur symbolische Wirkung haben.

Unabhängig davon sollte man nicht übersehen, dass der Beschuldigte bei der beabsichtigten Fortsetzung der Reform weiterhin auf dem besten Wege sein wird, die ehemalige Rolle des Opfers zu übernehmen und zur „vergessenen Figur“ im Strafverfahren zu werden.

---

<sup>55</sup> BGBl. I S. 2350.

<sup>56</sup> *Bung*, StV 2009, 430 (433).

<sup>57</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 9.10.2007 – 2 BvR 167/07. S. dazu *Wenske*, NStZ 2008, 434.

<sup>58</sup> Hierzu und zum Folgenden *Walther*, GA 2007, 615 und JR 2008, 405.

<sup>59</sup> Gesetzentwurf des Saarlandes v. 4.3.2009, BR-Drs. 65/3/09; *Böttcher*, in: Jung u.a. (Fn. 17), S. 87. S. auch *Barton*, JA 2009, 753 (757).

---

<sup>60</sup> *Walther*, in: Müller-Dietz u.a. (Fn. 11), S. 1045.

# Die Wahrunterstellung im Strafprozess – Gedanken nach 30 Jahren

Von PräsLG Dr. **Herbert Veh**, Augsburg\*

Im Mai 1980, also vor fast 30 Jahren, erschien die Habilitationsschrift des Jubilars zur Wahrunterstellung im Strafprozess.<sup>1</sup> Tenckhoff sprach von einem Institut, dessen große Beliebtheit in der Praxis der Untergerichte in offenem Gegensatz zu dem diesem Rechtsinstitut überwiegend skeptisch gegenüberstehenden Schrifttum stehe.<sup>2</sup> Die Judikatur der Obergerichte sei vielfach in sich widersprüchlich.<sup>3</sup> Tenckhoff nahm sich zum Ziel, feste rechtsstaatliche Konturen herauszuarbeiten und dazu den Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung in den Gesamtzusammenhang der richterlichen Wahrheitsermittlung zu stellen und festzustellen, inwieweit Prozessmaximen wie Aufklärungspflicht und Konzentrationsprinzip, freie Beweiswürdigung und „in dubio pro reo“ seine Ausgestaltung bestimmen. Von einem solchen sicheren Ausgangspunkt sollten Einzelprobleme mit einem höheren Anspruch auf allgemeine Billigung geklärt werden.<sup>4</sup> Hat sich Tenckhoffs Erwartung erfüllt? Dazu einige Gedanken!

## I. Praxis der Untergerichte

Die Beliebtheit der Wahrunterstellung im Strafprozess wird die letzten Jahrzehnte hindurch beständig betont.<sup>5</sup> Auch die Begründungen sind geblieben. Die Nachweise bei Tenckhoff zum „geplagten Tatrichter“, der aus prozessökonomischen Erwägungen nutzlose Beweiserhebungen vermeiden möchte,<sup>6</sup> lassen sich unschwer fortschreiben.<sup>7</sup>

## II. Kritische Würdigung der untergerichtlichen Rechtsprechung

Auch die Kritik an der Rechtsprechungspraxis der Untergerichte ist keineswegs verstummt oder leiser geworden. Der Befund, die Praxis sei verwildert, findet sich 1929<sup>8</sup> ebenso

wie – sinngemäß – 2008.<sup>9</sup> Diagnostiziert wird eine ausufernde, über den legalen Anwendungsbereich hinausgehende Handhabung.<sup>10</sup> Auch die Sorge der Verteidigung, in richterlicher Wahrunterstellung sei das „Alarmzeichen“ zu sehen, dass der Richter einen Weg gefunden habe, den Angeklagten trotz Wahrunterstellung zu verurteilen,<sup>11</sup> wird nach wie vor artikuliert.<sup>12</sup>

## III. Entwicklungen?

Hat sich also nichts verändert?

### 1. Ausgangspunkt 1: Funktion und Anwendungsbereich der Wahrunterstellung

Tenckhoff sieht die Wahrunterstellung als eine Vorwegnahme des Grundsatzes „in dubio pro reo“,<sup>13</sup> eine Position, die sich als herrschende Lehre im Schrifttum<sup>14</sup> durchgesetzt hat und auch in der Rechtsprechung<sup>15</sup> zugrunde gelegt wird. Allerdings könnte die Hoffnung,<sup>16</sup> mit einer solchen Ausgangsposition seien Einzelprobleme bereits mit einem höheren Anspruch auf allgemeine Billigung geklärt, jedenfalls insoweit trügen, als es um die Anwendung der Wahrunterstellung auf Indiztatsachen, und damit um eine für den praktischen Anwendungsbereich zentrale Frage geht. Denn insoweit herrscht gerade Uneinigkeit über die Konsequenzen. Zum Teil wird aus der gebilligten Grundthese gefolgert, damit sei die Wahrunterstellung auf Indiztatsachen nicht anwendbar, weil „in dubio pro reo“ insoweit keine isolierte Anwendung finde<sup>17</sup>,

\* Der Autor ist Präsident des Landgerichts Augsburg.

<sup>1</sup> Tenckhoff, Die Wahrunterstellung im Strafprozess, 1980; dem Verf. dieses Beitrags, seinerzeit Rechtsreferendar, dankt Tenckhoff im Vorwort für die Hilfe bei Durchsicht des Manuskripts und der Korrekturabzüge.

<sup>2</sup> Tenckhoff (Fn. 1), S. 21.

<sup>3</sup> Tenckhoff (Fn. 1), S. 22.

<sup>4</sup> Tenckhoff (Fn. 1), S. 23.

<sup>5</sup> Vgl. beispielhaft Bringewat, MDR 1986, 353; Bauer, MDR 1994, 953 (954); Schweckendieck, NSTZ 1997, 257; Becker, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6, 26. Aufl. 2009, § 244 Rn. 288; Fischer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 244 Rn. 183.

<sup>6</sup> Tenckhoff (Fn. 1), S. 22.

<sup>7</sup> Zum „geplagten Tatrichter“ vgl. Bauer, MDR 1994, 953 (954); zur Prozessökonomie vgl. Bringewat, MDR 1986, 353 (358); Fischer (Fn. 5), § 244 Rn. 183; speziell zur Vermeidung von Begründungsaufwand bei der Ablehnung eines Beweisantrags mit Hilfe des Instruments der Wahrunterstellung Schweckendieck, NSTZ 1997, 257.

<sup>8</sup> Alsberg, JW 1929, 977.

<sup>9</sup> Fischer ([Fn. 5], § 244 Rn. 183) zufolge „verstricken sich die Tatgerichte oft in ein Gestrüpp von Wahrunterstellungen mit nicht hinreichend überblickten Schlussfolgerungen.“

<sup>10</sup> Becker (Fn. 5), § 244 Rn. 288; Fischer (Fn. 5), § 244 Rn. 183.

<sup>11</sup> So der von Tenckhoff (Fn. 1), S. 22 zitierte Sarstedt, DAR 1964, 307 (312).

<sup>12</sup> Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, Rn. 656, zitiert unverändert den Aufsatz von Sarstedt, DAR 1964, 307 (312), auch wenn er der Wahrunterstellung durchaus auch positive Seiten abgewinnt, vgl. Rn. 657; vgl. auch Becker (Fn. 5), § 244 Rn. 288 („kein Vorteil für den Angeklagten“); Schweckendieck, NSTZ 1997, 257 bestätigt solche Befürchtungen, indem er die Wahrunterstellung als Lieblingskind des Tatrichters bezeichnet, die die eigentlich gebotene, aber begründungsbedürftige Ablehnung wegen Bedeutungslosigkeit begründungslos ersetzt.

<sup>13</sup> Tenckhoff (Fn. 1), S. 149.

<sup>14</sup> Vgl. nur Fischer (Fn. 5), § 244 Rn. 184; Niemöller, in: Michalke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 537 (S. 547); Herdegen, NSTZ 1984, 377 (340); ebenso – bei allerdings eingeschränktem Anwendungsbereich der Wahrunterstellung – Becker (Fn. 5), § 244 Rn. 289.

<sup>15</sup> Vgl. BGH bei Holtz, MDR 1981, 456.

<sup>16</sup> Hierzu Tenckhoff (Fn. 1), S. 23.

<sup>17</sup> Becker (Fn. 5), § 244 Rn. 296.

zum Teil wird – gerade im Bemühen, dieses Ergebnis zu vermeiden – der Ausgangsposition widersprochen und die Wahrunterstellung zum reinen Instrument der Prozessökonomie erklärt.<sup>18</sup> Dritte dagegen folgen der genannten Grundthese und bejahen – wie *Tenckhoff*<sup>19</sup> – zugleich die Anwendbarkeit der Wahrunterstellung auf Indiztatsachen.<sup>20</sup>

Versucht man, diesen Befund aus der Perspektive der Intentionen der Arbeit *Tenckhoffs* zu bewerten, so ergeben sich gemischte Gefühle. Zum einen: Die Arbeit hat Früchte getragen, weil sowohl die Grundannahme, Wahrunterstellung sei vorweggenommenes „in dubio pro reo“ wie die Ansicht, die Wahrunterstellung sei auf Indiztatsachen anwendbar, wie dargelegt, sich als herrschende Meinung darstellen und der Beitrag *Tenckhoffs* hierzu unbestreitbar ist.<sup>21</sup> Zum anderen: Die Grundlage dieses weitgehenden Konsenses ist eher fragil. Jedenfalls die Rechtsprechung zur Geltung der Wahrunterstellung auch für Indiztatsachen muss sich in der Tat fragen lassen, wie sich diese Ansicht mit der in der Rechtsprechung nicht selten artikulierten<sup>22</sup> Auffassung verträgt, der Grundsatz „in dubio pro reo“ finde auf entlastende Indiz- oder Hilfstatsachen keine Anwendung. Wenn *Becker* – ausdrücklich im Anschluss an *Grünwald*<sup>23</sup> – deshalb die Anwendung der Wahrunterstellung auf Indiztatsachen ablehnt,<sup>24</sup> zeigt dies, dass die bereits von *Tenckhoff* – gerade auch in Auseinandersetzung mit *Grünwald*<sup>25</sup> – aufgeworfenen Grundsatzfragen der richterlichen Überzeugungsbildung, speziell des Indizienbeweises und der Bedeutung von „in dubio pro reo“ in diesem Kontext nichts von ihrer Bedeutung verloren haben.

## 2. Ausgangspunkt 2: Indizienbeweis und „in dubio pro reo“

Es ist hier nicht die Zeit und der Ort für eine umfassende Analyse. Einige Anmerkungen zu den von *Becker* vorgetragenen Überlegungen mögen die Grundausrichtung der Diskussion und die aus hiesiger Sicht durchschlagenden Argumente skizzieren.

Soweit die Rechtsprechung davon spricht, „in dubio pro reo“ finde auf entlastende Indiztatsachen keine Anwendung,<sup>26</sup> handelt es sich um eine verkürzte Aussage. Der Sache nach

geht es darum, den Grundsatz nicht *isoliert* auf das einzelne Indiz anzuwenden, sondern eine Gesamtwürdigung sämtlicher Indizien vorzunehmen.<sup>27</sup> Das kommt in einzelnen Entscheidungen dadurch zum Ausdruck, dass eine solche Gesamtwürdigung vorgenommen und deshalb die Beweiswürdigung gerügt wird,<sup>28</sup> in anderen Entscheidungen dagegen klar und deutlich die grundsätzliche Anwendbarkeit des Zweifelsatzes auf Indiztatsachen aufgrund einer Gesamtwürdigung bejaht, die isolierte Anwendung dagegen beanstandet wird.<sup>29</sup> Beide Aussagen („keine Anwendung“, „keine isolierte Anwendung“) sind in der Tat nicht gleichzusetzen.<sup>30</sup> Aus der zweiten Aussage folgt die erste Aussage, namentlich auch das Verbot der Anwendung der Wahrunterstellung gerade nicht.

Zur Illustration ein Beispiel: Dem Angeklagten A wird ein Banküberfall in Augsburg-Hochzoll vorgeworfen, Betreten der Bank 12.15 Uhr. Für die Täterschaft sprechen gewisse Zeugenaussagen zum PKW des Täters, zu seiner Vorgehens- und Sprechweise und zu früheren – schwer zu begründenden – Aufhalten des A in der Bank, die im Nachhinein als Ausspionieren der Örtlichkeit verstanden werden könnten. A bietet Zeugenbeweis an, er sei um 11.45 Uhr noch in München-Pasing gewesen. Das Gericht kommt nach Beweisaufnahme zu der Überzeugung, dass die Wegstrecke zwischen München-Pasing und Augsburg-Hochzoll am fraglichen Tag zur fraglichen Zeit nicht in einer halben Stunde, wohl aber in 45 Minuten bewältigt werden konnte, dass der Zeuge grundsätzlich nicht unglaubwürdig, die Zeitangabe aber unsicher und der belegte Aufenthalt in München-Pasing deshalb zwischen 11.15 und 12.00 Uhr liege. Es wäre falsch, den Grundsatz „in dubio pro reo“ isoliert auf den Aufenthalt in Pasing anzuwenden. Vielmehr gilt: Ist das Gericht aufgrund der übrigen Indizien auch unter Berücksichtigung der Zeugenaussage überzeugt, A sei zum Tatzeitpunkt als „Bankräuber“ in Augsburg gewesen, so ist die unter Beweis gestellte Tatsache des Aufenthalts in München-Pasing um 11.45 Uhr widerlegt, auch wenn sie – bei isolierter Sichtweise – nicht ausgeschlossen ist. Es gilt aber auch: Kommt das Gericht zu der Auffassung, der Aufenthalt in München-Pasing um 11.45 Uhr sei auch unter Berücksichtigung der für die Täterschaft sprechenden Indizien nicht widerlegt, so führt gerade der Zweifel über dieses entlastende Indiz zum Freispruch.<sup>31</sup>

<sup>18</sup> *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisanspruch im Strafprozess, 5. Aufl. 1983, S. 664; *Bringewat*, MDR 1986, 353 (354); *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 241, 243.

<sup>19</sup> *Tenckhoff* (Fn. 1), S. 148 f.

<sup>20</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 5), § 244 Rn. 184 f.; *Niemöller* (Fn. 14), S. 547 f.; *Herdegen*, NStZ 1984, 337 (341 f.).

<sup>21</sup> Besonders deutlich *Niemöller* (Fn. 14), S. 547, der konstatiert, Objekt einer Wahrunterstellung könnten sowohl Haupt- als auch Indiz- und Hilfstatsachen sein, was seit *Tenckhoff* wohl nicht mehr bestritten werde.

<sup>22</sup> Vgl. jüngst BGH NStZ-RR 2009, 90 (91), weitere Nachw. bei *Becker* (Fn. 5), § 244 Rn. 296 Fn. 1553.

<sup>23</sup> *Grünwald*, in: Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970, 1970, S. 53 (S. 96).

<sup>24</sup> Vgl. Fn. 17.

<sup>25</sup> Vgl. *Tenckhoff* (Fn. 1), S. 148 ff., 168 f.

<sup>26</sup> Vgl. Fn. 22.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu *Schoreit*, in: Hannich (Fn. 5), § 261 Rn. 65; *Herdegen*, NStZ 1984, 337 (341 f.); insoweit wohl missverständlich BGH NStZ 1995, 539 (540); kritisch hierzu *Foth*, NStZ 1996, 423.

<sup>28</sup> Exemplarisch BGH NStZ-RR 209, 90 (91); vgl. auch *Dietmeier*, ZIS 2008, 103.

<sup>29</sup> Vgl. die umfangreichen Nachw. bei *Schoreit* (Fn. 27). Rn. 65; besonders instruktiv BGH NStZ 1983, 422; zuletzt BGH bei *Becker*, NStZ 2007, 290.

<sup>30</sup> So aber wohl *Foth*, NStZ 1996, 423, der beide Aussagen schlicht hintereinander schaltet.

<sup>31</sup> Vgl. zu solchen Konstellationen – allgemein – auch *Tenckhoff* (Fn. 1), S. 146 ff.; *Schoreit* (Fn. 27), § 261 Rn. 65; *Herdegen*, NStZ 1984, 337 (341 f.).

Was ergibt sich daraus für die Wahrunterstellung? In obigem Beispielfall könnte das Gericht den entsprechenden Beweisantrag auf Vernehmung des benannten Zeugen zum Beweis dafür, dass sich der Angeklagte am Tattag um 11.45 in München-Pasing aufgehalten hat, dann zurückweisen, wenn es diese Tatsache für bedeutungslos erachtete (§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 2 StPO), etwa weil es die Strecke München-Pasing nach Augsburg-Hochzoll für in einer halben Stunde zurücklegbar erachtet und deshalb zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Beweisantrag den intendierten entlastenden Schluss von der Indiztatsache auf die unmittelbar entscheidende Tatsache (Banküberfall um 12.15 Uhr) nicht ziehen will. Ist die unter Beweis gestellte Tatsache dagegen nicht bedeutungslos, also erheblich<sup>32</sup> und erscheint sie dem Gericht nicht widerlegbar,<sup>33</sup> so ist kein Grund ersichtlich, weshalb das Gericht dieser Bewertung nicht dadurch Rechnung tragen dürfte, dass es den angebotenen Beweis nicht erhebt, sondern als wahr unterstellt. Das Gericht trägt damit nur dem Umstand Rechnung, dass eine Beweiserhebung überflüssig ist, wenn die Beweistatsache so behandelt werden kann, als wäre sie wahr.<sup>34</sup> Noch deutlicher: Weshalb sollte ein Beweis erhoben werden, wenn die behauptete Tatsache als nicht widerlegbar der Entscheidung ohnehin zugrunde gelegt werden muss?<sup>35</sup>

Dagegen lässt sich nicht einwenden, das Gericht habe nach durchgeführter Beweisaufnahme bei Ungewissheit über die Richtigkeit einer Indiztatsache diese gerade mit der ihr zukommenden Ungewissheit in die Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses einzustellen,<sup>36</sup> sodass die Gesamtwürdigung trotz für sich gesehen nicht widerlegbarem Entlastungsindiz durchaus zu der Überzeugung einer dem Angeklagten nachteiligen Haupttatsache führen könne. Denn diese Argumentation leidet an zwei Mängeln. Sie unterstellt, bei der Würdigung der Widerlegbarkeit der Indiztatsache nehme das Gericht keine vorweggenommene Gesamtwürdigung vor, sondern beurteile die Widerlegbarkeit fehlerhaft isoliert. Und sie unterstellt zudem, das Gericht werde nach vorauswürdigender Wahrunterstellung die Ablehnung des Beweisantrags nicht nachträglich korrigieren und den Beweis erheben, wenn ihm die als wahr unterstellte Tatsache am Ende doch noch als – möglicherweise nach Gesamtwürdigung – widerlegbar erscheine. Mit beiden Unterstellungen fehlerhafter Handhabung lässt sich aber nicht die Unzulässigkeit der Wahrunterstellung als solcher begründen. Auf unseren Fall gewendet: Weshalb sollte das Gericht den Beweis erheben, wenn es nach dem derzeitigen Stand der Beweisaufnahme meint, die Indiztatsache sei auch bei einer späteren Gesamtwürdigung nicht wi-

derlegbar? Und: Sollte es später doch zur Annahme der Widerlegbarkeit kommen: Dann wäre das Gericht an seine der Wahrunterstellung zugrunde liegende Beurteilung nicht gebunden,<sup>37</sup> sondern gehalten, den schon einmal abgelehnten Beweis doch noch zu erheben, weil ein Beweisantrag nicht mit der Begründung abgelehnt werden darf, die zu beweisende Tatsache sei bereits widerlegt.<sup>38</sup>

### 3. Zur Kritik an den Tatgerichten

Was folgt aus alledem für die Bewertung der tatrichterlichen Rechtsprechung? Der Vorwurf, den Anwendungsbereich zu überschreiten, hängt ganz wesentlich davon ab, wie der Anwendungsbereich zu definieren ist. Versuche, mit den Indiztatsachen einen wesentlichen Bereich auszunehmen und die Möglichkeiten, überflüssige Beweiserhebungen zu vermeiden, damit deutlich zu reduzieren, werden sich hoffentlich nicht durchsetzen. Zu hoffen ist andererseits, dass sich die Praxis die wohl nicht unberechtigte Kritik an allzu rascher Annahme von Nichtwiderlegbarkeit<sup>39</sup> zu Herzen nimmt.

Und schließlich gilt: Der Sorge der Verteidigung, der Konstanz der mit der Wahrunterstellung verbundenen Aussage zur Erheblichkeit einer Behauptung leichtfertig zu vertrauen und deshalb sonst gebotene Beweisanträge zu unterlassen,<sup>40</sup> könnte leicht begegnet werden, wenn sich *Tenckhoff* auch mit seinen Ansichten zur Hinweispflicht bei veränderter Erheblichkeitsbeurteilung<sup>41</sup> durchsetzen könnte.<sup>42</sup>

<sup>32</sup> Eine dritte Kategorie kennt das Gesetz nicht, vgl. hierzu schon *Tenckhoff* (Fn. 1), S. 132; aus jüngerer Zeit zum Verhältnis bedeutungslos und erheblich *Fischer* (Fn. 5), § 244 Rn. 187; *Eisenberg* (Fn. 18), Rn. 243.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu bereits *Tenckhoff* (Fn. 1), S. 127; neuerdings etwa *Fischer* (Fn. 5), § 244 Rn. 184.

<sup>34</sup> *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 244 Rn. 70.

<sup>35</sup> In diesem Sinne auch *Fischer* (Fn. 5), § 244 Rn. 184.

<sup>36</sup> So *Becker* (Fn. 5), § 244 Rn. 296.

<sup>37</sup> Das wird selten artikuliert, vgl. aber *Fischer* (Fn. 5), § 244 Rn. 187.

<sup>38</sup> Vgl. *Meyer-Göfner* (Fn. 46), § 244 Rn. 46.

<sup>39</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 5), § 244 Rn. 184.

<sup>40</sup> Vgl. beispielhaft *Dahs* (Fn. 12), S. 656.

<sup>41</sup> *Tenckhoff* (Fn. 1), S. 133 ff.

<sup>42</sup> Neben ersten Ansätzen in der Rechtsprechung des BGH in BGHSt 30, 383 stimmt neuerdings der Meinungswandel im Karlsruher Kommentar, vgl. *Fischer* (Fn. 5), § 244 Rn. 187 hoffnungsfroh.

# Die Anordnungscompetenz bei Blutentnahmen nach § 81a Abs. 2 StPO

## Gefährdung des Untersuchungserfolges durch formelle oder materielle Verzögerung

Von Oberstaatsanwalt Dr. Christoph Ebert, München\*

### I. Einführung

Am 12.2.2007 nahm das Bundesverfassungsgericht in einer viel beachteten Kammerentscheidung<sup>1</sup> zur Frage der Anordnungscompetenz nach § 81a Abs. 2 StPO Stellung. Die Handhabung der Anordnung nach § 81a Abs. 2 StPO steht seither in vielfacher Diskussion.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Anlässlich einer auf einer richterlichen Anordnung basierenden Wohnungsnachschau wurden in der Wohnung des Beschwerdeführers Tabakreste in der Toilettenschüssel und eine Plastikdose mit vermeintlichen Cannabis-Anhaftungen aufgefunden. Die Gegenstände wurden nicht sichergestellt. Der Beschwerdeführer verweigerte die freiwillige Abgabe einer Urinprobe zur Überprüfung etwaigen Cannabis-Konsums. Daraufhin wurde durch die Staatsanwaltschaft um 9.00 Uhr eine Blutentnahme angeordnet und von einem Arzt durchgeführt. Das Amtsgericht bestätigte die Rechtmäßigkeit der Anordnung einer Blutentnahme. Das Landgericht verwarf die Beschwerde des Beschwerdeführers. Beide Gerichte erörterten die Anordnungscompetenz des § 81a Abs. 2 StPO nicht.

Weil das Landgericht die Voraussetzungen der staatsanwaltschaftlichen Eilkompetenz überhaupt nicht geprüft hatte, sah sich das Bundesverfassungsgericht erst in der Lage, in der Sache selbst zu entscheiden.<sup>2</sup>

Das Bundesverfassungsgericht führte hierbei aus:

„Nach § 81a Abs. 2 StPO steht die Anordnung der Blutentnahme grundsätzlich dem Richter zu. Der Richtervorbehalt – auch der einfachgesetzliche – zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme in ihren konkreten gegenwärtigen Voraussetzungen durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Nur bei einer Gefährdung des Untersuchungserfolges durch die mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung einhergehende Verzögerung besteht auch eine Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft und – nachrangig – ihrer Ermittlungspersonen. Die Strafverfolgungsbehörden müssen daher regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie selbst eine Blutentnahme anordnen. Die Gefährdung des Untersuchungserfolges muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezo-

gen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist. Das Vorliegen einer solchen Gefährdung unterliegt der vollständigen, eine Bindung an die von der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen ausschließenden gerichtlichen Überprüfung.“

Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die folgerichtige Konsequenz des mit dem Grundsatzurteil<sup>3</sup> eingeschlagenen Weges zum Begriff der „Gefahr im Verzug“ bei Wohnungsdurchsuchungen.

### II. Allgemeines

Zunächst formuliert § 81a Abs. 2 StPO klar die Anordnungscompetenz für die Blutentnahme: „Die Anordnung steht dem Richter [...] zu“.

Die Anordnung ist originär<sup>4</sup> und primär<sup>5</sup> dem Richter vorbehalten. Dieser (einfachgesetzliche) Vorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme in ihren konkret gegenwärtigen Voraussetzungen durch eine unabhängige und neutrale Instanz ab.<sup>6</sup> Dies ist ein Gebot des effektiven Rechtsschutzes.<sup>7</sup>

Nur im Falle der „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ (§ 81a Abs. 2 StPO) steht die Anordnungscompetenz ersatzweise<sup>8</sup> auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 GVG)<sup>9</sup> zu. Es ist eine Ausnahme und daher nur subsidiär anwendbar.

Damit legt § 81a Abs. 2 StPO ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis fest.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergeben sich für dieses Regel-Ausnahmeverhältnis folgende Fragen:

- Wann ist dieses Regel-Ausnahmeverhältnis einschlägig?
- Was ist der Untersuchungserfolg i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO?
- Wann ist dieser Erfolg gefährdet i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO?
- Wie ist das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen im Rahmen von § 81a Abs. 2 StPO zu beurteilen?

### III. Einwilligung des Verdächtigen

#### 1. Disponibles Rechtsgut

Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 81a Abs. 2 StPO ist bedeutungslos, wenn der Tatverdächtige eingewilligt hat.<sup>10</sup>

\* Der Autor ist Oberstaatsanwalt bei der Generalstaatsanwaltschaft München. – Mit diesen Ausführungen bedanke ich mich herzlich beim Jubilar, insbesondere für die vielen Jahre, in denen ich mit ihm zusammenarbeiten durfte und ihn über seine berufliche Tätigkeit hinaus kennen lernen konnte.

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2007, 1345.

<sup>2</sup> Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers war unzulässig, soweit sie sich gegen die staatsanwaltschaftliche Anordnung der Blutentnahme und gegen den amtsgerichtlichen Beschluss, der die Rechtmäßigkeit der Anordnung bestätigt, wendete. Insoweit fehlt die Beschwer, nachdem diese Akte der öffentlichen Gewalt durch den landgerichtlichen Beschluss überholt sind.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2001, 1121.

<sup>4</sup> OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

<sup>5</sup> OLG Bamberg NJW 2009, 349.

<sup>6</sup> BVerfGE 96, 44; 103, 142 (151) m.w.N.; OLG Bamberg NStZ-RR 2009, 247.

<sup>7</sup> OLG Karlsruhe StV 2009, 516.

<sup>8</sup> OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

<sup>9</sup> In Bayern z.B.: i.V.m. § 1 der Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 21.12.1995.

<sup>10</sup> Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 81a Rn. 3 ff.; OLG Hamm StRR 2009, 262.

Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz im Strafverfahren, dass in den disponiblen Fällen der Rückgriff auf strafprozessuale Zwangsmaßnahmen nicht notwendig ist, wenn der Betroffene einwilligt.<sup>11</sup> Der Tatverdächtige kann in die Blutentnahme einwilligen. Begründet wird dies damit, dass der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ein disponibles Rechtsgut betrifft.<sup>12</sup>

Die Grundrechtsgarantien setzen hier aber Grenzen (vgl. zum Beispiel § 136a Abs. 3 S. 1 StPO). Im Bereich der Blutentnahme ergibt sich diese Grenze auch aus Art. 2 Abs. 2 GG und letztlich indirekt insbesondere aus § 228 StGB. Umgekehrt gestattet die Einwilligung in letzter Konsequenz aber auch eine Blutentnahme entgegen § 81a Abs. 1 S. 2 StGB.<sup>13</sup>

## 2. Voraussetzungen der Einwilligung

Nur die freiwillige, ernstliche und in Kenntnis der Sachlage und des Verweigerungsrechts erteilte ausdrückliche Einwilligung ist beachtlich.

Der Tatverdächtige muss aktiv seine Einwilligung kundgeben. Er selbst muss nach seiner Verstandesreife Sinn und Tragweite der Einwilligung erfassen, ohne geschäftsfähig sein zu müssen.<sup>14</sup>

Damit ist die bloße Hinnahme des Eingriffs nicht ausreichend. Es genügt nicht, dass der Täter sich auf die Wache oder ins Krankenhaus bringen lässt, um die Blutentnahme an sich vornehmen zu lassen. Das nur kooperative Verhalten und die lediglich duldende Hinnahme der Blutentnahme genügt nicht. Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Betroffene vorher ausführlich über die Verweigerung der Blutentnahme und die Durchsetzung einer Anordnung zur Blutentnahme mit unmittelbarem Zwang belehrt wurde.<sup>15</sup>

## IV. Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung

Entscheidend für die Klärung der Anordnungscompetenz nach § 81a Abs. 2 StPO ist, wie die gesetzlichen Anforderungen an die Ausnahmeregelung ausgelegt werden. Die gesetzliche Ausnahme kommt nur in Betracht, wenn die „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ besteht.

### 1. Untersuchungserfolg i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO

#### a) Verfahrenserhebliche Tatsachen

Die Blutentnahme „darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind“ (§ 81a Abs. 1 S. 1 StPO). Hierdurch wird der Zweck der

Blutentnahme festgelegt: die Feststellung verfahrenserheblicher Tatsachen.<sup>16</sup>

Zu diesen verfahrenserheblichen Tatsachen gehören all diejenigen, die zum Beweis der Straftat, der Täterschaft und der Schuld dienen oder für die Ahndung der Tat erheblich sind.<sup>17</sup> Hierunter fällt auch die eine Rechtsfolgenentscheidung beeinflussende Tatsache.<sup>18</sup>

#### aa) Ebene des Tatbestands

Tatsachen im Rahmen der Straftat sind Umstände, die ein Merkmal des Tatbestandes betreffen. Eine bedeutsame Tatsache i.S.d. § 81a StPO ist zum Beispiel im Teilbereich der Straßenverkehrsdelikte (§§ 315c Abs. 1 lit. a, 316 StGB) oder des Vollrausches (§ 323a StGB) der Grad der Alkoholisierung bzw. die Zusammensetzung des Blutes (auch mit Fremdstoffen). Diese Tatsachen ermöglichen (unter Umständen alleine oder mit Hilfe weiterer Tatsachen) im Bereich der Straßenverkehrsdelikte den Beweis zu führen, dass der Täter im Zeitpunkt der Tat sich in einem Zustand befand, in welchem er nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen (Fahrunsicherheit<sup>19</sup>). Zweck der Blutentnahme – bei einem Verdacht des Straftatbestandes der Trunkenheit im Verkehr – ist die Feststellung der Blutalkoholkonzentration bzw. der Konzentration der psychotrop wirkenden Substanzen beim Tatverdächtigen zur Tatzeit.

#### bb) Ebene der Schuld

Gerade im Bereich der Schuld ist der Grad der Alkoholisierung oder die Beschaffenheit des Blutes im Tatzeitpunkt ein wesentlicher Faktor zur Beurteilung der (verminderten) Schuldfähigkeit. Hier darf auf die Bedeutung der Blutalkoholkonzentration bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit hingewiesen werden, der zumindest die Eigenschaft eines Richtwerts zukommt.<sup>20</sup> Insoweit ist demnach auch die Beschaffenheit des Blutes eine verfahrenserhebliche Tatsache.

#### cc) Ebene der Rechtsfolgenentscheidung

Auch im Bereich der Rechtsfolgenentscheidung kann die Beschaffenheit des Blutes im Zeitpunkt der Tat eine verfahrenserhebliche Tatsache sein. So kann im Rahmen der Strafbemessung (§ 46 StGB) die Enthemmung durch Alkohol als Strafzumessungstatsache berücksichtigt werden,<sup>21</sup> unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind.

Auch im Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung kann die Beschaffenheit des Blutes, z.B. der Grad der Alkoholisierung im Zeitpunkt der Straftat, eine verfahrenserhebliche Tatsache sein. Zu beachten ist aber in diesem

<sup>11</sup> OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

<sup>12</sup> OLG Hamm StRR 2009, 262.

<sup>13</sup> BGH NJW 1964, 1177; Meyer-Göfner (Fn. 10), § 81a Rn. 3.

<sup>14</sup> Krause, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 81a Rn. 1; OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

<sup>15</sup> OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

<sup>16</sup> Meyer-Göfner (Fn. 10), § 81a Rn. 6.

<sup>17</sup> Krause (Fn. 14), § 81a Rn. 16.

<sup>18</sup> Meyer-Göfner (Fn. 10), § 81a Rn. 6.

<sup>19</sup> Meist auch bezeichnet als Fahruntüchtigkeit (vgl. hierzu Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 316 Rn. 6).

<sup>20</sup> Fischer (Fn. 19), § 20 Rn. 19.

<sup>21</sup> Fischer (Fn. 19), § 46 Rn. 32.

Bereich stets, wie auch bereits bei der Schuld angeführt, dass diese Tatsache allenfalls ein (wesentlicher) Faktor zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit nach §§ 63, 66 StGB oder der (körperliche oder geistigen) Eignung nach § 69 StGB<sup>22</sup> ist.

### b) Bezogen auf einem bestimmten Zeitpunkt

Der Untersuchungserfolg i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO ist die Feststellung dieser verfahrenserheblichen Tatsachen.

Die Beschaffenheit des Blutes kann nur festgestellt werden, wenn dieses untersucht werden kann. Damit muss die Ermittlungsbehörde das Blut erlangt haben. Die Erlangung des Blutes zur Untersuchung dessen Beschaffenheit ist nicht Selbstzweck. Sie hängt unmittelbar mit dem gesetzlich formulierten Grund der Erlangung zusammen: die Erlangung des Blutes zum Zwecke der Feststellung der beweisereblichen Tatsachen.

Die Erlangung der Erkenntnis über die Beschaffenheit des Blutes ist ein Grundziel der Untersuchung i.S.d. § 81a StPO. Dabei ist jedoch nicht die Feststellung der Beschaffenheit des Blutes als solches Ziel der Untersuchung, entscheidend hierbei ist die Beschaffenheit des Blutes zu einem bestimmten Zeitpunkt. Dieser Zeitpunkt ist abhängig von der Verfahrenserheblichkeit.

Dieser Zeitpunkt kann, wie bereits aufgezeigt, der Tatzeitpunkt sein, insbesondere bei Tatsachen, die den Tatbestand und/oder die Schuld betreffen. Auch andere Zeitpunkte im Verfahren können in Betracht kommen. So zum Beispiel, wenn die Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten beurteilt werden soll.<sup>23</sup>

### c) Zwischenergebnis

Die Kenntnis der Beschaffenheit des Blutes zu einem bestimmten Zeitpunkt ist Untersuchungserfolg des § 81a StPO. Der Zeitpunkt ist abhängig von der Verfahrenserheblichkeit, d.h. welcher Beweis mit der Tatsache geführt werden soll.

## 2. Gefährdung i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO

### a) Grundlagen

Zwei wichtige Punkte sind nun voneinander zu trennen, auch wenn sie durch die gesetzliche Formulierung eng miteinander verbunden sind: die Frage der *Gefährdung* des Untersuchungserfolges und die Frage der gesetzlich formulierten Einschränkung, dass diese Gefährdung durch eine *Verzögerung* eintreten muss.

### aa) Auslegung

Dieser Rechtsbegriff der „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ wird oftmals nur als „Gefahr im Verzug“ bezeichnet.<sup>24</sup> Diese Rechtsbegriffe sollen sich entsprechen.<sup>25</sup>

Unabhängig von dieser Begrifflichkeit ist der Rechtsbegriff der „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ eng auszulegen.<sup>26</sup> Diese Pflicht zur engen Auslegung ergibt sich nicht nur aus dem Ausnahmecharakter der richterlichen Anordnung, sondern vor allem aus der (grundrechtssichernden) Schutzfunktion des Richtervorbehalts.

### bb) Formelle und materielle Verzögerung

Aus der Stellung im Gesetz ergeben sich aber auch – und hierauf ist besonders deutlich hinzuweisen – zwei alternative Bezugspunkte des Rechtsbegriffes „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“.

Zum einen ergibt sich ein Bezug innerhalb des § 81a Abs. 2 StPO. Hier wird das Verhältnis der gesetzlich beteiligten Personen zueinander angesprochen. Dieses Verhältnis ist die Anordnung mit und ohne richterliche Beteiligung, hier bezeichnet als formelle Verzögerung.

Zum anderen ergibt sich ein Bezug von § 81a Abs. 2 StPO zu § 81a Abs. 1 StPO. Hier wird das Verhältnis der gesetzlich verankerten Zeitpunkte angesprochen. Dieses Verhältnis betrifft den Zeitpunkt des Untersuchungserfolges (z.B. der Tatzeitpunkt) und den Zeitpunkt der Blutentnahme, hier bezeichnet als materielle Verzögerung.

### b) Beurteilungszeitpunkt

Im Rahmen des § 81a Abs. 2 StPO kommt es für die im konkreten Fall zu beurteilende Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung hätten einholen müssen, auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft bzw. ihre Ermittlungspersonen eine Blutentnahme für erforderlich hielten.<sup>27</sup>

Die mit der Sache befasste Person muss zu diesem Zeitpunkt eine eigene Prognoseentscheidung zur mutmaßlichen Verzögerung treffen.<sup>28</sup> Die Frage lautet: Ist die Gefährdung des Untersuchungserfolges objektiv zu befürchten?<sup>29</sup>

Grundlagen dieser Prognoseentscheidung sind die tatsächlichen Erkenntnisse der über die Anordnung nach § 81a Abs. 2 StPO entscheidende Person. Oftmals ist das der Polizeibeamte am Kontrollort.

Hierin zeigt sich die Schwierigkeit des § 81a Abs. 2 StPO und hierin liegt die Ursache für das aktuelle Unbehagen in der obergerichtlichen Rechtsprechung. Neben einer mit dem Risiko der Fehlentscheidung behafteten Prognoseentscheidung ist auch eine wertende Betrachtung der Gefährdung vorzunehmen. Diese wertende Betrachtung ist eine Abwägung der sich widerstreitenden Interessen.

### c) Gefährdung des Untersuchungserfolges durch formelle Verzögerung

Der Untersuchungserfolg muss durch die mit der Einschaltung des Richters verbundenen zeitlichen Verzögerung ge-

<sup>22</sup> Fischer (Fn. 19), § 69 Rn. 17.

<sup>23</sup> Krause (Fn. 14), § 81a Rn. 17.

<sup>24</sup> Z.B. Meyer-Göfner (Fn. 10), § 81a Rn. 25b.

<sup>25</sup> Krause (Fn. 14), § 81a Rn. 66.

<sup>26</sup> BVerfGE 103, 142.

<sup>27</sup> BGHSt 51, 285 (289); OLG Hamm StRR 2009, 262.

<sup>28</sup> OLG Hamm StRR 2009, 262.

<sup>29</sup> OLG Karlsruhe StV 2009, 516.

fährdet sein.<sup>30</sup> Entscheidend ist damit die mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung einhergehende Verzögerung.<sup>31</sup>

*aa) Zwei Zeitpunkte der Blutentnahme*

Zunächst müssen die beiden Zeitpunkte der Blutentnahme gegenübergestellt werden. Es ist der hypothetische Ermittlungsverlauf (in zwei Varianten) zu klären. Wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen des Versuchs die richterliche Anordnung zu erreichen den Erfolg der Maßnahme gefährden würde, dürfen die Strafverfolgungsbehörden selbst die Anordnung treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben.<sup>32</sup> Mit anderen Worten: wenn die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung mit einer zeitlichen Verzögerung verbunden ist, kann die Ermittlungsbehörde ihre Eilkompetenz in Anspruch nehmen.

*(1) Zeitpunkt der Blutentnahme mit Einholung einer richterlichen Anordnung*

Die Ermittlung dieses hypothetischen Zeitpunkts macht in der Praxis nur vordergründig Schwierigkeiten. Letztlich lassen sich klare Kriterien herausarbeiten, die in den einzelnen Gerichtsbezirken variieren können, aber doch einen klaren Grundzug aufweisen.

*(a) Gewöhnlicher Geschäftsgang*

Die Ermittlungsperson hat eine Prognoseentscheidung zu treffen, wann eine Blutentnahme nach richterlicher Anordnung zu erlangen ist. Hierbei ist von einem gewöhnlichen, aber zügigen, Geschäftsgang auszugehen.

So geht das Oberlandesgericht Celle davon aus, dass an gewöhnlichen Werktagen – ohne besondere Umstände – auch im ländlichen Bereich bei kleinen Gerichten ohne Weiteres die richterliche Entscheidung bei einer Trunkenheitsfahrt und Anhaltezeit um 14.55 Uhr nach 35 Minuten herbeiführbar ist.<sup>33</sup> Dasselbe Oberlandesgericht sieht die Möglichkeit, dass in einem Zeitraum von 20 Minuten in der Mittagszeit eines Werktages eine richterliche Entscheidung einzuholen sei und verneint – mangels anderweitigen Anhaltspunkten – eine zeitliche (und damit formelle) Verzögerung.<sup>34</sup>

*(b) Grundsätzlich keine Aktenvorlage*

Bei dieser hypothetischen Feststellung des Zeitpunkts der gerichtlichen Entscheidung ist davon auszugehen, dass bei einfach gelagerten und ohne Weiteres überschaubaren Sachverhalten ein angerufener Richter auch ohne Aktenvorlage fernmündlich die begehrte Anordnung treffen kann. Gegenteilige Auffassungen, die die richterliche Entscheidung durch begründeten Beschluss gemäß § 34 StPO und Bekanntgabe

nach § 85 Abs. 2 StPO fordern<sup>35</sup>, überdehnen die Anforderungen im Bereich des § 81a Abs. 2 StPO. § 81a Abs. 2 StPO fordert nicht die Vorlage der schriftlichen Akten für die richterliche Anordnung.<sup>36</sup>

Sobald der Richter die Vorlage der Akten fordert, ist grundsätzlich von einem Fall der Eilkompetenz auszugehen. Eine zeitliche Verzögerung tritt dann regelmäßig nicht ein.

Letztlich lässt sich bei intensiver Recherche der aktuellen Rechtsprechung und Literatur die Auffassung herausarbeiten, dass die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung binnen ca. 30 Minuten grundsätzlich möglich sein müsste, insbesondere im Hinblick auf die modernen Kommunikationsmittel.

*(c) Außerhalb der Geschäftszeit des Gerichts*

Interessant sind die Zeiten außerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten der Gerichte, insbesondere bei Nachtzeiten und am Wochenende.

Zwei gegenteilige Meinungen stehen sich für die Frage der hypothetischen Erreichbarkeit gegenüber:

Vertreten wird, dass zeitliche Umstände zur Begründung der Eilkompetenz des § 81a Abs. 2 StPO nicht herangezogen werden können.<sup>37</sup> Begründet wird dies mit der verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters stets zu gewährleisten. Die Konsequenz daraus ist, dass auch in Zeiten außerhalb gewöhnlicher Geschäftszeiten die oben aufgezeigte Ermittlung des Zeitpunktes der Herbeiführung der richterlichen Entscheidung Bestand hat.

Die Gegenmeinung stellt auf die tatsächlichen Gegebenheiten ab, die sich aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum richterlichen Eildienst ableiten lässt. In den Zeiten, die außerhalb des landesintern eingerichteten richterlichen Bereitschaftsdienstes<sup>38</sup> liegen, kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt an, ab welchem ein Richter tatsächlich erreichbar gewesen sein sollte. Dies kann frühestens – bei Zugrundelegung knappster Prüfungszeiträume – ca. 30 Minuten nach Beginn des richterlichen Bereitschaftsdienstes in den frühen Morgenstunden sein. Auf Grundlage einer solchen Entscheidung in den Morgenstunden würden ca. weitere 30 Minuten vergehen, bis eine Blutentnahme durchgeführt werden könnte. Damit ergibt sich ein hypothetischer Zeitpunkt der Blutentnahme ca. eine Stunde nach Beginn des richterlichen Bereitschaftsdienstes. Die Gefährdung des Untersuchungserfolges, zum Beispiel der drohende Beweismittelverlust für die Frage der Fahruntüchtigkeit wie auch unter dem

<sup>30</sup> OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

<sup>31</sup> OLG Dresden NJW 2009, 2149.

<sup>32</sup> BVerfGE 103, 142 (155 f.); OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

<sup>33</sup> OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

<sup>34</sup> OLG Celle StV 2009, 518.

<sup>35</sup> LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 24.6.2008 – 5 Qs 93/08.

<sup>36</sup> BGHSt 51, 285 (295); Laschewski, NZV 2008, 215; a.A. LG Hamburg NZV 2008, 213, wonach bei bloß telefonischer Einschaltung des Richters dem Richtervorbehalt nicht Genüge getan wird.

<sup>37</sup> Brandenburgisches OLG NStZ-RR 2009, 247 (Antreffzeitpunkt am Samstagsabend um 21.10 Uhr).

<sup>38</sup> NRW: RV des JM v. 15.12.2007 – 2043 – I 3 – INBl. NRW 2007, S. 165.

Gesichtspunkt der Voraussetzungen der § 20, 21 StGB<sup>39</sup>, ist in Zeiten außerhalb des richterlichen Bereitschaftsdienstes somit evident.

### (2) Zeitpunkt der Blutentnahme ohne Einholung einer richterlichen Anordnung

Die Ermittlung des zweiten Zeitpunkts, die Zeit der Blutentnahme ohne richterliche Anordnung, macht in der Praxis keine Schwierigkeiten. Hier kann die mit der Sache befasste Person auf ihren Erfahrungsschatz zurückgreifen, aus der sich eine Abschätzung ergibt, wann die ärztliche Blutentnahme auf der Dienststelle oder im Krankenhaus erfolgen kann.

### (3) Konsequenz

Es ergeben sich bei der Prognoseentscheidung grundsätzlich zwei Möglichkeiten: eine zeitliche Verzögerung tritt (hypothetisch) ein oder eine zeitliche Verzögerung tritt (hypothetisch) nicht ein.

Prognostiziert die Ermittlungsperson eine zeitliche Verzögerung aufgrund des Versuchs eine richterliche Anordnung zu erreichen, kann diese selbständig die Anordnung treffen. Sie muss sich nicht um die richterliche Anordnung bemühen.

Demgegenüber wird deutlich, dass die Eilkompetenz des § 81a Abs. 2 StPO nicht greift, wenn bei gewöhnlichem Lauf eine zeitliche Verzögerung nicht eintritt.

### d) Gefährdung des Untersuchungserfolges durch materielle Verzögerung

Die Prognoseentscheidung hat neben dem aufgezeigten Bezug zu den beteiligten Personen (formelle Verzögerung) alternativ auch einen Bezug zum Untersuchungserfolg (materielle Verzögerung). Die „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ ist nicht nur im zeitlichen Verhältnis der möglichen Anordnungen des Ermittlungsrichters zur Staatsanwaltschaft bzw. deren Ermittlungspersonen zu sehen, sondern auch im zeitlichen Verhältnis vom Untersuchungserfolg zum Zeitpunkt der Blutentnahme.

Dieses Verhältnis wird beeinflusst von der Abwägung der sich widerstreitenden Interessen. Dies findet seine klare Stütze im Gesetz. „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ hat nicht nur den Bezug zu den beteiligten Personen, und damit zur Blutentnahme mit und ohne richterliche Anordnung, sondern auch einen klaren Bezug zum Zweck der Blutentnahme, wie er sich aus § 81a Abs. 1 StPO ergibt.

Umstände dieser Abwägung der sich widerstreitenden Interessen können nur die vielzitierten Tatsachen sein, die auf den Einzelfall bezogen sind.<sup>40</sup>

### aa) Unbeachtliche Kriterien

In diesem Bereich sind Scheingefechte vorhanden, die die inhaltliche Diskussion eher bremsen statt fördern.

Der Untersuchungserfolg i.S.d. § 81a StPO ist – wie dargelegt – die Kenntnis der Beschaffenheit des Blutes zu einem bestimmten Zeitpunkt. Nachdem die Beschaffenheit des Blutes einer ständigen Veränderung unterliegt, wäre es (vordergründig) naheliegend, den Begriff der „Gefährdung des Untersuchungserfolges“ abstrakt, d.h. losgelöst vom Einzelfall, zu definieren. Danach sei bei einem Verdacht einer Straftat im Zusammenhang mit Alkohol der Untersuchungserfolg durch Einschaltung weiterer Personen (sei es Staatsanwalt oder Richter) grundsätzlich gefährdet.

Die Blutentnahme sei grundsätzlich schnellst möglich durchzuführen. Auf eine (staatsanwaltschaftliche oder richterliche) Entscheidung könne nicht gewartet werden. Grund dafür ist die zentrale Bedeutung der möglichst genauen Feststellung des Grades des Rauschmitteleinflusses zum Tatzeitpunkt für den Tatnachweis.<sup>41</sup> Jede zeitliche Verzögerung – zum Beispiel das Warten auf die Entscheidung – führe zu einer Ungenauigkeit hinsichtlich der zugrunde zu legenden Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit, nachdem die Blutwerte durch körperliche Vorgänge (Abbau und ggf. auch Aufbau der Werte) einer ständigen Veränderung unterliegen. Hintergrund dafür ist, dass die anerkannten Rückrechnungsmethoden zwischen Blutentnahme und Zeitpunkt der Tat zu größeren Ungenauigkeiten, je größer der Zeitabstand wird, führen. Der Abbau der Blutalkohol- bzw. Drogenkonzentration rechtfertige per se die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolges.<sup>42</sup>

Dieser Argumentation wird jedoch klar entgegen getreten.

Die bei Straftaten im Zusammenhang mit Alkohol und Drogen typischerweise bestehende abstrakte – und damit gerade nicht einzelfallbezogene – Gefahr ist, dass durch den körpereigenen Abbau der Stoffe der Nachweis der Tatbegehung erschwert oder gar vereitelt wird. Dies allein kann für sich noch nicht die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolges begründen.<sup>43</sup>

Es existiert kein Rechtssatz, dass bei Straftaten unter Alkoholeinfluss generell – ohne Berücksichtigung des Schutzzwecks des Richtervorbehalts im konkreten Einzelfall – von der Gefährdung des Untersuchungserfolges i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO und damit dem Vorliegen von Gefahr im Verzug ausgegangen werden kann.<sup>44</sup> Damit kann dahingestellt bleiben, ob die bestehenden Rückrechnungsmethoden einen Ausgleich im Rahmen der Abwägung gewährleisten.

### bb) Beachtliche Kriterien

Aus den Umständen der Tat und/oder dem Verhalten des Tatverdächtigen können sich somit beachtliche Tatsachen für den Abwägungsvorgang im Bereich der materiellen Verzögerung ergeben.

<sup>39</sup> OLG Hamm StV 2009, 462 mit Besprechung *Brüning*, ZJS 2010, 129.

<sup>40</sup> OLG Karlsruhe StV 2009, 516 f.

<sup>41</sup> LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 24.6.2008 – 5 Qs 93/08.

<sup>42</sup> *Brocke/Herb*, NSTZ 2009, 124.

<sup>43</sup> OLG Hamm StRR 2009, 262; Brandenburgisches OLG NSTZ-RR 2009, 247.

<sup>44</sup> OLG Dresden NJW 2009, 2149.

(1) Konkrete Feststellung am Ort der Kontrolle

Zunächst können sich aus den konkreten Feststellungen am Kontrollort Umstände ergeben, die Einfluss auf den Abwägungsvorgang haben. Die Besonderheiten des Sachverhaltes legen dann die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen nahe.

Je klarer das Ermittlungsbild in der Situation der Kontrolle und je überschaubarer der Sachverhalt als solches ist, desto eher wird durch die Möglichkeit der Rückrechnung eine (kurzfristige) Verzögerung – bedingt durch die Einschaltung des Gerichts – ohne Weiteres ausgeglichen werden können. Grundsätzlich kann eine Eilzuständigkeit bei einer Atemalkoholkontrolle von 2,05 Promille und festgestellten Ausfallerscheinungen durch unsichere Fahrweise nicht angenommen werden.<sup>45</sup>

Zu keinem anderen Ergebnis kommt letztlich der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz. Er wies in seinem 23. Tätigkeitsbericht<sup>46</sup> für den Berichtszeitraum 2007/2008 darauf hin, dass etwaige Beweisschwierigkeiten in Grenzfällen nicht dazu führen dürfen, dass die gesetzlichen Vorgaben des § 81a Abs. 2 StPO systematisch ignoriert werden. In den Fällen, in denen aufgrund der Umstände – etwa der Ergebnisse der Atemalkoholkontrolle – eine klare über dem Grenzwert liegende Blutalkoholkonzentration zu erwarten ist, muss eine eventuelle Unschärfe des Ergebnisses durch Rückrechnung in Kauf genommen werden. Dem ist im Hinblick auf den gesetzlich normierten und grundgesetzlich gebotenen Richtervorbehalt – etwa durch den Versuch, eine mündliche Entscheidung des Richters einzuholen – Rechnung zu tragen.

Die Annahme der Eilanordnung i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO gebietet auch – durch Feststellungen im konkreten Einzelfall – die bestehende Nähe zu den durch die Rechtsprechung festgelegten Grenzen der Fahrunsicherheit. Nachdem diese Grenzen starr und unwiderleglich sind, entscheiden bereits geringfügige Messungsdifferenzen über die Frage der Strafbarkeit oder Straflosigkeit. Der Tatverdächtige mag dies – bewusst oder unbewusst – hinnehmen wollen, nachdem die beachtlichen Rückrechnungsmethoden sich zu Gunsten des Tatverdächtigen auswirken. Der Abbau der Stoffe im Blut findet grundsätzlich (weitaus) schneller statt, als dies die zu Gunsten des Tatverdächtigen anzunehmenden Rückrechnungswerte ergeben.

Anders formuliert:

Je unklarer das Ermittlungsbild in der Situation der Kontrolle oder je komplexer der Sachverhalt als solches sich in der Kontrolle darstellt und je genauer deswegen die Analyse der Blutwerte sein muss, desto eher werden die Ermittlungsbehörden die Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung annehmen können und notfalls ohne richterliche Entscheidung handeln dürfen.<sup>47</sup> Gerade in den Fällen, in

denen eine Rückrechnung nicht möglich ist (z.B. Betäubungsmittel- oder Medikamentenkonsum) ist dieses in Betracht zu ziehen.

Das kann zu der paradoxen Situation führen, dass der Richtervorbehalt bei „einfach gelagerten Fällen“ greift. In komplexen Fällen ist die Ausnahme des § 81a Abs. 2 StPO einschlägig. Gerade die vorbeugende Kontrolle wäre aber in letztgenannten Fällen von entscheidender Bedeutung. Dies ist ein sehr gewichtiges Argument, die Existenz des einfachgesetzlichen Richtervorbehaltes in § 81a Abs. 2 StPO zu überdenken.

(2) Verhalten des Tatverdächtigen nach der Tat

Die Gefährdung des Untersuchungserfolges kann sich auch aus dem Verhalten des Tatverdächtigen nach der Tat (insb. auch am Kontrollort) ergeben, z.B. wenn der Tatverdächtige den Atemalkoholtest verweigert, ein Nachtrunk im Raum steht<sup>48</sup> oder wenn der Tatverdächtige sich ohne eine polizeiliche Anordnung zur Blutentnahme zu entfernen versucht<sup>49</sup> und deshalb der Wert der Blutalkoholkonzentration bis zum Erhalt einer richterlichen Entscheidung nicht ermittelt werden kann bzw. erheblich verändert wird.<sup>50</sup>

Die Annexkompetenz des § 81a StPO gibt den Ermittlungsbeamten die Möglichkeit den Tatverdächtigen festzuhalten.<sup>51</sup> Sie können den Tatverdächtigen auch (bereits) zum Ort der Blutentnahme verbringen.<sup>52</sup>

(3) Dennoch Richtervorbehalt?

Von einigen Stimmen in der Literatur wird im Falle der materiellen Verzögerung weiterhin gefordert, dass die Ermittlungsperson einen sich abzeichnenden zeitlichen Spielraum für den Versuch nützen muss – über den zuständigen Staatsanwalt oder unmittelbar –, um eine richterliche Anordnung zu erreichen.<sup>53</sup>

Die Eilzuständigkeit wird mit einem derartigen Erfordernis durch die Hintertür wieder aufgehoben. Das ist mit dem klaren Wortlaut des § 81a Abs. 2 StPO abzulehnen. Die einmal greifende Ausnahme kann nicht durch weitere Umstände wieder rückgängig gemacht werden. Gegenteilige Überlegungen sind unserem Recht fremd. Deshalb ist auch die Auffassung abzulehnen, die im Rahmen des § 81a Abs. 2 StPO eine gespaltene Anordnungszuständigkeit im Falle des Sich-Entfernens des Tatverdächtigen annimmt.<sup>54</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers regelt § 81a Abs. 2 StPO eine einheitliche Anordnung; dies in zeitlicher Hinsicht, wie auch in materieller Hinsicht.<sup>55</sup> Bestehen die materiellen und formellen Vor-

<sup>48</sup> OLG Hamm StRR 2009, 262.

<sup>49</sup> OLG Hamm StRR 2009, 262.

<sup>50</sup> Eingehend hierzu *Brocke/Herb*, NStZ 2009, 671 (672).

<sup>51</sup> OLG Karlsruhe StV 2009, 516; OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

<sup>52</sup> OLG Karlsruhe StV 2009, 516; OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

<sup>53</sup> *Meyer-Gößner* (Fn. 10), § 81a Rn. 25b m.w.N.

<sup>54</sup> *Fickenscher/Dingelstadt*, NStZ 2009, 124.

<sup>55</sup> In diesem Sinne auch: *Brocke/Herb*, NStZ 2009, 124.

<sup>45</sup> Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 25.5.2009 – 1 Ss 15/09.

<sup>46</sup> Drs. 16/2100, S. 64.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.1.2008 – 2 BvR 2307/07; OLG Hamburg NJW 2008, 2597; Thüringer OLG, Beschl. v. 15.11.2008 – 1 Ss 230/08.

aussetzungen für eine Ausnahmeanordnung nach § 81a Abs. 2 StPO gelten diese umfassend und stehen nicht unter einem Vorbehalt weiterer Tätigkeiten der Ermittlungspersonen. § 81a Abs. 2 StPO zeigt insoweit keine Grenze des Geltungsbereichs auf.<sup>56</sup>

### (4) Nach der Prognoseentscheidung eintretende Umstände

Ist der Ermittlungsrichter nicht erreichbar oder sieht er sich nicht in der Lage eine Entscheidung ohne Aktenstudium<sup>57</sup> zu treffen bzw. nur mit erheblicher Verzögerung<sup>58</sup> vorzunehmen, kann die Staatsanwaltschaft bzw. die Ermittlungsperson bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen die Blutentnahme anordnen. Es handelt sich um den Fall, dass die Richterschaft die Entscheidung über die Sache ablehnt bzw. die Entscheidung über die Sache nicht ohne (erhebliche) Verzögerung zu erlangen ist. Die Ablehnung der Entscheidung über die Sache darf nicht verwechselt werden mit der Ablehnung in der Sache.

### IV. Dokumentation

Die Tatsachen, mit denen die Ermittlungsbehörden ihre selbständige<sup>59</sup> Anordnung begründen, müssen zeitnah in den (Ermittlungs-)Akten dokumentiert werden. Diese Niederschrift, die nicht durch eine nachträgliche dienstliche Stellungnahme ersetzt werden kann, versetzt den Tatverdächtigen in den Stand, die Maßnahme zu kontrollieren und Rechtsschutz zu suchen. Wie bereits erwähnt ist dies ein Gebot des effektiven Rechtsschutzes.

Die Dokumentation kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn die Dringlichkeit der Blutentnahme evident ist.<sup>60</sup>

### V. Verhältnis von Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen

Aus dem Wortlaut des § 81a Abs. 2 StPO ergibt sich keine Rangfolge (Hierarchie) zwischen der Staatsanwaltschaft und den Ermittlungspersonen (§ 152 GVG).

Das Bundesverfassungsgericht geht von einer nachrangigen Entscheidungskompetenz der Ermittlungspersonen gegenüber der Staatsanwaltschaft aus.<sup>61</sup> Auch in der Literatur wird diese Auffassung vertreten.<sup>62</sup>

Eine Vielzahl von Obergerichten<sup>63</sup> folgt ohne inhaltliche Begründung dieser Auffassung, geht aber auch teilweise in der inhaltlichen Formulierung weiter („Eilanordnungskompe-

tenz der Staatsanwaltschaft und – subsidiär – ihrer Hilfsbeamten“<sup>64</sup>).

Das Wort „nachrangig“ in der viel zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.2.2007<sup>65</sup> bringt nur zum Ausdruck, dass die Staatsanwaltschaft die Herrin des Ermittlungsverfahrens ist (§§ 158 f. StPO) ist.<sup>66</sup> Die Ermittlungspersonen sind verpflichtet den staatsanwaltschaftlichen Anordnungen Folge zu leisten (§ 152 Abs. 1 GVG). Eine von der Staatsanwaltschaft getroffene Entscheidung zur Anordnung der Blutentnahme ist für ihre Ermittlungspersonen bindend. Die Ermittlungspersonen sind nicht befugt, eine von der Entscheidung der Staatsanwaltschaft abweichende eigene Anordnung zu treffen. Ist die Staatsanwaltschaft am Verfahren aber noch nicht beteiligt, wie dies für die Fälle des Aufgreifens von betrunkenen Kraftfahrern typisch ist, so darf und kann die Ermittlungsperson die Anordnung einer Blutprobenentnahme in eigener Kompetenz treffen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen.<sup>67</sup>

Dem Gesetz ist eine Verpflichtung der Ermittlungsperson, in jedem Fall vor Ausübung der Eilkompetenz bei der zuständigen Staatsanwaltschaft nachzufragen, nicht zu entnehmen. § 81a StPO enthält keinen „Staatsanwaltsvorbehalt“<sup>68</sup>. Aus dem Gesetz ist eine abgestufte Anordnungscompetenz je nach Schwere des Grundrechtseingriffs zu entnehmen. Eine Abstufung zwischen der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und derjenigen ihrer Ermittlungsbehörden ergibt sich aus dem Gesetz allerdings nicht, dennoch kann von einer Gleichrangigkeit<sup>69</sup> von Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen in § 81a Abs. 2 StPO – wie dargestellt – keine Rede sein.

### VI. Beweisverwertungsverbot

Nicht jeder Verstoß gegen das Beweiserhebungsverbot führt zwangsläufig auch zu einem Beweisverwertungsverbot.

Allgemein anerkannt ist, dass im Falle des § 81a Abs. 2 StPO die Annahme eines Verwertungsverbotes von den Umständen des Einzelfalls, namentlich von der Art des verletzten Verbotes, vom Gewicht des Verstoßes sowie von der Abwägung der widerstreitenden Interessen, abhängt. Ausschlaggebend hierbei ist, ob die anordnende Person das Vorliegen der „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ willkürlich angenommen hat und bewusst die Verwirklichung des Richtervorbehalts vereitelt hat.<sup>70</sup>

Nachdem die Brisanz der Verletzung des Richtervorbehalts auch in den Kreisen der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen hinreichend bekannt ist, nehmen erste Gerichte ein Verwertungsverbot wegen des Verstoßes gegen

<sup>56</sup> Meyer-Gößner (Fn. 10), § 81a Rn 25b.

<sup>57</sup> OLG Hamm StRR 2009, 262.

<sup>58</sup> OLG Celle StV 2009, 518.

<sup>59</sup> OLG Celle, Beschl. v. 15.9.2009 – 322 Ss Bs 197/09.

<sup>60</sup> BVerfG NJW 2007, 1345.

<sup>61</sup> BVerfG NJW 2008, 3053.

<sup>62</sup> Meyer-Gößner (Fn. 10), § 81a Rn. 25a; Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 81a Rn. 8; Krause (Fn. 14), § 81a Rn. 66.

<sup>63</sup> Z.B.: Thüringer Oberlandesgericht DAR 2009, 283; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.10.2009 – 2 Ss 310/09; OLG Celle NJW 2009, 3524; OLG Dresden NJW 2009, 2149; OLG Hamburg StV 2008, 454.

<sup>64</sup> OLG Köln NStZ 2009, 406.

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2007, 1345.

<sup>66</sup> Brandenburgisches Oberlandesgericht OLGSt StPO, § 81a Nr. 7.

<sup>67</sup> In diesem Sinne wohl auch Nack, in: Hannich (Fn. 62), § 98 Rn. 11.

<sup>68</sup> Fickenscher/Dingelstadt, NStZ 2009, 124.

<sup>69</sup> So aber das OLG Karlsruhe Beschl. v. 29.5.2008 – 1 Ss 151/07.

<sup>70</sup> BVerfG NJW 2008, 3053 (3054).

das Willkürverbot an bzw. kündigen eine Änderung ihrer Rechtsprechung an.<sup>71</sup>

## VII. Zusammenfassung

Zweck der Untersuchung i.S.d. § 81a StPO ist bei einer Blutentnahme die Kenntnis der Beschaffenheit des Blutes zu einem bestimmten Zeitpunkt. Die Frage der Anordnungs-kompetenz stellt sich nur, wenn der Tatverdächtige nicht in die Blutentnahme einwilligt. Die Anordnung nach § 81a StPO steht unter dem klaren Richtervorbehalt. Die Ausnahme des § 81a Abs. 2 StPO greift nur bei der Gefährdung des Untersuchungserfolges durch (formelle oder materielle) Verzögerung. Eine formelle Verzögerung ist dann gegeben, wenn der Versuch, die richterliche Anordnung zu erreichen, bereits zu einer zeitlichen Verzögerung der Blutentnahme führt. Alternativ hierzu ist eine materielle Verzögerung gegeben, wenn die konkret festgestellten Tatsachen im Einzelfall den Untersuchungserfolg unmittelbar in Frage stellen und damit ein Beweismittelverlust droht. Solange die Staatsanwaltschaft mit der Sache nicht befasst ist, können deren Ermittlungspersonen originär die Eilanordnung i.S.d. § 81a Abs. 2 StPO treffen.

---

<sup>71</sup> KG StRR 2009, 342.

# Jugendkriminalität gestern und heute

## Anmerkungen zur aktuellen Reformdebatte

Von Rechtsanwalt Privatdozent Dr. Hermann Christoph Kühn, Augsburg\*

### I. Einführung

Die Reformbestrebungen im Hinblick auf das Jugendstrafrecht erleben derzeit eine Renaissance. Bundesweite Aufmerksamkeit erregten und erregen immer wieder Berichte von Jugendlichen und Heranwachsenden, die in Orgien sinnloser Gewalt auf Mitmenschen hemmungslos einprügeln und auch vor der Tötung eines Menschen nicht zurückschrecken. Mit Fassungslosigkeit blicken Medien und Gesellschaft auf eine Entwicklung, die in den vergangenen zwei Jahrzehnten den Fokus der Kriminalitätsbekämpfung verändert zu haben scheint.

Für den Jubilar, seit 1982 auch Professor für Jugendstrafrecht, fand die Beschäftigung mit dieser Materie in mehreren Veröffentlichungen<sup>1</sup> sowie in drei betreuten Promotionen<sup>2</sup> fruchtbaren Niederschlag. Insbesondere der Beitrag „Jugendkriminalität heute“ aus dem Jahrbuch der Universität Augsburg bietet einen willkommenen Anlaß, den Blick auf Entwicklungstendenzen in Bezug auf dieses Sujet zu richten und dabei zu untersuchen, was die zwischenzeitlich verstrichene Zeit und der sich mit ihr gewandelte Zeitgeist aus dem Phänomen der Jugendkriminalität hat werden lassen.

Der Jubilar hatte damals seinen Beitrag mit vier von ihm selbst als „überraschend“ bezeichneten Thesen eingeleitet. Diese seien an dieser Stelle nochmals wiederholt:

- „Die Frage nach dem Umfang der Jugendkriminalität ist sinnlos, weil praktisch jedermann in der Jugend straffällig wird.
- Der sog. Anstieg der Jugendkriminalität ist nicht real, sondern beruht zum großen Teil darauf, daß die Leute nicht mit Statistiken umgehen können oder wollen.
- Statt nach den Ursachen der Jugendkriminalität zu fragen, sollte man sich lieber auf die Feststellung kriminogener Faktoren beschränken. Und schließlich
- ist eine völlige Zurückdrängung der Jugendkriminalität weder machbar noch unbedingt wünschenswert.“<sup>3</sup>

Heute, ein Viertel Jahrhundert später, bietet sich die Gelegenheit, die Gültigkeit der Thesen des Jubilars zu überprüfen

---

\* Der Autor verteidigt neben seiner universitären Aufgabe als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht u.a. auch Jugendliche und Heranwachsende.

<sup>1</sup> Tenckhoff, JR 1977, 485; ders., NJW 1982, 154; ders., in: Jahrbuch der Universität Augsburg 1985, 1986, S. 139.

<sup>2</sup> Strobel, Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Strafzwecke, 2007; Baumann, Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und seine Besonderheiten im Jugendstrafrecht, 1999; sowie in letzter Zeit Grözinger, Jugendstaatsanwälte in Baden-Württemberg, Erzieher und Schlichter zugleich? Eine empirische Untersuchung, 2008.

<sup>3</sup> Tenckhoff, in: Jahrbuch der Universität Augsburg (Fn. 1), S. 139.

und – vornehmlich aus der Sicht des Praktikers – einige Aspekte der aktuellen Diskussion kritisch zu beleuchten.

### II. Ausmaß und Anstieg der Jugendkriminalität

Zunächst ist das statistische Ausgangsmaterial zu sichten. Für die Jahre seit 1987 läßt sich festhalten, daß die Zahl der seitens der Strafverfolgungsbehörden als Tatverdächtige erfaßten Kinder, Jugendlichen und Heranwachsenden deutlich gestiegen ist. Waren 1987 in der PKS noch 54.790 Kinder, 127.706 Jugendliche und 147.017 Heranwachsende, mithin insgesamt 329.513 junge Tatverdächtige aufgeführt, so steigen die Zahlen seitdem in der Tendenz deutlich an. Zunächst wurde ein steiler Anstieg verzeichnet, der seinen Höhepunkt im Jahr 1998 mit 692.260 jungen Tatverdächtigen fand. Danach sanken die Werte wieder leicht ab auf insgesamt 604.350 Tatverdächtige unter 21 Jahren im Jahre 2008.<sup>4</sup>

Auf den ersten Blick belegen die Zahlen einen Anstieg des Ausmaßes dessen, was als Jugendkriminalität bezeichnet wird. Bereits in seinem Beitrag aus dem Jahre 1985 hatte der Jubilar darauf hingewiesen, daß Zahlen durchaus geduldig und jeweils in verschiedenen Richtungen interpretierbar sind. So wird man nachvollziehen, daß der Anstieg der Zahl der statistisch erfaßten jugendlichen Tatverdächtigen keinen sicheren Beleg für einen Anstieg der Zahl der durch diese Altersgruppe begangenen Straftaten bieten kann. Das hat zum einen mit der Art der Erfassung zu tun. Während bis einschließlich 1983 Tatverdächtige, die während eines Berichtszeitraumes mehrfach einer Straftat verdächtigt wurden, auch mehrfach gezählt wurden, änderte sich dies mit Beginn des Jahres 1984. Mehrfacherfassungen, insbesondere von Intensivtätern, die eine Verfälschung des Bildes ergeben, sind seitdem ausgeschlossen.<sup>5</sup> Erfaßt ist darüber hinaus in der PKS nur das Hellfeld,<sup>6</sup> das Dunkelfeld bleibt im Rahmen der polizeilichen Kriminalstatistik vollkommen außer Betracht. Verschiebungen zwischen diesen beiden Bereichen, auch größeren Ausmaßes, sind jederzeit möglich und vielleicht sogar gesellschaftlich erwünscht. Insbesondere im Hinblick auf Körperverletzungsdelikte läßt sich argumentieren, daß sich die Rahmenbedingungen insoweit verändert haben, als nunmehr in weiten Kreisen der Bevölkerung eine geringere Toleranz gegenüber Gewaltstraftaten gegeben sei. Man könnte sagen, daß die Zeit des Wegschauens zu Ende zu gehen scheint. Dies hat zur Folge, daß deutlich häufiger entsprechende Strafanzeigen gestellt werden.

Aus meiner praktischen Erfahrung als Strafverteidiger und Jugendstrafverteidiger kann dies, wiederum ohne jede

---

<sup>4</sup> Bundeskriminalamt (Hrsg.), PKS Zeitreihen, <http://www.bka.de/pks>.

<sup>5</sup> Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, 2009, S. III.

<sup>6</sup> Im Jahre 1987 wurden in der PKS 127.706 Jugendliche und 147.017 Heranwachsende als Tatverdächtige registriert, vgl. Bundeskriminalamt (Fn. 4), <http://www.bka.de/pks>.

statistische Relevanz, bestätigt werden. Zur Anzeige und - regional unterschiedlich durch die jeweilige „Kultur“ der zuständigen Staatsanwaltschaft - auch vor den Jugendrichter gelangen vermehrt Körperverletzungshandlungen aus dem schulischen Umfeld Jugendlicher. Nicht selten handelt es sich um Schulhofraufereien bei denen – abgesehen vom Stolz – kaum sichtbare Verletzungen eingetreten sind. Häufig sind es Eltern oder Lehrer, die meinen, daß das Hinzuziehen der Strafverfolgungsbehörden annehmbare Lösungen bietet. Nicht selten spielt auf Seiten des Lehrpersonals die Angst vor dem Vorwurf der Untätigkeit eine Rolle. Gelegentlich - auch das darf nicht verschwiegen werden - steigert ein mögliches Schmerzensgeld für das „Opfer“ die Anzeigebereitschaft merklich.

Seitens der Polizei werden diese Taten ausermittelt und immer häufiger von den Staatsanwaltschaften auch zur Anklage gebracht. Angesichts des Umstandes, daß derartige Taten in einem sozialen Nahbereich erfolgen und somit leicht aufklärbar sind, lassen sich die entsprechenden Ermittlungserfolge statistisch wertvoll aktenkundig machen. Insoweit sind Zweifel am Aussagewert von Aufklärungsquoten angebracht.

Betrachtet man diese Entwicklung unter dem Gesichtspunkt des Erziehungsgedankens, der das Jugendstrafrecht bestimmt, bietet diese Entwicklung durchaus Anlaß zur Kritik. Auch wenn eine Abkehr von der „Kultur des Wegschauens“ in jedem Fall begrüßenswert erscheint, so bleibt doch zweifelhaft, ob diese Fälle überhaupt das Hinschauen mit den Mitteln der Strafverfolgung lohnen. Bis zu einem gewissen Grade erscheint es erzieherisch nicht sinnvoll, einen einmal entstandenen Konflikt zwischen Jugendlichen dadurch zu „lösen“, daß der Konflikt aus seinem sozialen Umfeld heraus in die Hände der Strafverfolgungsbehörden gelangt. Niederschwellige Auseinandersetzungen sollten deeskalierend behandelt werden. Der Konflikt sollte, gegebenenfalls mit Hilfe von Eltern und Lehrern, dort gelöst werden, wo er entstanden ist. Polizei und Staatsanwaltschaften sind hier häufig fehl am Platz. Nicht selten finden sich die Schulhofraufere vor dem Jugendrichter wieder, der, nicht zuletzt überschwert durch die Zahl der anhängigen Verfahren, den genauen Hintergründen und Umständen nur cursorisch nachgehen kann. Wenn dann im Verfahren die Angeklagten auch noch auf Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft treffen, die aufgrund von Alter und bisheriger Sozialisation keine Erfahrungen in der Jugenderziehung aufweisen, ist der erzieherische Mißerfolg vorprogrammiert. Häufig bleibt dann der Eindruck auf Seiten des Angeklagten zurück, daß niemand ihn verstehe und daß sich in der Justiz für die Hintergründe und damit für die Person des Angeklagten keiner interessiere.

Nichtsdestotrotz bleibt der Befund, daß statistisch erfaßte Jugend- und Heranwachsendenkriminalität im Anstieg begriffen ist. Dabei ist nicht nur von Bedeutung, daß die absoluten Zahlen eine deutliche Zunahme erfahren haben. Bedacht werden muß auch, daß sich die jeweilige Alterskohorte in den zurückliegenden Jahren deutlich verkleinert hat. Der Anstieg erscheint so noch bedeutsamer, wenn man entsprechende Kriminalitätsbelastungszahlen errechnet.

Im folgenden soll für dies für die Jahre 1987 und 2008 nachvollzogen werden.

Personen, die im Jahre 1987 als jugendliche Tatverdächtige geführt worden waren, wurden damit in den Jahren von 1969 bis 1973 geboren. Die jeweiligen Geburtsjahrgänge schwanken zwischen 1.142.366 (1969) und 815.969 (1973) Lebendgeborenen. Im Mittel beträgt damit die Stärke des Geburtsjahrganges 944.683 Menschen. Tatverdächtige, die im Jahre 1987 als Heranwachsende geführt wurden, fallen in die Geburtsjahrgänge 1967 bis 1969. Im Durchschnitt lag die Zahl der Lebendgeborenen in diesen Jahren bei 1.209.870.

Zunächst veranschaulichen diese Zahlen sehr schön den dramatischen Geburtenrückgang in dieser Zeit. Hinsichtlich der Kriminalitätsbelastung der entsprechenden Jahrgänge ergeben sich aus den Daten Tatverdächtigenbelastungszahlen (TVBZ) von 13.518 für Jugendliche und 12.151 für Heranwachsende.<sup>7</sup>

Die (fast) aktuelle Situation läßt sich anhand der Daten aus dem Jahr 2008 beschreiben. Nun sind in Bezug auf jugendliche Tatverdächtige die Geburtsjahrgänge 1991 bis 1994 und hinsichtlich der heranwachsenden Tatverdächtigen die Geburtsjahrgänge 1988 bis 1990 zu betrachten. Auch für diese Jahrgänge lassen sich durchschnittliche Stärken errechnen. Diese liegen bei 801.796 für die Gruppe der Jugendlichen und bei 893.042 für die Heranwachsenden. Setzt man die Kohortenstärke nun in Bezug zu den erfaßten Tatverdächtigen<sup>8</sup> ergibt sich eine Kriminalitätsbelastungsziffer von 33.147 für Jugendliche und 26.559 für Heranwachsende.

Selbstverständlich kommt diesen Werten lediglich eine Indikatorwirkung zu. Ungenauigkeiten ergeben sich zum einen aus den Einflüssen der Zu- und Abwanderung in den jeweiligen Altersgruppen sowie aus dem Umstand, daß nicht alle Lebendgeborenen tatsächlich zum Zeitpunkt des Beginns der strafrechtlichen Verantwortung noch am Leben sind. Für eine exakte Bestimmung einer TVBZ wären diese Faktoren korrigierend zu berücksichtigen. Indes wären die gleichen Fehler in den zum Vergleich herangezogenen Jahrgängen zu korrigieren, so daß sich jedenfalls hinsichtlich der Tendenzen durchaus Aussagen treffen lassen.

Danach zeigt sich ein deutlicher Anstieg der Kriminalitätsbelastung. Dieser wird noch verstärkt, wenn man die demographischen Faktoren berücksichtigt.

Gleichfalls bestätigt findet sich der Umstand, daß normdeviantes Verhalten während der Jugend tatsächlich ubiquitär ist. Ein großer Anteil eines jeweiligen Jahrgangs wird als tatverdächtig polizeilich erfaßt und so zum Hellfeld gerechnet. Dunkelfeldstudien belegen, daß die Zahl der nicht angezeigten Straftaten die der angezeigten deutlich übersteigt. Darüber hinaus erweist sich gerade der Bereich der Jugend-

---

<sup>7</sup> Registrierte Tatverdächtige pro 100.000 Angehörige der jeweiligen Altersgruppe.

<sup>8</sup> Im Jahre 2008 wurden in der PKS 265.771 Jugendliche und 237.190 Heranwachsende als Tatverdächtige registriert, vgl. Bundeskriminalamt (Fn. 4), <http://www.bka.de/pks>.

delinquenz als besonders anzeigeunwillig und damit das Dunkelfeld als besonders weitreichend.<sup>9</sup>

Wenn also bereits im Hellfeld ein Drittel der Jugendlichen als Tatverdächtige registriert werden, kann getrost davon ausgegangen werden, daß delinquentes Verhalten von Jugendlichen nicht nur tatsächlich ubiquitär ist.<sup>10</sup> Es gehört vielmehr zur natürlichen Entwicklung eines Menschen. Es ist damit normales menschliches Verhalten. Nachdem das Gemeinwesen derartige Normbrüche indes nicht tolerieren kann, bedarf es einer Erziehungsleistung, um dem jungen Menschen zu verdeutlichen, daß die Einhaltung von Regeln genauso zum Menschsein gehört.

Entscheidend ist daher die Reaktion auf den Normbruch, sei es im familiären Umfeld, sei es als gesellschaftliche Reaktion bei Bruch von Strafnormen mit den Mitteln der Strafverfolgung. Diese Normbestätigung durch entsprechende Reaktion bei erkannter Verletzung ist die Voraussetzung für erfolgreiche Erziehungsmaßnahmen.

Insofern kann festgehalten werden, daß *Tenckhoffs* These, wonach die Suche nach dem Umfang der Jugendkriminalität sinnlos sei, auch ein Viertel Jahrhundert später noch immer Gültigkeit besitzt. Der junge Mensch wird im Jugendalter Straftaten begehen. Jugenddelinquenz läßt sich nicht zum völligen Verschwinden bringen, allenfalls, wie der Jubilar bereits angedeutet hatte, um den Preis eines unerträglichen und innovationsfeindlichen Konformismus. Mag sein, daß manche in den Strafverfolgungsorganen einen solchen Traum träumen, aus entwicklungspsychologischer Sicht gleicht dieser eher einem Alptraum. Es kommt nicht auf das fehlerhafte, normbrecherische Verhalten des Jugendlichen an. Entscheidend ist vielmehr, ob die sich so bietende Chance zur nachhaltigen Erziehung genutzt oder verschenkt wird.

### III. Aktuelle Reformdebatte

Aktuell wird die Reformdebatte von Einzelfällen und deren „Lösungen“ geprägt. Der Gesetzgeber, so scheint es, verliert in einem von Momentaufnahmen geprägten medial gesteuerten Gesellschaftsbewußtsein zunehmend die Fähigkeit längerfristige Entscheidungen zu treffen. Er gleicht zunehmend einem Getriebenen, der rasch - besser sofort - dort „Sicherheits“-Lücken (sic!) meint schließen zu müssen, wo die veröffentlichte Meinung diese vermutet. Beherrscht von einem alles durchsetzenden Sicherheitsdenken wird vieles mit heißer Nadel gestrickt, was besser langsam und sorgfältig

<sup>9</sup> *Schwind*, Kriminologie, Eine praxisbezogene Einführung mit Beispielen, 2001, S. 49.

<sup>10</sup> Dies betrifft männliche wie weibliche Jugendliche gleichermaßen. Die alte kriminologische Weisheit, wonach Frauen gut und Männer schlecht seien, gilt jedenfalls nicht (mehr?) für Jugendliche, vgl. *Schwind* (Fn. 9), S. 80 ff. Gerade in jüngerer Zeit dringen Mädchen mehr und mehr in die bisherigen Domänen des anderen Geschlechtes vor und finden sich auch zunehmend wegen Gewaltdelikten vor dem Jugendrichter wieder. Als Reaktion werden seit jüngster Zeit sogar eigene Anti-Gewalt-Trainingskurse nur für Mädchen angeboten, so beispielsweise in Augsburg über Die Brücke e.V. Siehe auch *Bliesener*, FPR 2007, 16.

hätte gewoben werden sollen. Besorgniserregende Entwicklungen, wie etwa stapelweise beim Bundesgerichtshof eingehende Briefe des Protestes oder gar der Drohungen mit Selbstjustiz, von denen der Präsident des BGH jüngst berichten mußte,<sup>11</sup> sind hiervon genauso die Folge wie Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.<sup>12</sup>

Angesichts dieser Entwicklungen und entsprechend medial aufgearbeiteter Straftaten Jugendlicher nimmt es nicht wunder, daß manche Reformvorhaben auch Eingang in den Koalitionsvertrag der die Bundesregierung seit Herbst 2009 tragenden Parteien Eingang gefunden haben. Auch wenn den Koalitionären der Punkt „Jugendgewalt und Jugendkriminalität“ im 132seitigen Koalitionsvertrag nur 13 Zeilen wert war, so ist neben eher wenig konkreten Absichten wie etwa die „Vollzugsdefizite bei der konsequenten Durchsetzung des Jugendstrafrechts abzubauen“ oder dem Bekenntnis zum Erziehungsgedanken als strukturell wichtiges Element des Jugendstrafrechts doch zumindest eine Neuerung genannt, die bislang vom geltenden Recht nicht gedeckt und doch von verschiedener Seite immer wieder gefordert worden ist: Gemeint ist die Einführung des „Warnschußarrests“, also der Änderung des § 8 Abs. 2 JGG dahingehend, daß neben einer Jugendstrafe zur Bewährung oder Aussetzung der Entscheidung über die Verhängung von Jugendstrafe gem. § 27 JGG ein Jugendarrest als Sanktion ausgesprochen werden darf<sup>13</sup>. Dies wohl ist richtigerweise von den Autoren des Koalitionsvertrages gemeint, wenn der Warnschußarrest „neben der Aussetzung der Verhängung oder der Vollstreckung der Jugendstrafe zur Bewährung“<sup>14</sup> eingeführt werden soll. Daß die Verhängung von Jugendarrest neben einer zur Bewährung ausgesetzten Jugendstrafe nicht möglich sein soll, ist, entgegen dem Wortlaut, wohl nicht gemeint.

Bislang stellt die Kombination von Jugendarrest mit Verhängung von Jugendstrafe, ganz gleich ob mit oder ohne Bewährung, einen klaren Verstoß gegen § 8 Abs. 2 JGG dar. Auch der – unter dem Erziehungsgedanken bedenkenswerte – Umweg über § 27 JGG scheitert nach der Rechtsprechung des BVerfG am Analogieverbot zum Nachteil des Angeklagten.<sup>15</sup>

#### 1. Pro und contra Warnschußarrest

Wenn heute im Zusammenhang mit einer Erweiterung der Kombinationsmöglichkeiten der Sanktionen im Jugendstrafrecht von Warnschüssen gesprochen wird, so führt dieser Begriff doch etwas in die Irre und bedarf meines Erachtens der Korrektur. Wer die Einführung des Warnschußarrestes mit erzieherischen Motiven begründet, der muß sich die Fra-

<sup>11</sup> *Schwan*, FAZ v. 13.2.2010.

<sup>12</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany).

<sup>13</sup> Siehe hierzu näher *Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2009, § 8 Rn. 3a m.w.N.

<sup>14</sup> So wörtlich im Koalitionsvertrag 2009, Wachstum, Bildung, Zusammenhalt, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, 2009, S. 72.

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 9.12.2004 – 2 BvR 930/04; vgl. aber auch LG Augsburg NSTZ 1986, 507.

ge stellen, ob dieser Warn-Schuß nicht reichlich spät kommt. Denn nur wenige jugendliche oder heranwachsende Straftäter stehen erstmals vor dem Jugendgericht und erwarten sofort eine intramurale Sanktion. Wenn tatsächlich der Warnschußarrest sinnvoll sein sollte, dann nur in ganz wenigen Fällen, bei denen vorangegangene jugendgerichtliche Maßnahmen praktisch fehlen. Dies ist indes nicht der Regelfall. Vielmehr haben Jugendstaatsanwälte und -gerichte meist bei den Angeklagten in vorangegangenen Verfahren - um im Bild zu bleiben - mehrfach offensichtlich vergeblich in die Luft geschossen, so daß man jetzt glaubt, den jungen Straftäter, der dann meist wegen durchaus ernster Straftaten - häufig gepaart mit Gewaltanwendung - vor Gericht steht, dadurch zur Besinnung zu bringen, daß er den Freiheitsentzug kurzzeitig spüren soll. Erhofft wird der short sharp shock, quasi der heilsame Schock, der jetzt endlich dem jungen Straftäter klar macht, daß, um im ductus zu bleiben, jetzt Schluß mit lustig sei.

Nach meiner Erfahrung wird sich diese Hoffnung aus mehreren Gründen nicht erfüllen. Man muß zunächst klären, welche Tätergruppe überhaupt für den Warnschußarrest in Betracht kommt. Immer werden es solche Straftäter sein, die zumindest eine Jugendstrafe entweder wegen schädlicher Neigungen oder wegen der Schwere der Schuld verurteilt haben. Wenn man richtigerweise nicht wie manche Jugendkammern im Berufungsverfahren Druck auf die Berufungsführer dadurch ausübt, daß ankündigt wird, bei Tätern, die etwa durch Therapieerfolge den Weg aus den schädlichen Neigungen gefunden haben, die Jugendstrafe dann eben wegen Schwere der Schuld etwa selbst bei gefährlichen Körperverletzungen ohne schwere Tatfolgen zu verhängen,<sup>16</sup> verbleiben als „Zielgruppe“ jugendliche und heranwachsende Straftäter, bei denen schädliche Neigungen festgestellt werden können. Diese Gruppe hat im Regelfall bereits mehrere Strafverfahren hinter sich, Erziehungsmaßregeln und der Katalog der Zuchtmittel haben bislang gleichfalls versagt. Häufig wurde auch bereits mit dem Jugendarrest Bekanntheit gemacht, sei es im Wege einer Verurteilung, sei es im Wege des Ungehorsamsarrestes.

Ein valider Grund dafür, daß sich dieser Täterkreis nun durch einen Warnschußarrest tatsächlich zu einem straffreien Leben bekehren läßt, ist nicht zu finden. Es gibt ihn auch nicht. Der Warnschußarrest mag politisch einer Mehrheit der Bevölkerung gut vermittelbar sein, er geht aber an den Realitäten jugendlicher Täterkarrieren in den meisten Fällen vorbei.

Im übrigen fehlen häufig bereits die Kapazitäten in den Jugendarrestanstalten, so daß Wartezeiten von mehreren Monaten zwischen Rechtskraft und Arrestantritt liegen. Aus erzieherischer Warte ist dies höchst unglücklich. Nicht selten werden in der Zwischenzeit weitere Taten begangen, so daß dann immer die Frage der Einbeziehung zu stellen ist. In diesem Bereich findet sich auch aus meiner Sicht der einzige sinnvolle Ansatz für einen Warnschußarrest:

<sup>16</sup> Ein wegen der beschränkten Rechtsmittelmöglichkeiten gem. § 55 JGG durchaus wirksamer Hinweis!

Nehmen wir beispielsweise den Fall eines Jugendlichen, der zu Dauerarrest wegen einer Körperverletzung verurteilt wurde. Er hat bereits eine oder mehrere weitere einschlägige Voreintragungen. Steht dieser Jugendliche nun wegen einer weiteren Körperverletzung begangen vor Arrestantritt vor dem Jugendrichter, ist wohl wegen belegter schädlicher Neigungen nunmehr Jugendstrafe zu verhängen, die erfahrungsgemäß indes bei erstmaliger Verhängung zur Bewährung ausgesetzt wird.<sup>17</sup> Bezieht das Gericht in diesem Fall die alte, noch nicht verbüßte Verurteilung mit ein, könnte sich bei dem Jugendlichen der Eindruck verfestigen, er komme trotz neuer Straftat milder davon. In diesen Fällen wäre die Kombination von Arrest und Bewährungsjugendstrafe sinnvoll.

Nur: Brauchen wir für diese Zielgruppe eine Gesetzesänderung? Die klare Antwort lautet nein! § 31 Abs. 3 JGG gibt dem Gericht die Möglichkeit von der Einbeziehung Abstand zu nehmen, wenn dies – wie im Beispiel – erzieherisch zweckmäßig ist. Zwar wird der Intention des Gesetzgeber folgend im Regelfall die Einbeziehung auch erzieherisch zweckmäßig sein,<sup>18</sup> in der beschriebenen Fallgruppe indes wird nur durch die Nichteinbeziehung der unerwünschte Erziehungseffekt vermieden. Nur eine Kombination aus kurzfristigem Arrestvollzug als short sharp shock und langfristiger Bewährung bietet eine hinlängliche Gewähr dafür, daß ein entsprechender Lerneffekt auch erzielt werden kann.

Darüber hinaus ist der Vollzug des Arrestes dringend reformbedürftig.<sup>19</sup> Anspruch und Wirklichkeit fallen selten so weit auseinander wie im Jugendarrestvollzug. Häufig steht allein die Verwahrung der Arrestanten im Vordergrund. Eine einheitliche Vollzugspraxis in den Ländern existiert nicht. Benötigt würden indes intelligente Konzepte, die die Gruppe der gefährdeten Jugendlichen auch tatsächlich erreicht und die Erfahrung des Jugendarrestes über die der simplen Lästigkeit hinaushebt.<sup>20</sup> Notwendig erscheint zunächst und vor allem eine strikte räumliche und personelle Trennung von normalen Justizvollzugsanstalten<sup>21</sup> genauso wie eine geson-

<sup>17</sup> Im Jahre 2008 wurden in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt 19.255 Täter zu einer Jugendstrafe verurteilt, hiervon wurde in 11.990 Fällen die Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Dies entspricht einer Bewährungsquote von 62,3%. Der Anteil der Aussetzungen aussetzungsfähiger – i.e. Dauer unter zwei Jahren – Jugendstrafen lag im Jahre 2008 bei 71,1 %, vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2008, Wiesbaden, 2009.

<sup>18</sup> Näher *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 31 Rn. 14 m.w.N.

<sup>19</sup> Näher *Feltes*, NStZ 1993, 105.

<sup>20</sup> Informativ zur praktischen Gestaltung des Vollzuges ist ein Modellprojekt des Justizministeriums Nordrhein-Westfalen, in welchem Arrestanten genauso wie Jugendrichter ihre Erfahrungen mit dem Jugendarrest schildern, siehe <http://www.podknast.de>.

<sup>21</sup> Der Freistaat Bayern gibt hierbei kein gutes Beispiel ab, sind doch alle Jugendarrestanstalten – i.e. Augsburg, Hof, Landshut, München, Nürnberg und Würzburg – in Komplexe mit normalen JVAen eingegliedert, *Ostendorf* (Fn. 18), § 90 Rn. 6. In den Worten des BayStMinJ: „Der Jugendarrest ist

derte pädagogische Befähigung des eingesetzten Justizpersonals. Nachdem es vielen Jugendlichen bereits an der Fähigkeit mangelt, einen geregelten Tagesablauf sinnvoll verantwortlich zu gestalten, liegen dort die Ansatzpunkte für eine sinnvolle Einwirkung, die nachhaltige Effekte erzielen könnten.<sup>22</sup> Damit wäre schon viel gewonnen.

### 2. Weitere Reformansätze

Aus der Sicht des *Verf.* ist damit indes der Reformbedarf im Jugendstrafrecht nicht erschöpft. Wer sich mit Jugendstrafrecht als Praktiker, insbesondere als Strafverteidiger beschäftigt, stößt auf weitere Fragenkreise, die gleichfalls einer verstärkten Aufmerksamkeit verdienen. Zwei davon, die Verbesserung der Verteidigung von Jugendlichen und Heranwachsenden und die effektive Beschleunigung von Jugendverfahren, seien nachfolgend kurz erörtert.

#### a) Notwendige Verteidigung in Jugendsachen<sup>23</sup>

Nach derzeitiger Rechtsprechung besteht entgegen einer verbreiteten Literaturmeinung<sup>24</sup> und entgegen den Kölner Richtlinien<sup>25</sup> noch immer ein klares Verteidigungsdefizit in Jugendstrafsachen. Jugendstrafrecht ist echtes Strafrecht, es vergilt Normbrüche mit der Zufügung von Übel. Die Übelszufügung mag – paternalistisch vorgeprägt – gut gemeint und häufig im Vergleich zu Erwachsenen weniger intensiv und lästig sein. Nichtsdestotrotz wird gegen den Jugendlichen bzw. Heranwachsenden ein Strafverfahren geführt, welches nicht selten prägend für den weiteren Lebensweg ist. Gerade deshalb gebietet es der Fürsorgegedanke, dem jungen Straftäter einen erfahrenen und unabhängigen Verteidiger zur Seite zu stellen, der seine Aufgabe genauso wie in Verfahren nach Erwachsenenstrafrecht darin sieht, dem Angeklagten beizustehen und jedes legale Mittel zu ergreifen, um die Übelszufügung so gering wie möglich zu halten. Damit ist selbstredend nicht gemeint, daß der Verteidiger von Beginn an stets auf Konfrontation setzen muß. Wirkungsvolle und effektive Verteidigung kann gerade in Jugendsachen auch darin bestehen, dem Jugendlichen zu einem Geständnis zu bewegen, wenn sich aus der Sicht des Verteidigers hierdurch das günstigste Ergebnis erzielen läßt.

---

den Justizvollzugsanstalten zugeordnet. Dort bildet der Jugendarrest jeweils eine kleine Abteilung“, siehe [http://www.justizvollzug-bayern.de/JV/Ueberblick/A\\_Z/J/jugend-arrestanstalten](http://www.justizvollzug-bayern.de/JV/Ueberblick/A_Z/J/jugend-arrestanstalten).

<sup>22</sup> Vgl. Feltes, in: Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V. (Hrsg.), Die jugendrichterlichen Entscheidungen – Anspruch und Wirklichkeit, Bericht über die Verhandlungen des 18. Deutschen Jugendgerichtstages in Göttingen vom 29. September bis 3. Oktober 1980, 1981, S. 290 (S. 302).

<sup>23</sup> M. Walter, NSTZ 1987, 481 (483).

<sup>24</sup> Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, 14. Aufl. 2002, § 33 3. b); Zieger, Verteidigung in Jugendstrafsachen, 4. Aufl. 2002, Rn. 166 ff. m.w.N.

<sup>25</sup> Kölner Richtlinien, NJW 1989, 1024.

Ohne Stütze im Gesetz ist indes die Auffassung, wonach der Verteidiger unter Erziehungsgesichtspunkten gegebenenfalls auf den Gebrauch prozessualer Rechte verzichten soll. Das Gegenteil ist richtig. Zur Erfahrung des Jugendstrafverfahrens gehört für den jungen Straftäter auch, daß dieser Rechte hat und daß diese von ihm selbst oder seinem Verteidiger auch wahrgenommen werden können. Er soll lernen, daß er als Verfahrensbeteiligter als Subjekt behandelt wird. Der Verteidiger kann dabei – und insoweit kommt diesem auch eine Erziehungsrolle zu – erklärend auftreten und so dem jungen Angeklagten helfen, das Strafverfahren als fairen und notwendigen Prozeß zu akzeptieren. Dabei muß der Verteidiger stets offenlegen, daß es auch im Jugendstrafrecht ganz zentral um Eingriffe in die Rechte der Beschuldigten bzw. Angeklagten geht. Diese bedürfen der gleichen Rechtfertigung wie bei erwachsenen Straftätern. Pädagogischer Optimismus und sonstiges Wohl-Meinen reicht hierfür nicht hin.<sup>26</sup>

Bedauerlicherweise wird der Verteidiger in Jugendstrafsachen seitens der Justiz noch immer häufig als lästig und überflüssig angesehen und entsprechend behindert. Obwohl seitens des Gesetzgebers eine Ausweitung der notwendigen Verteidigung im Vergleich zu Erwachsenen zwingend vorgegeben ist, wird das Gegenteil praktiziert. Der Anteil der verteidigten Jugendlichen ist im Vergleich mit Erwachsenen deutlich geringer.<sup>27</sup> Ein Grund dafür liegt darin, daß die Rechtsprechung nicht bei der Frage der Beiordnung wegen der Schwere der Tat gem. § 140 Abs. 2 StPO zwischen beiden Gruppen unterscheidet. Wie bei Erwachsenen wird im Regelfall notwendige Verteidigung erst dann angenommen, wenn eine Jugendstrafe von einem Jahr oder mehr im Raum steht. Dabei wird übersehen, daß jede Form von Freiheitsentziehung bei jungen Menschen besonders nachteilige Folgen für die weitere Entwicklung im Leben haben kann. Ein längeres Fehlen in Schule oder Ausbildung verbaut meist zwangsläufig Lebenschancen, die ausschließlich in der Jugend nutzbar sind und meist nicht wieder kommen. Die Strafempfindlichkeit des jungen Menschen ist damit höher als bei Erwachsenen. Es ist daher nach meiner Überzeugung stets von notwendiger Verteidigung auszugehen, wenn eine Freiheitsentziehung unabhängig von der Dauer droht.

Daneben wird regelmäßig die Stellung des Jugendschöffengerichts im System der Jugendgerichte falsch eingeschätzt. Jugendschöffengerichte mögen bei den Amtsgerichten angesiedelt sein. Strukturell entsprechen sie indes den großen Strafkammern. Dies ergibt sich bereits daraus, daß die Strafgewalt des Jugendschöffengerichts über die des Schöf-

---

<sup>26</sup> Vgl. Bottke, in: BMJ (Hrsg.), Verteidigung in Jugendstrafsachen, Symposium an der Kriminologischen Forschungsstelle der Universität zu Köln, 26.-29. März 1987, 1987, S. 46 (S. 64).

<sup>27</sup> Vgl. Kölner Richtlinien, NJW 1989, 1025. Danach waren 1986 25,7 % der Angeklagten vor dem Jugendrichter verteidigt gegenüber 59,1 % der Angeklagten vor dem Strafrichter. Vgl. auch Eisenberg (Fn. 13), § 68 Rn. 8, mit Angaben auch für davor liegende Zeiträume. Neuere Zahlen sind nicht verfügbar.

fengerichts hinausgeht. Sie ist in Bezug auf Jugendliche formal unbegrenzt im Rahmen der Sanktionsmöglichkeiten nach dem JGG. Lediglich für Heranwachsende ist die Beschränkung des § 108 Abs. 3 JGG bei Anwendung von Erwachsenstrafrecht gegeben. Wird in erster Instanz gegen einen Erwachsenen vor der Strafkammer verhandelt, liegt gem. § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO stets ein Fall der notwendigen Verteidigung vor. Schon deswegen ist es zwingend geboten, bei einer Anklage zum Jugendschöffengericht regelmäßig von notwendiger Verteidigung auszugehen.

Natürlich kann man in Zweifel ziehen, ob die Hinzuziehung eines Verteidigers tatsächlich für den jungen Angeklagten in jedem Falle nutzbringend ist.<sup>28</sup> Meßbare Ergebnisse mögen nicht vorliegen; entscheidend erscheint indes der Umstand, daß von allen Rechtspflegeorganen der Jugendverteidiger die meiste Zeit mit dem Angeklagten verbringt und ihn so von allen an Verfahrensbeteiligten am besten kennenlernt. Bei Staatsanwälten beschränkt sich - man möchte hinzufügen bedauerlicherweise - bei ganz wenigen Ausnahmen der Kontakt zur „Kundschaft“ auf das Aktenstudium, Jugendrichter und Jugendschöffen erleben den Angeklagten lediglich in der besonderen Situation der Hauptverhandlung, die aufgrund vorgegebener Formalisierungen ein echtes Kennen- und Verstehenlernen zumindest sehr erschwert. Der Jugendverteidiger indes wird sich bei mehreren Gelegenheiten - Mandatsannahme, Besprechung der Akte, Vorbereitung der Hauptverhandlung - für den jungen Menschen Zeit nehmen und versuchen, die Person hinter der Straftat zu ergründen. Ein angemessener Sanktionsvorschlag im Plädoyer des Verteidigers hat seine Grundlage häufig in diesen Auseinandersetzungen.

#### b) Nur kurze Verfahren sind gute Verfahren

Ein letzter Reformbedarf sei noch angesprochen. Wenn sich etwas im Jugendstrafrecht als wahr und richtig erwiesen hat, dann die Tatsache, daß Erziehungserfolge dann eher erzielt werden können, wenn die Ahnung der Tat auf dem Fuße folgt.<sup>29</sup> Bedauerlicherweise ist die Praxis nicht in der Lage, dieser Aufgabe vollends gerecht zu werden. Wohl auch bedingt durch den Anstieg der Verfahrenszahlen dauern Ju-

gendstrafsachen häufig zu lang. Der *Verf.* hat allein in wenigen zurückliegenden Jahren mehrfach in Jugendstrafsachen verteidigt, bei denen die Tatbegehung zum Zeitpunkt der ersten Hauptverhandlung ein Jahr oder länger zurücklag. Nachvollziehbare und unter Erziehungsgesichtspunkten akzeptable Gründe für die Verzögerungen lassen sich nicht finden. Für den jungen Straftäter steht der lange Zeitlauf zwischen Tat und Ahnung dem erwünschten Lernerfolg entgegen, für ihn als jungem Menschen vergeht die Zeit noch langsam. Gleichzeitig schreitet die persönliche Entwicklung mit Riesenschritten voran, so daß eine Auseinandersetzung mit lange zurückliegendem Fehlverhalten nicht ernsthaft sachdienlich ist.

Offensichtlich reicht die Personaldecke der Justiz nicht aus, die Flut der Verfahren zu bewältigen. An dieser Stelle läßt sich der Bogen zum Beginn des Beitrages spannen. Daß so viele Verfahren geführt werden, hat nicht zuletzt auch mit der Ermittlungs- und Einstellungspraxis der Strafverfolgungsbehörden zu tun. Weniger wäre hier mehr! Es ist eben nicht so, daß jede Schulhofprügelei vor den Jugendrichter gehört. Ein größeres Maß an Fingerspitzengefühl bei der Entscheidung über die richtige Art der Abschlußverfügung wäre sicherlich weiterführend. Jugendrichtern wird aufgrund der prekären Personalsituation eine immer größere Zahl zu erledigender Verfahren aufgebürdet. Erst in jüngster Zeit erhöhte sich die Zahl der Verfahren, die ein Jugendstrafrichter pro Jahr zu bearbeiten hat nach Aussagen des Richterbundes von 450 auf 930, das Pensum des Jugendschöffengerichts wurde von 160 auf 360 Fälle jährlich gesteigert.<sup>30</sup> Wie eine Verdoppelung der Arbeitslast mit einer Verbesserung der Jugendstrafrechtspflege in Einklang zu bringen ist, erscheint mehr als schleierhaft. Gerade dieser Bereich verdient eine verstärkte Aufmerksamkeit seitens der Politik. Indes fehlen diesbezüglich jegliche Anzeichen.

#### IV. Fazit und Ausblick

Welches Fazit bleibt nun zu ziehen? Man wird wohl festhalten können, daß die Probleme und Fragestellungen, die der verehrte Jubilar 1985 aufwarf, im wesentlichen noch immer Geltung besitzen. Noch immer wird praktisch jeder Jugendliche, zumindest männlichen Geschlechts, im Laufe seiner Jugendjahre straffällig. Noch immer gilt, daß allein statistische Steigerungen oder aufsehenerregende Einzelfälle für die Bewertung des Phänomens der Jugendkriminalität nicht ausschlaggebend sind. Mit ihnen läßt sich allenfalls die öffentliche Meinung führen und verführen. Wichtiger als verschärfte Gesetze allerorten wäre indes auch im Jugendstrafrecht die konsequente Anwendung des vorhandenen Bestandes und vor allen Dingen die Sicherstellung eines effektiven Vollzuges durch eine entsprechende Personalausstattung in der Justiz.

<sup>28</sup> Vgl. etwa *M. Walter*, *NSZ* 1987, 481 (485), der die Gefahr sieht, daß bei steigender Anwalts- und sinkender Kinderzahl Anwälte der Versuchung ausgesetzt seien, ihre Interessen vor die der jungen Mandanten zu stellen.

<sup>29</sup> Diese Überzeugung hat sich auch international durchgesetzt, vgl. *Beijing-Regeln der Vereinten Nationen*, *Resolution der Generalversammlung vom 29.11.1985, A/RES/40/33*, „20.1: Jeder Fall ist von Anfang an zügig und ohne jede unnötige Verzögerung zu behandeln. Die zügige Erledigung der förmlichen Verfahren in Jugendsachen ist von überragender Bedeutung. Kommt es zu Verzögerungen, wird die möglicherweise positive Wirkung des Verfahrens und der Entscheidung in Frage gestellt. Je mehr Zeit verstreicht, desto schwieriger, wenn nicht sogar unmöglich wird es für den Jugendlichen, das Verfahren und die verfügbaren Maßnahmen geistig und psychologisch mit der Tat in Verbindung zu bringen.“

<sup>30</sup> Richterbund Rheinland-Pfalz, Pressemitteilung vom 15.1.2008, [http://www.richterbund-rlp.de/index.php?=&aktion=zeig&art\\_id=65&kat\\_id=5](http://www.richterbund-rlp.de/index.php?=&aktion=zeig&art_id=65&kat_id=5).

# Die „beleidigungsfreie Sphäre“ bei Briefen im Strafvollzug

Von Ministerialdirigent Prof. Dr. Frank Arloth, München/Augsburg\*

## I. Einleitung

Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen sind zwei Fälle, die jeweils Gegenstand von Entscheidungen des BVerfG gewesen sind:<sup>1</sup>

*Fall 1:* Der Gefangene verbüßt eine mehrjährige Freiheitsstrafe. Er schrieb aus der JVA einen Brief an seine Verlobte. Darin äußerte er sich u.a. wie folgt: „Eine neue mechanische Schreibmaschine wäre zwar auch nicht teuer, doch in gewisser Weise eine unnütze Anschaffung. Denn wer schreibt draußen schon mit einem derartigen Gerät und auch ich habe ja eine elektrische. Diese sind aber verboten, zumindest in Bayern. Sagt jedenfalls das ‚Reichsparteitags-OLG‘ in Nürnberg“.

Der zuständige Abteilungsleiter der JVA ordnete das Anhalten des Briefes mit der Begründung an, dass sein Inhalt das Ziel des Vollzuges gefährde und grobe Beleidigungen enthalte. Gegen das Anhalten des Briefes stellte der Gefangene Antrag auf gerichtliche Entscheidung, der letztlich vom OLG Bamberg zurückgewiesen wurde.

*Fall 2:* Eine Studentin der Rechtswissenschaft war von ihrem in einer Justizvollzugsanstalt inhaftierten Bruder brieflich über Vorkommnisse in der Haftanstalt unterrichtet worden, die ihn so belasteten, dass er Selbstmordabsichten andeutete. Daraufhin antwortete sie ihm mit einem Brief, in dem es u.a. hieß: „Vergiß auch nicht, daß Du es fast ausschließlich mit Kretins (Schwachsinnigen) zu tun hast, die auf Beförderung geil sind oder ganz einfach Perverse sind. Denk dabei an die KZ-Aufseher und Du weißt, welche Menschengruppe dich umgibt. Versuche damit, Dein doch sonst immer lebensbejahendes Denken und Dein fröhliches Wesen aufrecht zu erhalten.“

Der Anstaltsleiter ordnete das Anhalten des Briefes mit der Begründung an, dass sein Inhalt grobe Beleidigungen enthalte, und erstattete Strafanzeige. Die Studentin wurde unter Ausschöpfung des ordentlichen Rechtsweges wegen Beleidigung (§ 185 StGB) verurteilt.

In beiden Fällen wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt. Das Anhalten des Briefes im Fall 1 wurde auf § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 4 StVollzG (Gefährdung des Vollzugsziels; grobe Beleidigung) gestützt, das Anhalten im Fall 2 auf § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG (grobe Beleidigung).<sup>2</sup> Nach § 29 Abs. 3

StVollzG darf der Schriftwechsel überwacht werden, soweit es aus Gründen der Behandlung oder Sicherheit oder Ordnung der Anstalt erforderlich ist.<sup>3</sup> Soweit im Fall 2 die Weitergabe des Briefes im Zusammenhang mit der Strafanzeige gegen die Studentin erfolgte, läßt sich die Weitergabe auf § 180 Abs. 8 StVollzG stützen.<sup>4</sup> Danach dürfen bei der Überwachung des Schriftwechsels bekannt gewordene personenbezogene Daten nur für die in § 180 Abs. 2 StVollzG (hier: Nr. 4 „Verfolgung von Straftaten“) aufgeführten Zwecke verarbeitet und genutzt werden.

Beide Verfassungsbeschwerden hatten Erfolg.<sup>5</sup>

## II. Die einzelnen Begründungselemente

1. Im Fall 1 hob das BVerfG zunächst mit der Begründung auf, dass nicht ausreichend festgestellt sei, ob die im Einzelfall zu beurteilende Meinungsäußerung (hier: „Reichsparteitags-OLG“) einen gesetzlich geschützten Belang (hier: Recht der persönlichen Ehre der betroffenen Richter) überhaupt berühre.<sup>6</sup> Die Entscheidung des OLG Bamberg beruhte nämlich auf der Feststellung, dass der Gefangene mit der Bezeichnung „Reichsparteitags-OLG“ bewusst bezwecke, die Richter des OLG Nürnberg und ihre Rechtsprechung in die Nähe des nationalsozialistischen Willkür- und Unrechtsstaates zu stellen. Das BVerfG hält jedoch eine solche Deutung für keineswegs zwingend. Die beanstandete Äußerung könne objektiv auch dahingehend verstanden werden, dass die von dem Gefangenen als unerfreulich empfundene, von ihm auf die Rechtsprechung des OLG Nürnberg zurückgeführte eigene Situation gewissermaßen in Parallele gesetzt sei zu der Bedeutung, die der Sitzort des Gerichts in der unerfreulichen Geschichte des Nationalsozialismus hatte. Das OLG Bamberg hätte sich daher für seine eigene Deutung der dafür maßgebenden Umstände besonders versichern müssen.<sup>7</sup> Der

---

JVollzG III; Art. 34 BayStVollzG; § 31 HmbStVollzG; § 32 NJVollzG.

<sup>3</sup> Soweit die Länder inzwischen eigene Strafvollzugsgesetze erlassen haben, wurde die entsprechende Bestimmung des § 29 StVollzG nahezu wortgleich übernommen: § 24 Abs. 1 BWJVollzG III; Art. 32 Abs. 3 BayStVollzG; § 30 Abs. 1 HmbStVollzG; § 30 Abs. 1 NJVollzG.

<sup>4</sup> Soweit die Länder inzwischen eigene Strafvollzugsgesetze erlassen haben, wurde die entsprechende Bestimmung des § 180 Abs. 8 StVollzG nahezu wortgleich übernommen: § 18 Abs. 1 BWJVollzG I; Art. 197 Abs. 8 BayStVollzG; § 120 Abs. 8 HmbStVollzG. In Niedersachsen soll für die Datenübermittlung § 191 Abs. 2 NJVollzG einschlägig sein (vgl. Arloth, Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 191 NJVollzG Rn. 2).

<sup>5</sup> BVerfG NJW 1954, 1149 und NJW 1995, 1477 (Fall 1); BVerfGE 90, 255 (Fall 2).

<sup>6</sup> BVerfG NJW 1994, 1149.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 1994, 1149/1150; dazu auch Gusy, in: Schulz/Damnit (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, 1997, S. 673 (S. 680 f.).

---

\* Der Autor ist Leiter der Abteilung Justizvollzug im Bayerischen Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz sowie Honorarprofessor für Strafrecht an der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> BVerfG NJW 1994, 1149 und NJW 1995, 1477; BVerfGE 90, 255 = NSStZ 1994, 403.

<sup>2</sup> Soweit die Länder inzwischen eigene Strafvollzugsgesetze erlassen haben, wurde die entsprechende Bestimmung des § 31 StVollzG nahezu wortgleich übernommen: § 26 BW-

Beschluss des OLG Bamberg wurde daher aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG Bamberg zurückverwiesen.

Das OLG Bamberg wies jedoch erneut den Antrag des Gefangenen auf gerichtliche Entscheidung zurück.<sup>8</sup> Nach nochmaliger eingehender Überprüfung der Äußerung des Gefangenen unter Berücksichtigung der Ausführungen des BVerfG sieht der *Strafsenat* sich darin bestätigt, dass die beanstandete Aussage des Gefangenen die Richter des OLG Nürnberg den Repräsentanten der NSDAP gleichsetze, die sich in Nürnberg zur ihren „Reichsparteitagen“ versammelten und stellt eine Parallele zwischen der Rechtsprechung dieses Gerichts und den Willkür- und Unterdrückungsmaßnahmen der nationalsozialistischen Machthaber her, die während solcher Reichsparteitage etwa die so genannten „Nürnberger Rassengesetze“ beschlossen oder feierten. Damit stelle die Bezeichnung des OLG Nürnberg als „Reichsparteitags-OLG“ eine grobe Beleidigung im Sinne des § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG dar, welche allein schon die Anhaltung des Briefes rechtfertige. Darüber hinaus stützt der *Senat* das Anhalten des Briefes auch auf die Gefährdung des Vollzugsziels nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 StVollzG. Hierzu zieht der *Senat* weitere Äußerungen des Gefangenen in dem angehaltenen Brief heran.<sup>9</sup>

Erneut hebt das BVerfG das OLG Bamberg auf und entscheidet letztlich in der Sache selbst, indem es die Weiterleitung des Briefes anordnet.<sup>10</sup> Allerdings wechselt das BVerfG nunmehr die Begründung: Während es zunächst die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde allein auf eine Verletzung des Rechtes auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG des Gefangenen gestützt hat, zieht es nunmehr ergänzend auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG heran. Es könne dahinstehen, ob die vom *Strafsenat* vorgenommene Interpretation und Bewertung der inkriminierten Äußerung als grobe Beleidigung mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 GG Bestand haben könne. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleiste dem Einzelnen einen Raum, in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen sei oder mit Personen seines Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen verkehren könne. Dieser Vertrauensschutz gehe nicht dadurch verloren, dass sich der Staat Kenntnis von vertraulich gemachten Äußerungen verschaffe. Dies gelte auch für die Briefkontrolle bei Strafgefangenen nach den Vorschriften der §§ 29 Abs. 3, 31 Abs. 1 StVollzG. Zwar erhalte der Vollzugsbeamte bei Gelegenheit einer solchen Kontrolle Kenntnis vom gesamten Inhalt eines überprüften Schriftstücks. Diese Kenntnisnahme ändere aber, wenn der Adressat dem Briefschreiber nahe steht, nichts an der Zugehörigkeit der vertraulichen Mitteilung zu der grundrechtlich geschützten Privatsphäre. Diese könne durch die Kontrollbefugnis zwar regelmäßig durchbrochen, nicht aber in eine öffentliche Sphäre umdefiniert werden. Vielmehr wirke sich der Grundrechtsschutz gerade darin aus, dass der vertrauliche Charakter der Mitteilung trotz der staatlichen Überwachung gewahrt bleibe.

<sup>8</sup> OLG Bamberg NJW 1994, 1972.

<sup>9</sup> OLG Bamberg NJW 1994, 1972 (1974).

<sup>10</sup> BVerfG NJW 1995, 1477 auch zum Folgenden.

Er entfalle deshalb nicht schon deswegen, weil der Verfasser von der Briefkontrolle weiß. Dabei bleibe die Frage offen, ob bei einer Äußerung in der Intimsphäre der Tatbestand der Beleidigung oder deren Rechtswidrigkeit entfalle. Etwas anderes könne nur gelten, wenn der Gefangene selbst die Vertraulichkeit aufgehoben hätte, so dass die Gelegenheit für Dritte, seine Äußerung wahrzunehmen, ihm zuzurechnen wäre. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Mitteilung an die Vertrauensperson nur erfolgt wäre, um den Briefkontrolleur oder Dritte zu treffen.

2. Die 2. Kammer des BVerfG greift mit dieser Begründung auf die Entscheidung des 1. *Senats* im Fall 2 zurück. Darin hebt das BVerfG die Verurteilung der Studentin wegen Beleidigung auf, weil die angegriffenen Entscheidungen die Studentin in ihrem Grundrecht auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen.<sup>11</sup> Zwar unterliege die Meinungsfreiheit denjenigen Schranken, die sich aus den Vorschriften zum Schutz der persönlichen Ehre ergeben. Zu diesen zähle auch § 185 StGB, auf den die Verurteilung gestützt worden ist. Zwar genieße bei schweren und haltlosen Kränkungen im privaten Bereich der Ehrenschatz regelmäßig Vorrang vor der Meinungsfreiheit, doch gelte diese Abwägungsregel nicht ausnahmslos. Sie beruhe auf der unausgesprochenen Voraussetzung, dass die kränkende Äußerung gegenüber dem Betroffenen oder Dritten getan werde und dort ihre herabsetzende Wirkung entfalte. An dieser Voraussetzung fehle es, wenn die Äußerung in einer Sphäre fällt, die gegen Wahrnehmung durch den Betroffenen oder Dritte gerade abgeschirmt ist. Am Schutz der Privatsphäre nehme auch die vertrauliche Kommunikation teil. Die strafrechtliche Judikatur und die Literatur trage dem insoweit Rechnung, indem sie bei ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte in besonders engen Lebenskreisen eine beleidigungsfreie Sphäre zugestehe, wenn die Äußerung Ausdruck des besonderen Vertrauens ist und wenn keine begründete Möglichkeit ihrer Weitergabe besteht. Anders als die Strafgerichte im Fall 2 angenommen haben, gehe der Schutz der Vertrauenssphäre aber auch nicht dann verloren, wenn sich der Staat Kenntnis von vertraulich gemachten Äußerungen verschaffe. Dies gelte auch für die Briefkontrolle bei Gefangenen. Etwas anderes gelte nur, wenn der sich Äußernde selber die Vertraulichkeit aufhebe, so dass die Gelegenheit für Dritte, seine Äußerungen wahrzunehmen, ihm zuzurechnen sei und nicht erst durch den staatlichen Eingriff geschaffen werde. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der sich Äußernde die nötige Vorsicht gegen Kenntnisnahme Dritter außer Acht lasse oder Übermittlungswege wähle, die der Überwachung unterliegen, obwohl er ohne Weiteres auch unüberwacht Kontakt aufnehmen könnte. Erst recht sei dies der Fall, wenn eine Mitteilung an Vertrauenspersonen nur genutzt werde, um den Briefkontrolleur oder durch ihn Dritte zu treffen. Dazu bedarf es aber der Feststellung tatsächlicher Umstände, die diese Annahme rechtfertigen können. Das BVerfG hebt dann hervor, dass diese Grundsätze unabhängig davon gelten würden, ob es

<sup>11</sup> BVerfGE 90, 255.

sich um Mitteilungen handle, die in der Haftanstalt eingehen oder sie verlassen. Ebenso wenig komme es darauf an, ob Verfasser oder Empfänger sich in Strafhaft oder U-Haft befänden. Schließlich sei der Kreis möglicher Vertrauenspersonen nicht auf Ehegatten oder Eltern beschränkt.

3. Diese Rechtsprechung lässt sich daher wie folgt zusammenfassen:

- Der auch (Straf- und U-)Gefangenen durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährte besondere Schutz der Vertrauensbeziehung geht nicht dadurch verloren, dass sich der Staat Kenntnis von vertraulich gemachten Äußerungen im Wege einer Briefkontrolle verschafft.
- Eine Vertrauensbeziehung ist nicht auf Ehegatten oder Eltern beschränkt, sondern umfasst auch ähnliche enge Vertrauensverhältnisse. Dabei sind neben dem Charakter der Vertrauensbeziehung die Art und der Kontext der ehrverletzenden Äußerung zu berücksichtigen.<sup>12</sup>
- Entsprechende Briefe von und an Gefangene dürfen weder angehalten und zur Grundlage von Disziplinarmaßnahmen gemacht noch zur Strafverfolgung wegen Beleidigung weitergegeben werden.
- Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Mitteilung nur erfolgt, um dadurch den Briefkontrolleur oder durch ihn Dritte zu treffen. Dies muss aber positiv festgestellt werden.

Die Literatur stimmt dieser Rechtsprechung weitgehend zu.<sup>13</sup> Damit verbliebe letztlich nur ein schmaler Anwendungsbe-  
reich für den Anhaltegrund des § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG: im Wesentlichen betrifft er die Korrespondenz mit nicht

besonders nahe stehenden Personen sowie der Presse bzw. den Medien.<sup>14</sup>

### III. Die „beleidigungsfreie Sphäre“

Zentrales Begründungselement dieser Rechtsprechung ist die Annahme einer „beleidigungsfreien Sphäre“ bei entsprechenden Äußerungen. Allen Erscheinungsformen der Beleidigung ist ihr Charakter als Kundgabedelikt gemeinsam. Ehrenkränkende Äußerungen müssen einen bestimmten oder objektiv bestimmbareren Inhalt haben, sich an einen anderen richten und zur Kenntnisnahme durch andere bestimmt sein.<sup>15</sup> Daran fehlt es zum Beispiel im Falle eines zufällig belauschten Selbstgesprächs oder bei Tagebuchaufzeichnungen, die privaten Zwecken dienen und nicht zur Kenntnis Dritter gelangen sollen. Vertrauliche Äußerungen ehrenrührigen Inhalts über Dritte im Kreis eng Vertrauter sollen nach einem Teil der Literatur einem solchen Selbstgespräch gleichgestellt sein.<sup>16</sup> Teilweise wird trotz Bejahung des objektiven Tatbestandes einer Beleidigung der Kundgabevorsatz verneint, sofern der Täter mit Vertraulichkeit gerechnet hat.<sup>17</sup> Allerdings lässt sich das Vorliegen einer Kundgabe weder objektiv noch subjektiv bezweifeln, da es um Äußerungen geht, die an einen anderen gerichtet sind, zur Kenntnisnahme durch ihn bestimmt und als solche gewollt sind.<sup>18</sup> Letztlich lässt sich das Merkmal der Kundgabe nur teleologisch beschränken, indem Äußerungen innerhalb der Privatsphäre davon ausgenommen werden.<sup>19</sup> Dahinter steht die Erwägung, dass dem Täter ein letztes Refugium verbleiben muss, wo er befreit von den rechtlichen Pflichtenanforderungen vertrauliche Gespräche führen und durchaus einmal seinen angestauten Emotionen Luft machen darf, ohne deswegen eine Bestrafung befürchten zu müssen.<sup>20</sup> Damit handelt es sich zumindest auch um eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandes, da nur so die Privatsphäre (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) hinreichend geschützt werden kann.<sup>21</sup>

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2007, 1194.

<sup>13</sup> *Calliess/Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 31 Rn. 4; *Joester/Wegner*, in: Feest (Hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 5. Aufl. 2006, § 31 Rn. 8; *Laubenthal*, Strafvollzug, 5. Aufl. 2008, Rn. 497; *Walter*, Strafvollzug, 2. Aufl. 1999, Rn. 360; *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug, 5. Aufl. 2002, § 7 Rn. 114; *Böhm*, Strafvollzug, 3. Aufl. 2003, Rn. 258; krit. bereits *Arloth* (Fn. 4), § 31 Rn. 8; aus dem strafrechtlichen Schrifttum ausdrücklich: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 185 Rn. 9; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 185 Rn. 12, § 193 Rn. 29 (vgl. aber auch Rn. 31); *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 185 ff. Rn. 9b; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Vor §§ 185 ff. Rn. 41; *Sinn*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 185 Rn. 15; *Rogall*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand: Juni 2006, Vor § 185 Rn. 49; *Wolff-Reske*, Jura 1996, 184 (188 f.); *Wasmuth*, NStZ 1994, 100; *Hillenkamp*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 555 (S. 573); abl. *Popp*, NStZ 1995, 413; *Kiesel*, JR 1995, 381.

<sup>14</sup> *Schwind*, in: Ders./Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, Bund und Länder, 5. Aufl. 2009, § 31 StVollzG Rn. 11; *Bemmann*, in: Häberle u.a. (Hrsg.), Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos zum 70. Geburtstag am 5. Mai 2003, 2003, S. 23 (S. 27).

<sup>15</sup> *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 479.

<sup>16</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 185 Rn. 9 m.w.N.

<sup>17</sup> *Leppin*, JW 1937, 2887.

<sup>18</sup> *Zaczyk* (Fn. 13), Vor §§ 185 ff., Rn. 38; *Wessels/Hettinger*, (Fn. 15), Rn. 483.

<sup>19</sup> So die h.L. im strafrechtlichen Schrifttum, vgl. die Nachweise in Fn. 13; für persönlichen Strafausschlussgrund *Lenckner* (Fn. 13), Vor §§ 185 ff. Rn. 9a; für Rechtfertigungsgrund *Hilgendorf*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 185 Rn. 14; *Schendzielorz*, Umfang und Grenzen der straffreien Beleidigungssphäre, 1992, S. 199 ff., 214 ff. (eine von *Tenckhoff* betreute Dissertation).

<sup>20</sup> *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (788).

<sup>21</sup> In diese Richtung auch *Rogall* (Fn. 13), Vor § 185 Rn. 47; *Wolff-Reske*, Jura 1996, 184 (187); nach *Hillenkamp* (Fn. 13),

Wenn nun einerseits ein solcher Freiraum besteht, der – wie das BVerfG zutreffend annimmt – auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG beruht, liegt es nahe, den privilegierungsbedürftigen Personenkreis nicht auf Familienangehörige im Sinne des Art. 6 GG zu beschränken.<sup>22</sup> Denn dann „bliebe letztlich gerade den Alleinstehenden, die die Möglichkeit bitter nötig haben, ihrem Herzen einmal Luft zu verschaffen, die hierfür erforderliche straffreie Sphäre versagt.“<sup>23</sup> Da aber andererseits auch ein effektiver Ehrenschatz gewährleistet sein muss, darf dieser Freiraum, in dem man sich ungestraft äußern darf, sicher auch nicht zu großzügig abgesteckt werden. Deshalb beschränkt sich der Kreis der geschützten Kontaktpersonen auf persönliche Vertrauensverhältnisse. Hierzu zählen neben einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch besonders enge Freundschaftsverhältnisse; für letztere sind Art, Dauer und Intensität der persönlichen Beziehung maßgebend.<sup>24</sup> Entsprechendes gilt für gleichgeschlechtliche Partnerschaften.<sup>25</sup> Keine Rolle spielt es, ob die Äußerung mündlich oder schriftlich erfolgt,<sup>26</sup> da angesichts moderner Kommunikationsmittel (SMS, E-Mail) die Übergänge ohnehin fließender und die Hürden, wie es das Abschicken eines Briefes darstellt (Frankieren, Gang zur Post), geringer geworden sind.

Zu einer Einschränkung des Ehrenschatzes besteht allerdings dann kein Grund, wenn innerhalb des engsten Kreises die Vertraulichkeit nicht gewährleistet ist, deren Wahrung vielmehr von vornherein zweifelhaft erscheint, wie etwa bei beleidigenden Äußerungen über Dritte im Verlauf ehelicher oder familiärer Auseinandersetzungen, insbesondere dann, wenn der Betroffene dem anderen Teil persönlich nahe steht.<sup>27</sup> Und schließlich müssen von der Einschränkung Tatsachenbehauptungen wider besseres Wissen und verleumdende Beleidigungen im Sinne des § 187 StGB ausgenommen werden, da es an einer Ehrabschneidung wider besseres Wissen auch im engsten Kreis kein schutzwürdiges Interesse gibt.<sup>28</sup> Dazu müssen aber auch Tatsachenbehauptungen gehören, die einen anderen verächtlich machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet sind, wenn nicht

diese Tatsache erweislich wahr ist, im Sinne von § 186 StGB.<sup>29</sup> Nur zutreffende Tatsachenbehauptungen muss sich jeder grundsätzlich entgegenhalten lassen.<sup>30</sup>

Nach alledem ist – insoweit unabhängig von der dogmatischen Einordnung – mit *Tenckhoff* eine beleidigungsfreie Sphäre nur zu bejahen, wenn

- die Äußerung im Kreis der engsten Vertrauten erfolgt,
- die Vertraulichkeit gewährleistet ist und
- der Täter nicht bösgläubig ist.<sup>31</sup>

#### IV. Anerkennung einer beleidigungsfreien Sphäre bei Gefangenenpost?

1. Bei der Frage, ob auch beim Schriftwechsel von Gefangenen eine beleidigungsfreie Sphäre anzuerkennen ist, kommt dem Merkmal der Gewährleistung der Vertraulichkeit entscheidende Bedeutung zu. Denn diese Voraussetzung ist jedenfalls durch die rechtmäßige Briefkontrolle nicht erfüllt. Dies ist dem Gefangenen auch bekannt. Das muss indes nicht gleich dazu führen, der Äußerung jegliche Vertraulichkeit abzuspochen.<sup>32</sup> Allerdings geht die Formulierung des BVerfG, durch die Kontrollbefugnis bleibe die grundrechtlich geschützte Privatsphäre gerade gewahrt und dürfe nicht in eine öffentliche Sphäre umdefiniert werden, am Kern des Problems vorbei. Vielmehr verlässt der Brief durch die Briefkontrolle tatsächlich gerade den Bereich privater Vertraulichkeit. Das BVerfG zieht nämlich den grundrechtlichen Schutz von Privat- und Geheimsphäre lediglich dafür als *Wertung* heran, um mit deren Hilfe zu bestimmen, ob überhaupt ein Eingriff in den grundrechtlichen Ehrenschatz vorliegt. Das BVerfG will dies verneinen, da zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschatz nur abzuwägen sei, wenn die kränkende Äußerung gegenüber dem Betroffenen oder Dritten getan wird und dort ihre herabsetzende Wirkung entfalte.<sup>33</sup> Vorliegend kann aber keine Rede davon sein, dass die Äußerungen in den beiden Fällen in einer Sphäre fallen, die gegen Wahrnehmung durch den Betroffenen oder Dritte gerade abgeschirmt ist. Die geschützte Privatsphäre ist nur das Produkt einer rechtlichen Wertung, die naturgemäß auf faktisch Vorgefundenes nur Bezug nehmen kann – ohne jedoch an diesem etwas zu ändern.<sup>34</sup> Somit kann kein Zweifel daran bestehen, dass in den beiden vorliegenden Fällen ein Eingriff in den grundrechtlichen Ehrenschatz vorliegt.<sup>35</sup>

S. 572 Fn. 81, handelt es sich um eine „verfassungsteleologische Reduktion“.

<sup>22</sup> Das BVerfG hat im Fall 2 auch nicht auf Art. 6 GG rekurriert (BVerfGE 90, 255).

<sup>23</sup> *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (789); ebenso *Wessels/Hettinger* (Fn. 15), Rn. 486.

<sup>24</sup> *Rogall* (Fn. 13), Vor § 185 Rn. 48; dem „engsten Familienkreis vergleichbar“; *Hillenkamp* (Fn. 13), S. 575: „ähnlich enge Vertrauensverhältnisse“; dazu näher *Schendzielorz* (Fn. 19), S. 259.

<sup>25</sup> *Rogall* (Fn. 13), Vor § 185 Rn. 48; *Wolff-Reske*, Jura 1996, 184 (188).

<sup>26</sup> Vgl. statt aller *Hilgendorf* (Fn. 19), § 185 Rn. 14 m.w.N. a.A., aber überholt, *Hellmer*, GA 1963, 139.

<sup>27</sup> BayObLG MDR 56, 182; *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (789).

<sup>28</sup> *Zaczyk* (Fn. 13), Vor §§ 185 ff. Rn. 42; *Rogall* (Fn. 13), Vor § 185 Rn. 50; *Wessels/Hettinger* (Fn. 15), Rn. 486; *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (789); *Wolff-Reske*, Jura 1996, 184 (189); a.A. *Hillenkamp* (Fn. 13), S. 572.

<sup>29</sup> Anderer Ansicht die wohl herrschende Meinung vgl. *Wessels/Hettinger* (Fn. 15), Rn. 486; *Wolff-Reske*, Jura 1996, 184 (186); in diese Richtung aber *Fischer* (Fn. 13), § 193 Rn. 31, und auch BVerfGE 90, 241 (247) für Tatsachenbehauptungen, die erwiesen unwahr sind.

<sup>30</sup> *Gusy* (Fn. 7), S. 683.

<sup>31</sup> *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (789).

<sup>32</sup> So allerdings Sondervotum *Wand* zu BVerfGE 57, 170 (211 f.); *Kiesel*, JR 1995, 381 (382).

<sup>33</sup> BVerfG NStZ 1994, 403 (404).

<sup>34</sup> *Popp*, NStZ 1995, 413 (414).

<sup>35</sup> Im Ergebnis ebenso *Gusy* (Fn. 7), S. 685, der zutreffend nur von Abwägungsgesichtspunkten bzw. -topoi spricht.

Es bedarf also sehr wohl der Abwägung zwischen dem Ehrenschutz auf der einen Seite und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite, wobei bei letzterer der besondere Schutz der Vertrauensbeziehung besonders zu berücksichtigen ist. Allerdings rechtfertigt § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG ein Anhalten nur bei „grober Beleidigung“ im Unterschied zur Strafbarkeit nach § 185 StGB. Zusätzlich muss also die „Grobheit“ positiv festgestellt werden.<sup>36</sup> Dabei handelt es sich um besonders gravierende Herabsetzungen der persönlichen Ehre. Grob ist die Beleidigung, wenn auch unter Berücksichtigung der Situation des Gefangenen, sich in Briefen „Luft zu verschaffen“ die Äußerung in keiner Weise hingenommen werden kann.<sup>37</sup> Damit hat indes der Gesetzgeber bereits eine entsprechende Abwägung zwischen dem Ehrenschutz auf der einen Seite und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite durchaus verfassungskonform vorgenommen. Einfache Beleidigungen haben die Bediensteten aufgrund der Sondersituation des Strafgefangenen hinzunehmen. Entsprechende Toleranz kann jedoch nur abverlangt werden, wenn die geäußerte Meinung Bezug zur amtlichen Tätigkeit des Vollzugsbediensteten oder sonst Betroffenen hat.<sup>38</sup> Enthält also ein Schreiben lediglich eine amtsbezogene einfache Beleidigung, darf es nicht angehalten, somit auch nicht weitergegeben werden und kann damit nicht Grundlage einer Verurteilung nach § 185 StGB sein. Allerdings dürften im Fall 1 wie auch im Fall 2 „grobe Beleidigungen“ vorliegen. In solchen Fällen hat der Ehrenschutz der Betroffenen nicht zurückzustehen.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn man die Äußerungen dem unantastbaren, durch die Menschenwürde garantierten Kern der Privatsphäre zurechnen würde. Dieser Eingriff wäre durch nichts mehr zu rechtfertigen, auch nicht durch das kollidierende Grundrecht auf Ehrenschutz. Für Fall 2 hat Popp zutreffend dargelegt, dass dieser Kernbereich nicht betroffen ist.<sup>39</sup> Der Kernbereich ist nämlich nur eröffnet, wenn entweder die Freiheit betroffen ist, sich jemandem anzuvertrauen, oder wenn die Möglichkeit gegeben ist, Familienmitgliedern in einer Persönlichkeitskrise oder Existenzbedrohung Hilfe zu bieten oder Erleichterung zu verschaffen. Weder wollte sich die Studentin ihrem Bruder anvertrauen noch waren die kränkenden Äußerungen über die Bediensteten für sie der einzige Weg Trost zu spenden.

Doch auch im Fall 1 ist der Kernbereich in der Variante des sog. „Anvertrauens“ nicht eröffnet. Zwar steht dem Gefangenen wegen seines beschränkten Kontaktes zur Außenwelt für die Offenbarung gegenüber Vertrauenspersonen schriftlich nur der Weg der kontrollierten Gefangenenpost offen. Indes wird dabei nicht berücksichtigt, dass wesentliche Außenkontakte des Gefangenen auch über Besuche erfolgen. Diese werden aber grundsätzlich nur optisch, nicht aber akus-

tisch überwacht (§ 27 Abs. 1 StVollzG).<sup>40</sup> Es kann also keine Rede davon sein, dass Außenkontakte nur über einen Schriftwechsel möglich sind. Etwas anderes mag dann gelten, wenn der Gefangene aus rechtlichen (Besuchsverbot) oder faktischen (zu weite Entfernung) Gründen keinen Besuch seiner Bezugsperson empfängt.

Nun könnte noch die Auffassung vertreten werden, der Gefangene bzw. der Dritte habe selbst die Vertraulichkeit aufgehoben, indem er den Brief in Kenntnis der Briefkontrolle abgesandt hat. Indes geht das BVerfG auf diesen Gesichtspunkt zu Recht nicht ein. Denn diese Aufhebung der Vertraulichkeit erfolgte nicht *freiwillig*, da dem Gefangenen bzw. Dritten der Briefwechsel nur über die Briefkontrolle möglich war, er sozusagen gezwungen war, diesen Weg zu beschreiten.<sup>41</sup> Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Gefangene beispielsweise den beleidigenden Brief offen liegen lässt und so Dritte von seinem Inhalt Kenntnis erlangen.<sup>42</sup>

2. Das BVerfG differenziert nicht danach, wer den Brief geschrieben hat: der Gefangene oder der außenstehende Dritte. Wie bereits unter 1. dargelegt besteht aber die besondere Situation nur für den Strafgefangenen. Er unterliegt bei all seinen Briefen der Brief- und all seinen Besuchen der Besuchskontrolle. Der Außenstehende unterliegt diesen Beschränkungen nur dann, wenn er mit dem Gefangenen in Kontakt tritt. Bei ihm geht es also gerade nicht darum, dass ihm ein letztes Refugium verbleiben muss, wo er befreit vertrauliche Gespräche führen und durchaus einmal seinen angestauten Emotionen Luft machen darf. Und schließlich kann Trost auch auf anderem Wege gespendet werden (vgl. oben 1.). Deshalb steht Dritten insoweit auch keine „beleidigungsfreie Sphäre“ zu.

3. Damit ist auch eine weitere wichtige Beschränkung vorgezeichnet: Es muss sich für den Gefangenen um eine (vielleicht im Einzelfall sogar einzige) Vertrauens- und Bezugsperson handeln. Gerade im Hinblick auf das Recht auf Vertraulichkeit bzw. Privatsphäre geht es darum, enge Vertrauensbeziehungen zu schützen. Diese können nicht gegenüber beliebigen Dritten, bloßen Freunden<sup>43</sup>, Arbeitskollegen, Sportkameraden oder gar Institutionen (wie den Medien) bestehen, wohl aber bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften.<sup>44</sup> Auf der anderen Seite geht es um den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; deshalb ist der geschützte Personenkreis

<sup>40</sup> Soweit die Länder inzwischen eigene Strafvollzugsgesetze erlassen haben, wurde die entsprechende Bestimmung des § 27 StVollzG nahezu wortgleich übernommen: § 24 Abs. 1 BWJVollzG III; Art. 30 Abs. 1 BayStVollzG; § 27 Abs. 1 HmbStVollzG; § 28 Abs. 1 NJVollzG.

<sup>41</sup> Ebenso Gusy (Fn. 7), S. 690.

<sup>42</sup> Wolff-Reske, Jura 1996, 184 (188).

<sup>43</sup> Unzutreffend daher KG StV 2002, 209; wie hier auf enge Vertrauensbeziehungen beschränkend Ullenbruch, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Fn. 14), § 82 StVollzG Rn. 3; Calliess/Müller-Dietz (Fn. 13), § 31 Rn. 4; Laubenthal (Fn. 13), Rn. 498; Walter (Fn. 13), Rn. 360; Kaiser/Schöch (Fn. 13), § 7 Rn. 114.

<sup>44</sup> Wolff-Reske, Jura 1996, 184 (187 f.).

<sup>36</sup> BVerfG NStZ 1996, 55.

<sup>37</sup> Arloth (Fn. 4), § 31 Rn. 8, mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

<sup>38</sup> BVerfG NStZ 1994, 300 (301); Schwind (Fn. 14), § 31 StVollzG Rn. 11; Gusy (Fn. 7), S. 683.

<sup>39</sup> Popp, NStZ 1995, 413 (414).

auch nicht auf den Anwendungsbereich des Art. 6 GG beschränkt.<sup>45</sup>

Ein letzter Gesichtspunkt: In Rechtsprechung und Literatur wird darüber diskutiert, ob über die engen Vertrauensbeziehungen hinaus auch Äußerungen gegenüber gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen eine beleidigungsrechtliche Privilegierung erfahren sollen.<sup>46</sup> Zumindest für die Beziehung zwischen Gefangenen und Rechtsanwalt ist dies indes nur von untergeordneter Bedeutung, da der Schriftwechsel mit dem Verteidiger grundsätzlich nicht überwacht wird (§ 29 Abs. 1 S. 1 StVollzG); im Übrigen gilt, etwa für den Briefwechsel zwischen Gefangenen und Arzt, der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), der dem Interesse an einer freien Aussprache hinreichend Rechnung trägt.<sup>47</sup>

4. Zu Recht unterscheidet das BVerfG nicht zwischen Untersuchungs- und Strafgefangenen. Zwar kann für den Untersuchungsgefangenen die Unschuldsvermutung ins Feld geführt werden. Dagegen ist der Strafgefangene rechtskräftig verurteilt. Dies rechtfertigt jedoch keinen Unterschied, da entscheidend für die Gewährleistung einer beleidigungsfreien Sphäre allein die besondere Situation des Gefangenen ist, die aufgrund der Trennung sowohl für Untersuchungsgefangene wie auch für Strafgefangene in gleicher Weise besteht und das Bedürfnis für einen Freiraum begründet.<sup>48</sup>

5. Und schließlich sind Tatsachenbehauptungen, die wider besseres Wissen aufgestellt sind, wie bei Verleumdungen, vom Schutz der Privatheit und Meinungsfreiheit nicht erfasst. Diese Einschränkung ist bereits in der Rechtsprechung des BVerfG zur Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschutz angelegt.<sup>49</sup> Nicht gerechtfertigt sind daher diffamierende Tatsachenbehauptungen über angebliche Übergriffe, Misshandlungen oder Schikanen von Vollzugsbediensteten, wenn solchen Behauptungen jeder Wahrheitskern fehlt.<sup>50</sup> Damit werden auch üble Nachreden im Sinne von § 186 StGB und Verleumdungen im Sinne von § 187 StGB, die sich auf Tatsachenbehauptungen beziehen, erfasst. Diese Tatbestände fallen ebenfalls unter den Anhaltegrund der groben Beleidigung im Sinne des § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG. Der Begriff der Beleidigung dient bereits im StGB in der Überschrift zum 14. Abschnitt als Oberbegriff für die Beleidigung und die sonstigen Ehrverletzungsdelikte. In diesem Sinne ist er auch in § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG zu verstehen, da andernfalls die schweren Formen der Ehrverletzung (üble Nachrede, Verleumdung) im Gegensatz zur bloßen Beleidigung nicht durch eine Anhalteverfügung verhindert werden könnten und Tatsachenbehauptungen über einzelne Personen nicht oder jedenfalls nicht in allen Fällen von § 31 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG erfasst werden. Indes muss auch die üble

Nachrede bzw. die Verleumdung besonders „grob“ i. S. d. § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG sein.

## V. Übertragung auf andere Anhaltegründe

Das OLG Bamberg hat das Anhalten des Briefes auch auf § 31 Abs. 1 Nr. 1 StVollzG, und damit auf die Gefährdung des Vollzugsziels gestützt.<sup>51</sup> Es sieht in der Bezeichnung des OLG Nürnberg als „Reichsparteitags-OLG“ sowie in weiteren Äußerungen des Gefangenen in seinem Brief eine aggressive feindselige Ablehnung aller Resozialisierungsbemühungen, da der Gefangene versuche, diese Einstellung auch seiner in Freiheit befindlichen Verlobten zu vermitteln und sie zur Mitwirkung an seinen Aktionen zu veranlassen. Deshalb sei der Senat davon überzeugt, dass der Gefangene durch die unbeanstandete Beförderung des Briefes darin bestärkt werden würde, erst recht und noch viel aussichtsreicher durch gleichgerichtete intensive persönliche Einflussnahme auf seine Mitgefangenen mit dem Ziel einzuwirken, dass diese sich ebenfalls nicht nur den auf sie verwendeten Resozialisierungsmaßnahmen verschließen, sondern dagegen sogar feindselig Front machen würden.

Indes hat das BVerfG – wenn auch nicht zum Anhaltegrund der Gefährdung des Vollzugsziels, sondern zum Anhaltegrund der groben Beleidigung – ausgeführt, dass das Vollzugsziel bei Äußerungen im vertraulichen Kommunikationsbereich gerade nicht betroffen sei, da die entsprechenden Äußerungen gerade ohne rechtliche Folgen bleiben würden.<sup>52</sup> Dies ist insoweit richtig, als im Falle einer Weiterleitung des Briefes die entsprechenden Äußerungen zumindest ohne strafrechtliche Folgen bleiben. Zutreffend ist auch die Ansicht des BVerfG, wonach es nicht Aufgabe des Strafvollzugs ist, dem Gefangenen ein Mindestmaß an Achtung vor den Rechtsgütern anderer zu vermitteln und den Gefangenen in diesem Bereich zu Mäßigung zu erziehen, in dem andere straflos ihrer Wut und Verärgerung auch mit harschen Worten Ausdruck verleihen dürfen. Somit bedarf es zusätzlicher Feststellungen darüber, dass das Vollzugsziel bei dem Gefangenen wegen weiterer, über die genannten Äußerungen hinausgehender Umstände durch die Weiterleitung des Schreibens gefährdet werden würde. Dies wird aber regelmäßig nicht der Fall sein.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Anhaltegrund der Gefährdung des Vollzugszieles durch die Verneinung der groben Beleidigung sozusagen „gesperrt“ ist, zumal Nr. 4 insoweit gegenüber Nr. 1 des § 31 Abs. 1 StVollzG spezieller ist. Entsprechendes gilt natürlich auch für den Anhaltegrund des § 31 Abs. 1 Nr. 2 StVollzG, wonach der Anstaltsleiter Schreiben anhalten kann, wenn die Weitergabe in Kenntnis ihres Inhalts einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklichen würde.

§ 31 Abs. 1 Nr. 1 StVollzG ist jedoch auch einschlägig, wenn das Schreiben die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährden würde. Enthält das Schreiben Beleidigungen, ist in der Regel die Sicherheit nicht tangiert; etwas anderes mag

<sup>45</sup> Vgl. Fn. 22.

<sup>46</sup> Dazu Wessels/Hettinger (Fn. 15), Rn. 486; Wolff-Reske, Jura 1996, 184 (189) m.w.N.

<sup>47</sup> Wolff-Reske, Jura 1996, 184 (189).

<sup>48</sup> Wolff-Reske, Jura 1996, 184 (187).

<sup>49</sup> Vgl. BVerfGE 54, 129 (137); 90, 241 (247); wie hier Gusy (Fn. 7), S. 683.

<sup>50</sup> Fischer (Fn. 13), § 193 Rn. 31.

<sup>51</sup> OLG Bamberg NJW 1994, 1972 (1974); zust. Kiesel, JR 1995, 381 (383).

<sup>52</sup> BVerfG NJW 1995, 1477 (1478).

dann gelten, wenn das Schreiben Hinweise auf eine beabsichtigte Flucht oder andere kriminelle Verhaltensweisen enthält. Eine Gefährdung der Ordnung der Anstalt läge vor, wenn durch Absendung des Briefes das geordnete Zusammenleben in der Anstalt beeinträchtigt würde. Obwohl unter Umständen bei einer Verbreitung von Beleidigungen die Ordnung innerhalb der Anstalt gestört sein könnte, hat die Absendung oder das Anhalten des Briefes hierauf keinen Einfluss, da auch oder gerade der Inhalt angehaltener Briefe vom Gefangenen in der Anstalt verbreitet werden kann.<sup>53</sup>

Nicht anders zu beurteilen ist der Anhaltegrund des § 31 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG, wonach der Anstaltsleiter auch Schreiben anhalten kann, wenn sie grob unrichtige oder erheblich entstellende Darstellungen von Anstaltsverhältnissen enthalten. Zum einen handelt es sich ohnehin um einen „stumpfen“ Anhaltegrund, da nach § 31 Abs. 2 StVollzG ausgehenden Schreiben (also des Gefangenen), die unrichtige Darstellungen enthalten, ein Begleitschreiben beigelegt werden kann, wenn der Gefangene auf der Absendung besteht. Letztlich kann also in diesem Fall ein solches Schreiben gar nicht angehalten werden. Zum anderen ist bei groben Beleidigungen der Anhaltegrund des § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG spezieller.

Nach § 31 Abs. 1 Nr. 5 StVollzG kann der Anstaltsleiter auch Schreiben anhalten, wenn sie die Eingliederung eines anderen Gefangenen gefährden können. Auch dies muss aber entsprechend positiv festgestellt werden. In den vorliegenden Fällen gibt es dafür keine Anhaltspunkte. Die diesbezüglichen Ausführungen des OLG Bamberg sind reine Vermutungen.

Diese Grundsätze gelten zunächst auch für das Anhalten von Schreiben im Jugendstrafvollzug. Die entsprechenden Bestimmungen in den Jugendstrafvollzugsgesetzen der Länder entsprechen im Wesentlichen § 31 StVollzG.<sup>54</sup> Allerdings gilt dies nicht ohne weiteres für den Anhaltegrund der Vollzugszielgefährdung. Denn dieses Ziel wird durch den Erziehungsauftrag des Jugendstrafvollzugs konkretisiert. Dieser geht aber regelmäßig weiter und beschränkt sich nicht nur auf das Ziel, ein Leben ohne Straftaten zu führen; vielmehr sollen die Gefangenen einen rechtschaffenen Lebenswandel in sozialer Verantwortung führen.<sup>55</sup> „Grobe Beleidigungen“ wären aber selbst in einer straffreien Sphäre damit nicht vereinbar. Deshalb greift im Jugendstrafvollzug ausnahmsweise doch der Anhaltegrund der Vollzugszielgefährdung.

### VI. Fazit

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich daher wie folgt zusammenfassen. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung

des BVerfG greift der Anhaltegrund des § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG (nach BVerfG: nur) ein

- beim Briefwechsel zwischen (Straf- und U-)Gefangenen, die zueinander in keinem engen Vertrauensverhältnis stehen, also bei bloßen Freunden oder außenstehenden Dritten sowie bei Institutionen und Medien,
- wenn eine Mitteilung an die Vertrauensperson nur genutzt wird, um den Briefkontrolleur oder durch ihn Dritte zu treffen. Dies ist richtigerweise aber positiv festzustellen.<sup>56</sup>

Nach hiesiger Auffassung ist dagegen zu differenzieren zum einen zwischen dem Gefangenen in seiner besonderen Haftsituation und einem außenstehenden Dritten sowie zum anderen, ob der Briefwechsel die einzige Kommunikationsmöglichkeit mit dem Dritten darstellt oder ob nicht auch ein akustisch unüberwachter Besuch möglich ist. Bei besonders gravierenden Verletzungen der persönlichen Ehre hat der Ehrenschutz jedenfalls dann Vorrang vor der Meinungsfreiheit des Gefangenen, wenn dem Gefangenen auch andere Wege der unüberwachten Kommunikation (z.B. ein Besuch) zur Verfügung stehen. Bei Briefen von Dritten an Gefangene hat bei solchen Verletzungen der Ehrenschutz grundsätzlich unabhängig von etwaigen Besuchsmöglichkeiten Vorrang. Vom Anhaltegrund des § 31 Abs. 1 Nr. 4 StVollzG erfasst wären auch Tatsachenbehauptungen, die unter §§ 186, 187 StGB fallen und „grob“ sind, weil sie besonders gravierende Herabsetzungen der Ehre enthalten (vgl. oben IV. 5.). Und schließlich gilt, dass die Beleidigung Bezug zur amtlichen Tätigkeit haben muss.

Zumindest im Fall 2 wäre wohl auch *Tenckhoff* zu einer Verfassungsmäßigkeit der Verurteilung der Studentin gekommen.<sup>57</sup> Doch auch im Fall 1 muss konstatiert werden, dass eine Verurteilung wegen Beleidigung der Richter des OLG Nürnberg verfassungsgemäß gewesen wäre.

<sup>53</sup> Gusy (Fn. 7), S. 682. Vgl. auch BVerfGE 33, 1 (16).

<sup>54</sup> § 24 BWJVollzG IV; Art. 144 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 BayStVollzG; § 54 BlnJStVollzG; § 54 BbgJStVollzG; § 54 BreJStVollzG; § 31 HmbJStVollzG; § 34 Abs. 6 HessJStVollzG; § 54 MVJStVollzG; § 132 i.V.m. § 32 NJVollzG; § 37 NRWJStVollzG; § 54 RpfJStVollzG; § 54 SJStVollzG; § 54 SächsJStVollzG; § 61 LSAJStVollzG; § 54 SHJStVollzG; § 54 ThürJStVollzG.

<sup>55</sup> Arloth (Fn. 4), Art. 121 BayStVollzG Rn. 4.

<sup>56</sup> Gusy (Fn. 7), S. 683; a.A. Kiesel, JR 1995, 381 (382), der annimmt, dass dies in der Regel der Fall ist.

<sup>57</sup> Wie auch die Anmerkung seines Schülers Popp, in NStZ 1994, 413 (415) zeigt.

# Schillers Sonnenwirt, Kleists Kohlhaas und andere Kriminalfälle der deutschen Literatur

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Koopmann, Augsburg\*

Daß früher alles besser war, gehört zum Glaubensbekenntnis alter Leute. Es mag stimmen oder nicht – aber in einem waren die Zeiten tatsächlich von Vorteil: man konnte nämlich auf den ersten Blick, und das im wahrsten Sinne des Wortes, einen Schurken von einem Ehrenmann unterscheiden. Denn der Schurke hatte es nicht nur in sich, sondern er trug seine Bösartigkeit gewissermaßen an sich, er war so sichtbarlich ein schlechter Kerl, daß niemand auf den Gedanken kam, er könne sich in seiner ad oculos demonstrierten Meinung irren. Wer das nicht glaubt, lese nur die erste Szene des ersten Aktes von Schillers Schauspiel „Die Räuber“ von 1780. Da taucht, so Schillers eigene Worte, „ein überlegender Schurke“ auf, Franz Moor mit Namen, ein „schleichender Teufel“, ein „Bube“, von „heimtückischer, schadenfroher Gemütsart“, und daß dem so ist, kann jedermann sehen. Franz weiß es nur zu gut selbst. Wenn er sein Konterfei betrachtet, erkennt er genau, woran er ist – und wie er ist. Wir erfahren es auch in einem großen Monolog, mit dem er sein eigentliches Wesen zu erkennen gibt. Er sagt: „Ich habe grosse Rechte, über die Natur ungehalten zu seyn, und bey meiner Ehre! ich will sie geltend machen. [...] Warum mußte sie mir diese Bürde von Häßlichkeit aufladen? gerade mir? Nicht anders als ob sie bey meiner Geburt einen Rest gesezt hätte. Warum gerade mir die Lappländers Nase? gerade mir dieses Mohrenmaul? diese Hottentotten Augen? Wirklich ich glaube sie hat von allen Menschensorten das Scheußliche auf einen Haufen geworfen, und mich daraus gebacken. Mord und Tod! [...] Warum gieng sie so partylich zu Werke?“<sup>1</sup>

Das ist die Meinung nicht etwa eines Verruchten über sich selbst, sondern allgemeine Anschauung des ausgehenden 18. Jahrhunderts. Lavaters „Physiognomische Fragmente“ waren in aller Munde und demonstrierten an Hunderten von Beispielen, wie das Innere dem Äußeren entsprach. Auch Franz Moor weiß das nur zu gut, denn er sagt: „Philosophen und Mediziner lehren mich, wie treffend die Stimmungen des Geists mit den Bewegungen der Maschine zusammen lauten“.<sup>2</sup> Er möchte etwas Unerhörtes tun, möchte „den Körper vom Geist aus [...] verderben“.<sup>3</sup> Aber bei ihm ist Umgekehrtes geschehen: der Geist ist vom Körper aus verdorben, und wer ihn sieht, weiß Bescheid: ein Schurke, ein potentieller Vatermörder. Doch der Zeitgenosse von damals weiß auch: das böse Ende folgt den Taten des Bösen auf dem Fuße. Und so vollzieht Franz in dieser Fassung der Schillerschen „Räuber“ schließlich ein Selbstgericht: er erdrosselt sich mit seiner goldenen Hutschnur.

Juristisch ist der Fall nicht sonderlich aufregend, ja eigentlich nichtssagend. Aber der Glaube an die Justiz ist

überwältigend – auch Karl Moor, der physiognomisch besser Weggekommene, aber der eigentliche Mordbrenner und Landverwüster, überliefert sich am Ende des Dramas „in die Hände der Justiz“.<sup>4</sup> Niemand zweifelt an deren Zuständigkeit. Dahinter steht ein offenbar unerschütterliches Vertrauen in die Selbstreinigungskräfte der menschlichen Gesellschaft, genauer: darin, daß das Gute siegt und das Böse bestraft wird. Unsere Welterfahrung lehrt uns eigentlich eher das Umgekehrte, aber am Ausgang des 18. Jahrhunderts hat Schiller unmißverständlich formuliert, wie sich die Unordnung der Welt wieder ins Ordentliche wendet: „Das Laster nimmt den Ausgang, der seiner würdig ist. Der Verirrte tritt wieder in das Gelaise der Geseze. Die Tugend geht siegend davon“.<sup>5</sup> Diese Welt ist von großartiger Naivität, ihr Optimismus schrankenlos, ihr Glaube an das Gute im Menschen unerschütterlich; in jedem Fall kam das Unrecht an den Tag, wurde Recht gesprochen. Daß sich etwas der Gerichtsbarkeit entzog, war undenkbar, doch der etwas älter gewordene Schiller war Realist genug, um zu sehen, daß der Arm der weltlichen Gesetze manchmal nicht sehr weit reichte. Aber Gerechtigkeit gab es dennoch – wenn nicht vor den Schranken des Gerichts, dann vor denen der Bühne. Eine großartigere Verteidigung des Theaters hat es wohl nie mehr gegeben als die, die Schiller liefert, wenn er schreibt: „Die Gerichtsbarkeit der Bühne fängt an, wo das Gebiet der weltlichen Geseze sich endigt. Wenn die Gerechtigkeit für Gold verblindet, und im Solde der Laster schwelgt, wenn die Frevel der Mächtigen ihrer Ohnmacht spotten, und Menschenfurcht den Arm der Obrigkeit bindet, übernimmt die Schaubühne Schwert und Waage, und reißt die Laster vor einen schrecklichen Richterstuhl. Das ganze Reich der Phantasie und Geschichte, Vergangenheit und Zukunft stehen ihrem Wink zu Gebot. Kühne Verbrecher, die längst schon im Staub vermodern, werden durch den allmächtigen Ruf der Dichtkunst jezt vorgeladen [...]“.<sup>6</sup>

Eine optimistische Welt. Sie glaubte, Tugend und Laster klar voneinander unterscheiden zu können, und sie hatte eine denkbar einfache Erklärung für das, was es auch in dieser Welt gab, nämlich für das Böse. Es war nun einmal da, war Teil der Welt, und wer das Schicksal hatte, so auszusehen wie Franz Moor, der war das personalisierte Böse, und so, wie das ganze 18. Jahrhundert das Schöne und das Gute gleichsetzte, der alten Vorstellung von der Kalokagathie folgend, so das Häßliche mit dem Bösen. Es ging eigentlich nur darum, das Böse zu erkennen und zu bestrafen – falls es sich nicht selbst bestrafte. Für Letzteres gibt es gerade bei Schiller wiederholt Beispiele. Der teuflische Wurm in Schil-

\* Der Autor ist Professor Emeritus für Neuere deutsche Literaturwissenschaft.

<sup>1</sup> Schiller, in: Stubenrauch (Hrsg.), Schillers Werke, Nationalausgabe, Bd. 3, Die Räuber, 1953, S. 18.

<sup>2</sup> Schiller (Fn. 1), S. 38.

<sup>3</sup> Schiller (Fn. 1), S. 39.

<sup>4</sup> Schiller, in: Meyer (Hrsg.), Schillers Werke, Nationalausgabe, Bd. 22, Vermischte Schriften, 1958, S. 117.

<sup>5</sup> Schiller (Fn. 1), S. 8.

<sup>6</sup> Schiller, in: Von Wiese (Hrsg.), Schillers Werke, Nationalausgabe, Bd. 20, Philosophische Schriften, Erster Teil, 1962, S. 92.

lers „Kabale und Liebe“ will am Ende verdammt sein, nimmt die Schuld auf sich – er ist nun einmal der Bösewicht, und seine diabolische Natur signalisiert sich wiederum in seinem Aussehen: „Ein konfiszierter widriger Kerl, als hätt ihn irgendein Schleichhändler in die Welt meines Herrgotts hineingeschachert – Die kleinen tückischen Mauseugen – die Haare brandrot – das Kinn herausgequollen, gerade als wenn die Natur für purem Gift über das verhunzte Stück Arbeit meinen Schlingel da angefaßt, und in irgendeine Ecke geworfen hätte“.<sup>7</sup> Kurzum: ein Schuft. Oder wie Frau Miller, die ausgespuckt hat, giftig hinzusetzt: „Der Hund!“

Wir bewegen uns scheinbar weitab von juristischen Problemen. Aber dahinter steht eine zentrale Frage, die das Rechtswesen ebenso wie die Anthropologie des 18. Jahrhunderts betrifft: was ist das Böse? Wenn es so etwas wie ein Abfallprodukt der Schöpfung ist, wenn einer schon deswegen ein Bösewicht ist, weil er häßlich ist: ist er dann überhaupt verantwortlich für das, was er tut? Er handelt offenbar seiner Natur zufolge, kann also gar nicht anders, und bei der angenommenen engen Symbiose von Körper und Geist drückt sich nur sichtbar aus, was unsichtbar in der Psyche des Bösen lauert. Wurm, jenem konfiszierten Bösewicht mit dem sprechenden Namen in Schillers Drama „Kabale und Liebe“, wird am Schluß der Tragödie, die zwei Opfer fordert, denn auch die Schuld zugeschoben, der Bösewicht als „Satan! – Du, du gabst den Schlangenrat“ apostrophiert. Das Ende des Dramas: ein Strafgericht. Sogar ein Richter ist anwesend – aber es ist nicht die irdische Justiz, es ist der „Richter der Welt“, der hier mit großer Geste, mit einer „schrecklichen Bewegung des Arms gegen den Himmel“ angerufen wird.<sup>8</sup> Es bleibt allerdings nicht bei der Anrufung des Himmels. Aber vor allem: Wurm will die Schuld nicht allein auf sich nehmen, nur weil er schon vom Aussehen her ein Bösewicht ist. Der Schurke Wurm nennt seinen Dienstherrn, den Präsidenten von Walter, einen Kameraden, und: „Arm in Arm mit *dir* zum Blutgerüst! Arm in Arm mit *dir* zur Hölle!“.<sup>9</sup> Wurm mit seiner Satansvisage wird von den Gerichtsdienern, die im Hintergrund gewartet haben, abgeführt, Präsident von Walter aber überliefert sich mit den Worten: „Jetzt euer Gefangener!“ ebenfalls dem Gericht.

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts wandeln sich die Vorstellungen darüber, was eigentlich strafbar sei, rapide, und gerade in diesem Schillerschen Drama wird die Schuldfrage aus neuer Sicht angegangen. Was ist geschehen? Ist Wurm wirklich der Schuldige? Ein ehrgeiziger Vater, nämlich jener Präsident von Walter, hat mit Hilfe des Sekretärs Wurm versucht, seinen Sohn von einer unstandesgemäßen Heirat abzubringen, er hat ihn psychisch unter Druck gesetzt, ihn mit der Mätresse des Herzogs zu verkuppeln versucht, zum Besten seines Sohnes, wie er meint. Der Sohn jedoch wird zum Mörder seiner Geliebten, weil er auf einen Briefbetrug hereinfällt – und folgt, sich selbst richtend, seiner Geliebten in

den Tod. Aber was haben Wurm und der Präsident getan? Warum müssen sie zu „Blutgerüst“ und „Hölle“? Wurm hat schlechte Ratschläge gegeben – alles andere als ein Grund, ihn zu verhaften. Der Präsident hat, als er einmal in die Bürgerstube des Miller eindringt, Hausfriedensbruch begangen, ein Delikt, das in jenen absolutistischen Zeiten wohl nicht allzu schwer wog; er will im übrigen den Vater der unebenbürtigen Geliebten verhaften, das Mädchen an den Pranger stellen lassen. Aber es bleibt beim Vorsatz: der Präsident befiehlt schließlich, das Mädchen laufen zu lassen, und auch der alte Vater des Mädchens landet nicht im Gefängnis. Am Ende war alles nur eine falsch angelegte Intrige.

Wo ist die Schuld, wer ist schuldig, wer wird bestraft, und für was wird er bestraft? „Nicht der Mörder, der Ermordete ist schuld“, heißt eine Novelle von *Döblin*. Die Ermordete trifft hier zumindest eine Mitschuld, weil sie sich auf eine Kabale eingelassen hatte, von der sie wissen mußte, daß sie tödlich enden würde. Der Mörder wiederum hat sich zwar selbst gerichtet – aber nicht aus einem Sühnedenken heraus, sondern eigentlich aus Trotz: er bezeichnet den Vater als „Mörder und Mördervater“.<sup>10</sup> Der ist aus seiner Sicht der allein Schuldige. Der Vater wollte nach außen hin zwar nur eine Heirat durchkreuzen – das ist noch kein Verbrechen, für das man vor Gericht gezogen würde. Juristisch betrachtet ist also eigentlich nichts zu verfolgen. Aber *Schiller* interessiert nicht die juristische Würdigung des Geschehens. Er möchte zeigen, daß eine Tat nach ihrer Absicht beurteilt wird. Es geht im Drama um so etwas wie menschliche Verantwortung, um Schuld, Mitschuld oder Unschuld in ethischer Hinsicht: der Präsident hat eine Liebesbeziehung zerstört; er hat staatliche Macht eingesetzt, um sein Ziel zu erreichen. Geahndet wird letztlich nicht die Tat, sondern das darin offenbar gewordene Denken, eine Haltung. Dafür werden Strafen verhängt, die, vom traditionellen Tatbestand her gesehen, unangemessen sind. Hier wird, mit anderen Worten, ein moralisches Gericht abgehalten, kein irdisches, wird der Gedanke, die Gesinnung verurteilt, nicht ein Geschehen. Die Schuldigen haben nicht gegen irdische Gesetze, sie haben gegen das „Sittengesetz“ verstoßen.

Drei Jahre nach den „Räubern“, 1783 also, ist *Schillers* Antwort auf die Frage nach Schuld und Unschuld damit um eine entscheidende Dimension reicher geworden. War in *Schillers* erstem Drama das Böse (und damit die Voraussetzung für ein Verbrechen) mit entwaffnender Eindeutigkeit als Akzidens des Häßlichen definiert, so wird es in „Kabale und Liebe“ als böse Gesinnung, also als nicht mehr von der Natur, sondern als vom Menschen selbst zu verantwortende Denkungsart bestimmt. Doch *Schiller* hat kurz darauf zur Frage der Bewertung von Recht und Unrecht einen dritten Beitrag geliefert, der noch Auffälligeres bringt als das, was in seinen Dramen geschieht: es ist eine Erzählung mit dem Titel „Der Verbrecher aus verlorener Ehre, Eine wahre Geschichte“ von 1786. Das eigentliche Thema aber ist auch hier: wie wird jemand zum Verbrecher? Und nun kommt ein zusätzliches Moment ins Spiel: Umwelteinflüsse können einen Menschen zum Bösen hin verändern. *Schiller* sieht jetzt zwei

<sup>7</sup> *Schiller*, in: Kraft/Pilling/Vonhoff (Hrsg.), *Schillers Werke*, Nationalausgabe, Bd. 5, *Kabale und Liebe*, Kleine Dramen, 2000, S. 10 f.

<sup>8</sup> *Schiller* (Fn. 7), S. 106.

<sup>9</sup> *Schiller* (Fn. 7), S. 107.

<sup>10</sup> *Schiller* (Fn. 7), S. 104.

Faktoren, die beim Zustandekommen eines Verbrechens eine Rolle spielen: das ist die „*unveränderliche* Struktur der menschlichen Seele“, aber das sind auch die „*veränderlichen* Bedingungen, welche sie von außen bestimmten“. <sup>11</sup> Ein erster wichtiger Hinweis also auf externe Kräfte, und erneut ein Hinweis darauf, daß das Böse und in dessen Gefolge die verbrecherische Tat nicht ausschließlich etwas gleichsam von der Natur Vorgegebenes sind, daß Schiller vielmehr die Ursachen eines Verbrechens durchleuchten will.

Die Geschichte, an der *Schiller* das demonstriert, ist die eines gewissen Christian Wolf, genannt der „Sonnenwirt“, der eigentlich, wie Franz Moor, von der Natur zum Bösewicht geradezu prädestiniert ist. Wir lesen: „Die Natur hatte seinen Körper verabsäumt. Eine kleine unscheinbare Figur, krauses Haar von einer unangenehmen Schwärze, eine plattgedrückte Nase und eine geschwollene Oberlippe, welche noch überdies durch den Schlag eines Pferdes aus ihrer Richtung gewichen war, gab seinem Anblick eine Widrigkeit, welche alle Weiber von ihm zurückscheuchte und dem Witz seiner Kameraden eine reichliche Nahrung darbot“. <sup>12</sup> In den „Räubern“ hätte das zur Begründung seines böartigen Tuns schon völlig ausgereicht. Er hat, wie sich versteht, nirgendwo Erfolg, und „zu bequem und zu unwissend, seinem zerrütteten Hauswesen durch Spekulation aufzuhelfen, zu stolz, auch zu weichlich, den Herrn, der er bisher gewesen war, mit dem Bauer zu vertauschen und seiner angebeteten Freiheit zu entsagen, sah er nur einen Ausweg vor sich – den Tausende vor ihm und nach ihm mit besserem Glücke ergriffen haben – den Ausweg, *honett zu stehlen*“. <sup>13</sup> Er wird zum Wilddieb; der Jägerbursche des Försters aber, sein Konkurrent im Liebesfelde, kommt ihm auf die Schliche, er wird auf frischer Tat ertappt. An der an sich zu verhängenden Zuchthausstrafe kommt er gerade noch vorbei: eine Geldbuße wird ihm auferlegt, die ihn freilich den Rest seines kleines Vermögens kostet. Sein Konkurrent aber wird zum „glücklichen Besitzer seiner Johanne“. <sup>14</sup> Im Abgestraften vereinigen sich „drückendes Gefühl des Mangels“ mit „beleidigtem Stolz“, Not und Eifersucht bestürmen seine Empfindlichkeit, der Hunger treibt ihn die Welt hinaus, Rache und Leidenschaft halten ihn fest: er wird rückfällig, wird bei der Wilddieberei zum zweitenmal gefaßt, und nun trifft ihn die ganze Schärfe des Gesetzes, das Zuchthaus. Verändern freilich wird ihn das Strafjahr nicht. Seine Leidenschaft ist eher noch gewachsen, sein Trotz eher noch gestiegen, Hochmut und Weichlichkeit freilich sind überwunden – aber niemand will ihm auch nur irgendetwas anvertrauen. Zum dritten Mal wird er Wilddieb, und nun sind drei Jahre Festung sein Urteil. Was dann passiert, ist nicht an das 18. Jahrhundert gebunden: er wird auf der Festung vom Verirrten zum Lotterbuben, und schon nach einem Vierteljahr übertrifft er seine Lehrmeister, die als berüchtigte Diebe, Vagabunden, Mörder dort zwangsweise versammelt sind. Alle Menschen haben ihn beleidigt, so sein späteres

Bekenntnis vor Gericht, er sieht sich als „Märtyrer des natürlichen Rechts und als ein Schlachtopfer der Gesetze“. <sup>15</sup> Der Wilddieb wird zum Menschenfeind, gelobt Haß auf alles, was dem Menschen gleicht, und das bestimmt sein Leben nach seiner Entlassung. Wie er die Menschheit verachtet, so verachtet die ihn, und nur einen Menschen weiß er noch unter sich: seine Geliebte, die in seiner Abwesenheit zur Dirne geworden ist. Er verlernt, sich zu schämen, braucht auch keine gute Eigenschaft mehr, weil man keine mehr bei ihm vermutet, <sup>16</sup> nimmt das Schicksal an, das die Welt über ihn verhängt hat. Kurzum: die Welt hält ihn für einen Bösewicht – und so wird er einer. Noch einmal wird er zum Wilderer. Dabei begegnet er seinem Liebeskontrahenten, dem Jägerburschen, der ihn an die Gerichte geliefert hat, und in dem kurzen Konflikt zwischen Rache und Gewissen siegt die Rache: er wird zum Mörder seines Widersachers. Der Mörder flieht, aber das Gewissen kommt mit und beruhigt sich erst etwas, als er auf eine Räuberbande trifft. Als er unter seinesgleichen ist, wird die Räuberbande zum temporären Gegenstaat, der ihm ersetzt, was er an menschlicher Gemeinschaft verloren hat. Doch tief in sich spürt er noch den Wunsch, rechtschaffen zu werden, bittet seinen Landesherrn um Gnade, argumentiert, daß erst der Urteilsspruch, der ihn um seine Ehre gebracht habe, die Zeitrechnung seiner Verbrechen habe beginnen lassen – und will in die menschliche Gesellschaft zurück. Aber seine Supplik bleibt ohne Antwort, und so will er schließlich sein Land verlassen und in die Dienste des Königs von Preußen treten. Unterwegs wird er aufgehalten, glaubt sich als der berüchtigte und überall gesuchte Sonnenwirt erkannt und versucht zu fliehen – und das bringt ihm eine neue vorläufige Gefangenschaft ein. Als am nächsten Morgen der unbekannt Fremde noch einmal verhört wird und ihm der Oberamtmann dabei human begegnet, seine eigene anfängliche Grobheit bedauert, als, mit anderen Worten, seine Ehre wiederhergestellt zu sein scheint, er als Mensch und nicht als Unmensch behandelt wird, da gibt er sich als ein gesuchter Verbrecher zu erkennen. „Die unerbittliche Nemesis“, so heißt es, „hält ihren Schuldner an“, <sup>17</sup> die Uhr seines Schicksals ist abgelaufen. Aber er sieht sich, wenn auch als Schuldiger, von der Obrigkeit in die menschliche Gesellschaft wieder aufgenommen und fügt sich freiwillig in sein Schicksal.

Was ist hier geschehen? Die etwas unübersichtliche Geschichte macht deutlich, daß die Frage nach den Ursachen eines Verbrechens geblieben ist – die Antwort hingegen hat viel von jener Eindeutigkeit verloren, die sie in *Schillers* „Räubern“ noch hatte. Jetzt, im Jahre 1786, sechs Jahre nach den „Räubern“ und drei Jahre nach „Kabale und Liebe“, gibt es nicht nur die unveränderliche Natur der menschlichen Seele, also die gute oder auch die schlechte Anlage, wird auch nicht nur eine Gesinnung berücksichtigt, sondern spielen die „*veränderlichen* Bedingungen, welche sie [die Seele] von außen bestimmten“, <sup>18</sup> eine entscheidende Rolle. In den

<sup>11</sup> *Schiller*, in: Borchardt (Hrsg.), *Schillers Werke*, Nationalausgabe, Bd. 16, Erzählungen, 1954, S. 9.

<sup>12</sup> *Schiller* (Fn. 11), S. 10.

<sup>13</sup> *Schiller* (Fn. 11), S. 10.

<sup>14</sup> *Schiller* (Fn. 11), S. 11.

<sup>15</sup> *Schiller* (Fn. 11), S. 12.

<sup>16</sup> *Schiller* (Fn. 11), S. 14.

<sup>17</sup> *Schiller* (Fn. 11), S. 27.

<sup>18</sup> *Schiller* (Fn. 11), S. 9.

Ereignissen der Geschichte gesprochen: der Sonnenwirt ist zwar äußerlich verunstaltet, aber dennoch ein Mann von Ehre; seine Häßlichkeit läßt nicht automatisch auf einen schlechten Charakter und noch schlechtere Vorsätze schließen. Er ist ein Mensch wie andere; was ihn zum Verbrecher werden läßt, sind erst die von *Schiller* sogenannten „*veränderlichen* Bedingungen“: der Verlust der „Ehre“ (wobei Ehre etwas Anderes und Umfassenderes bedeutet als heute), das Verhalten der Gesellschaft, also die Ächtung, die er erfahren muß, weil er häßlich und arm ist, und vor allem die Unverhältnismäßigkeit der Strafe – Zuchthaus wegen Wilderei. Aber begegnet man ihm schließlich auf humane Weise, wird er vor allem sich selbst gegenüber wieder zum guten Menschen, obwohl er zum bösen geworden ist. Vor allem waren es die ungerechten Urteilssprüche – Zuchthaus und Festung für Wilderei –, die ihn zum Verbrecher werden ließen, und so ist die Obrigkeit wesentlich mitverantwortlich für die Untaten, die er anschließend begangen hat, er selbst weitgehend nur Leidtragender einer menschenverachtenden und maßlosen Rechtspraxis. Erst am Ende stellt der Verbrecher aus verlorener Ehre selbst seine Ehre wieder her, indem er sich den Gesetzen unterwirft, und er kann das, weil ihm von außen her seine Ehre zurückgegeben worden ist.

Die kleine Geschichte ist im Zeitalter des Absolutismus ein deutlicher Angriff auf eine ungerecht arbeitende und urteilende Justiz, und im Hintergrund kommt hier eine Frage herauf, die künftig eine außerordentliche Rolle spielen wird: wieweit ist es dem Einzelnen erlaubt, selbst Recht zu üben, wenn der Staat ihm entweder den Rechtsschutz versagt oder wenn das staatlich praktizierte Recht zum offenbaren Unrecht wird? Wir sehen: die Frage nach den Ursachen eines Verbrechens ist innerhalb weniger Jahre auf immer differenziertere Weise beantwortet worden. War das Böse anfangs, in *Schillers* „Räubern“, gleichsam von Natur aus vorgegeben, der Böse also in einem eigentümlichen Sinne unschuldig, so wurde wenige Jahre darauf das Böse als böse Gesinnung, als ein Schuldig-Werden im Denken unter Nutzung absolutistischer Machtbefugnisse – der Präsident sprach, wo der Vater hätte sprechen müssen – identifiziert; und wiederum ein paar Jahre später war das Böse die Folge einer eklatant ungerechten Behandlung von Seiten des Staates (zu hohe Strafen aus geringem Anlaß). Dahinter zeichnet sich ein Prozeß ab, der die Beziehung des Einzelnen zum Staat fortan immer mehr belasten und die Frage nach der Herkunft eines Verbrechens immer stärker prägen wird. Anders gesagt: bei *Schiller* wird deutlich, daß der Konflikt des Einzelnen mit dem Staat zunehmen wird. Die Zunahme dieses Konfliktpotentials wiederum führt dazu, daß sich der Einzelne immer stärker vom Staat emanzipieren wird: selbst in seinem Rechtsbewußtsein. Wir könnten diesen Prozeß auch so charakterisieren: die *Kantische* Formel für Aufklärung, nämlich das „Bestimme Dich aus Dir selbst“, wird zunehmend stärker nicht mehr nur als Befreiung von allgemein heteronomen Bestimmungen (durch die Religion etwa) verstanden, sondern als Aufforderung zum Individualismus. Der wachsende Individualismus aber führt zu einer Zunahme von Konflikten mit der Obrigkeit – diese wiederum fördern den Individualismus und damit

auch das wachsende Vertrauen auf das eigene Rechtsgefühl: ein Zyklus, der schließlich zu Revolutionen führen muß.

Die Entwicklung, die sich im Hintergrund dieser Geschichten abzeichnet, hat mit Justiz auf den ersten Blick wenig zu tun, und anscheinend ist auch die Rechtsgeschichte davon bestenfalls mittelbar tangiert. Aber die Literatur macht auf einen Prozeß aufmerksam, der zwar im Verborgenen abläuft, letztlich aber doch für die Darstellung von Rechtsfällen in der Literatur entscheidende Bedeutung hat. Welchen Stellenwert hat das Individuum, das sich bei *Schiller* schon so deutlich zu Worte meldet, in der menschlichen Gesellschaft? Es drängt, wie die drei Beispiele zeigen, am Schluß immer wieder in diese zurück; selbst der Sonnenwirt vertraut darauf, daß ihm als Mensch eine Art Generalpardon zuteil wird. Das erklärt sich aus der allgemeinen Bewertung individueller Vorgänge. Wir leben, was jene letzten Jahrzehnte des 18. Jahrhunderts angeht, im auslaufenden Zeitalter eines Denkens, in dem es gleichsam immer um die Menschheit an sich ging. Wenn, wie wir bei *Lessing* einige Jahre zuvor vielfach nachlesen können, die Rechte eines Einzelnen verletzt, geschmälert, außer Kraft gesetzt worden waren, so traf das nicht nur diesen, sondern es traf die in ihm verletzte Menschheit, und die galt es wieder herzustellen.

Im Hintergrund stand ein unbeirrbares Ordnungsdenken, stand der Glaube an die Gesetze und deren unbezweifelbare Macht: es war das Wissen darum, daß der Einzelne nicht ein singulärer Fall, sondern Mitglied eines größeren Ganzen war, das einen Ausbruch nicht zuließ – es sei denn, man wanderte in die Reihe der Psychopathen, der Kranken, der potentiellen oder auch erfolgreichen Selbstmörder, der unrettbar an der bürgerlichen Gemeinschaft schuldhaft Gewordenen ab. Wir kennen diese Sonderlingsexistenzen, die gegen Ende des 18. Jahrhunderts immer stärker in Erscheinung treten: Werther etwa ist eine von ihnen. Der kann sich – und das macht die eigentliche Schwierigkeit seines Lebens aus – in keine Ordnung mehr einfügen. Auch *Schillers* Räuber Moor wäre auf dem besten Wege in eine abseitige Existenz, wenn er nicht am Schluß reumütig unter das Gesetz und damit in die Gesellschaft der Menschen zurückkehren würde. Solipsismus ist im Weltplan der Aufklärung nicht vorgesehen, nicht einmal denkbar. Und damit regelt sich auch das Verhältnis des Einzelnen zur Gesetzlichkeit: Gesetze sind anzuerkennen, die justitiablen Fälle sind geregelt, ein Aufstand gegen diese Ordnung, die Setzung eigener Rechtsvorschriften ist absurd und wird von irgendeiner Seite sehr rasch bestraft. Einer aus der *Schillerschen* Räuberbande, Moritz Spiegelberg mit Namen, von dorthier sofort als Jude identifizierbar, will etwa ein Königreich mit eigener Gesetzlichkeit in Jerusalem aufrichten – er wird damit unwiderruflich ein Outcast und richtet sich eigentlich schon selbst, bevor er von den anderen gerichtet wird. Kurzum: jeder Ausbruchversuch, aus welchen Gründen auch immer er erfolgen möge, ist zum Scheitern verurteilt, weil in einem höheren Sinne illegitim.

Aber in den letzten Jahrzehnten des ausgehenden Aufklärungszeitalters kommt etwas hoch, was gewissermaßen die Kehrseite jenes von *Schiller* noch eindeutig interpretierten Satzes „Bestimme Dich aus Dir selbst“ offenbart. In dem Moment, in dem im Einklang mit der aufkommenden Psy-

chologie, der „Erfahrungsseelenkunde“, das Individuum sich freisetzt, in dem das Recht des Einzelnen sich gegen das Recht der bürgerlichen Gesellschaft erklärt, entsteht zwangsläufig Rechtsunsicherheit. Es gibt fortan eine gleichsam doppelte Rechtsprechung, die mit Hilfe der etablierten Gesetze und die vom Individuum ausgehende, und von dort ist es nur noch ein kleiner Schritt zur Auffassung, daß jedes Individuum sich sein Gesetz selbst zu geben habe, sich in diesem Sinne also auch selbst bestimmen könne. Damit ist der Zusammenprall konkurrierender Rechtsprechungen vorgegeben: wo das angebliche Recht des Einzelnen gegen das Recht der Gesellschaft, des Staates, der Justiz angeht oder umgekehrt die Rechtsprechung das Recht des Einzelnen verletzt, ist der Konflikt unvermeidlich. Solange die bürgerliche Gesellschaft noch im Sinne *Lessings* existierte, war auch das Ende solcher Konflikte vorgezeichnet: der Einzelne, der Außenseiter, der Ausbruchswillige und der Flüchtling – sie zogen den Kürzeren. Anders gesagt: der Totalitätsanspruch der aufgeklärten Welt war so groß, daß es aus ihr kein Entkommen gab. Es zählte nicht, ob jemand Muselman oder Jude oder Christ war, da jeder Mensch, indem er der Menschheit angehört, ein unverletzbarer Teil des Ganzen war. „Wir haben beide/ Uns unser Volk nicht auserlesen. Sind/ Wir unser Volk? Was heißt denn Volk?! Sind Christ und Jude eher Christ und Jude./ Als Mensch?“ so fragt *Lessings* Nathan.<sup>19</sup> Aus einem solchen Denken gibt es keinen Ausbruch, und was für das Denken gilt, gilt auch für die Gesetze: jeder hat sich ihnen zu fügen. Aber damit hat es ein Ende, noch bevor das Jahrhundert endet. Und es beginnt, was sich als literarische Moderne proklamiert.

Krisenhaftigkeit ist deren unübersehbares Kennzeichen. Zwar wurde die neue Zeit (um 1800) literarisch und philosophisch als Epoche einer wohltätigen Befreiung begriffen, in der alles, was einen Totalitätsanspruch hatte, obsolet geworden war. Beliebteste literarische Form dieser Jahre war das Fragment, in dem das Unabgeschlossene, das Vorläufige und Experimentelle der Moderne am besten zum Ausdruck zu kommen schien. Damit wurde auch das Individuelle zum hohen Wert. Aber man muß das, was damals als Gewinn einer neuen literarischen Aussageform gewertet wurde, auch umgekehrt zu lesen verstehen. Im Fragment dokumentierte sich nicht nur das noch unfertige Neue, sondern auch das Zerbrechen eines generellen Lebenszusammenhanges, im Fragment sprach sich aus, daß es eine allgemeine Weltphilosophie wie die der Aufklärung nicht mehr gab, und an den äußeren Grenzen dieser modernen Welt drohte bereits das, was später zur größten Gefahr der bürgerlichen Gesellschaft und damit auch ihrer Rechtsvorstellungen wurde: die schrankenlose Herrschaft des Ich und der ausschließliche Bezug des Einzelnen auf sich selbst. Wenn die Frühromantiker auch noch versuchten, die eigentlich bittere Einsicht in das Fragmentarische der Welt durch Allmachtsträume und Weltbeherrschungsideen zu überspielen, so waren sie doch eingestanden- und uneingestandenermaßen sich immer wieder darüber einig, daß die Welt der großen Systeme und der über-

individuellen Sicherungen endgültig zu Ende gegangen war. *Hegel* spricht nicht zufällig von der „Sphäre des Relativen“. Das ist die Kehrseite der so hochfliegenden Aufbruchsstimmung um 1800. Da sind Konflikte vorprogrammiert. Und – damit kehren wir wieder zum Reich des Rechtes zurück – sie wirken sich auch dort aus; immer dann, wenn der Einzelne nicht mehr bedingungslos dem Recht vertraut, hat er zwei Möglichkeiten: er kann resignieren und annehmen, was Justiz und Staat über ihn verhängen – oder er kann rebellieren, und wenn er rebelliert, dann wird er der inneren Stimme mehr glauben als den Paragraphen des Gesetzbuches, wird vor allem auch seinen Fall nicht mehr als allgemeinen menschlichen Fall interpretieren. An eben dieser Schwelle, an der überhaupt erst denkbar wird, daß der Einzelne sein Recht gegen ein allgemeines Recht durchsetzt, weil dieses allgemeine Recht letztlich nicht mehr für ihn verbindlich zu sein scheint, brechen Konflikte auf, und die Literatur wird zum Gradmesser und Barometer einer Umsturbewegung, in der das Alte, die alte Rechtsordnung, noch da ist und der Protest gegen sie doch schon unüberhörbar. Es gibt einen Autor, an dem sich außerordentlich gut demonstrieren läßt, was passiert, wenn der Einzelne sich nicht mehr der Justiz unterordnet, sondern rebelliert – zunächst noch im Glauben, daß er das bessere Gesetz auf seiner Seite habe, dann aber zunehmend, wie in *Schillers* Erzählung vom Sonnenwirt, aus Protest gegen eine Gesetzlichkeit, die ihm immer stärker als sinnlos erscheinen muß – *Heinrich von Kleist*.

Dessen *Kohlhaas*-Novelle ist eigentlich so bekannt, daß eine sehr kurze Inhaltsskizze sich allenfalls als Auffrischung der Erinnerung legitimieren kann. Michael Kohlhaas, ein Roßhändler, wird im Gebiet eines Ritters von Tronka eines Tages, als er mit seinen Pferden das Land als Transitär passieren will, durch einen Schlagbaum aufgehalten, und als er keinen Passierschein vorweisen kann, werden zwei Rappen aus seiner Pferdekoppel als Pfand für die spätere Vorlage dieses Scheins, von dem weder Kohlhaas noch sonst irgend jemand bislang etwas wußte, zurückgehalten. Kohlhaas zieht weiter und erfährt, daß der Paßschein pure Erfindung des Ritters Tronka war. Als er auf der Rückkehr die Rappen zurückverlangt, sind sie „verdorben“, sein Knecht Herse, den er bei den Pferden zurückgelassen hat, schwer verletzt – aber Kohlhaas will wiederbekommen, was er hinterlassen mußte, nämlich seine „wohlgenährten und gesunden Pferde“. Das lehnt der Junker ab – und damit ist der Rechtsstreit vorprogrammiert. Kohlhaas vertraut auf die „öffentliche Gerechtigkeit“ – er bringt seine Klage gegen die Junker von Tronka in Dresden vor, aber die sächsische Justiz versagt, nimmt die Sache zwar an, läßt sie aber liegen, und am Schluß wird sein Verfahren sogar „gänzlich niedergeschlagen“ – Rechtsverweigerung nennt man das. Kohlhaas, der sich von der Justiz im Stich gelassen sieht, dessen Frau bei dem Versuch, dem preußischen Landesherrn eine Bittschrift zu überreichen, zu Tode kommt, der zu allem Übel noch eine landesherrliche Resolution zugestellt erhielt, die Pferde einfach von der Tronkenburg abzuholen und nichts weiter zu unternehmen, beginnt einen Rachezug. Was er gegen die Rechtsverweigerung der sächsischen Justiz ins Feld führt, ist nicht mehr und nicht weniger als sein „Rechtgefühl“, so lesen wir, das

<sup>19</sup> *Lessing*, Werke in drei Bänden, Bd. 1, Dichtungen, 1969, S. 754.

„einer Goldwaage glich“. Eben damit legitimiert er sein Tun. Er überzieht die Welt mit Krieg, wird als Anführer einer marodierenden Bande zu einem „rasenden Mordbrenner“, reagiert auf einen Aufruf Luthers, der ihn einen Rebellen nennt und ihm eine theologische Lösung – Vergebung – vorschlägt, mit ungebrochenem Starrsinn. Am Ende aber bekommt der Robbändler, der an der Integrität der Justiz gründlich und aus gutem Grund zweifelt, durch den Kurfürsten von Brandenburg, der ihn als brandenburgischen Untertan reklamiert, doch noch sein Recht. Die Pferde, die inzwischen gar beim Abdecker gelandet waren, müssen wieder ehrbar gemacht und gefüttert werden, und Kohlhaas kann triumphieren: er erhält alles widerrechtlich Einbehaltene zurück, sogar die Kurkosten für seinen Knecht Herse – auch wenn der längst in einem Kampf gefallen ist. Der Junker von Tronka aber wird zu einer zweijährigen Gefängnisstrafe verurteilt. Kohlhaas ist Genugtuung gegeben worden, und nun ist er auch bereit, seinerseits wegen des Landfriedensbruchs Genugtuung zu geben: sein Haupt fällt unter dem Beil des Scharfrichters. Er stirbt in Frieden mit der Welt und mit sich.

Die Geschichte ist wiederholt unter juristischen Aspekten gewürdigt worden. Nach Lage der Dinge sind die rechtlichen Möglichkeiten des Kohlhaas durch das „Allgemeine Landrecht“ für Preußen 1794 klar fixiert: Kohlhaas verstößt mit seinem Rachefeldzug eindeutig gegen die Gesetze, denn „Selbsthilfe“ kann er nicht für sich in Anspruch nehmen. Die entsprechenden Paragraphen (77 und 78) lauten, daß niemand befugt sei „sich durch eigne Gewalt Recht zu verschaffen“. Und: „Die Selbsthilfe kann nur in dem Falle entschuldigt werden, wenn die Hülfe des Staats zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde“.<sup>20</sup> Das „Allgemeine Landrecht“ hat auch die Strafen bei Verstoß gegen das enge Selbsthilferecht genannt: „Wer, mit Vorbeugung der Obrigkeit, sich selbst, ohne besondere Zulassung der Gesetze, Recht zu verschaffen sucht, soll, wenn es ohne Gewalt an Personen oder Sachen geschieht, mit Geldbuße oder bürgerlichem Arreste gestraft; sonst aber, nach Verhältniß der ausgeübten Gewalt, mit zwey- bis sechsmonatlicher Gefängniß-, Festungs- oder Zuchthaus-Strafe belegt werden“.<sup>21</sup> Widerstand gegen die Obrigkeit, Aufruhr und Aufruf dazu sind ebenfalls unter scharfe Strafe gestellt. Von einem Widerstandsrecht kann also keine Rede sein. Das war seit langem so; schon der Reichslandfriede von 1495 verbot Fehde und Selbsthilfe. Selbst das BGB regelt in § 229 bzw. § 230: „Die Selbsthilfe darf nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist“. Da die juristischen Grenzen für Kohlhaas also klar fixiert sind, er andererseits aber ohne Selbsthilfe nicht zu seinem Recht kommen konnte, ergibt sich der auf den ersten Blick hin paradoxe Sachverhalt, daß der, der das ihm verweigerte Recht sucht, nämlich Kohlhaas, sich gezwungen sieht, einen fundamentalen Angriff auf Justiz und einen Staat zu unternehmen, der die Justizschädigung an Eigentum und Personen durch Rechtsverweigerung duldet. Das ging weit über die gesetzlich zugestandene

Selbsthilfe hinaus; auf geltendes Recht konnte sich Kohlhaas keinesfalls berufen. Dennoch glaubte er sich im Recht. Luther gegenüber machte er denn auch anderes als Begründung seiner „Selbsthilfe“ geltend: daß er in seiner vergeblichen Rechtssuche aus der menschlichen Gesellschaft geradezu expatriert worden sei, und deswegen führe er einen Krieg „mit der Gemeinheit der Menschen“. Luther hält das für eine „Raserei der Gedanken“ und fragt ihn: „Wer hätte dich aus der Gemeinschaft des Staates, in welchem du lebstest, verstoßen? Ja, wo ist, so lange Staaten bestehen, ein Fall, daß jemand, wer es auch sei, daraus verstoßen worden wäre?“<sup>22</sup> Luther argumentiert damit ganz im Sinne des 18. Jahrhunderts, das den einzelnen Menschen immer nur als Teil des größeren Ganzen, des Staates, der Menschheit definierte. Kohlhaas entgegnet: „Verstoßen [...] nenne ich den, dem der Schutz der Gesetze versagt ist! Denn dieses Schutzes, zum Gedeihen meines friedlichen Gewerbes, bedarf ich; [...] und wer mir ihn versagt, der stößt mich zu den Wilden der Einöde hinaus; er gibt mir, wie wollt Ihr das leugnen, die Keule, die mich selbst schützt, in die Hand“.<sup>23</sup> Luther fragt geradezu entgeistert, wer ihm den Schutz der Gesetze versagt habe, da offenbar subalterne „Staatsdiener“ hinter dem Rücken des Landesherrn den Prozeß unterschlagen hätten, und Kohlhaas entgegnet: „Wohlan [...], wenn mich der Landesherr nicht verstößt, so kehre ich auch wieder in die Gemeinschaft, die er beschirmt, zurück“. Aber solange das nicht der Fall ist, beruft er sich auf etwas, was zwar alles andere als einen Rechtsgrund darstellt, aber ihm der einzige Rechtsmaßstab ist: ihm sagt ein „vortreffliches Gefühl“, daß er, wenn er von den Ungerechtigkeiten auf der Tronkenburg höre, „mit seinen Kräften der Welt in der Pflicht verfallen sei, sich Genugtuung für die erlittene Kränkung, und Sicherheit für zukünftige seinen Mitbürgern zu verschaffen“.<sup>24</sup> Das „Rechtgefühl“ ist keine solitäre Empfindung, sondern hat hier anfangs offensichtlich auch noch mit sozialer Verantwortlichkeit zu tun.

Man darf „Gefühl“ nicht mißverstehen. Es ist so etwas wie eine unzerstörbare innere Instanz im Menschen, nicht Ausdruck subjektiver Rechthaberei. Das „Rechtgefühl“<sup>25</sup> ist offenbar eine Variante dessen, was in der moralphilosophischen Literatur der Zeit, also gegen Ende des 18. Jahrhunderts, als „moralisches Gefühl“ erscheint; dieser Begriff taucht im Gefolge *Kants* und *Fichtes* auf. Der Begriff „Rechtsgefühl“ begegnet 1797. *Joachim Rückert* hat auf die „Philosophische Sittenlehre“ von *Ludwig Heinrich Jakob* (Halle 1794) aufmerksam gemacht, in der das Wort erscheint. Das moralische Gefühl, so kann man bei *Jakob* lesen, folgt auf das Gesetz: „Das moralische Gefühl ist also nicht der objective Bestimmungsgrund des Gesetzes, so daß man um des Gefühls willen erst das Gesetz entwürfe, und es beobachtete, weil es als ein Mittel zu diesem Wohlgefallen angesehen würde; sondern es ist das Gesetz selbst, das sich in einem sinnlichen Subjecte nicht anders als durch ein Gefühl ankün-

<sup>20</sup> Zitiert nach: *Rückert*, Kleist-Jahrbuch 1988/1989, 375 (376).

<sup>21</sup> *Rückert*, Kleist-Jahrbuch 1988/1989, 375 (378).

<sup>22</sup> *Kleist*, in: *Sembdner* (Hrsg.), *Heinrich von Kleist, Sämtliche Werke in zwei Bänden*, Bd. 2, 7. Aufl. 1987, S. 45.

<sup>23</sup> *Kleist* (Fn. 22), S. 45.

<sup>24</sup> *Kleist* (Fn. 22), S. 16.

<sup>25</sup> *Kleist* (Fn. 22), S. 14.

digen kann, und welches eben daher ein so ganz eigenthümliches Gefühl ist“.<sup>26</sup> Es ist offenbar ein Versuch, die Rechtllichkeit eines Gesetzes gewissermaßen mit dem Rechtsbewußtsein des Individuums in Übereinstimmung zu bringen. Anders gesagt: das Rechtsgefühl des Kohlhaas, wenn man es nach *Jakob* bestimmen wollte, steht nicht im Widerspruch zum positiven Recht, sondern unterstützt es; Naturrecht und positives Recht laufen an sich parallel. Und dennoch: wenn Kohlhaas sich auf sein Rechtsgefühl beruft, so weiß er sich zwar nicht im Gegensatz zu den Gesetzen, aber er weiß, daß diese in seinem Fall keine Wirkung zeigen und versagen, so wie der Staat in seiner Pflicht versagt, die Rechtsansprüche des Kohlhaas zu schützen. Bezeichnenderweise kommt in dieser Situation, in der sich ein Zeitalter mit seinem Denken verabschiedet und ein neues noch nicht seine Sicherheit gefunden hat, nicht zufällig die Forderung auf, das Rechtsgefühl (neu) zu definieren. *Rückert* hat auch einen Satz des Populärphilosophen *Garve* aus dem Jahre 1798 zitiert, und der lautet: „Wenn der Mensch ein unmittelbares Gefühl dessen hätte, was Recht und Unrecht, Tugend und Laster wäre: so hätte er auch einen weit sichereren Führer [...] als er nach der Erfahrung wirklich hat“.<sup>27</sup> Wenn *Garve* noch zweifelt, ob es ein solches unmittelbares Gefühl für Recht und Unrecht gebe, so fordert *Friedrich Schlegel* fünf Jahre später „eine gefühlte Rechtllichkeit, die mehr ist, als die Gerechtigkeit des Gesetzes und der Ehre“: da avanciert das Rechtsgefühl geradezu zum Gesetzgeber.

*Kleist* steht an einer Schwelle. Seine Kohlhaas-Novelle läßt nur zu deutlich erkennen, daß da noch die Macht der Gesetze ist, und sie gibt auch zu verstehen, daß die Gesetze die kodifizierten Regeln eines Staates sind, der ebenso zur Einhaltung dieser Gesetze verpflichtet ist wie der Bürger. Aber da meldet sich mehr. Es ist die Unmäßigkeit seines Protestes, die zum Ausdruck bringt, daß das Rechtsgefühl des Einzelnen ein unverzichtbares Substitutiv ist, wenn der Staat versagt und dem Einzelnen nimmt, was er ihm geben müßte, nämlich Rechtssicherheit. Der Staat legitimiert dieses „Rechtsgefühl“ sogar selbst: durch seine Rechtsverweigerung.

Hier, in *Kleists* Erzählung, hat sich ein Individuum, weil sich der Staat ihm verweigert, also für autonom erklärt, auch in Rechtssachen. Aber der Rachezug des Kohlhaas ist durch das auslösende Moment, nämlich Rechtsverweigerung, dennoch nicht abgedeckt, schon deswegen nicht, weil er sein Vorgehen so ausdrücklich als Rache deklariert. Es ist nicht zuletzt die Unmäßigkeit dieser Rache, die sein Handeln als egoistisch auszeichnet und sein Rechtsgefühl wieder in Frage stellt, denn Präventionsideen spielen trotz seiner anfänglichen Aussage, durch sein Vorgehen seinen Mitbürgern zukünftige Kränkungen ersparen zu wollen, in seiner Rechtfertigung später überhaupt keine Rolle mehr. Hier folgt ein Einzelner immer stärker seinem innersten Gefühl, von dem er annimmt, daß es rechtens sei, und vor allem: er denkt immer mehr an sich, an seine Rache, und so ist sein Rachezug schließlich alles andere, nur keine exemplarische Tat. Es ist die zunehmende Gewalt, die sich mit seinen Taten verbindet, die ihn

auch dem Volke gegenüber immer weniger legitimiert. Er will vor allem „Genugtuung“, und wenn er auch der Überzeugung ist, daß das sittliche Recht auf seiner Seite ist, so differiert dieses von ihm als „Rechtsgefühl“ substantialisierte Wissen um Gut und Böse zunehmend von dem, was das Gebot der Verhältnismäßigkeit von ihm fordern müßte. So deutet sich denn hier an, daß sich zweierlei Recht entwickelt hat, das nur dem Scheine nach in Übereinstimmung miteinander steht: das positive Recht auf der einen Seite, das Recht des Einzelnen und gleichzeitig damit verbunden der Vorsatz, dieses Recht auch durchzusetzen, auf der anderen Seite. Der Raum der Aufklärung ist so gut wie verlassen, das Individuum hat sich von der Gesellschaft emanzipiert, und das ist nicht mehr nur Sache des innersten Gefühls, sondern wird als Generalangriff auf den Staat zum politischen Faktum. Der Individualitätsglaube der Moderne zeigt hier schon sein Fratzenesicht, oder, anders gesehen: hier ist ein Gesellschaftsvertrag aufgekündigt, einschließlich aller juristischen Folgen. Am Ende dieser Entwicklung steht ein Buchtitel wie der von *Max Stirner*: „Der Einzige und sein Eigentum“, steht ein Roman, wie „Die Schlafwandler“ von *Broch*, dessen dritter Teil „Huguenau oder die Sachlichkeit“ heißt. Sachlichkeit ist *Brochs* Formel für einen schrankenlos gewordenen Egoismus, der über Leichen geht.

*Kleists* Rechtsfälle signalisieren eine Zeitenwende; mit ihr ändert sich das Verhältnis zu Recht und Unrecht, zum Bösen und zur Schuld, zu Rache, Vergebung, Gerechtigkeit, Strafe, zum richtigen Handeln, kurzum: zu allem, was Staat und Gesellschaft im Aufklärungszeitalter zuwege gebracht haben. Jetzt folgt der Einzelne seinem Gefühl – und entscheidet von sich aus, was rechtens ist und was nicht. Daß dabei das Sittengesetz, das „Naturrecht“, die Moralphilosophie, das moralische Gefühl intakt und, wie *Jakob* noch meint, nur die individuelle Spezifikation allgemeiner Rechtsvorschriften sei, erklärt wenig und entschuldigt nichts. Denn im Konfliktfall wird das alles hinweggeschwemmt, das Rechtsgefühl des Einzelnen setzt außer Kraft, was seit Jahrzehnten zum Gesellschaftsvertrag zwischen dem Einzelnen und der Nation gehörte. Kohlhaas überschreitet die Grenzen, die dem Protest gegen die Rechtsverweigerung damals gesetzt waren, so erheblich, daß unter juristischem Aspekt sein Vorgehen gleichsam eine ungemein kühne Novellierung dessen ist, was „Recht“ bedeutet. *Kleist* ist geradezu ein Rechtsexperimentator. Er lotet aus, wie das Recht neu definiert werden kann, und zwar unabhängig von Staat und Gesellschaft. Zwar lenkt Kohlhaas, wie das Ende der Geschichte zeigt, schließlich noch einmal ein, als der Staat einlenkt, fügt sich in die geltenden Gesetze, und dennoch triumphiert er über sie, genauer: über das Rechtsverhalten des Staates, da er, aller Unverhältnismäßigkeit dessen, was geschehen ist, zum Trotze, am Ende das erhält, wofür er ausgezogen war. Wie prekär die damals einsetzende Diskussion um die Berechtigung der Selbsthilfe bei angenommener Schmälerung der eigenen Rechte ist, zeigt auch die Stellungnahme des Professors der Philosophie *Jakob* in seiner Schrift „Antimachiavel, oder über die Grenzen des bürgerlichen Gehorsams“ von 1794, die wie auf *Kleists* „Kohlhaas“ zugeschnitten zu sein scheint. Bei *Jakob* heißt es: „Wenn mich ein Gerichtshof verdammt, und

<sup>26</sup> *Rückert*, *Kleist-Jahrbuch 1988/1989*, 375 (385).

<sup>27</sup> *Rückert*, *Kleist-Jahrbuch 1988/1989*, 375 (388).

ich glaube, mir geschieht durch die Sentenz Unrecht; so muß ich mich dennoch demselben unterwerfen [...]. Wenn aber der Staat auch aus Irrtum verdammt; so erhellet doch aus alledem gar kein böser Wille des Staats. Ich habe also nicht den geringsten Vorwand zum Ungehorsam oder zur Gewalttätigkeit gegen ihn [...]“.<sup>28</sup> Damit fielen Kohlhaasens ganze Verteidigungsstrategie, fielen die innere Begründung seines Aufruhrs in sich zusammen. *Jakob* macht aber eine wichtige Einschränkung: Ungehorsam oder Gewalttätigkeit gegen den Staat sind dann nicht möglich, „wenn aus dessen [des Staates] richterlichem Ausspruche gegen mich nicht offenbar dessen böser Wille, mein Recht zu kränken, sichtbar ist“. Anders gesagt: wenn es die Absicht des Staates ist, das Recht des Einzelnen zu verletzen, dann ist Selbsthilfe erlaubt. Damit geht die Diskussion freilich über die Erörterung von Möglichkeiten zu Spitzfindigkeiten über – denn welcher Staat wird zugeben, daß es sein Wille sei, das Recht eines Einzelnen zu kränken? Und wie will der Einzelne erkennen, ob der Staat dieses als Absicht verfolgt? Kohlhaas freilich stellt sich solche Fragen nicht, sondern handelt einfach so, als ob der Staat ihn, den Einzelnen, in seinem Recht absichtlich, mit bösem Willen also, schmälern wolle. Ein Korrektiv außerhalb seines Rechtsgefühls oder seines Rachedurstes, zu dem sein Rechtsgefühl ihn treibt, gibt es nicht. So entscheidet er letztlich nur über sich selbst. Er mag noch für sich in Anspruch nehmen können, daß sein Recht mißachtet worden ist – was in der Rechtsverweigerung deutlich wird. Aber daß die Mißachtung böser Wille sei, ist auf nichts als auf seine eigene pure Annahme gegründet, und so mischt sich eine gehörige Portion Irrationalismus in sein Rechtsgefühl, in seine Interpretation dessen ein, was Recht und was Unrecht sei. Damit aber ist er blind geworden für das, was er tut. So wie in *Schillers* „Räubern“ die Mordbrennerbande die Gründung eines Gegenstaates betreibt, der sich aber durch nichts legitimieren kann, so ist auch die Mordbrennerbande des Kohlhaas eine solche Gegengründung – offensichtlich nach dem von *Kleist* so unendlich bewunderten Vorbild *Schiller*, auf dessen Anregung und dessen gedankliche Vorbereitung. *Justitia* mag eine Binde vor den Augen tragen – aber Kohlhaas ist auch ohne Binde blind geworden, und im Hintergrund seines Tuns wird sichtbar, was ihn allein treibt: verletztes Ichgefühl. Rechtsschaffenheit ist sicherlich ein Grundzug im Wesen des Kohlhaas – aber was geschieht, wenn das Rechtsgefühl in die Irre geht, wenn aus Recht plötzlich Unrecht und aus Unrecht plötzlich Recht wird? Die Umwertung aller Werte, sie hat nicht erst bei Nietzsche begonnen, sondern beginnt in *Kleists* Geschichte von Michael Kohlhaas. „Das Rechtsgefühl aber machte ihn zum Räuber und Mörder“, heißt es schon im Eingang der Geschichte, und damit wird angedeutet, daß das Rechtsgefühl kein verlässlicher Kompaß sein kann. Ist er nur in einer Tugend ausgeschweift, wie es im Text heißt? Schlägt ein übertriebenes Rechtsgefühl um in Unrecht? *Kleist*, an der Wende zur Moderne stehend, hat auf diese Fragen keine rechte Antwort geben können, vielleicht auch keine geben wollen. Michael Kohlhaas blieb für ihn „einer der rechtschaffensten zugleich und entsetzlichsten Menschen seiner Zeit“ –

<sup>28</sup> Rückert, Kleist-Jahrbuch 1988/1989, 375 (398).

wie bereits im ersten Satz der Novelle zu lesen ist. Bedenklicher aber als die Differenz zwischen „Rechtsgefühl“ und Rechtsordnung ist der in seinen Konturen schon sichtbar werdende Zusammenbruch des Staatswesens, das die Gesetze erließ, mit denen Kohlhaas seine Schwierigkeiten hatte und von dem er sich ausgestoßen glaubte, als er nicht bekam, was er einzufordern glaubte im Recht zu sein: nicht eine falsche Rechtsprechung machte Kohlhaas zum Rebellen, sondern die vom Staat so lange verweigerte Anerkennung als ein auch mit Rechten ausgestatteter Untertan. Der Kern seiner Rebellion ist nicht eine Attacke auf die Rechtsprechung des Staates, sondern auf diesen selbst. Anders gesagt: hier ist auch das Gesellschaftsverständnis des 18. Jahrhunderts, ist der Glaube, daß der Einzelne der Teil eines unzerstörbaren Ganzen sei, gründlich in Frage gestellt.

1800 – eine Schwellenzeit, eine Zeit der Umkehr, eine Zeit nicht der prästabilierten Harmonie, sondern der destabilisierten Verhältnisse. Seine Majestät das Ich meldet sich zu Worte, und es fordert seine Rechte, auch wenn das gegen Staat und Gesetzlichkeit geht. *Kleist* hat im „Prinz Friedrich von Homburg“ eine Variante des Themas geliefert, weitere Varianten im „Zweikampf“ und, etwas undeutlicher, im „Erdbeben in Chili“. Zwar tritt bei *Kleist* der Einzelne, der einen Ausbruch gewagt hatte und dem innersten Gefühl zu folgen bereit gewesen war, am Ende noch einmal in das zurück, in das auch *Schiller* schon seine Ausbrecher zurückkehren ließ: ins Gleis der Gesetze. Aber das ist eine letztmalige Rückkehr, da ist das Aufklärungsdenken wenigstens rudimentär noch sichtbar und wird doch schon verabschiedet. Wenige Jahrzehnte später gibt es rigorosere Emanzipationsversuche des Ich, und wenn sie auch scheitern, so ist es mit dem Glauben an die zeitlose Gültigkeit der Gesetze, an die Macht des Staates und die Hochstellung des Gemeinwesens doch endgültig vorbei. Ist vielleicht auch der Glaube an die eine Wahrheit dahin? Sind Leidenschaft, Gefühl, Irrationalität die neuen Parameter des Handelns, weil sie, die Leidenschaften und die Gefühle, den einzelnen Menschen charakterisieren und nicht mehr der allgemein angenommene, gleichmacherische Verstand? Genügen, wie bei *Kleist*, zwei widerrechtlich festgehaltene Rösser, den Bau der ganzen sittlichen Welt einstürzen zu lassen, Chaos und Revolution zu verbreiten, Mord und Totschlag zu begehen – alles begründet durch ein Rechtsgefühl, das, als Gefühl, ja durchaus irren kann?

*Eichendorff*, eine knappe Generation später lebend als *Kleist*, hat einmal gemeint, daß in der Moderne aller „Accent auf das *Subject* gelegt, und dieses eine souveraine Macht geworden“ sei.<sup>29</sup> Wo das Individuum sich absolut setzt, kommt es aber auch immer wieder zu Gegengründungen zum Staat: Räuberbanden, Gegenregimes, tauchen auf und zeigen auf ihre Art, wie klein das Reich der Gesetze geworden ist, selbst wenn es immer noch Allgemeingültigkeit beansprucht. Was ist von einer Gerechtigkeit zu halten, wenn sie durch „Gewalttaten“ eines Einzelnen, eines nur seinem „Rechtsge-

<sup>29</sup> Von *Eichendorff*, in: Mauser (Hrsg.), Literarhistorische Schriften von Freiherrn Joseph Freiherr von Eichendorff, Bd. 2, 1965, S. 38.

fühl“ folgenden Individuum und seiner Bande ertrotzt wird? Wenn die Durchsetzung eines Rechtsanspruches in einem Blutbad endet?

Es ist nicht ungefährlich, allzu klare Linien über Jahrzehnte hinweg erkennen zu wollen, aber Entwicklungen wie die hier beschriebenen versanden nicht, sondern pflegen sich fortzusetzen. Es gibt ein weiteres Beispiel dafür in einer Geschichte der *Droste von Hülshoff*: „Die Judenbuche“.

Was die Erzählung der *Droste* lehrt, ist das Ergebnis eines Prozesses, den man Rechtsverwilderung nennen könnte. Die Geschichte spielt im „gebirgichten Westfalen“, irgendwo auf dem Lande in einem vergessenen kleinen Winkel, und es heißt gleich anfangs: „Unter höchst einfachen und häufig unzulänglichen Gesetzen waren die Begriffe der Einwohner von Recht und Unrecht einigermmaßen in Verwirrung geraten, oder vielmehr, es hatte sich neben dem gesetzlichen ein zweites Recht gebildet, ein Recht der öffentlichen Meinung, der Gewohnheit und der durch Vernachlässigung entstandenen Verjährung. Die Gutsbesitzer, denen die niedere Gerichtsbarkeit zustand, strafte und belohnte nach ihrer in den meisten Fällen redlichen Einsicht; der Untergebene tat, was ihm ausführbar und mit einem etwas weiten Gewissen verträglich schien, und nur dem Verlierenden fiel es zuweilen ein, in alten staubichten Urkunden nachzuschlagen“.<sup>30</sup> Ein Zustand also, der sich der Grenze zur Rechtlosigkeit schon bedenklich nähert; zumindest gibt es zwei Rechtsauffassungen, wobei das kodifizierte Recht zurückgedrängt ist und jenes andere Recht, das der öffentlichen Meinung und der Gewohnheit, sich sehr breitgemacht hat. Eines hat sich vor allem verstärkt: das, was schon bei *Kleist* das „Rechtgefühl“ war. *Kleists* Appell an dieses Gefühl hat Früchte getragen – in der Erzählung der *Droste* ist das Rechtsgefühl gegenüber dem gesetzlichen Recht noch höher aufgewertet. Am Ende der Einführung, die auch darauf aufmerksam macht, daß Vergehen häufiger waren, steht der Satz: „Denn wer nach seiner Überzeugung handelt, und sei sie noch so mangelhaft, kann nie ganz zugrunde gehen, wogegen nichts seelentötender wirkt, als gegen das innere Rechtsgefühl das äußere Recht in Anspruch nehmen“.<sup>31</sup> Trägt jeder also sein eigenes Gesetzbuch in sich, ist das Individualrecht sozusagen lebendiges Recht, das äußere Recht hingegen kaum noch das Papier wert, auf dem es steht?

Die Geschichte handelt vom Holzfrevler, vom Diebstahl und von den Folgen. Die Herrschaft wacht über die Forsten, „aber weniger auf gesetzlichem Wege, als in stets erneuten Versuchen, Gewalt und List mit gleichen Waffen zu überbieten“. Geschildert wird die frühe Lebensgeschichte eines dörflichen Outcast, die Geschichte des sozialen Niedergangs eines jungen Menschen, der einer armseligen Umgebung entstammt und in den Sog der Holzfrevler gerät – es ist bezeichnenderweise wiederum eine Bande, nicht ein Einzelner, der ihn verführt. Friedrich Mergel, der Held der kleinen Geschichte, schickt einen Förster in eine Richtung, von der er weiß, daß sie mit dessen Ermordung enden wird. Der Mord

wird nie aufgeklärt. Es war, so darf der Leser vermuten, der Oheim des Friedrich Mergel, der zum Mörder geworden war und den dessen Adoptivsohn, als der Friedrich Mergel galt, nicht zur Anzeige gebracht hatte. Ein zweiter Mord geschieht später: der Jude Aaron wird erschlagen, und weil Friedrich Mergel eine Auseinandersetzung wegen einer Uhr mit ihm hatte, gilt er als Mörder – zumal er mit einem Kumpanen namens Johannes, gleichsam sein Schatten, flüchtet. Nach 28 Jahren kommt ein Wanderer ins Dorf zurück, erklärt sich als der Begleiter und damalige Freund des unseligen Mergel, berichtet von seinem und Friedrich Mergels Weg in die Sklaverei. Aber am Schluß, als dieser Gefährte des Friedrich Mergel im Walde erhängt gefunden wird, stellt sich heraus, daß es Friedrich Mergel selbst war, der offenbar ein Selbstgericht vollzogen hatte. Doch: war er wirklich der Mörder des Juden Aaron, war er schuldig am Tod des Försters? Aufgeklärt wird das in dieser Geschichte nicht.

Die Erzählung der *Droste* ist aus zwei Gründen interessant. Zum einen: die Gesetze betreffen nicht mehr die Wirklichkeit der bäuerlichen Welt, ein anderes Gesetz, auf das gegründet, was die Droste das innere Rechtsgefühl des Menschen nennt, hat sich endgültig etabliert. Doch dieses Recht ist weniger als ein Gewohnheitsrecht: es ist nur noch auf Nutzen und eigenen Vorteil ausgerichtet, und die Ohnmacht der geschriebenen Gesetze und der Vollzugsinstanzen führt letztlich dazu, daß zwei Morde nicht aufgeklärt werden. Aus der Rechtsverweigerung des Michael Kohlhaas ist die Rechtsverwilderung des Friedrich Mergel geworden, und parallel dazu geht die Dissoziierung der Gesellschaft: von einer Gemeinschaftskultur mag man ohnehin nicht mehr sprechen, allenfalls von einer Dorfideologie; und die orientiert sich an sich selbst. Dennoch ist das Recht, wenn es denn irgendwo zu suchen wäre, eher auf seiten der unrecht Handelnden, nämlich der verarmten Dorfbevölkerung, zu finden, als bei der Obrigkeit, die einen Wald schützen will, obwohl ihr eigentlich der Schutz den Menschen angediehen sein müßte.

Aber die Novelle hat einen doppelten Boden, oder besser: scheint sie auf den ersten Blick zu demonstrieren, daß das Rechtsgefühl des Einzelnen ebensowenig taugt wie das geschriebene Recht, um die Gesellschaft vor Mord und Totschlag zu bewahren, so ist die ganze Geschichte doch eine einzige Eloge auf eben dieses Rechtsgefühl. Wenn es um die Aufklärung der Morde geht, dann ist die moralische (nicht die rechtliche) Lösung eigentlich nur am Schluß der Erzählung zu finden: derjenige, der sich selbst verurteilt hat, Friedrich Mergel, hat sich offenbar gerichtet, weil er seinem inneren Rechtsgefühl folgte, das einen Mord nicht ungesühnt lassen konnte. Vielleicht sind es ja sogar zwei – einen hat er begangen, an einem ist er mitschuldig geworden. So ist die Geschichte am Ende denn eine einzige Verteidigung dessen, was das innere Rechtsgefühl ist: es kann nicht in die Irre gehen; es kann ja auch, wie es schon am Anfang der Geschichte hieß, der nie ganz zu Grunde gehen, der nach seiner Überzeugung handelt, und sei sie noch so mangelhaft. Die Religion versagt auch hier – sie bringt den Menschen nicht zu Einsicht und Umkehr. Aber das innere Rechtsgefühl versagt offensichtlich nicht – es bringt den Mörder an den Gal-

<sup>30</sup> *Von Droste-Hülshoff*, Die Judenbuche, Ein Sittengemälde aus dem gebirgichten Westfalen, 1978, S. 3 f.

<sup>31</sup> *Von Droste-Hülshoff* (Fn. 30), S. 4.

gen, und zwar von eigener Hand. Die *Droste* ist eine gelehrige Schülerin *Heinrich von Kleists*, so wie *Kleist* der gelehrige Schüler *Schillers* war. In der Literatur steigt offensichtlich der Glaube an die Kraft des „Rechtgefühls“ gerade dann, wenn das Recht selbst verwildert. Wir fragen uns heute freilich: wie blind war die *Droste*?

Auch sie tut einen Schritt in eine Richtung, die schon in *Schillers* Erzählung vom Verbrecher aus verlorener Ehre begegnete und die heute selbstverständlich zu sein scheint: sie forscht nach Herkunft und sozialen Verhältnissen, nicht, um etwas zu entschuldigen, wohl aber, um etwas zu verstehen. Bei *Kleist* war die Frage nach der Motivation nicht unwichtig – *Kleist* leuchtete durchaus in die Seele des Kohlhaas hinein, um seine Mordbrennerei zu begreifen und von der Motivation her nachvollziehbar zu machen. Aber Umwelteinflüsse spielten eigentlich keine Rolle. Bei der *Droste* jedoch steht hinter der Geschichte eine soziale Anklage. Sie enthält die Aufforderung, die sozialen Verhältnisse mildernd zu berücksichtigen, die zur Voraussetzung einer Tat gehören; und sie enthält die Ermahnung, ein fremdes Schicksal nicht aus der sicheren Position der eigenen intakten Welt zu beurteilen. Darin geht sie noch einen Schritt über *Schiller* hinaus. Die *Droste* hat ihrer Geschichte einen lyrischen Vorsatz beigegeben, und der lautet in der etwas pathetischen Sprache jener Zeit (die Novelle wurde 1788 bzw. 1789 veröffentlicht):

Wo ist die Hand so zart, daß ohne Irren  
Sie sondern mag beschränkten Hirnes Wirren,  
So fest, daß ohne Zittern sie den Stein  
Mag schleudern auf ein arm verkümmert Sein?  
Wer wagt es, eitlen Blutes Drang zu messen,  
Zu wägen jedes Wort, das unvergessen  
In junge Brust die zähen Wurzeln trieb,  
Des Vorurteils geheimen Seelendieb?  
Du Glücklicher, geboren und gehegt  
Im lichten Raum, von frommer Hand gepflegt,  
Leg hin die Waagschal', nimmer dir erlaubt!  
Laß ruhn den Stein – er trifft dein eignes Haupt! –

Es ist ein Werben um soziales Verständnis und eine (christlich getönte) Warnung, nicht vorschnell über andere zu richten, denen es schlechter gegangen ist als einem selbst. Das kann natürlich kein Rechtsgrundsatz sein, aber die Geschichte läßt erkennen, wie sehr innere Motivation und äußere Umstände nach Meinung der *Droste* in die Waagschale der Justiz gehören.

Die drei Erzählungen sind Rechtsgeschichte im Spiegel der Literatur, über hundert Jahre hinweg. Die großen Linien sind klar zu erkennen: das positive Recht wird in Frage gestellt, abgedrängt durch andere, auf das innere Rechtsgefühl hin gegründete Rechtsauffassungen. Die Allgemeingültigkeit des Rechts im Zeitalter der Aufklärung verbot individuelle Rechtsauslegungen. Aber mit dem Aufkommen der Psychologie im Gefolge empfindsamer Strömungen ändert sich das. Anfangs ist das Böse und damit auch unrechtes Tun klar definiert: es ist von der Natur vorgegeben. Doch dann dringt die Psychologie in die Wahrheitsfindung ein, und damit meldet sich das Individuum in seiner Eigengesetzlichkeit zu

Worte. Alte Rechtsbegründungen lösen sich auf, ein neues Verständnis von Recht, Schuld, Verantwortung entwickelt sich über Jahrzehnte hin. Die Gesinnung wird justitiabel, die Umstände und Umwelteinflüsse werden mitverantwortlich gemacht, und schließlich bekommt das Rechtsgefühl des Einzelnen nach dem Ende der Aufklärung und mit dem Beginn der romantischen Subjektivitätsverherrlichung Vorrang vor dem positiven Recht und wird im Konfliktfall zur alleinigen Rechtsinstanz. Sind das fortlaufende, sich steigernde Angriffe auf das positive Recht? Zeichnet sich hier das Ende der auf Übereinstimmung gegründeten bürgerlichen Gesellschaft ab? Lösen sich mit dem Ende der Aufklärung auch alte Ordnungen auf? Oder sind das alles nur Angleichungen an veränderte Lebensbedingungen, werden Recht und Unrecht jetzt differenzierter gesehen als im 18. Jahrhundert? Ist das Rechtsbewußtsein nach 1800 geschärft, verflacht oder völlig verändert worden?

Daß die Dichter, die *Droste* eingeschlossen, dabei irgendwie doch noch an das Gute im Menschen glauben, hat fast etwas Naiv-Rührendes. Und vielleicht etwas Tröstliches. Denn leider ist heute nicht mehr auf den ersten Blick erkennen, wer ein Schurke ist und wer nicht. Andererseits sind individuelle Rechtsbegründungen zahlreicher denn je geworden. Das ging bis zu *Bertolt Brecht*, der für sich sein eigenes Recht reklamierte, als er sagte: „Wo mein Tank durchfährt, da ist meine Straße“. Damit käme er heute freilich gleichzeitig mit dem Verkehrsrecht, dem Umweltrecht und der Militärgerichtsbarkeit in Konflikt.

# Transitorische Ästhetik

## Bertolt Brechts „Flüchtlingsgespräche“ und einige exemplarische Fragen zum Schreiben im Exil

Von Prof. Dr. Andrea Bartl, Bamberg\*

Zwei Männer treffen sich wiederholt in einem Lokal, die ersten Male zufällig, später regelmäßig.<sup>1</sup> So unterschiedlich die beiden auch sind (der eine, Ziffel, Physiker und eher ein bürgerlicher Intellektueller, der andere, Kalle, Metallarbeiter mit langjährigem Engagement in der Arbeiterbewegung), sie haben eins gemeinsam: die Flucht aus Nazi-Deutschland. Diese Gemeinsamkeit, das Exil, bestimmt auch ihre Gespräche: Sie unterhalten sich über den Faschismus, die eigene Flucht, auch sehr konkrete Nöte von Exilanten wie den beständigen Kampf um Ausweisdokumente, Arbeitserlaubnis und vieles mehr. In fast jedem dieser „Flüchtlingsgespräche“ sind verschlüsselt-unverschlüsselte Spuren zu finden, die auf das eigene Exilerlebnis des Autors von Ziffels und Kalles Dialogen (*Bertolt Brecht*) verweisen. Mit genau diesen Fragen – dem Bild des Faschismus und einem möglichen Gegen-Konzept einer sozialistisch geprägten Utopie sowie sehr konkreten Exilerfahrungen (immer wieder auch mit Blick auf *Brechts* Exilbiographie) – hat sich die germanistische Forschung häufig in erster Linie beschäftigt, wenn sie *Bertolt*

*Brechts* „Flüchtlingsgespräche“ betrachtete, wie überhaupt die Sekundärliteratur zu den „Flüchtlingsgesprächen“ im Vergleich zu weiteren „Dramen“ aus *Brechts* Exil-Zeit bislang relativ spärlich vorhanden ist. Hier soll daher der Versuch unternommen werden, einen anderen, neuen Blick auf *Brechts* „Flüchtlingsgespräche“ zu werfen, der zudem in diesem faszinierenden Textkonvolut Strukturen erkennen lässt, die repräsentativ für viele Werke der Exilliteratur, insbesondere der deutschsprachigen Exilliteratur 1933-45, sind.

*Brechts* „Flüchtlingsgespräche“ umspielen implizit die Idee des Transit, die sich auch an die Exilliteratur generell mit Erkenntnisgewinn heranführen lässt. Das jüngste Interesse einer kulturwissenschaftlich orientierten Literaturwissenschaft an Motiven wie Grenzen, Schwellen, Zwischenzonen, Nomadentum etc. evozierte mitunter die Idee des Transit, freilich ohne dass dieses Konzept bislang umfassend auf die Exilliteratur übertragen worden wäre;<sup>2</sup> einzig *Anna Seghers'* Roman „Transit“ wurde, was natürlich der Titel nahe legt, in Bezug auf Transit-Motivik untersucht.<sup>3</sup> Auch andere Texte unter dem Aspekt des Transitorischen zu betrachten macht jedoch Sinn, weil Transit – schon ganz existentiell, als oft unabdingbare Grundlage der Flucht – für die Werke der Exilliteratur eine wichtige Rolle spielt.

Was ist unter „Transit“ bzw. unter einem Transit-Ort zu verstehen? Transit bedeutet zunächst ganz schlicht eine Zwischenstation auf einer Reise, im Exil sehr konkret: einen Aufenthaltsort zwischen dem Ausgangspunkt der Flucht (Deutschland oder eine weitere Zwischenetappe des Exils) und einem erhofften Zielpunkt (dem viel beschworenen „sicheren Ort“, an dem man endlich gefahrlos bleiben kann; womöglich gar der erneuten Rückkehr nach Deutschland?). Die Reise an diesen Zielpunkt ist nie direkt möglich: „Doch gebe es kein Schiff, das einen stracks zum Ziel bringe. Man müsse Zwischenländer durchfahren. Die Zwischenländer verlangten Transitvisen von einem. [...] Nur das Visum sei sicher. Und dieses auch nur auf Zeit. Jetzt gehe es um das Transit.“<sup>4</sup> Hier deuten sich weitere assoziierte Bedeutungsaspekte von „Transit“ an: zeitlich begrenzt, flüchtig, unfreiwillig, ein erzwungener Umweg, zugleich aber auch ein Ort der Bewegung. Um Transit zu beschreiben, werden daher neue Beschreibungsstrategien, die gerade nicht auf Statik und Kohärenz, sondern auf Bewegung und Fragmentarisierung setzen, nötig. Transit evoziert zudem einen Ort „der Anony-

---

\* Die Autorin ist Professorin für Neuere deutsche Literaturwissenschaft an der Otto-Friedrich-Universität Bamberg und führte im Sommersemester 2003 an der Universität Augsburg zusammen mit Prof. Dr. Jörg Tenckhoff ein interdisziplinäres Hauptseminar mit dem Titel „Strafrecht und Literatur“ durch.

<sup>1</sup> Wie beginnt man einen Text? Jeder, der schreibt, weiß von der Qual des ersten Satzes. So mancher erste Satz (und mit ihm ein ganzer Roman oder eine wissenschaftliche Denkschrift) wurde deshalb vielleicht erst gar nicht geschrieben. Nur wenige verfügen über das Talent zu ausgesprochen fesselnden ersten Sätzen; einer dieser wenigen, ein kluger Literaturwissenschaftler (und, ganz nebenbei, auch ebenso kluger Jurist) versteht es beispielsweise, einen Aufsatz über Arno Schmidt mit einem packenden „Gott schütze die deutsche Literatur!“ zu beginnen – oder eine Studie über *Kafka* mit „Gelitten hat *Kafka* sicherlich“, eine Abhandlung über „Heinrich Mann und das Recht“ gar mit einigen Juristen-Beschimpfungen aus der Feder des Lübecker Autors und dem lapidaren Kommentar: „Nun, offensichtlich schätzte er [Heinrich Mann] die Juristen nicht sonderlich“. Das Schätzenswerte an diesem Literaturwissenschaftler und Juristen ist jedoch, dass solchen inspirierenden ersten Sätzen stets viele weitere ebenso inspirierende folgen, die die Leser – Juristen wie Literaturwissenschaftler gleichermaßen – zu fesseln verstehen. Der vorliegende Beitrag versteht sich als Zeichen des aufrichtigen Dankes für solch vielfältig inspirierendes Lesevergnügen – und so manche anregende Diskussion über Literatur und Strafrecht. – Zitate in: *Tenckhoff*, in: Geppert (Hrsg.), *Große Werke der Literatur, Eine Ringvorlesung an der Universität Augsburg 1990/1991*, Bd. 2, 1992, S. 215; *Kafka*, *Der Proceß*, Roman (1925), 2006 (Mit Kommentaren von Detlef Kremer und Jörg Tenckhoff), S. 223; *Tenckhoff*, in: Koopmann/Schneider (Hrsg.), *Heinrich Mann-Jahrbuch*, Bd. 12, 1994, S. 65.

---

<sup>2</sup> *Görner*, *Grenzen, Schwellen, Übergänge, Zur Poetik des Transitorischen*, 2001; *Ette*, *Literatur in Bewegung, Raum und Dynamik grenzüberschreitenden Schreibens in Europa und Amerika*, 2001; *Gerhard*, in: Lange (Hrsg.), *Raumkonstruktionen in der Moderne, Kultur, Literatur, Film*, 2001, S. 93-110.

<sup>3</sup> *Farges*, in: Evelein (Hrsg.), *Exiles Traveling, Exploring Displacement, Crossing Boundaries in German Exile Arts and Writings 1933-1945*, 2009, S. 283-296.

<sup>4</sup> *Seghers*, *Transit*, Roman, 1991, S. 29.

mität und Entwurzelung“<sup>5</sup> oder, so *Peter Sloterdijk* in anderem Zusammenhang, einen „Niemandsort“, an dem „Menschen zusammenkommen, ohne jedoch ihre Identität an die Lokalität binden zu wollen oder zu können“.<sup>6</sup> Die Erfahrung des Transit provoziert somit die Frage nach der eigenen Verwurzelung, ja der eigenen Identität. All die genannten, mit Transit assoziierten Bedeutungskomplexe werfen *Bertolt Brechts* „Flüchtlingsgespräche“ auf, worauf nun in einem gedanklichen Dreischritt eingegangen werden soll: Mit einem konkreten Transit beginnend, wird zu fragen sein, I. wo die Flüchtlingsgespräche von Ziffel und Kalle stattfinden; einen Schritt weitergedacht, II. inwiefern auch die Argumentationsweise der Texte transitorisch zu nennen ist; schließlich erneut abstrahierend, III. ob sich in *Brechts* Text eine innovative Transit-Ästhetik manifestiert, wie sie viele Exiltexte bestimmt.

### I. Transit-Ort

Wo treffen sich die beiden Exilanten Ziffel und Kalle? Im Bahnrestaurants von Helsinki (S. 197),<sup>7</sup> an einem Transit-Ort in doppelter Hinsicht, denn zum einen verweilt man in einem Bahnrestaurants nur kurz auf der Durchreise; dort wartet man auf die Abfahrt, dort ergeben sich keine dauerhaften sozialen Kontakte. Zum anderen zeichnen die „Flüchtlingsgespräche“ autobiographisch *Brechts* eigene Fluchtbewegung nach, in der Helsinki ein Transitort ist. *Bertolt Brecht* beschrieb das Exil in seinem Journal am 19. August 1940 als eine, auch räumlich zu verstehende, „Inzwischenzeit“.<sup>8</sup> Das aufnehmend, könnte man einen Schauplatz wie das Bahnrestaurants in den „Flüchtlingsgesprächen“ als „Inzwischenort“ bezeichnen. Dieser „Inzwischenort“ wird im Text zudem noch weiter enträumlicht, so spielt der vierte Dialog auf einem Spaziergang (S. 218), bei anderen Dialogen fehlt jede Ortsangabe oder diese wird im Unklaren gehalten. Auch gehen die Ortsangaben irgendwann von einer konkreten Verortung des Schauplatzes ins Imaginär-Diskursive über, wenn Ziffel und Kalle diverse Exilländer besprechen (ein Dialog ist der Schweiz, andere sind den USA oder Schweden etc. gewidmet) und so in ihrer Unterhaltung einen beständigen Ortswechsel vollziehen.

Das Motiv des Transit-Orts wird des Weiteren in einem Schlüsseltext der „Flüchtlingsgespräche“ arabeskenhaft po-

tenziert, wenn Ziffel eine Geschichte von einem exilierten Arzt erzählt, der in seinem Exilland nicht arbeiten darf und einen anderen Exilanten deshalb heimlich behandelt. Beide suchen den „sicheren Ort“ für diese Behandlung und wechseln mehrfach die Operationsstätte, bis sie schließlich den einzig „sicheren Ort“ gefunden haben: „Der sichere Ort war die Toilette eines großen Hotels in der Nähe des Bahnhofs“ (S. 271), er ist ein gleich vierfach potenziertes Transit-Ort: a) in der Nähe des Bahnhofs, b) in einem Hotel, c) dort nicht ein Zimmer, wo man sich länger aufhält, sondern die öffentliche Toilette, die nur für Minuten betreten wird; d) selbst an diesem transitorischen Ort werden die Figuren nach kurzem von einem anderen Besucher vertrieben.

In den genannten Aspekten zeigt sich, wie *Brechts* „Flüchtlingsgespräche“ das Motiv des Transit-Ortes umspielen, arabeskenhaft potenzieren. Schon der Schauplatz der „Flüchtlingsgespräche“ ist ein Transit-Ort, mehr noch: Dieser an sich schon schwer fassbare, ortlose Ort löst sich in seiner topographischen Verortbarkeit noch weiter auf, ja wird gleichsam ins Gespräch selbst verschoben. Solche Verfahren scheinen mir für weite Teile der Exilliteratur, insbesondere die deutschsprachige des antifaschistischen Exils, repräsentativ, kann doch eine ähnliche räumliche Bewegung von Ort zu Ort, bei zunehmender Auflösung konkret bestimmbarer Orte ins Imaginäre oder gar ins Gespräch, auch in *Heinrich Manns* letzten Romanen oder *Franz Werfels* Drama „Jacobowsky und der Oberst“<sup>9</sup> beobachtet werden; die genannten Texte spielen zudem an Transit-Schauplätzen wie dem Hotel, Hafencafé etc. In einen vergleichbaren Motivkreis gehört das Bild des Wartesaals in *Feuchtwangers* Roman „Exil“ oder das Schiff in *Stefan Zweigs* „Schachnovelle“.

Transit-Orte erzwingen und ermöglichen eine spezifische Art sozialer Kontakte, auch eine spezifische Art des Argumentierens. Die „flüchtigen Bekanntschaften in den Bahnhöfen, in den Warteräumen der Konsulate, auf der Visaabteilung der Präfektur“ erfordern eine besondere Form der Kommunikation: „Wie flüchtig ist das Geraschel von ein paar Worten, wie Geldscheine, die man in Eile wechselt.“<sup>10</sup> Die in *Brechts* „Flüchtlingsgesprächen“ praktizierte Verschiebung des Transit-Ortes in den Dialog deutet auf ähnliche Weise an, dass dieses flüchtige „Geraschel von ein paar Worten“ zwar von der Exilsituation erzwungen ist, aber dadurch auch gewisse Chancen bietet.

### II. Transit-Denken, Transit-Sprechen

Transit-Orte als Zwischenzonen zwischen Ausgangs- und Zielpunkt, ja als dritte Bereiche zwischen zwei Sphären kommen in der Exilliteratur nicht nur oft vor, sondern sind dort häufig mit analogen Strukturen im Denken und im Sprechen verbunden, wofür *Brechts* „Flüchtlingsgespräche“ erneut ein treffendes Beispiel darstellen. Argumentieren (Den-

<sup>5</sup> *Gerhard* (Fn. 2), S. 95.

<sup>6</sup> *Sloterdijk*, Sphären, Bd. 2, Globen, Makrosphärologie, 1999, S. 1000.

<sup>7</sup> Alle Seitenzahlen, die im Folgenden im Text wiedergegeben sind, beziehen sich auf folgende Ausgabe: *Brecht*, in: Hecht u.a. (Hrsg.), Werke, Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe, Bd. 18, Prosa 3, Sammlungen und Dialoge, 1995. – Der Hinweis auf den Spaziergang Ziffels und Kalles beim Philosophieren verweist meines Erachtens auf die Tradition der Peripatetiker und deren Verknüpfung von geistig-argumentativem und körperlichem Spaziergang.

<sup>8</sup> *Brecht*, in: Hecht u.a. (Fn. 7), Bd. 26, 1994, S. 414. Vgl. dazu auch *Müller*, in: Frick u.a. (Hrsg.), Literatur im Spiel der Zeichen, Festschrift für Hans Vilmar Geppert, 2006, S. 239 (S. 244).

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Rothschild*, in: Csobádi u.a. (Hrsg.), Das (Musik-) Theater in Exil und Diktatur, Vorträge und Gespräche des Salzburger Symposions 2003, 2005, S. 713 (S. 722); *Koopmann*, in: Irmscher/Keller (Hrsg.), Drama und Theater im 20. Jahrhundert, Festschrift für Walter Hinck, 1983, S. 259-267.

<sup>10</sup> *Seghers* (Fn. 4), S. 6.

ken, Sprechen) wird in den „Flüchtlingsgesprächen“ zu einer Bewegung in einer Zwischensphäre, die an Transit-Bewegungen erinnert: Das Gespräch beginnt zumeist harmlos, scheinbar bei einer Nebensache, dann wird Schritt für Schritt logisch weiterargumentiert. Der angedachte Endpunkt wird allerdings nie erreicht, vielmehr bewegt sich die Argumentation irgendwo zwischen dem Ausgangspunkt und dem logisch anvisierten Zielpunkt, kommt auf Abwege oder führt mitunter gar ins Irrwitzige. Sie oszilliert noch dazu beständig zwischen zwei Polen (dem bürgerlichen Intellektuellen Ziffel, dem Arbeiter Kalle),<sup>11</sup> wobei sich in den meisten Dialogen die Gegensätzlichkeit Ziffels und Kalles auflöst, so tauschen Ziffel und Kalle überraschend die Positionen<sup>12</sup> oder ihre Wechselrede wirkt in manchen Dialogen gar wie ein einziger homogener Essay, der auf zwei Sprecher verteilt wurde (z. B. S. 290 ff.).

Genauso zufällig und flüchtig wie sich Ziffel und Kalle zunächst immer wieder treffen, genauso zufällig und flüchtig entsteht in ihren Gesprächen hin und wieder eine aphoristisch formulierte ‚Wahrheit‘, die nur für einen Moment Gültigkeit beansprucht und gleich wieder relativiert wird oder die Argumentation in eine andere Richtung fortführt. Das ist zudem oft ein sprachkritisches Verfahren: Der Ausgangspunkt der Dialoge ist häufig ein konkreter Begriff, z.B. der Begriff „Ordnung“, der dann von Ziffel und Kalle so lange hin und her bewegt, abstrahiert und konkretisiert sowie mit seinem Gegenteil (der „Unordnung“) konfrontiert wird, bis sich feste, zumeist ideologische Bedeutungszuschreibungen aufgelöst haben.<sup>13</sup> Der argumentative Ausgangspunkt (eine scheinbar klare Festlegung, was die Begriffe Ordnung und Unordnung bedeuten) liegt dann weit zurück; der scheinbar logische Zielpunkt (so erläutern Ziffel und Kalle strikt folgerichtig, dass beispielsweise Gefängnisse oder gar KZs Inbegriffe perfekter Ordnung seien) wird vom Leser als irrwitzig verworfen. Die Argumentation bewegt sich folglich irgendwo

<sup>11</sup> Ziffel und Kalle werden zunächst stark antithetisch angelegt, so heißt es in der Regieanweisung zu Beginn: „Der eine [Ziffel] war groß und dick und hatte weiße Hände, der andere [Kalle] von untersetzter Statur mit den Händen eines Metallarbeiters“ (S. 197). Diese Gegensätzlichkeit wird in der Forschung bis heute oft so gedeutet, dass der Text eine relativ klare Bewertung vornehme: Ziffel werde als Vertreter der von Brecht kritisierten Gruppe der TUIs (= der bürgerlich-apolitischen Intellektuellen) kritisch betrachtet, Kalle hingegen aufgrund seiner sozialistischen Utopie und kapitalismuskritischen Faschismusanalyse positiv belegt. Vgl. exemplarisch Müller (Fn. 8), S. 245, und Neureuter, in: Knopf (Hrsg.), Brecht Handbuch, Bd. 3, Prosa, Filme, Drehbücher, 2002, S. 333 (S. 338 f.) – Nimmt man jedoch die „Flüchtlingsgespräche“ als Ausdruck transitorischen Denkens und Sprechens ernst, so ist eine solche Vereindeutigung nicht haltbar. Bis in Details hinein sind beide Sprecher im Prinzip gleichberechtigt, die scheinbare Schwarz-Weiß-Zeichnung der Figuren wird vielmehr in ein changierendes Grau aufgelöst.

<sup>12</sup> Neureuter (Fn. 11), S. 340.

<sup>13</sup> *Stammen*, in: Ders., *Literatur und Politik, Studien zu ihrem Verhältnis in Deutschland*, 2001, S. 235 (S. 238, 257).

zwischen Ausgangs- und intendiertem Endpunkt; in diesem Transit sind die früheren Bedeutungszuschreibungen des Begriffs „Ordnung“ obsolet geworden, neue hingegen noch nicht gefunden – in den Worten Ziffels: „Es herrscht da nämlich eine Begriffsverwirrung“ (S. 209); die Begriffe, „diese [...] schlüpfrigen, unstabilen, verantwortungslosen Existenzen“ (S. 263), geraten in Bewegung. Um dieses Verfahren zu beschreiben, findet sich in den „Flüchtlingsgesprächen“ ein brillantes Bild: „Die Begriffe haben sich [...] immerfort aufm Stuhl geschaukelt, was zunächst einen besonders gemütlichen Eindruck macht, bis er hintüberfällt“ (S. 263).

Patzen dieser Art der Argumentation sind natürlich vielfältig auszumachen: *Hegels* Dialektik, antike (vor allem sokratische und platonische) Dialoge, zudem sprachkritisch-komische Verfahren bei *Karl Valentin* und *Charlie Chaplin*. Nicht zuletzt benennt der Text selbst eine andere wichtige Quelle dieser Argumentationsweise: das Exil („Die beste Schule für Dialektik ist die Emigration. Die schärfsten Dialektiker sind die Flüchtlinge. Sie sind Flüchtlinge infolge von Veränderungen und sie studieren nichts als Veränderungen“; S. 264). Somit wird in *Brechts* „Flüchtlingsgesprächen“ die Exilerfahrung der Figuren gleich dreifach produktiv verwandelt: Sie findet ihren Niederschlag in I) spezifischen Motiven wie etwa den genannten Transit-Orten und II) spezifischen Argumentationsweisen, eben transitorischen Denk- und Sprechstrukturen. Sie betrifft aber noch einen weiteren, grundsätzlicheren Aspekt:

### III. Transit-Ästhetik

*Bertolt Brechts* „Flüchtlingsgespräche“ äußern Erfahrungen des Exils in einer avantgardistisch-progressiven Form (wie übrigens viele Exiltexte!) und zeugen von einer produktiven Ästhetik, die man mit Strukturen des Transit, des Fluktuierenden, der „Inzwischenzeit“ und des „Inzwischenortes“ beschreiben kann. Die Transit-Struktur des Schauplatzes und der Gedankenführung schlägt sich in den „Flüchtlingsgesprächen“ somit auch in der Form des Textes nieder, was in der Auflösung eines kohärenten Prosa- oder Dramentextes in eine transitorische „Inzwischen-gattung“ am deutlichsten wird. Die „Flüchtlingsgespräche“ sind nur schwer einzuordnen, so steht jeder Editor vor der kniffligen Entscheidung, ob diese Texte in den Prosa- oder Dramenbänden seiner Brecht-Ausgabe abdruckt sind (Argumente lassen sich für beide Kategorisierungsversuche finden!). In diese „Inzwischen-gattung“, eine Mischung aus epischen und dramatischen Elementen, werden außerdem noch weitere Gattungen integriert, so enthält sie in sich geschlossene Dramenszenen und Prosaerzählungen, außerdem Gedichte sowie wissenschaftliche und philosophische Essays. Das macht die „Flüchtlingsgespräche“ – übrigens durchaus im ästhetischen Gefolge der frühromantischen „progressiven Universalpoesie“ – zu einem fragmentarischen, heterogenen Textkonvolut,<sup>14</sup> was natürlich von der komplexen Entstehungsgeschichte<sup>15</sup> bedingt, aber

<sup>14</sup> Neureuter (Fn. 11), S. 340.

<sup>15</sup> Vgl. zur komplexen Entstehungsgeschichte des Textkonvoluts: *Stammen* (Fn. 13), S. 235 ff., und natürlich den Kommentar in *Brecht* (Fn. 7).

durchaus auch vom Text selbst vorgegeben ist. Ähnlich wie inhaltlich die Begriffe so lange auf dem Stuhl schaukeln, bis sie umfallen, umspielt auch die Form feste, kohärent wirkende Gattungen und löst sie dadurch auf.

Statt einer stringent geführten, sich kontinuierlich in der Erkenntnis steigernden Argumentation reiht der Text additiv und mitunter betont zufällig fragmentarische Versatzstücke aneinander, von denen manche aphoristisch zugespitzt und damit in sich geschlossen erscheinen, andere hingegen wirken wie bruchstückhaft montierte Mosaiksteine, die sich spannungsvoll zu einem – bewusst lückenhaften – Bild ergänzen. Das mag beim Lesen manchmal enervierend wirken, so wurde in der Deutungsgeschichte des Textes hin und wieder moniert, die „Flüchtlingsgespräche“ seien *Brechts* verkappte Aphorismensammlung oder gar ein „Sammelbecken B.[recht]scher Gemeinplätze“ und Merksätze.<sup>16</sup> Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass diese scheinbar bedeutungsschweren Merksätze in den Dialogen selbst immer wieder widerlegt oder augenzwinkernd als Montagematerial aus Selbst- und Fremdzitaten<sup>17</sup> ausgewiesen werden. Der Dialog über „wahre Plattitüden und falsche Originalität“ bzw. Praktiken der „Selbstwiederholung“ durchdenkt das Verfahren autoreflexiv und auch Ziffel legt es offen, wenn er sagt: „Ich arrangiere. Aber mit dem Material“ (S. 221).

Neben möglichen Wurzeln in der Frühromantik wird dieses fragmentarische Schreiben klar als ästhetische Folge des Exils gekennzeichnet, so betont *Brecht* in einem Text aus dem Nachlass, der zum Umkreis der „Flüchtlingsgespräche“ zu rechnen ist, dass das Fragment die adäquate Form für das Exil sei, weil die beständig mögliche Flucht (und somit indirekt die Transit-Existenz des Exilanten) es eventuell nötig mache, dass ein Autor oder auch ein Leser einen Text nicht mehr beenden könne: „[W]oher weiß er, ob er heute, die ersten Seiten eines Buches blätternd, bis zum Ende kommen wird?“ Zudem sei ein Fragment „so durcheinander geraten, wie alles jetzt durcheinander gerät“ (S. 577).<sup>18</sup> Auch der Exilant Ziffel glaubt nur noch an fragmentarische Notizen, nicht mehr an zusammenhängende große Erzählungen, „weil ich nicht glaub, daß ich die Zeit find, sie [die Notizen] in ordentliche Kapitel zu bringen“ (S. 219).

Ein solcher vom Exil erzwungener Fragmentarismus wird besonders brisant in Bezug auf das eigene Ich, denn die gravierendste Folge des Exils ist für den Exilanten sicherlich eine radikale Infragestellung seines Ich, eine Auflösung sei-

ner Identitätsentwürfe. Diese schreibend neu auszuarbeiten wird für ihn daher umso wichtiger. Die Folge dieser Fragmentarisierung des Ichs ist geradezu eine Flut autobiographischer Texte und konkreter Memoirenprojekte in der Exilliteratur. Auch Ziffel und Kalle schreiben sozusagen ihre Memoiren – aber wie, in welcher Form tun sie das? Wie der Text „Flüchtlingsgespräche“ selbst geschrieben ist: in Fragmentarismus und dialoghafter Mehrstimmigkeit. Ziffel verfasst seine Memoiren als „Notizen auf [...] fünf Zetteln“ (S. 223); seine Lebenserinnerungen gleichen dabei einzelnen, nur lückenhaft verbundenen Bruchstücken und innerhalb dieser löst sich die Syntax in eine inventurartige Aufzählung einzelner Schlagwörter auf. Sinn ergibt sich hier nur, wenn der Leser bzw. Ziffels Dialogpartner Kalle momenthaft die Lücken füllt. Beide Exilanten Kalle und Ziffel erarbeiten so in einem transitorischen Erzählverfahren höchst flüchtige Identitätsentwürfe<sup>19</sup> für den Exilanten Ziffel. Kalle geht in Bezug auf seine Erinnerungen ähnlich, vielleicht noch extremer vor: Er kompiliert nur noch Dokumente, sammelt sie ausschnitthaft in seiner Brieftasche (S. 243 f.) und kommentiert sie mündlich im Gespräch mit Ziffel.

In einer solchen Form – einem fragmentarischen Konvolut sich ironisch kommentierender, heterogener Einzelelemente, die sich in einem Zwischenraum nur momenthaft ergänzen – wird eine charakteristische Möglichkeit des Schreibens im Exil sichtbar. Sie spiegelt in dieser Heterogenität und Flüchtigkeit die Gefährdungen des Exils, etwa die Zersetzung der eigenen Identitätsentwürfe, die sich in der radikalen Formzersplitterung von Ziffels und Kalles Memoiren zeigt. Das Exil als Existenz des Transit wird somit in eine Raumstruktur (die Transit-Orte) und auch in eine Argumentationsstruktur (eine Art Transit-Denken und Transit-Sprechen) übersetzt, worin sich unter anderem eine transitorische Ästhetik begründet. Diese ist (auf sehr innovative Weise!) in der Lage, das Exil zu beschreiben, die Exilerfahrung zu kommunizieren (selbst wenn mitunter der Kommunikationspartner fehlt oder nur sehr reduziert zugänglich ist). Eine solche transitorische Ästhetik ermöglicht aber noch mehr: Sie versucht – gerade in ihrem Fragmentarismus, ihrer dialogischen Mehrstimmigkeit, ihrer Brüchigkeit – Impulse zum widerständigen Denken zu geben, ja vielleicht sogar Reste von Hoffnung in hoffnungslosen Zeiten zu stiften. So gesehen sind zwar die Begriffe „schlüpfrige[], unstabile[], verantwortungslose[] Existenzen“, aber wenn man sie in eine Transitzugbewegung versetzt, so werden diese *Begriffe* möglicherweise zu „Griffe[n], mit denen man die Dinge bewegen kann“ (S. 263).

<sup>16</sup> *Neureuter* (Fn. 11), S. 340. Dort auch die (mit *Bauer* formulierte) These, die Flüchtlingsgespräche seien eine Art verkappter Aphorismensammlung *Brechts*.

<sup>17</sup> *Brechts* „Flüchtlingsgespräche“ verweisen, um nur einige Prätexte zu nennen, auf *Heines* „Reisebriefe“, *Montesquieus* „Lettres persanes“, *Voltaire's* „Candide“ und *Swift's* „Gullivers Reisen“. Vgl. dazu *Müller* (Fn. 8), S. 243, *Neureuter* (Fn. 11), S. 334 ff. sowie zu den Selbstzitaten (mit zahlreichen Beispielen) *Neureuter* (Fn. 11), S. 341. Kalle und Ziffel tragen irgendwann sogar drei *Brecht*-Gedichte vor, verfasst von einem „Mitschüler B.“, „einem Stückeschreiber [...], mit dem ich auf dem Gymnasium war“ (S. 214, 242).

<sup>18</sup> Vgl. *Neureuter* (Fn. 11), S. 335.

<sup>19</sup> Vgl. dazu in anderem Kontext (aus Sicht der Psychologie und Soziologie): *Straub/Renn* (Hrsg.), *Transitorische Identität, Der Prozesscharakter des modernen Selbst*, 2002.

# Der „Hauptmann von Köpenick“ ein Hangtäter? – Studie zu einem Urteil des Königlichen Landgerichts II in Berlin und einem Schauspiel von Carl Zuckmayer

Von Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg\*

## I. Einleitung

Zahlreiche bedeutende Schriftsteller waren Juristen oder haben zumindest Juristerei studiert. Jedem fällt sogleich *Johann Wolfgang v. Goethe* ein, zu nennen wären weiter *E.T.A. Hoffmann*, *Novalis*, *Theodor Storm*, *Franz Kafka*, *Ingeborg Bachmann* und viele andere mehr. Die Liste von Dichterjuristen der deutschen Wikipedia-Ausgabe enthält 311 Einträge; die ganze Welt sei – so in sarkastischer Überspitzung *Thomas Bernhard* – eine einzige Jurisprudenz.<sup>1</sup> Manche Dichterjuristen blieben Juristen ihr Leben lang, andere wandten sich – zu ihnen zählten etwa *Heinrich Heine* und *Kurt Tucholsky* – relativ schnell von den Rechtswissenschaften ab.

Verwundert es, daß sich Literatur und Jurisprudenz immer wieder begegnen und, als bewegten sich beide in einem magnetischen Kraftfeld, sich einmal anziehen, dann wieder abstoßen? Beide nutzen dasselbe Medium, die Sprache. Jene tut dies poetisch und bildhaft, gelegentlich angenehm zu lesen, regelmäßig mehrsinnig und hintergründig, also interpretationsbedürftig, diese auf Exaktheit, Klarheit und Präzision angelegt, daher oftmals schwerfällig und umständlich, ergebnisorientiert und interpretierend. Nutzen indes Vertragsparteien oder der Gesetzgeber das Medium der Sprache, so ergibt sich zumeist auch für den Juristen das Bedürfnis nach Interpretation und Auslegung, und Literatur wie Jurisprudenz erscheinen wieder gleichgepol.

Hinzu treten Sujets, welche für die Literatur interessant sind. Unauflösbar erscheinende Gegensätze, tragische Verwicklungen, existentielle Konflikte sind zugleich auch Gegenstände des Rechts, des Strafrechts zumal. Denn dieses hat die Aufgabe, das jedenfalls vorläufig Maßgebende festzulegen und solche Konflikte zu lösen: der Schwangerschaftsabbruch auch eines schon lebensfähigen Foetus wird durch § 218a Abs. 2 StGB im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation ermöglicht;<sup>2</sup> die Folter von Untersuchungshäftlingen, wozu auch deren Androhung zählt, läßt das Recht nicht zu und bestraft sie,<sup>3</sup> auch wenn dies gutgemeint zur Rettung von Entführten beitragen soll;<sup>4</sup> der Abschub von Flugzeugen, die auf Wolkenkratzer gelenkt werden, gestattet zunächst der

Gesetzgeber in § 14 Abs. 3 LuftsicherheitsG und untersagt später das BVerfG wegen der damit einhergehenden Abwägung von Leben gegen andere Menschenleben, die Art. 1 Abs. 1 GG verbietet.<sup>5</sup> NS-Richter und KZ-Schergen bleiben von der bundesdeutschen Nachkriegsjustiz unter Berufung auf Gesetz und Recht und den Befehlsgrundsatz zunächst weitgehend ungeschoren,<sup>6</sup> die DDR-Kriminalität wird dagegen geahndet, die Berufung auf Befehlsnotstand<sup>7</sup> und Verbotssirrtum wird nun verworfen<sup>8</sup> und das als absolut geltend apostrophierte<sup>9</sup> Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG eingeschränkt.<sup>10</sup> Bereits aus dieser kleinen Aufzählung findet sich einiges literarisch aufbereitet, weitere Beispiele mehr für elementare Fragen ließen sich anführen.

Was dem Poeten recht ist, ist dem Juraprofessor billig. Die hin- und herwebenden Kräfte machen auch die Literatur für juristische Wissenschaft interessant. Im amerikanischen Raum ist gar von einem eigenen „Law and Literature Movement“ die Rede.<sup>11</sup> Daher finden sich nicht nur Rechtswissenschaftler, die sich mit mehr<sup>12</sup> oder weniger<sup>13</sup> Erfolg literarisch betätigen, sondern auch Kollegen, die das interdisziplinäre Feld zwischen Literatur und Recht auf der wissenschaftlichen Folie bearbeiten. Zu nennen wäre pars pro toto *Müller-Dietz*,<sup>14</sup> aber auch *Tenckhoff* hat sich hier besondere Verdienste erworben.<sup>15</sup>

<sup>5</sup> BVerfGE 115, 118.

<sup>6</sup> Zum Versagen der Nachkriegsjustiz s. *Dencker*, KritV 1990, 299 (300 f.); *Roggemann*, DtZ 1993, 10 (12); *Kinkel*, JZ 1992, 485 (487).

<sup>7</sup> § 258 Abs. 1 StGB-DDR bzw. § 5 Abs. 1 WStG.

<sup>8</sup> BGHSt 39, 1 (34); 39, 168 (188); 40, 241 (250); zu Recht kritischer BGHSt 42, 356 (362); BVerfGE 95, 96 (142).

<sup>9</sup> BVerfGE 95, 96 (132): „[...] die Einschränkung des absoluten Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG von Verfassungen wegen zulassen.“

<sup>10</sup> *Rosenau*, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze, 2. Aufl. 1998, S. 240 f.; 247 ff.

<sup>11</sup> *Lüderssen*, ZIS 2010, 1.

<sup>12</sup> Etwa *Schlink*, Der Vorleser, seit 1995; als Praktiker etwa *von Schirach*, Verbrechen, seit 2009.

<sup>13</sup> *Walter*, Polyphem, 2005.

<sup>14</sup> S. z.B. *Müller-Dietz*, Grenzüberschreitungen, Beiträge zur Beziehung zwischen Literatur und Recht, 1990; jüngst *ders.*, GA 2009, 699.

<sup>15</sup> *Tenckhoff*, Heinrich Mann-Jahrbuch 12 (1994), 65; *ders.*, in: Geppert (Hrsg.), Große Werke der Literatur, Bd. 2, 1991, S. 215; *ders.*, in: Bartl (Hrsg.), „In Spuren gehen ...“, Festschrift für Günther Helmut Koopmann, 1998, S. 339; *ders.*, JZ 2000, 1143; *ders.* (Fn. 1), S. 645; *ders.*, in: Hettinger (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 645.

\* Der *Autor* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Biorecht an der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> Zit. nach *Tenckhoff*, in: Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 2 (2001/2002), S. 645 (646 f.).

<sup>2</sup> Zur Problematik solcher Spätabtreibungen s. nur *Gropp*, in: Schumann (Hrsg.), Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund, 2008, S. 19; inzwischen hat der Gesetzgeber auch insoweit eine Beratungspflicht und Überlegungsfrist normiert, in Kraft getreten am 1.1.2010: § 2a Abs. 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz (BGBl. I 2009, S. 2990).

<sup>3</sup> Vgl. LG Frankfurt am Main NJW 2005, 692 (693 f.).

<sup>4</sup> EGMR NStZ 2008, 699; *Rosenau*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafrecht, Kommentar, 2009, § 34 Rn. 34.

## II. Die Adaption eines Urteils

*Carl Zuckmayer* nennt sein Schauspiel „Ein deutsches Märchen in drei Akten“.<sup>16</sup> Das verwundert. Denn märchenhaft romantisch stimmungsvoll geht es nicht zu, eher wie in „unverfälschten“<sup>17</sup> Volksmärchen der Gebrüder *Grimm*, in denen oftmals alles andere als eine heile Welt dargestellt, sondern grausame und beängstigende Geschichten erzählt werden, der Held gegen das Böse antritt.<sup>18</sup> Die Märchenwelt wird aufgebrochen.<sup>19</sup> *Zuckmayer* meint sein Stück auch als ein Politikum;<sup>20</sup> es ist denn auch ein politisches Märchen.<sup>21</sup>

Den Moment eines versöhnlichen Endes findet man im Hauptmann von Köpenick freilich auch, wenn der Protagonist, der Schumacher Wilhelm Voigt, nach seiner polizeilichen Vernehmung nochmals den Hauptmanns-Rock anlegt und sich erstmals selbst im Spiegel sieht. Er lacht zum einzigen Male in den zehn Jahren vollkommen befreit und befreiend auf – „übers ganze Gesicht, mit dem ganzen Körper, aus dem ganzen Wesen“.<sup>22</sup> Etwas Besseres als den Tod findet damit ganz am Ende auch der mehrfach Vorbestrafte, der überall ausgewiesene und daher von Amts wegen heimatlose und in die Ausweglosigkeit getriebene Voigt. „[E]twas Besseres als den Tod werden wir überall finden“, sagt der Hahn. Voigt liest aus den *Grimmschen* Märchen. Er liest der sterbenden Untermieterin seiner Schwester vor, als er den gerade zugestellten Ausweisungsbescheid bereits in den Händen hält, und zwar vor seinem großen Coup.<sup>23</sup> Mit derselben Paraphrase aus den Bremer Stadtmusikanten endet das deutsche Märchen in drei Akten. Ein gutes Ende? Nun, die Welt lachte mit dem entlarvenden Gelächter Voigts über den preußischen Militarismus.<sup>24</sup> Denn nicht nur er selbst stand vor dem Spiegel, er hatte auch den Deutschen im Kaiserreich den Spiegel vorgehalten. Doch will der Gedanke eines guten Endes einem wie das Lachen im Halse im limbischen System stecken bleiben. Wie beim Lachen des Harlekins in extremer Beengung.<sup>25</sup> Geändert hat sich nichts, auch und gerade nicht am deutschen Militarismus, und für Menschen wie

Voigt mag man nicht wirklich an einen guten Ausgang glauben.

Das Stück ist aber auch deswegen alles andere als ein Märchen, diese *Zuckmayersche* Zuschreibung ist entsprechend geradezu eine Provokation, als es von vorne bis hinten mit ganz wenigen Episoden *colorandi causa* wirkliche Realität darstellt. Das erhellt der Blick in das Urteil des Königlichen Landgerichts II in Berlin vom 1.12.1906, in dem der Schuhmacher Friedrich Wilhelm Voigt wegen Betrug, Urkundenfälschung und weiterer Delikte zu einer Gefängnisstrafe von vier Jahren verurteilt wurde.<sup>26</sup>

Auch *Carl Zuckmayer* (1896-1977) gehörte zu den Literaten, die neben anderen Fächern Jura studiert hatten. Als Jurist hat er aber nicht gearbeitet. Nachdem er sich Anfang der zwanziger Jahre als Gelegenheitsarbeiter durchgeschlagen hatte, kam er 1923 als Dramaturg an das Kieler Stadttheater und über München dann an das Deutsche Theater in Berlin, wo er mit *Bert Brecht* zusammenarbeitete. Am 5.3.1931 wurde der Hauptmann von Köpenick im Deutschen Theater in Berlin uraufgeführt. Das Volksstück war der – auch finanziell – größte Erfolg *Zuckmayers*,<sup>27</sup> wurde aber mit den weiteren Werken bereits 1933 von den Nationalsozialisten verboten, die ihn zudem in das amerikanische Exil zwangen.

Die Annahme, es ginge *Zuckmayer* weniger um historische Treue als um die Ausdeutung der Motive Voigts<sup>28</sup> und er habe die historischen Fakten nur grob umrissen,<sup>29</sup> steht zumindest auf einem tönernen Fuß. *Zuckmayer* hat sich bis in die Einzelheiten hinein an die historische Vorlage gehalten. Und das war für ihn unverkennbar das Urteil des Königlichen Landgerichts. Seine Frage „[...] ein deutsches Märchen, längst vorbei – vielleicht überhaupt nicht wahr? – [...]“<sup>30</sup> ist folglich rhetorischer Natur – bedrückenderweise. Doch treten wir den Nachweis an: Die Identitäten beginnen beim Protagonisten selbst: dieser heißt im Stück wie im echten Leben Wilhelm Voigt. Namensidentität besteht auch zwischen dem Oberstadtsekretär Rosenkranz und dem Stadtkämmerer des Stückes Rosencrantz<sup>31</sup> sowie mit dem Mittäter Kallenberg, mit dem er die Gerichtskasse in Wongrowitz aufgebrochen hatte. Diesen Kallenberg, genannt Kalle, überredet Voigt erfolgreich, mit ihm die Kasse des Polizeireviere Potsdam auszurauben. Dabei werden wie im Urteil Schußwaffen verwendet.<sup>32</sup> Ziemlich exakt findet sich das Vorstrafenregister des Voigt im Stück wieder. Aus einer zehnjährigen Zuchthausstrafe wegen Urkundenfälschungen, die er nach Vorstra-

<sup>16</sup> Zitiert wie im folgenden nach der Taschenbuchausgabe: *Carl Zuckmayer*, *Der Hauptmann von Köpenick*, 1980, S. 3. Angegeben werden jeweils Akt und Szene.

<sup>17</sup> *Rothmann*, *Kleine Geschichte der deutschen Literatur*, 3. Aufl. 1980, S. 147.

<sup>18</sup> *Wagener*, in: Freund (Hrsg.), *Deutsche Komödien*, 1988, S. 226 (S. 231).

<sup>19</sup> *Hein*, in: Hinck (Hrsg.), *Die deutsche Komödie*, 1977, S. 269; ähnlich *Schulz*, *Einführung in die deutsche Komödie*, 2007, S. 124.

<sup>20</sup> *Zuckmayer*, *Als wärs ein Stück von mir*, 2. Aufl. 1966, S. 495.

<sup>21</sup> *Klippel*, *Blätter der Carl-Zuckmayer-Gesellschaft* 3 (1977), Heft 1, 15 (19).

<sup>22</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 128, 3. Akt, 19. Szene. Zur Kritik an diesem heiteren Triumph (?) s. *Schmitz*, *Zuckmayer-Jahrbuch* 3 (2000), 377 (397); *Hein* (Fn. 19), S. 284 f.

<sup>23</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 77, 2. Akt 12. Szene.

<sup>24</sup> *Sprink*, in: Bezirksamt Treptow-Köpenick (Hrsg.), *„Unterordnen – jewiß! Aber unter wat drunter?!“* 4. Aufl. 2008, S. 3.

<sup>25</sup> *Bartl*, *Die deutsche Komödie*, 2009, S. 217.

<sup>26</sup> Königliches Landgericht II in Berlin, Urt. v. 1.12.1906 – II 2 f L.3. Nr. 58/06, abgedruckt im Anhang, S. 294 ff.

<sup>27</sup> Selbst wenn es mit *Fritz Kortner*, der *Zuckmayer* auf den Stoff hinwies, zu einem Rechtsstreit um Tantiemen und Urheberchaft kam. *Kortner* wurde schließlich ausbezahlt, *Bartl* (Fn. 25), S. 215.

<sup>28</sup> *Nölle*, in: von Einsiedel (Begr.), *Kindlers Literatur Lexikon*, Bd. 10, 1974, S. 4298.

<sup>29</sup> *Wagener* (Fn. 18), S. 227.

<sup>30</sup> Zitiert nach *Nölle* (Fn. 28), S. 4298.

<sup>31</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 106, 3. Akt 19. Szene.

<sup>32</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 40 ff., 1. Akt 6. Szene; vgl. den Bericht über den Überfall S. 48, 1. Akt 7. Szene.

fen wegen Diebstahls noch im Kindesalter erhalten hat, wird eine fünfzehnjährige Zuchthausstrafe wegen Posturkundenfälschung.<sup>33</sup> Aus einer weiteren Zuchthausstrafe von zwei Jahren als Ersatzstrafe für eine nicht gezahlte Geldstrafe werden 1 ½ Jahre in Moabit.<sup>34</sup> Nach der Verbüßung geht Voigt für zehn Jahre ins Ausland, u.a. nach Böhmen, arbeitet in dieser Zeit und hält sich straffrei. Auch im Stück war er in Böhmen.<sup>35</sup> Nach der Rückkehr gibt es 13 Monate Gefängnis wegen Diebstahls und Urkundenfälschung, aus denen bei *Zuckmayer* 15 Monate wegen „Melde- und Paßvergehen, Irreführung der Behörden und versuchter Urkundenfälschung“ werden.<sup>36</sup> Kurz danach kam es zum geschilderten Einbruch in der Wongrowitzer Gerichtskasse. Auch nach Verbüßung dieser Strafe gerät Voigt nicht auf die gerade Bahn, was freilich weniger an ihm liegt. Denn er findet Arbeit als Hofschuhmacher in Wismar, ist auch zuverlässig und fleißig, wird aber von der Wismarer Polizeibehörde nach drei Monaten ausgewiesen. Schließlich kommt er nach Rixdorf, lebt bei seiner Schwester und arbeitet in einer Schuhwarenfabrik. Auch hier kommt es zur Ausweisung durch eine Verfügung des Berliner Polizeipräsidenten.

Ähnlich im Stück. Zwar nicht in Wismar, aber in Potsdam wird Voigt als Vorbestraftem ohne Arbeit eine Aufenthaltserlaubnis verweigert.<sup>37</sup> Später ereilt ihn dann in Rixdorf die Ausweisung auch aus diesem Berliner und weiteren Bezirken.<sup>38</sup> Im „Wiederbetretungsfalle“ wird ihm Freiheitsstrafe angedroht. In der Tat stand der echte Voigt unter Polizeiaufsicht nach den §§ 38, 39 RStGB, wonach der Aufenthalt an einzelnen Orten von der höheren Polizeibehörde untersagt werden konnte. Zuwiderhandlungen waren dann strafbar nach § 361 Nr. 1 RStGB. Von dieser Befugnis hatte man am 24.8.1906 Gebrauch gemacht und Voigt aus Rixdorf, Berlin und 70 weiteren Orten und Amtsbezirken verwiesen.<sup>39</sup>

Auch die Schuhfabrik greift *Zuckmayer* auf, selbst wenn es anders als im Urteil nicht zur Anstellung kommt. *Zuckmayer* treibt den Teufelskreis, daß eine Aufenthaltserlaubnis eine Arbeitsstelle voraussetzt, aber oft genug der Arbeitgeber zuvor eine Aufenthaltserlaubnis verlangt, auf die Spitze und zeigt die Ausweglosigkeit dessen, der einmal auf die schiefe Bahn gerät. Die Schuhfabrik nennt *Zuckmayer* im übrigen „Axolotl“ (sic).<sup>40</sup> Die junge Autorin *Hegemann*, die derzeit die Blätter der Feuilletons mit ihrem Debüt „Axolotl Road-

kill“ beherrscht,<sup>41</sup> hat sich auch beim Titel ihres Romans als „être collectif“ in bester *Goethescher* Manier erwiesen.<sup>42</sup>

Geradezu minutiös findet sich das eigentliche Husarenstück aus dem Urteil im Schauspiel wieder. Die Uniform eines Hauptmanns des 1. Garderegiments wird zusammengekauft. Es ist ironischer Weise diejenige, die zuvor dem später von Voigt festgenommenen Bürgermeister von Köpenick nicht mehr passte und in Zahlung gegeben worden war: in der Tat sollte sie auf besondere Art „fiern Maskenball [...] noch jehn“.<sup>43</sup> Genial nutzt *Zuckmayer* hier das Montage-Prinzip und treibt so die Geschichte dieser Uniform, seiner zweiten „Hauptfigur“,<sup>44</sup> in einem Nebenstrang parallel zur Geschichte des Voigt voran.<sup>45</sup>

Auch einer der Berliner Bahnhöfe findet sich im Urteil. Dort macht sich Voigt vom Bahnhof Putlitzstraße auf, um seine Soldaten zu requirieren. Dieser lag an der Berliner Ringbahn und firmiert heute nach deren Wiedereröffnung 1999 unter „Westhafen“. Im Dritten Reich diente er den Nationalsozialisten als einer der Bahnhöfe, mit denen Juden in die Vernichtungslager verschleppt wurden. Davon konnte *Zuckmayer* 1931 noch nichts ahnen, wohl hat er aber in seiner treffsicheren Zeichnung des wilhelminischen Milieus die latente Judenfeindlichkeit gekennzeichnet. Er schreibt dem Sohn des Schneiders Wormser ausgeprägte „jüdische Rassemerkmale“ zu.<sup>46</sup> Selbst Voigt ist Kind seiner Zeit und betont, wenn jemand Jude ist.<sup>47</sup>

Der künstlerischen Freiheit zuzuschreiben ist allerdings die göttliche Szene auf dem Bahnhofsabort. Einer der beiden Bahnbeamten hat ein dringendes Bedürfnis, findet das WC allerdings verschlossen vor, in dem sich Voigt gerade seine Montur anlegt. Irgendwann wird es dem Bahnbeamten zu bunt, er reißt an der Tür und schreit „Herrgott, wer schießt denn hier so lange!“<sup>48</sup> Erstarrt blickt er auf den heraustretenden Voigt, der nun in voller Hauptmannsuniform vor ihm steht, und wechselt sogleich in eine untertänige, dienstbeflissene Haltung. Diese Episode zeichnet in wunderbarer Komik die Militarisierung der wilhelminischen Gesellschaft, die sich durch die ganze Tragikomödie zieht und leitmotivisch immer wieder aufscheint. Man trifft sich im Café *National*, Voigt kauft die alte Uniform im Kleiderladen in der *Grenadierstraße*, die erste Szene spielt in einem *Uniformladen*: der militärische Nationalismus ist allgegenwärtig.<sup>49</sup> Gerade diese Sonderheit merkt Voigt, was die anderen 60 Millionen Deutschen auch wußten, ohne es gemerkt zu haben.<sup>50</sup> Zumindest haben sie es nicht für sich zu nutzen gewußt. Es beginnt bereits mit

<sup>33</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 13 f., 1. Akt 2. Szene.

<sup>34</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 62, 2. Akt 9. Szene.

<sup>35</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 14, 1. Akt 2. Szene.

<sup>36</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 15, 1. Akt 2. Szene.

<sup>37</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 17, 1. Akt 2. Szene.

<sup>38</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 77 f., 2. Akt 12. Szene.

<sup>39</sup> *Niedzwicki*, BWVBl. 2006, 384 f.; v. *Hippel* diskutiert eine alternative Ausweisung nach § 3 Freizügigkeitsgesetz aus dem Jahre 1867, DJZ 1906, 1304.

<sup>40</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 31, 1. Akt 4. Szene.

<sup>41</sup> S. nur *Die Zeit* Nr. 8 v. 18.2.2010, S. 45 ff.

<sup>42</sup> „Mon œuvre est celle d'un être collectif et elle porte le nom de Goethe“, zit. nach *Schöne*, Johann Wolfgang Goethe, *Faust*, Kommentare, 1994, S. 27.

<sup>43</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 69, 2. Akt 10. Szene.

<sup>44</sup> *Bartil* (Fn. 25), S. 218.

<sup>45</sup> *Wagener* (Fn. 18), S. 229.

<sup>46</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 9, 1. Akt 1. Szene.

<sup>47</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 14, 1. Akt 3. Szene.

<sup>48</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 101, 3. Akt 17. Szene.

<sup>49</sup> *Schmitz*, *Zuckmayer-Jahrbuch* 3 (2000), 377 (382).

<sup>50</sup> *Zuckmayer*, zitiert nach *Nölle* (Fn. 28), S. 4298.

der ersten Szene im Wormser Uniformladen, die von ferner Militärmusik begleitet ist.<sup>51</sup> Von einer Uniform gehe – so der Köpenicker Bürgermeister – ein „gewisser Zauber“ aus,<sup>52</sup> selbst die Spiegel schlagen in Preußen die Hacken zusammen, sobald vor ihnen ein Uniformierter steht: „Man hört’s ordentlich knacken.“<sup>53</sup> Der Mensch soll erst mit dem Leutnant anfangen.<sup>54</sup> Auch für den gutmütigen Schwager Voigts ist eine Beförderung zum Feldwebel „doch das Beste im Leben“.<sup>55</sup> Der Dr.-Titel zählt einiges, er „ist die Visitenkarte“, der Reserveoffizier ist aber weit mehr; denn er „ist die offene Tür“.<sup>56</sup> Daß selbst überzeugte Sozialdemokraten, die den „Vorwärts“ lesen, mit ihren bürgerlichen Freiheiten durcheinander geraten: „[...] deshalb verlange ick hier [...] meine staatsbürgerliche Pflicht, Recht wollt ick sagen“,<sup>57</sup> zeichnet ein beredtes Bild einer durch und durch obrigkeitsstaatlichen Gesellschaft.

Diese Stellung des Militärs und die damit verbundene Hierarchisierung der Gesellschaft macht nun Voigts Streich möglich. Er nimmt wie im Urteil so im „Hauptmann“ eine Schwimmanstaltwache<sup>58</sup> unter der Führung eines Gefreiten unter sein Kommando. Insgesamt hat er dort zehn, hier elf Soldaten unter Waffen. Hier wie dort wird von ihm die Vorlage eines Haftbefehls verlangt;<sup>59</sup> ist Voigt die Verhaftung des Bürgermeisters unangenehm, er muß aber auf seine Befehle verweisen;<sup>60</sup> läßt er sich vom Bürgermeister das Ehrenwort geben, keinen Fluchtversuch auf der Fahrt zur Neuen Wache zu unternehmen usw.<sup>61</sup> Aus den vom echten Voigt beschlagnahmten 4000,70 Mark werden bei *Zuckmayer* 4042,50 Mark,<sup>62</sup> jeweils ordentlich quittiert. Selbst von dem Fehlbetrag bei der Kassenabrechnung, die der „Hauptmann“ Voigt bemängelt,<sup>63</sup> ist im Urteil die Rede. Voigt wurde zehn Tage nach der Tat in seiner Wohnung verhaftet, der echte Kallenberg soll ihn gegen ein Kopfgeld von 3000 Mark angezeigt haben.<sup>64</sup> Im Stück stellt er sich der Polizei gegen die Zusage eines Passes. Von dem Geld fehlten 183,50 Mark, bei *Zuckmayer* werden daraus 83 Mark, die aber wie im Urteil „für ’n Paar neue Stiefel jebraucht“ wurden.<sup>65</sup>

Der „Hauptmann von Köpenick“ ist also zunächst nicht ein Stück Literatur, welches unsere Einbildungs- und Urteilskraft befördert und das Judiz des entscheidenden Juristen

sensibler für die Realien konkreter Lebenskonflikte macht.<sup>66</sup> Es ist das auch. Aber zuvörderst ist es ein eindrucksvolles Beispiel, wie ein tolles Stück wahren Lebens in seiner juristischen Aufarbeitung und Bewältigung literarisch verarbeitet wurde und damit heute noch als Köpenickiade bekannt ist und Weltruhm genießt.<sup>67</sup>

### III. Die Verurteilung Voigts durch das Königliche Landgericht II in Berlin

Das Landgericht hat folgende Tatbestände als erfüllt erachtet: unbefugtes Tragen einer Uniform, eine Übertretung nach § 360 Abs. 1 Nr. 8 RStGB; Amsanmaßung nach § 132 RStGB; Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 RStGB; Betrug nach § 263 RStGB und schwere Urkundenfälschung nach §§ 267, 268 Abs. 1 Nr. 2 RStGB.

Die rechtliche Würdigung soll hier auf sich beruhen, auch wenn sich reizvolle Fragen stellten. Etwa – was angesichts der aufgepflanzten Bajonette nahe lag –, ob Voigt nicht mit einem empfindlichen Übel für Leib oder Leben des Bürgermeisters bereits gedroht hatte und demnach auch wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255 RStGB zu verurteilen gewesen wäre.<sup>68</sup> Das Landgericht war auffallend wohlwollend mit dem Angeklagten umgegangen und ersichtlich bemüht, die Strafe begrenzt zu halten. Das zeigt sich auch bei der Konkurrenzlösung. Mit der gut vertretbaren Annahme einer natürlichen Handlungseinheit mit der Folge der Ideal Konkurrenz hätte der Strafrahmen der schweren Urkundenfälschung gem. § 268 Abs. 1 Nr. 2 RStGB dem Urteil zugrundegelegt werden können.<sup>69</sup> Dieser sieht Zuchthaus bis zu zehn Jahren vor. Indes haben Billigkeitserwägungen das Gericht die Strafe aus dem Strafrahmen des § 263 RStGB nehmen lassen, der eine – leichter wiegende – Gefängnisstrafe kennt, die zudem auf fünf Jahre begrenzt ist (§ 16 RStGB). Heute würde man zu diesem Ergebnis über die Figur der mitbestraften Nachtat kommen können.

Im Zusammenhang mit *Zuckmayers* Volksstück ist die Frage interessant, ob es Voigt vielleicht gar nicht auf das Geld der Köpenicker Stadtkasse angekommen war. So stellt es *Zuckmayer* dar. Schon als Voigt mit Kallenberg den Überfall auf das Potsdamer Polizeirevier ausbaldowert, geht es ihm darum, an einen Paß zu kommen. Die dort lagernden Personalpapiere haben es ihm angetan, die Kasse soll Kallenberg allein behalten können.<sup>70</sup> Damit ist das Motiv des späteren Hauptmannes bereits angelegt, der in nicht weniger als sechs amtlich-polizeilichen Szenen mit den preußischen Behörden um seine Daseinsberechtigung kämpfen muß.<sup>71</sup> Mit dramaturgischer Raffinesse wird der Theaterbesucher dann

<sup>51</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 7, 1. Akt 1. Szene; erneut S. 47, 1. Akt 7. Szene.

<sup>52</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 51, 1. Akt 7. Szene.

<sup>53</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 35, 1. Akt 5. Szene.

<sup>54</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 49, 1. Akt 7. Szene.

<sup>55</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 50, 1. Akt 7. Szene.

<sup>56</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 124, 3. Akt 21. Szene.

<sup>57</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 71 u. 72, 2. Akt 11. Szene.

<sup>58</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 112, 3. Akt 19. Szene.

<sup>59</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 112, 3. Akt 19. Szene.

<sup>60</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 107, 3. Akt 19. Szene.

<sup>61</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 114, 3. Akt 19. Szene.

<sup>62</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 114, 3. Akt 19. Szene.

<sup>63</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 115, 3. Akt 19. Szene.

<sup>64</sup> *Jeck*, Die Zeit Nr. 42 v. 12.10.2006.

<sup>65</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 124, 3. Akt 21. Szene.

<sup>66</sup> Dazu *Günther*, ZIS 2010, 8.

<sup>67</sup> S. etwa die „Festschrift“, Bezirksamt Treptow-Köpenick (Fn. 24).

<sup>68</sup> So *Frank*, DJZ 1906, 1193 (1194); das LG wollte im Verhalten Voigts nur eine Täuschung sehen.

<sup>69</sup> Es wird kritisch berichtet, der Verteidiger Voigts habe auf die Anwendung der schärferen Norm plädiert, *Fischer*, DJZ 1907, 60 (61).

<sup>70</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 40, 1. Akt 6. Szene.

<sup>71</sup> *Hein* (Fn. 19), S. 275.

auf das tragische Scheitern Voigts eingestimmt. Noch bevor dieser mit seiner Abteilung angerückt ist, erfährt man beiläufig aus einem Dialog zwischen dem Stadtschutzmann Kilian und einer Wäscherin, daß Köpenick als städtische Behörde gar nicht über ein Paßamt verfügt.<sup>72</sup> Wenig später muß Voigt seinen fatalen Irrtum entsetzt zur Kenntnis nehmen. Voigt zum Stadtschutzmann: „Sagense mal – wer hat denn die Paßabteilung unter sich?“ Kilian: „Verzeihen, Herr Hauptmann – wir haben hier leider keine Paßabteilung. Das ist nur in Kreisstädten, auf dem Landratsamt.“<sup>73</sup> Gegenüber der Wäscherin hatte Kilian solche Fragen noch als militärwidrige Dummheit bezeichnet,<sup>74</sup> was er sich gegenüber dem falschen Hauptmann nun verkneift. Voigt erstarrt zunächst, begreift dann sehr schnell sein Scheitern. Einmal noch stößt er den Säbel auf die Erde, dann hat er sich im Griff und zieht seine Eulenspiegelei weiter durch.

Dem literarischen Voigt ging es also weniger ums Geld als vor allem darum, einen gesicherten Aufenthaltsstatus zu erlangen. *Zuckmayer* greift damit einen Mißstand auf, den bereits *v. Hippel* angeprangert hatte. Die damalige Rechtslage, Vorbestrafte ohne weiteres nach § 3 Freizügigkeitsgesetz oder im Rahmen der Polizeiaufsicht gem. § 39 Nr. 1 RStGB den Aufenthalt zu untersagen und auszuweisen, mußte jegliche Eingliederungsbemühungen ad absurdum führen. *v. Hippel*: gedacht als Schutzmittel für die Gesellschaft hat die polizeiliche Praxis daraus „ein Mittel zur Heranbildung des Gewohnheitsverbrechertums“ gemacht.<sup>75</sup> Auch der reale Fall „Voigt“ wirft ein grelles Licht auf diesen Mangel.

Die Behauptung, Voigt habe es allein auf die Stadtkasse abgesehen,<sup>76</sup> ist mit den tatsächlichen Feststellungen sicher nicht in Einklang zu bringen. Das Berliner Gericht nimmt an, daß sich Voigt von dem einen wie dem anderen hat leiten lassen. Die Einlassung Voigts, es sei ihm nur um ein Auslandspaß-Formular und nicht ums Geld gegangen, und die Beschlagnahme der Stadtkasse habe nur dazu gedient, seiner Rolle Glaubwürdigkeit zu verleihen, wird als wenig glaubhafte Schutzbehauptung gewertet. Das Gericht sieht zwar auch das hohe Interesse Voigts, endlich einen Paß zu erhalten, wertet aber das planmäßige Verhalten beim Zugriff auf die Barbestände der Stadtkasse und den hohen Aufwand, den Voigt insgesamt getrieben hat, als Beleg für eine von Anfang an vorhandene Bereicherungsabsicht. Diese Beweiswürdigung hielte einer revisionsrechtlichen Prüfung im Ergebnis stand.

Damit das Urteil – jedenfalls aus heutiger Sicht der sog. erweiterten Revision, die weit über die Prüfungsdichte der RG hinausreicht<sup>77</sup> – Bestand haben und nicht mit der Darstellungsrüge angegriffen werden kann, muß die zur Sachver-

haltsfeststellung hinführende Argumentation über ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit verfügen. Es dürfen keine vernünftigen Zweifel mehr bestehen, bzw. anders gewendet, der angenommene Tathergang müsse in hohem Maße wahrscheinlich sein.<sup>78</sup> Die Umstände müßten „aus rationalen (intersubjektiv vermittelbaren und einsichtigen) Gründen den Schluß auf die bezichtigte Tat gestatten“.<sup>79</sup> Es dürfen aber an die zur Verurteilung erforderliche Gewißheit nach § 261 StPO auch nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.<sup>80</sup> Überspannt werden die Anforderungen, wenn verlangt wird, daß jede gedankliche Möglichkeit eines abweichenden Geschehens ausgeschlossen ist.<sup>81</sup> Der in dubio pro reo-Grundsatz gebietet das keinesfalls. Nicht jeder Zweifel, sondern nur der vernünftige Zweifel hindert eine Verurteilung.<sup>82</sup> Und daß hier das Landgericht vernünftige Zweifel an einer Bereicherungsabsicht Voigts hätte haben müssen, läßt sich sicher nicht sagen.

Unzulässig ist indes die weitere Folgerung, daß die Vergangenheit des angeklagten Voigt, insbesondere dessen Einbruch in die Gerichtskasse von Wongrowitz, für dessen Absicht spreche, es sei ihm (auch) um das Geld gegangen. Das liefe auf den Satz hinaus, wer einmal stehle, stehle immer wieder. Das ist ein ebenso unzulässiger Schluß wie die Weisheit des Volksmundes: „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht!“<sup>83</sup> Eine solche Beweiswürdigung, die sich auf nicht gesicherte Erfahrungssätze stützt, ist rechtsfehlerhaft.<sup>84</sup>

#### IV. Voigt als Kandidat für die Maßregel?

„Der Mensch – der Mensch ist ja gefährlich!“ Mit diesem entsetzten Ausruf des biedereren Schwagers Hoprecht, der sich mit den Händen an seine Stuhllehne klammern muß, läßt *Zuckmayer* den zweiten Akt enden.<sup>85</sup> Der Hauptmann von Köpenick als gefährlicher Hangverbrecher? Gegen den eine Maßregel zu verhängen wäre?

##### 1. Voigt als schalkhafter Held

Liest man die Kommentare zu dieser Figur, käme einem solches nicht in den Sinn. Er sei ein Eulenspiegel, ein romantisch-verschmitzter Unglücksrabe, dem eine Jugendsünde zu schaffen mache, keinesfalls aber ein Hochstapler oder gar Krimineller,<sup>86</sup> das ganze eine Räuberhauptmann-Burleske.<sup>87</sup> Voigt sei zum Erzieher seiner Nation avanciert,<sup>88</sup> ein Sympa-

<sup>72</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 103, 3. Akt 18. Szene.

<sup>73</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 110, 3. Akt 19. Szene.

<sup>74</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 103, 3. Akt 18. Szene.

<sup>75</sup> *V. Hippel*, DJZ 1906, 1304.

<sup>76</sup> *Jeck*, Die Zeit Nr. 42 v. 12.10.2006.

<sup>77</sup> *Rosenau*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 521 (S. 524 f.).

<sup>78</sup> *Herdegen*, JZ 1998, 54 (56).

<sup>79</sup> BGH StV 1988, 190; vgl. BGH StV 1993, 509 (510).

<sup>80</sup> BGH StV 1999, 7; BGH NStZ 2002, 48; BGH NStZ 2002, 315 (316).

<sup>81</sup> BGHSt 51, 324 (325).

<sup>82</sup> *Schoreit*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 261 Rn. 4.

<sup>83</sup> BGHSt 41, 153 (155 f.).

<sup>84</sup> Vgl. BGHSt 31, 86 (89); BGH NStZ-RR 2000, 171.

<sup>85</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 92, 2. Akt 14. Szene.

<sup>86</sup> *Nölle* (Fn. 28), S. 4298.

<sup>87</sup> *Stranz*, DJZ 1906, 1189 (1190).

<sup>88</sup> *Sprink* (Fn. 24), S. 3.

thieträger.<sup>89</sup> Der Vorsitzende Richter, Dr. Dietz, gab dem Verurteilten Voigt die Hand und wünschte ihm, obgleich er ihn habe verurteilen müssen, alles Gute.<sup>90</sup> Voigt erhält in der Haft, wie er in einer Grammophonaufnahme vom 17.8.1908 berichtet, unzählige wohlmeinende Zuschriften,<sup>91</sup> Heiratsanträge.<sup>92</sup> Er geht dann geradezu auf Tournee. Zwar wird ihm der Auftritt in Berlin noch untersagt, aber Stationen in Varietés, Restaurants und auf Volksfesten in zahlreichen Städten Deutschlands und Europas, u.a. in Dresden, Wien, Budapest und eine Tournee nach Frankreich, womöglich auch in die USA und Kanada im März und April 1909<sup>93</sup> belegen die ungeheure Popularität, die Voigt mit seinem „Geniestreich“<sup>94</sup> weltweit genossen hat und die er nun vermarktet.<sup>95</sup> Auch *Zuckmayer* begegnet ihm, als er 1910 bei der Mainzer Fastnacht gastiert.<sup>96</sup> Das Großherzogtum Luxemburg gewährt ihm Wohnrecht und bürgert ihn 1910 ein.<sup>97</sup> Es kursieren Sympathiepostkarten mit Wohltätigkeitssammlungen für den Verein zur Fürsorge entlassener Strafgefangener.<sup>98</sup> Der Straftäter Voigt erfährt allgemein nicht nur heimlich, sondern ganz offen Bewunderung. Ein Phänomen, welches nicht neu ist. Man muß nur an Figuren wie Störtebeker, Robin Hood oder den Schinderhannes denken, was *Jherings* Satz, nicht das Rechtsgefühl erzeuge das Recht, sondern das Recht erzeuge das Rechtsgefühl,<sup>99</sup> nicht gerade belegt.

Die Bewunderung findet sich auch in *Zuckmayers* Adaption. Die Tat erregt Aufsehen, das gemeine Volk reagiert mit Spott und Euphorie: „da platzt dich der Kragen mitsamt de Krawatte, da laust dir der Affe“.<sup>100</sup> Gelächter allenthalben über diesen Spaßvogel, dem sich auch die Kriminalbeamten nicht entziehen können, die ihn, nur wenig durch kriminalistische List verbrämt, überaus zuvorkommend und höflichst behandeln. Voigt ist irritiert. Eine solche Freundlichkeit ist er von preußischen Behörden nicht gewohnt.<sup>101</sup> Selbst der Kai-

ser soll, so heißt es bei *Zuckmayer*, gelacht haben.<sup>102</sup> Allerdings hat sich das monarchische Wohlwollen gegenüber seinem Untertan Voigt erst zwei Jahre später realiter ausgewirkt. Am 15.8.1908 hat Kaiser Wilhelm II., auf Wilhelmshöhe bei Kassel weilend, Voigt begnadigt.

Indes zeichnet auch *Zuckmayer* seinen Protagonisten durchaus ambivalent. Die Zuschreibung des Schwagers Hoprecht wurde bereits zitiert. Eingangs findet sich eine Beschreibung des Voigt, der einen sogleich an die Physiognomik *Lavaters* denken läßt. *Lavater* hatte 1772 die These vertreten, man könne das Wesen, die Charakterzüge eines Menschen täuschungsfrei von den äußeren Gesichtszügen ablesen und dessen Verhalten dadurch prognostizieren.<sup>103</sup> Schon *Georg Christoph Lichtenberg* erkannte die Gefährlichkeit eines solchen Ansatzes: „Wenn die Physiognomik das wird, was *Lavater* von ihr erwartet, so wird man die Kinder aufhängen, ehe sie die Taten getan haben, die den Galgen verdienen“.<sup>104</sup> Um zu zeigen, wie weitsichtig *Lichtenberg* war, genügt es, an das Hetzblatt des nationalsozialistischen „Der Stürmer“ zu erinnern, mit Photographien auch jüdischer Kinder und Kommentaren der damit angeblich einhergehenden, vermeintlich boshaften Rassemerkmale. Diesen fehlgeleiteten wissenschaftlichen Ansatz nimmt *Zuckmayer* auf, wenn er seinen Voigt folgendermaßen beschreibt: „schmächliche Gestalt, mager und etwas gebückt, leicht angedeutete O-Beine, hohles Gesicht mit starken Backenknochen, grauer Schnurrbart, fahle Hautfarbe“.<sup>105</sup> Ja, so sieht einer aus, der einiges auf dem Kerbholz hat. *Lavater*: Wessen Figur und wessen Gang schief ist, dessen Denkensart und Charakter ist schief, falsch, listig.<sup>106</sup> Blasse Farbe spricht für verständige, gedächtnisreiche, aktive, intrigante Menschen.<sup>107</sup> „Je knottiger die hohle Stirn, je tiefer das Auge, [...], desto unbiegsamer der Eigensinn“.<sup>108</sup>

Im Ergebnis überwiegt aber ein wohlwollendes Bild, das einen Mann zeigt, welcher trotz seiner kriminellen Karriere gewillt ist, sein Leben zu verändern und auf die rechte Bahn zu schieben. Die Szene des Märchenonkels am Bette des sterbenden Mädchens rührt den Leser an und nimmt uns für Voigt ein. Voigt bemüht sich um ein geordnetes Leben in Arbeit. Er hat seine Lektion gelernt, er kennt die Leute von drinnen, und dieses Leben im Gefängnis will er nun hinter

<sup>89</sup> Vgl. *Bethmann Hollweg* im Preußischen Abgeordnetenhaus am 9.2.1907: „Der gute Erfolg seines Handstreiches legte es ja sehr nahe, daß man im ersten Moment eine gewisse Sympathie mit einem so schneidigen Kerl hatte“, zit. nach *Karalus*, Sinn und Form 41 (1989), 830 (836).

<sup>90</sup> *Schwindt*, zitiert in: Bezirksamt Treptow-Köpenick (Fn. 24), S. 23.

<sup>91</sup> Abdruck in: Bezirksamt Treptow-Köpenick (Fn. 24), S. 24.

<sup>92</sup> *Karalus*, Sinn und Form 41 (1989), 830 (832).

<sup>93</sup> S. die Übersicht in: Bezirksamt Treptow-Köpenick (Fn. 24), S. 25; *Jeck*, Die Zeit Nr. 42 v. 12.10.2006.

<sup>94</sup> *Zuckmayer* (Fn. 20), S. 491.

<sup>95</sup> Was ihn in der DDR zum „Schmarotzer“ werden lässt, so verfehlt *Karalus*, Sinn und Form 41 (1989), 830 (831).

<sup>96</sup> *Zuckmayer* (Fn. 20), S. 491.

<sup>97</sup> Dort ist Voigt am 3.1.1922, 72jährig, gestorben. Sein Grab befindet sich auf dem Friedhof Notre-Dame.

<sup>98</sup> Abgebildet in: Bezirksamt Treptow-Köpenick (Fn. 24), S. 26.

<sup>99</sup> *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 1. Aufl. 1877, S. XIII.

<sup>100</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 118, 3. Akt 20. Szene.

<sup>101</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 125, 3. Akt 21. Szene.

<sup>102</sup> Die Beamten zitieren aus einem Geheimbericht, *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 121, 3. Akt 21. Szene. Ob das den historischen Tatsachen entspricht, bleibt opak; Wilhelm II. erfuhr von der Köpenickiade während einer mehrtägigen Reise im Rheinland; *Karalus*, Sinn und Form 41 (1989), 830 (839).

<sup>103</sup> *Lavater*, in: Riha/Zelle (Hrsg.), Von der Physiognomik, 1991, S. 10.

<sup>104</sup> Zit. nach *Schöne*, Lichtenberg-Ausstellungszeitung Nr. 3 vom 18.10.1992, S. 6.

<sup>105</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 10, 1. Akt 1. Szene. Er zitiert hier aus der polizeilichen Täterbeschreibung, Rixdorfer Tageblatt vom 18.10.1906, in: Bezirksamt Treptow-Köpenick (Fn. 24), S. 13.

<sup>106</sup> *Lavater* (Fn. 103), S. 67.

<sup>107</sup> *Lavater* (Fn. 103), S. 92.

<sup>108</sup> *Lavater* (Fn. 103), S. 94.

sich lassen.<sup>109</sup> Entsprechend weist er zunächst Kallenberg ab, der mit ihm ein Ding drehen will.<sup>110</sup> Aber er muß an den Hürden seiner Gesellschaft scheitern, die es nicht vermag, dem einmal Gefallenen aufzuhelfen und die von der Devise ausgeht, daß Unglück auch ein eigenes Versagen ist – in den Worten des in einen Skandal verwickelten und zum Abschied gezwungenen schneidigen Hauptmanns v. Schlettow.<sup>111</sup> Einige haben diese Defizite allerdings auch angeprangert und eine Neuordnung dringend angemahnt.<sup>112</sup>

Interessanterweise schert gerade der preußische Strafvollzug aus diesem resignierten oder schlicht gedankenlosen Ansatz aus. Die Reformbestrebungen v. Liszts haben sich hier schon niedergeschlagen. Der Straftäter wird als besserungsfähiges Subjekt gesehen, die Gefängnisse als Stätten der Resozialisierung, wie wir es heute in § 2 S. 1 StVollzG festgeschrieben haben.<sup>113</sup> Zwar sieht der Gefängnisdirektor – insofern Kind seiner Zeit – den Dom aller Herrlichkeit darin, daß die Häftlinge dem Wesen und der Disziplin der kaiserlichen Armee nacheifern, indem er in lächerlicher Komik die Schlacht von Sedan simulieren läßt.<sup>114</sup> Aber immerhin sieht er diese Möglichkeit „neuer Erziehung und neuer Wegweisung“.<sup>115</sup> Und es sind die Strafvollzugsleiter, die dem Entlassenen Voigt Empfehlungspapiere mitgeben<sup>116</sup> bzw. die Vollzugsmitarbeiter wie der Anstaltsgeistliche, der dem echten Voigt die Beschäftigung als Schuhmachergeselle in Wismar vermittelte.

## 2. Voigt als vorbestrafter Straftäter

Es steckt in der Tat im *Zuckmayerschen* Schauspiel eine eigene Form von Gerechtigkeit, es läßt sich darin ein spezifischer Zusammenhang von Literatur und Gerechtigkeit ausmachen,<sup>117</sup> indem wir dem Voigt mit besonderer Empathie begegnen, unbeschadet der Tatsache, daß es sich um einen mehrfachen Rückfalltäter auch gefährlicher Taten (schwerer Bandendiebstahl gem. § 244a StGB<sup>118</sup>) gehandelt hat.<sup>119</sup> Versuchen wir, diese literarische Gerechtigkeit für die Frage der Sicherungsverwahrung nutzbar zu machen.

Das Königliche Landgericht II hat sich mit der Frage nicht befassen müssen; denn bekanntlich sind die Maßregeln damals der Sicherung und Besserung und damit auch die denkbare Sicherungsverwahrung erst mit dem von den Nationalsozialisten eingeführten Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24.11.1933<sup>120</sup> normiert worden. Die Diskussion darüber war aber bereits seit längerem im Schwange. Ausgehend von *Franz v. Liszt* und seinem „Marburger Programm“ 1882<sup>121</sup> war ein längerer, heftiger Schulenstreit zwischen der klassischen und der modernen Strafrechtsschule entbrannt,<sup>122</sup> der dann in den Maßregeln mündete. Die Wurzeln der Zweispurigkeit waren entsprechend bereits in den Reformbemühungen der Weimarer Zeit angelegt gewesen.<sup>123</sup>

v. Liszt antwortete mit seinem spezialpräventiven Ansatz auf eine Krise der die Schuld vergeltenden Strafe, die noch auf Vorstellungen des Idealismus von *Kant*<sup>124</sup> und *Hegel*<sup>125</sup> beruhte. Im Vordergrund stand dabei nicht die an sich nicht zu lösende Frage, welche konkrete Strafe der Schuld angemessen wäre. Dieses Problem streift *Zuckmayer*, wenn er den Oberwachtmeister selbstgewiß sagen läßt: „Das Strafmaß entspricht immer ganz genau der Schwere des Delikts.“<sup>126</sup> Hier kommt die (straf-)juristische Vorbildung des Autors zum Vorschein, der von der Komplexität der schuldangemessenen Strafe gehört haben dürfte und mit diesem Satz an die Chuzpe wie Gedankenlosigkeit eines Landgerichtsrates auf der Trierer Richterakademie erinnert, der die heikle Frage des zutreffenden Schuldausgleichs mit dem Ausspruch beiseite wischt, bei ihm bekäme jeder Täter, was er verdient. Daß die Vorstellung, eine der Schuld entsprechende Strafe sei exakt zu bestimmen, Trugschluß oder bestenfalls Ideal ist, dürfte heute allgemein akzeptiert sein.<sup>127</sup>

v. Liszt bewegte ein weiteres Problem. Die reine Vergeltungsstrafe kam mit den „Gewohnheitsverbrechern“ nicht zurecht, mußten diese doch nach Ablauf der schuldangemessenen Strafe entlassen werden. Nach v. Liszt wurden sie „nach einigen Jahren gleich einem Raubtier auf das Publikum

<sup>120</sup> RGBl. I, S. 995. Vgl. *Sinn*, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010 (im Erscheinen).

<sup>121</sup> v. Liszt, *ZStW* 3 (1882), 1-47.

<sup>122</sup> Dazu *Koch*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, S. 127.

<sup>123</sup> *Schöch*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Aufl. 2008, Bd. 3, Vor § 61 Rn. 7 f.; *Bötticher*, in: *Schöch u.a. (Fn. 77)*, S. 871 (S. 877).

<sup>124</sup> *Kant*, in: Weischedel (Hrsg.), *Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden*, Bd. 4, *Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, 1956, S. 454.

<sup>125</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 100.

<sup>126</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 14, 1. Akt 2. Szene.

<sup>127</sup> Vgl. BGHSt 20, 264 (266 f.); *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 878, 880; das bestreiten auch nicht die Vertreter der Punktstraftheorie, vgl. hierzu *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.)*, *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 46 Rn. 104.

<sup>109</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 62, 2. Akt 9. Szene.

<sup>110</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 21, 1. Akt 3. Szene.

<sup>111</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 34, 1. Akt 5. Szene.

<sup>112</sup> *V. Hippel*, *DJZ* 1906, 1304.

<sup>113</sup> *Arloth*, *Strafvollzugsgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn 2.

<sup>114</sup> Dazu vertiefend *Zimmermann*, *Das dramatische Bewußtsein*, 1989, S. 119 ff.

<sup>115</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 55, 2. Akt 8. Szene.

<sup>116</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 16, 1. Akt 2. Szene; S. 33, 1. Akt 4. Szene.

<sup>117</sup> *Günther*, *ZIS* 2010, 8 (11).

<sup>118</sup> Jedenfalls nach der inzwischen von BGHSt 46, 321 (325) aufgehobenen ständigen Rechtsprechung, die für die Bande zwei Mitglieder hat ausreichen lassen; vgl. *Kudlich*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4)*, § 244 Rn. 29.

<sup>119</sup> Wobei die erste Haftstrafe wegen vermeintlicher Bettlerei, noch im Kindesalter (s. *Karalus*, *Sinn und Form* 41 [1989], 830 [837 f.]), ihm Unrecht angetan hat.

losgelassen“.<sup>128</sup> Die in Ermangelung eines funktionierenden Geldstrafensystems häufig kurzfristigen Freiheitsstrafen aber wurden zu Recht als kontraproduktiv bewertet, die kriminelle Karrieren von Gelegenheitstätern sogar befördern konnten.<sup>129</sup> Daher entwickelte er ein Modell einer spezialpräventiven Strafzwecklehre. Aufgabe der Strafe sei die Abhaltung eines Straftäters vor künftigen Strafen. Das sei zu erreichen, indem die Strafe als Zwang dazu genutzt werde, den besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher durch Stärkung der sozialen Motivation zu bessern, die nicht besserungsbedürftigen Verbrecher abzuschrecken, und schließlich die nicht besserungsfähigen Verbrecher durch direkten, mechanischen Zwang oder Gewalt vorübergehend oder dauernd unschädlich zu machen. Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung sollen damit Strafzweck sein.<sup>130</sup>

Die Problematik dieses Ansatzes liegt auf der Hand. Die Schuld als Begrenzung der Strafe spielt, solange der Täter nicht besserungsfähig erscheint, keine Rolle, so daß die Spezialprävention zu einer uferlosen Ausweitung der Strafe ungeachtet der Tatschwere und des Vorwurfs, der dem Täter zu machen ist, tendiert.<sup>131</sup>

Diese Gefahr wird am Hauptmann von Köpenick manifest. Als der Überfall durch Voigt und Kallenberg auf das Potsdamer Polizeirevier bekannt wird, gibt der Schneider Wormser der Volksseele seine Stimme: „Zwei alte Zuchthäuser natürlich – warum laßt man so Kerle überhaupt wieder raus, wenn sie nachher einbrechen.“<sup>132</sup> Heute übernehmen diese Aufgabe, die vox populi zu Wort kommen zu lassen, die Politiker. Gut in Erinnerung ist noch der Alt-Bundeskanzler *Schröder*, der sich auf dem populistischen Niveau des Wormser bewegt hatte: „Wegschließen, und zwar für immer.“<sup>133</sup> Und er scheint den Begründer der Spezialprävention auf seiner Seite zu haben. Denn dieser hat den spektakulären Streich des Voigt umgehend aufgegriffen, um die Stimmigkeit seines Konzeptes zu belegen.<sup>134</sup> Zunächst habe Voigt kurzfristige Freiheitsstrafen von einmal sechs, einmal neun Monaten Gefängnis verbüßt. Für *v. Liszt* war die nächste Tat des nun 18jährigen, bei *Zuckmayer* war es die Postkundenfälschung, nachgerade zwangsläufig. Ironisch fragt *v. Liszt* seine Kritiker, die Verfechter des Vergeltungsstrafrechts der klassischen Schule, wie unendlich segensreich die ersten fünfzehn Monate Gefängnis gewesen seien.<sup>135</sup> Nachdem Voigt auch die langjährige Zuchthausstrafe abgesehen habe und der Vergeltung Genüge getan sei, kam es zur erneuten Straftat in Köpenick. *v. Liszt* kassandrisch: „Und wenn er [gemeint ist Voigt] jetzt etwa mit ein paar Jahren Gefängnis davon kommen sollte, wie es nach Lage der Sache nicht unwahrscheinlich ist [was zutreffend war: Voigt wurde zu

vier Jahren Gefängnis verurteilt]: soll dann das Spiel von neuem beginnen?!“<sup>136</sup>

*v. Liszt* sieht in der Person des Voigt, worauf *Koch* zutreffend hinweist, ein Paradebeispiel für einen unverbesserlichen Hangtäter, der unschädlich zu machen wäre.<sup>137</sup> Anders als viele kann *v. Liszt* über den Hauptmann von Köpenick nicht lachen. Nach seiner Konzeption zählt Voigt zu den grundsätzlichen Gegnern der Gesellschaftsordnung,<sup>138</sup> den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrechern. Diese seien durch mehrfachen Rückfall charakterisiert.<sup>139</sup> Für diese – und damit für Voigt – bleibe nur die Einsperrung auf unbestimmte Zeit. Neben den Sittlichkeitsverbrechen seien in erster Linie Eigentumsdelikte wie Diebstahl, Hehlerei, Erpressung und Betrug betroffen.<sup>140</sup> Vollstreckt werde die Sequestrierung in besonderen Anstalten, sie bestehe in Strafknechtschaft mit strengstem Arbeitszwang. Alle fünf Jahre wäre eine Entlassung zu prüfen.<sup>141</sup>

Was wäre davon heute zu halten, die unwürdigen drangsalierenden Elemente wie strengster Arbeitszwang, Prügelstrafe, entehrender Charakter der Strafe einmal als Gedankenwelt einer vergangenen Epoche abgezogen? Das Unschädlichmachen eines Gewohnheitsverbrechers läßt auch unsere Strafrechtsordnung zu, auch wenn der Duktus weniger abwertend erscheint. Der Gewohnheitsverbrecher ist der Hangtäter. Dieser wird nicht unschädlich gemacht, sondern in der Sicherungsverwahrung untergebracht: § 66 StGB.

Gegen die Sicherungsverwahrung lassen sich dieselben Vorbehalte erheben, die auch für das *v. Liszt*sche Konzept Geltung beanspruchen. Bei der Anordnung dieser Maßregel spielt die Schuld des Täters keine Rolle. Die Sicherungsverwahrung ist deshalb auch zulässig, wenn der Täter seine schuldangemessene Strafe bereits verbüßt hat. Sie erstreckt sich über das Ende der Strafvollstreckung hinaus, wenn der Täter weiterhin ein erhebliches Sicherheitsrisiko für die Allgemeinheit darstellt. Zeitlich ist sie unbegrenzt, die geschlossene Unterbringung kann theoretisch lebenslang andauern. Der Aspekt der Besserung tritt völlig in den Hintergrund: Relevant sind einzig und allein die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit, die vor rückfallgefährdeten, hochgefährlichen Hangverbrechern geschützt werden sollen.<sup>142</sup> Dieser Charakter mit seiner ausschließlichen Orientierung am Sicherungszweck stellt an die Rechtsstaatlichkeit besonders strenge Anforderungen. Ist schon die strafrechtliche Sanktion ultima ratio staatlicher Zwangsmaßnahmen, hat das für die Sicherungsverwahrung in besonderem Maße zu gelten: Zu Recht gilt sie als „letzte Notmaßnahme der Kriminalpolitik“.<sup>143</sup>

<sup>128</sup> *v. Liszt*, ZStW 3 (1882), 1 (38).

<sup>129</sup> *Koch* (Fn. 122), S. 132.

<sup>130</sup> *v. Liszt*, ZStW 3 (1882), 1 (33 f. u. 36).

<sup>131</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 16.

<sup>132</sup> *Zuckmayer* (Fn. 16), S. 48, 1. Akt 7. Szene.

<sup>133</sup> *Schröder*, Bild am Sonntag v. 8.7.2001.

<sup>134</sup> *Koch* (Fn. 122), S. 136.

<sup>135</sup> *v. Liszt*, ZStW 27 (1907), 213 (220).

<sup>136</sup> *v. Liszt*, ZStW 27 (1907), 213 (220).

<sup>137</sup> *Koch* (Fn. 122), S. 137.

<sup>138</sup> Woran heute auch *Jakobs* mit seinem Feindstrafrechtskonzept anknüpft, s. zuletzt *ders.* in: *Rosenau/Kim* (Fn. 120).

<sup>139</sup> *v. Liszt*, ZStW 3 (1882), 1 (37).

<sup>140</sup> *v. Liszt*, ZStW 3 (1882), 1 (37).

<sup>141</sup> *v. Liszt*, ZStW 3 (1882), 1 (40).

<sup>142</sup> *Stree*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 66 Rn. 2.

<sup>143</sup> BT-Drs. V/4094, S. 19; BGHSt 30, 220 (222).

Verschiedentlich wird wegen der Eingriffstiefe der Maßnahme die Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung in Frage gestellt.<sup>144</sup> Der Täter werde „weggeschlossen“, er werde zum Objekt sicherheitsorientierter utilitaristischer Maßnahmen. Die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 GG überzeugt im Ergebnis nicht. Dem Staat muß es möglich sein, zur Abwehr dringender Gefahren für überragend wichtige Rechtsgüter auch schuldindifferente Eingriffe in die Freiheitsrechte des Einzelnen vorzusehen.<sup>145</sup> Die verfassungsrechtlichen Implikationen sind aber bei der konkreten Anordnung und Handhabung der Sicherungsverwahrung durch die Justiz zu beachten. Geboten ist eine restriktive Auslegung des § 66 StGB, die dem ultima ratio-Gedanken der Sanktion Rechnung trägt.<sup>146</sup> Dem psychiatrischen Gutachter kommt hier eine besonders verantwortungsvolle Rolle zu, weil nicht zuletzt von seiner Expertise abhängt, ob die Sicherungsverwahrung in der Praxis den richtigen Personenkreis trifft und wirklich nur fortdauernd für die Allgemeinheit gefährliche Täter untergebracht werden.

Neben den formellen Voraussetzungen, die in der Person des Voigt vorliegen, legen wir eins zu eins dessen Verurteilung heute zugrunde, kommt es insbesondere auf die Feststellung des Hanges zu erheblichen Straftaten an (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Wird ein Täter erneut straffällig, obgleich er durch Vorverurteilungen und Vorverbüßung hätte gewarnt sein müssen, soll in der Kaskade strafrechtlicher Reaktionen nach dem Schema Tat – Verurteilung – Tat – Verurteilung – Anlaßtat ein Indiz für die kriminelle Intensität und Gefährlichkeit des Täters liegen.<sup>147</sup> Dabei kann sich die Indizwirkung aus den Vorstrafen nur ergeben, wenn diese einschlägig sind. Vorverurteilungen und Anlaßtaten müssen daher symptomatisch für die spezifische Gefährlichkeit des Täters sein,<sup>148</sup> was bei den Urkunds- und Eigentumsdelikten des Voigt gegeben sein dürfte.

Das Hauptproblem ist die negative Prognose, in der der psychiatrische Gutachter den Täter als Hangtäter zu qualifizieren hat. Verlangt wird eine Gesamtwürdigung der Tat und des Täters, die ergibt, daß er infolge seines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist. In der gängigen Formel wird Hang im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB als eingewurzelte, aufgrund charakterlicher Veranlagung bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung zu Rechtsbrüchen umschrieben.<sup>149</sup> Die Rechtsprechung spricht vom eingeschliffenen, inneren Zustand des Täters, von der festgewurzelten Neigung, immer wieder straf-

fällig zu werden.<sup>150</sup> Ein Trieb zu Straftaten ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn eine Schwäche den Täter straffällig werden läßt.<sup>151</sup>

Der Hang muß sich auf erhebliche Straftaten beziehen. Was darunter zu verstehen ist, hat § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB beispielhaft aufgezählt. Die Rede ist von seelischen oder körperlich schweren Schäden oder schwerem wirtschaftlichen Schaden, so daß nur Taten, die aufgrund ihrer Gefährlichkeit oder schädlichen Wirkung geeignet sind, den Rechtsfrieden in besonders schwerwiegender Weise zu stören, unter § 66 StGB fallen.<sup>152</sup>

Fraglich ist, ob sich Voigt mit seinen Taten dem Bereich der Schwerekriminalität zuordnen läßt; denn neben der Bagatelkriminalität ist auch bei der mittleren Kriminalität für die Anwendung der Sicherungsverwahrung kein Raum. Zumindest bei der Anlaßtat, dem tolldreisten Schurkenstück in Köpenick, muß das bezweifelt werden. Die abgeurteilten Delikte des unbefugten Uniformtragens und der Amtsanmaßung dürften hierzu nicht ausreichen. Die Freiheitsberaubung währte nur wenige Stunden, nämlich über die Droschkenfahrt von Köpenick zur Neuen Wache. Es bleiben Betrug und – heute nicht mehr existent – schwere Urkundenfälschung gem. § 268 Abs. 1 Nr. 2 RStGB, für die ein Strafraum von Zuchthaus bis zu 10 Jahre vorgesehen war.

Das Gesetz verlangt heute einen schweren wirtschaftlichen Schaden. Das muß kein außergewöhnlicher Verlust sein, soll aber über dem Drei-Monats-Einkommen eines Durchschnittsbürgers liegen,<sup>153</sup> wobei zur Wahrung des ultima ratio-Charakters der Sicherungsverwahrung, wenn das Gesetz sie überhaupt schon bei Vermögensdelinquenz heranzieht, zu verlangen ist, daß die einzelne Tat selbst für sich erheblich ist und sich die Erheblichkeit nicht aus einer Addition mehrerer Delikte errechnet.<sup>154</sup> Die Stadtkasse, die Voigt beschlagnahmt hatte, wies einen Betrag von 3557,45 M aus, wenn ein versehentlich vom Stadtkämmerer eingerechneter Zinsschein unberücksichtigt bleibt. Das dürfte über dem damaligen Drei-Monats-Einkommen gelegen haben. Aber: wäre die Verhängung der Sicherungsverwahrung eine sachgerechte Konsequenz?

Heute wissen wir: in Bezug auf Voigt irrte *v. Liszt*. Dieser war nicht mehr gefährlich. *v. Liszt* hätte mit seinem Konzept jemanden in lebenslange Strafknechtschaft gesteckt, der sich schließlich als ungefährlich herausstellt. Auch wir würden womöglich den Fall unter § 66 StGB subsumieren und einen in seinem Innern nunmehr geläuterten, eher gutmütigen Menschen aus dem Verkehr ziehen, also einen sog. falschen Posi-

<sup>144</sup> Böllinger/Pollähne, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 127), § 66 Rn. 34 ff.

<sup>145</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 66 Rn. 1; ausführlich zur Debatte Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 39 ff.

<sup>146</sup> Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2001, S. 279.

<sup>147</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 66 Rn. 5.

<sup>148</sup> BGH NStZ 2001, 595 f.; BGH NJW 1989, 3723 (3725).

<sup>149</sup> Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2007, § 66 Rn. 13; Kindhäuser (Fn. 147), § 66 Rn. 20.

<sup>150</sup> BGHR, § 66 Abs. 1, Hang 11; BGH NStZ 2002, 537.

<sup>151</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 66 Rn. 25; BGH NStZ 1999, 502 m.w.N.

<sup>152</sup> BGHSt 24, 153 (154); BGH NStZ 2000, 587.

<sup>153</sup> BGHSt 24, 160 (163); zu Recht kritisch Böllinger/Pollähne, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 127), § 66 Rn. 100.

<sup>154</sup> Sinn, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 120. Lfg., Stand: November 2009, § 66 Rn. 16; a.A. Rissing-van Saan/Peglau, Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 123), § 66 Rn. 164; Fischer (Fn. 151), § 66 Rn. 32.

tiven mehr in den Strafanstalten sitzen haben. Die spezifische literarische Gerechtigkeit und das literarische Gespür für die neuralgischen Punkte,<sup>155</sup> wie sie *Zuckmayer* in seinem „Märchen“ ausdrückt, sollte uns heute noch zu denken geben.

---

<sup>155</sup> *Tenckhoff* (Fn. 1), S. 646.

**V. Anhang: Urteil des Königlichen Landgerichts II in Berlin vom 1.12.1906**

II 2 f L.3.Nr.58.06.<sup>156</sup>

IM NAMEN DES KÖNIGS!

In der Strafsache gegen den Schuhmacher Friedrich Wilhelm Voigt, zu Berlin in Haft, geboren am 13. Februar 1849 zu Tilsit, evangelisch,

wegen Betrug, Urkundenfälschung u.s.w.

hat die dritte Strafkammer des Königlichen Landgerichts II in Berlin in der Sitzung vom 1. Dezember 1906 an welcher teilgenommen haben:

Landgerichtsdirektor Dietz als Vorsitzender,

Landgerichtsrat Örtel

“ Schreiber

Amtsrichter Buckow

Gerichtsassessor Dr. Blumenrath

als beisitzende Richter,

Erstem Staatsanwalt Wagner

als Beamter der Staatsanwaltschaft,

Referendar Dr. von Hassel

als Gerichtsschreiber,

für Recht erkannt:

Der Angeklagte ist des unbefugten Tragens einer Uniform, des Vergehens wider die öffentliche Ordnung, der Freiheitsberaubung, des Betruges und der schweren Urkundenfälschung, alles verübt im rechtlichen Zusammenhang, schuldig und wird deshalb zu einer Gefängnisstrafe von 4 – vier – Jahren verurteilt.

Er trägt die Kosten des Verfahrens.

Die von dem Angeklagten bei der Straftat getragenen militärischen Ausrüstungsgegenstände werden eingezogen.

Gründe:

Der Angeklagte ist als Sohn eines Schuhmachermeisters in Tilsit geboren, hat dort die Volksschule und die unteren Klassen einer Realschule besucht und ist sodann 3 Jahre bei seinem Vater in der Lehre gewesen. Als Knabe hat er sich viel in der seiner elterlichen Wohnung benachbarten Kaserne des dortigen Dragonerregiments aufgehalten und hat durch Beobachtung des militärischen Verkehrs und Treibens eine gewisse Vertrautheit mit den soldatischen Umgangs- und Dienstformen gewonnen. – Von seinem 14. Lebensjahre ist er wiederholt wegen Diebstahls, schließlich im strafscharfenden Rückfalle, bestraft. Er hat dann im April 1867 wegen einer Reihe von Urkundenfälschungen eine zehnjährige Zuchthausstrafe erhalten, welche er nebst einer für eine Geld-Nebenstrafe von 1500 Thalern substituierten weiteren Zuchthausstrafe von 2 Jahren bis 1879 verbüßt hat. Sodann hat er sich zehn Jahre lang im In- und Auslande teils als Schuhma-

cher teils in anderen Erwerbszweigen ernährt, ist auch in Böhmen verheiratet gewesen und hat sich während dieser Zeit, soweit bekannt, straflos geführt.

In den Jahren 1889 bis 1890 hat er wegen Diebstahls und intellektueller Urkundenfälschung eine Strafe von 13 Monaten Gefängnis erlitten. Im Februar 1891 ist er vom Landgericht Gnesen wegen schweren Diebstahls im Rückfalle zu 13 Jahren Zuchthaus, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf 10 Jahre und Zulässigkeit von Polizeiaufsicht verurteilt. Er war zusammen mit dem jetzigen Zeugen Cigarrenmacher Kallenberg dabei ergriffen, als beide mit Brechstangen und Schußwaffen versehen die Gerichtskasse in Wongrowitz erbrochen hatten. Am 12. Februar 1906 wurde der Angeklagte nach Verbüßung seiner Strafe aus dem Zuchthaus in Rawitz entlassen. Sein Arbeitsverdienst aus der Strafzeit betrug etwa 223 Mark. Durch die Vermittlung des Anstaltsgeistlichen Banner fand er Beschäftigung als Schuhmachergeselle bei dem Hofschuhmacher Hilbrecht in Wismar. Dort wurde er trotz seiner dem Hilbrecht und seinen Angehörigen bekannten schweren Vorstrafen gut aufgenommen, erwies sich als ein geschickter, fleißiger, zuverlässiger Arbeiter und erwarb sich auch als Hausgenosse die volle Zuneigung und Achtung des Hilbrecht und der Familienangehörigen desselben. Diesem Zustand wurde aber im Mai 1906 durch eine von der Wismarer Polizeibehörde verfügte Ausweisung ein Ende gemacht.

Nach einigen vergeblichen Versuchen, in Gradenz [Graudenz] und Potsdam passende dauernde Arbeit zu erhalten, kam der Angeklagte nach Berlin, fand Unterkunft bei seiner in Rixdorf lebenden Schwester Frau Manz und lohnende Beschäftigung in einer Schuhwarenfabrik in der Breslauerstraße. Diese Beschäftigung behielt er zunächst auch dann noch bei, als er eine Verfügung des Berliner Polizeipräsidenten empfing durch die er aus dem Berlin und die Vororte umfassenden Bundespolizeibezirk ausgewiesen wurde; jedoch zog er nunmehr von seiner Schwester zu einer Frau Karpehr in Berlin, Langestraße 22 in Schlafstelle und bewog seine Wirtin, ihn nicht anzumelden.

Der Angeklagte hat nun einen Plan wieder aufgenommen, mit dem er sich schon früher beschäftigt hat. Im Zuchthause zu Rawitz [Rawitsch], wo er zugleich mit Kallenberg seine vorerwähnte Strafe verbüßte, hatte er sich zu diesem wiederholt ungefähr dahin geäußert, „wenn man ein Paar Soldaten habe, könne man damit Geschäfte machen“. Da ihm nun in Folge der Ausweisungen die Aussicht auf einen dauernden ehrlichen Erwerb erheblich erschwert war, so kam er auf seinen früheren Plan zurück, in der Verkleidung als Offizier Militärmannschaften unter seine Führung zu bringen und damit einen gewinnbringenden Handstreich zu unternehmen. Er unterrichtete sich über die Ablösung gewisser, nur unter Führung von Gefreiten in abgelegenen Gelände bei Berlin verkehrende Wachmannschaften, traf ferner seine Auswahl unter solchen bei Berlin gelegenen kleineren Städten, in denen er sich mit Hilfe von Wachmannschaften des Rathauses bemächtigen zu können glaubte, und entschied sich – nachdem er anfangs sein Augenmerk auch auf Oranienburg und Bernau gerichtet hatte – schließlich für Köpenick. Ferner kaufte er bei verschiedenen Händlern in Berlin und Potsdam

<sup>156</sup> Schriftweise und Interpunktion des Originals wurden beibehalten. Angaben in eckigen Klammern stammen vom Verf. Herrn RiAG a.D. Bernhard Menge bin ich für die Überlassung der Urteilskopie zu Dank verpflichtet.

Anzug, Mantel und sonstige Ausrüstungsgegenstände eines Hauptmanns vom 1. Garderegiment zusammen.

Diese Uniform legte er am 15. Oktober abends in der Jungfernheide an, fuhr am 16. Oktober mit dem ersten Frühzuge nach Köpenick, unterrichtete sich hier über die Örtlichkeit, fuhr dann nach dem Bahnhof Putlitzstraße zurück, verbrachte den Rest des Vormittags in einer Gastwirtschaft in Plötzensee und begab sich kurz nach Mittag mit umgelegter Feldbinde an denjenigen Weg, den die abgelöste Wache vom Schießstand passieren mußte.

Zunächst kam jedoch eine vom Gardefüsilieregiment gestellte Schwimmanstaltswache von 3 Mann unter der Führung des Gefreiten Klapdohr (als vierten). Er hielt diese Wache an, erfuhr, daß die abgelöste Wache vom Schießstand demnächst komme, und befahl, diese schnell herbeizuholen. Klapdohr hielt den Angeklagten, der die Haltung und das Benehmen eines Offiziers zeigte, für einen solchen und holte die abgelöste Schießstandswache, welche aus dem Gefreiten Muche und 5 Mann vom Garderegiment zu Fuß bestand, herbei. Nun machte der Angeklagte den Klapdohr zum Abteilungsleiter der vereinigten Wachen und erklärte den beiden Gefreiten, daß er auf Allerhöchsten Befehl komme und daß sie und die Mannschaften ihm zum Bahnhof Putlitzstraße zu folgen hätten. Auf dem Bahnhof eröffnete er den Mannschaften, daß er sie nach Köpenick führen werde, löste für sie Fahrkarten 3. Klasse, für sich selbst eine zweite Klasse und fuhr dann mit den Soldaten über Rummelsburg, wo er ihnen auf dem Bahnhof Getränke verabfolgen ließ, nach Köpenick. Dort ließ er die Soldaten auf dem Bahnhof Mittag essen, ließ sie dann antreten, das Seitengewehr aufplanen, die Schuppenketten niederlassen, und erklärte ihnen, daß er den Bürgermeister und vielleicht noch andere Herren verhaften werde.

Vor dem Rathause angelangt, ließ er durch die vier Gardefüsiliere das Hauptportal und die zwei Nebeneingänge besetzen. Den Gefreiten Muche und einen Gemeinen vom 4. Garderegiment ließ er auf dem unteren Flur mit dem Befehl, dafür zu sorgen, daß die im Rathaus befindlichen Leute in ihren Zimmern blieben; jeder Verkehr derselben miteinander und auf den Korridoren sei zu verhindern; wenn jemand etwas dringendes hätte, so müßte ihn ein Posten begleiten. – Mit den übrigen 4 Soldaten vom 4. Garderegiment begab sich der Angeklagte in den ersten Stock. Dort betrat er das durch ein Schild bezeichnete Zimmer des Oberstadtsekretärs Rosenkranz, fragte diesen, wer er sei, und erklärte ihm: „Im Namen Seiner Majestät, Sie sind verhaftet.“ Zwei Soldaten ließ er an seiner Tür mit dem Befehl, jeden Verkehr des Rosenkranz nach außen hin zu verhindern. Rosenkranz ist durch diese Maßregel ungefähr von 3 ½ bis gegen 6 Uhr Nachmittags am Verlassen des Zimmers und am Verkehr mit der Außenwelt verhindert gewesen.

Sodann begab sich der Angeklagte, gefolgt von den zwei übrigen Soldaten in das Zimmer des Bürgermeisters Dr. Langerhans, erklärte ihm gleichfalls, daß er ihn im Namen Seiner Majestät verhafte, und sagte den beiden Soldaten, die er an der Tür zurückließ: „Eure Instruktion kennt ihr“. Diese, welche seine Weisungen bei Rosenkranz mit angehört hatten, faßten diese Worte – und zwar entsprechend dem Willen des

Angeklagten – so auf, daß sie den Bürgermeister zu bewachen und seinen Verkehr nach außen zu verhindern hätten und handelten demgemäß, sodaß der Bürgermeister, ebenso wie Rosenkranz, während der folgenden Zeit seiner Freiheit beraubt und vom Verkehr mit der Außenwelt – außer mit seiner Ehefrau, deren Zutritt der Angeklagte gestattete – abgesperrt war. Der Angeklagte hat dann noch wiederholt sein Zimmer betreten, und der Bürgermeister hat bei dieser Gelegenheit nochmals Aufklärungen, sowie Vorzeigung eines Haftbefehls verlangt, ist aber damit vom Angeklagten kurz und schroff abgewiesen worden. Dieser eröffnete ihm dabei, er werde ihn mit einem Wagen nach Berlin zur Neuen Wache schaffen lassen, dort werde er Aufklärung erhalten. Der Angeklagte versicherte ihm auch wiederholt, seine Mission sei ihm äußerst peinlich, aber als Militär müsse er den ihm gewordenen Befehl ausführen, er hoffe, daß der Bürgermeister ihm dabei keine Schwierigkeiten machen werde. Er ließ sich von diesem auch das Ehrenwort darauf geben, daß er auf der Fahrt nach Berlin keinen Fluchtversuch machen werde, und hat ihn etwa um 5 Uhr in einer von drei inzwischen durch einen Polizeisergeanten herbeigeordneten Kutschen in Begleitung seiner Frau und unter Bewachung eines Soldaten, der neben dem Kutscher auf dem Bock Platz nahm und eines ebenfalls vom Angeklagten mit der Bewachung beauftragten Polizeisergeanten abfahren und nach Berlin zur Neuen Wache schaffen lassen. Erst dort ist nach baldiger Aufklärung des Sachverhalts seine Befreiung erfolgt.

Kurz nach der Verhaftung des Bürgermeisters begab sich der Angeklagte mit zwei Soldaten nach dem Kassenzimmer, wo er den Rendanten von Wiltburg und zwei Assistenten antraf. Dem Rendanten erklärte er, der Bürgermeister und der Oberstadtsekretär seien im Allerhöchsten Auftrage verhaftet. Er habe die Verwaltung der Stadt übernommen, der Rendant solle sofort Kassenabschluß machen und das Geld aufzählen, damit er den Bestand prüfen könne. v. Wiltburg, der den Angeklagten für einen in höherem Befehl handelnden Offizier hielt, erhob keinen Widerspruch, suchte aber doch, als der Angeklagte das Zimmer verlassen hatte, sich mit dem Bürgermeister in Verbindung zu setzen, um dessen Genehmigung zur Vornahme des Kassenabschlusses zu erlangen. Auf dem Wege dorthin stieß er auf der Treppe auf den Angeklagten, teilte diesem seinen Wunsch, den Bürgermeister zu sprechen, mit, wurde aber von ihm beschieden, daß er jetzt nur seinen, des Angeklagten, Weisungen anstatt denen des verhafteten Bürgermeisters zu folgen habe. Sonst müsse er, der Angeklagte, ihn verhaften und den Kassenabschluß durch andere Beamte vornehmen lassen. v. Wiltburg, der durch bestimmte[s] Auftreten des Angeklagten nun vollends von der Berechtigung zu den angeordneten Maßregeln überzeugt wurde, ließ darauf durch seine beiden Assistenten die Bücher abschließen, zählte den baren Kassenbestand, zudem noch das auf Anordnung des Angeklagten inzwischen von der Post eingeholte Geld hinzutrat, im Gesamtbetrage von 3988,70 M – einschl. einer Post von 443,25 M in eingelösten Zinsscheinen der Köpenicker Stadtanleihe auf. Gegenüber dem aus den Büchern festgestellten Sollbestande von 4002,37 M ergab sich zunächst ein Fehlbetrag von 13,67 M, der sich aber demnächst durch 2 Rollen mit 12,- M kleinem Wechselgelde,

die der Angeklagte in dem offenen Geldschrank fand, dorthin entnahm und zu dem übrigen Bestande legte, auf 1,67 M verringerte. Der Angeklagte bemerkte hierzu, der Fehlbetrag könne auf einem Rechnungsfehler beruhen, müsse aber bei der endgültigen Rechnungslegung, die er morgen vornehmen werde, aufgeklärt werden. Er erklärte ferner, den vorhandenen Bestand müsse er beschlagnahmen, und ließ sich hierzu 2 Beutel bringen, in deren einen er mit Hilfe des Rendanten, der den Beutel hielt, das zuerst aufgezählte Geld, in den anderen ebenso das von der Post geholte Geld einfüllte. Er ließ dann durch v. Wiltburg die Beutel schließen und versiegeln. Die Anleihe-Zinsscheine ließ er liegen, sodaß die von ihm in Besitz genommene Summe

4000,70 M  
- 443,25 M  
also 3557,45 M

betrug. v. Wiltburg zeigte dem Angeklagten auch einen außerhalb der Kasse aufbewahrten Bestand von 62,- M Armengeldern, die schon als ausgegeben verbucht, aber von den Empfängern noch nicht abgeholt waren, mit der Frage, ob auch dieses Geld beschlagnahmt werden solle. Der Angeklagte verneinte dies aber, da das Geld nicht zur Kasse gehöre.

Als der Angeklagte die beiden Beutel mit Geld an sich genommen und auch die Schlüssel zum Kassenschranke und zum Tresorraum vom Rendanten übergeben erhalten hatte, wünschte dieser zu seiner eigenen Sicherheit einen Ausweis zu haben und setzte das Band 1 Blatt 16 d.A. befindliche Schriftstück auf, welches folgenden Wortlaut hat:

### Quittung.

Empfangen aus der Stadthauptkasse 4000 M 70 Pfg. – Viertausend Mark 70 Pfg., beschlagnahmter Kassenbestand.  
Köpenick, den 16. Oktober 1906.

Dieses Schriftstück versah der Angeklagte auf die Bitte des Rendanten mit einer Unterschrift und dem Zusatz „H.i.1.G.R.“ (offenbar Abkürzung für „Hauptmann im ersten Garde-Regiment“).

Der in der Quittung angegebene Betrag von 4000,70 M (statt 3557,45 M) erklärt sich dadurch, daß der Rendant versehentlich die vom Angeklagten nicht mit übernommenen Zinsscheine über 443,25 M eingerechnet hat.

Der Angeklagte eröffnete dann dem Rendanten, er müsse als Zeuge mit zur Neuen Wache nach Berlin kommen. Er erlaubte ihm auf seine Bitte, vorher nach Hause zu gehen und seine Frau zu benachrichtigen, gab ihm aber zur Bewachung 2 Soldaten mit. Mit dieser Eskorte ist dann v. Wiltburg von seiner Behausung aus in einem der drei requirierten Wagen, welcher vom Rathaus herbeigeholt wurde, nach Berlin gebracht worden. Dort traf er kurz nach dem Bürgermeister auf der neuen Wache ein und wurde alsbald in Freiheit gesetzt. – Inzwischen hatte sich der Angeklagte, ohne die Geldbeutel – wie der Rendant erwartet hatte – im Geldschrank einzuschließen, sondern unter Mitnahme derselben aus dem Kassenraum entfernt, nachdem er die Tür des Geldschrankes ins

Schloß geworfen und die Tür des Tresorraumes unter Beihilfe eines der Kassen-Assistenten verschlossen hatte. Er wartete dann noch die Abfahrt des Bürgermeisters ab, traf noch Anordnungen über die spätere Einziehung der Wachen und die Rückkehr der Mannschaften nach Berlin und ging dann nach dem Bahnhof, wo er ungefähr um 5 ½ Uhr in der Richtung nach Berlin abfuhr. Er stieg in Rummelsburg aus, fuhr mit der Hochbahn in die Stadt, kaufte sich neue Stiefel und im Herrengarderobe-Geschäft von Hofmann, Ecke Friedrich- und Schützenstraße einen Anzug nebst Paletot und Hut für 183,50 M, welche Summe er von dem erbeuteten Gelde bezahlte. In diesem Geschäft nannte er sich, wie er zugibt, „von Malzahn“. Sodann fuhr er in einer Droschke nach dem Bahnhof Hermannstraße in Rixdorf, entledigte sich hier des Säbels, ging sodann auf das Tempelhofer Feld, legte daselbst die Uniform ab und zog die bei Hofmann gekaufte, bisher von ihm in einem Karton mitgeführte Zivilkleidung an. – Zehn Tage später ist er in seiner Wohnung Langestraße 22 verhaftet worden. Das der Köpenicker Stadtkasse gehörige Geld ist in Höhe von 2788 M – also bis auf 769,45 M – vorgefunden und der Stadtverwaltung zurückgegeben.

Der Angeklagte ist auf Grund dieses Sachverhalts des unbefugten Tragens einer Uniform, der Amtsanmaßung, der Freiheitsberaubung, des Betruges und der schweren Urkundenfälschung – alles begangen durch eine und dieselbe Handlung – beschuldigt. Er gibt die drei ersteren Delikte zu. Dagegen bestreitet er, auf die Erlangung von Geld ausgegangen zu sein. Er will es nur auf ein Auslandspaß-Formular abgesehen haben. Er habe sich nämlich, teils vor teils nach seiner Entlassung aus dem Zuchthause, vergeblich um einen Auslandspaß bemüht. Eines solchen habe er aber nach seiner wiederholten Ausweisung dringend bedurft und er habe erwartet, ein Formular dazu – welches er dann selbst habe ausfüllen wollen – nebst den nötigen Stempeln in dem Rathaus einer Stadt vorzufinden. Nur zu diesem Zwecke habe er sich des Köpenicker Rathauses bemächtigt und die leitenden Personen der Stadtverwaltung eingesperrt. Auch die Revision der Kasse habe er nur, um seine Rolle durchzuführen, und in der Annahme, daß er in dem Rendanten den Kämmerer und stellvertretenden Bürgermeister vor sich habe und auch ihn zeitweilig am Eingreifen verhindern müsse, vorgenommen. Das Geld habe er zunächst gar nicht in der Absicht der Aneignung an sich genommen, sondern es sei ihm durch den Gang der Ereignisse gewissermaßen aufgedrängt worden. Er habe es aber zunächst nur vorübergehend verwahren wollen und sich zur Mitnahme und Aneignung erst zuletzt entschlossen, als ihm – gelegentlich der Vorzeigung eines Passes seitens eines im Rathause zurückgehaltenen und um freies Durchpassieren bittenden Elektrotechnikers eingefallen sei, daß solche Pässe nicht bei den Polizeiverwaltungen kleiner Städte, wie Köpenick, sondern auf den Landratsämtern ausgestellt werden, und daß er also gar nicht darauf rechnen könne, Paßformulare im Rathaus vorzufinden. Nunmehr habe er allerdings, um wenigstens einen anderen Erfolg davonzutragen, sich entschlossen, das von ihm bis dahin nur in Verwahrung genommene Geld für sich zu behalten. – Er gibt also statt der Beschuldigung des Betruges nur eine Unterschlagung zu.

Ferner bestreitet er die Urkundenfälschung, und zwar selbst eine einfache, weil er gar keine Namensunterschrift unter die Quittung gesetzt habe, sondern die Schrift lediglich in abgekürzten Lettern bedeuten solle: „von mir als angenommenen Hauptmann im 1. Garde-Regiment“.

Das Gericht hat sich jedoch bei der rechtlichen Beurteilung der Vorgänge überall der Auffassung des Eröffnungsbeschlusses angeschlossen. Das Vorliegen der Übertretung – unbefugtes Tragen einer Uniform – bedarf keiner Erörterung.

Ferner hat sich der Angeklagte, auch wenn die Stellung eines Offiziers sich nicht als ein öffentliches „Amt“ darstellen und als die Anmaßung eines solchen nicht anzunehmen sein sollte, des Vergehens gegen § 132 StGB. doch mindestens nach der Richtung hin schuldig gemacht, daß er Verhaftungen, also Handlungen, welche nur auf Grund eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden können, sowie eine Kassenrevision, welche ebenfalls nur auf Grund eines solchen Amtes, nämlich von den Vorgesetzten des Stadtrandanten bewirkt werden durfte, ausgeführt hat.

Des weiteren hat sich der Angeklagte an dem Bürgermeister Langerhans, dem Oberstadtssekretär Rosenkranz und dem Rendanten v. Wiltburg der *Freiheitsberaubung* schuldig gemacht, indem er ohne Berechtigung die beiden ersteren in ihren Zimmern unter militärischer Bewachung gefangen hielt, sodann den Bürgermeister und den Rendanten durch Soldaten im Wagen nach der Neuen Wache in Berlin transportieren ließ, also einige Zeit hindurch die persönliche Freiheit dieser drei Männer völlig aufhob.

Was den *Betrug* anlangt; so ist zunächst die Angabe des Angeklagten, er habe es ursprünglich nur auf die Erlangung eines Paßformulars abgesehen, gänzlich unglaubwürdig. Allerdings hatte der Angeklagte ein Interesse daran, sich einen Paß für das Ausland zu verschaffen, er hat sich um Erteilung eines solchen bemüht, und dies ist ihm dadurch, daß er von einer Behörde an die andere verwiesen wurde, erheblich erschwert worden. Allein es erscheint ausgeschlossen, daß der Angeklagte eines derartigen immerhin geringfügigen Erfolges wegen jene überaus umständlichen und auch ziemlich kostspieligen Vorkehrungen getroffen und den umfangreichen Apparat der Überwältigung einer ganzen Stadtverwaltung ins Werk gesetzt haben soll, der – auch in Ansehung der damit verbundenen Gefahren – außer aller Verhältnisse zu jenem Zwecke stand. Auch hat der Angeklagte während der gesamten Zeit, als er das Rathaus besetzt hielt, keine Schritte getan, um nach Paßformularen Nachschau und Nachsuche zu halten. – Dagegen ergibt sein ganzes planmäßiges Verhalten den Kassenbeamten gegenüber und namentlich die von ihm veranlaßte Einfüllung des Geldes in Beutel, daß er es von vornherein auf die Barbestände der Stadtkasse abgesehen hatte und nicht etwa erst nachträglich den Entschluß gefaßt hat, sich diese anzueignen.

Schließlich sprich[t] auch die Vergangenheit des Angeklagten, insbesondere der seiner letzten Vorstrafe zu Grunde liegende Einbruch in die Gerichtskasse zu Wongrowitz durchaus für seine von vornherein auf das Geld gerichtete Absicht.

Was nun die rechtliche Beurteilung der Erlangung des Geldes betrifft, so liegt nicht Raub oder Diebstahl vor, da es

an einer ohne den Willen des bisherigen Gewahrsams-Inhabers erfolgten Besitzergreifung also an einer *Wegnahme* fehlt. Das Geld ist vielmehr nach der obigen Sachdarstellung mit dem Willen und unter tätiger Mitwirkung des Rendanten v. Wiltburg, der bis dahin den Gewahrsam ausgeübt hatte, in den Gewahrsam des Angeklagten übergegangen, es ist ihm *übergeben*. Wäre nun der Wille des v. Wiltburg zur Übergabe durch Zwang (Gewalt oder Drohung) hervorgebracht worden, so würde Erpressung vorliegen. Dies ist aber nicht der Fall gewesen. Zwar würde der Angeklagte *nötigenfalls* zur Gewaltanwendung geschritten sein; dies erwies sich aber nicht als erforderlich, da v. Wiltburg – was auch bei dem sicheren und sachgemäßen Auftreten des Angeklagten und der Mitführung der Mannschaften erklärlich ist – ihn für einen echten Offizier hielt und ihn auf Grund seiner Erklärung, er handle auf Allerhöchsten Befehl, für berechtigt erachtet, die Übergabe der Kasse behufs Beschlagnahme zu verlangen. Der Angeklagte hat also schon allein durch *Täuschung* – Vorspiegelung der falschen Tatsachen seiner Eigenschaft als Offizier und den ihm gewordenen Allerhöchsten Befehls – sein Ziel, die Auslieferung des Kassenbestandes, erreicht. Diese Täuschung hatte die Beschädigung des Vermögens der Stadtgemeinde Köpenick zur Folge, da der Angeklagte das Geld sich aneignete und mitnahm. – Daß er bei der Täuschung und Schädigung in Erstrebung eines rechtswidrigen Vermögensvorteiles handelte, bedarf keiner Erörterung.

Der Angeklagte hat sich auch einer schweren *Urkundenfälschung* schuldig gemacht. Die von ihm herrührende Namensunterschrift unter der von dem Rendanten entworfenen Quittung ist zwar auf den ersten Blick schwer leserlich, wird jedoch deutlich als Namenszug „v. Malzahn“ kenntlich, wenn damit die Tatsache in Verbindung gebracht wird, daß sich der Angeklagte noch an demselben Abend beim Einkauf der Zivilkleidung diesen Namen beigelegt hat. Der Angeklagte hat also unter dem ihm nicht zukommenden Namen v. Malzahn eine Quittung über den Empfang von Geld ausgestellt und somit eine falsche Urkunde angefertigt. Da die Ausstellung derartiger Quittungen nicht zu den dienstlichen Verrichtungen eines Offiziers gehört, sie also – im Falle ihrer Echtheit – nicht von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises aufgenommen sein würde, so stellt sie sich nicht als öffentliche, sondern als Privaturkunde dar. Diese Privaturkunde ist *zum Beweise von Rechten erheblich*, da sie – wiederum ihre Echtheit vorausgesetzt – den Beweis für den Empfang der darin bezeichneten Geldsumme durch den darin genannten Empfänger erbringen würde. Der Angeklagte hat von dieser falschen Urkunde *zum Zweck der Täuschung Gebrauch* gemacht, da er sie dem Rendanten v. Wiltburg zur Täuschung über seine Identität eingehändigt hat. Er hat die Fälschung begangen und angewendet, um sich den soeben durch den Betrug erlangten, aber in seinem Fortbestande gefährdeten Gewinn, den er durch Besitznahme des Geldes erlangt hatte, zu erhalten. Denn er mußte alles vermeiden, was die Beamten hätte stutzig machen, ihnen einen Zweifel an der Echtheit der von ihm gespielten Rolle erregen und seine vorzeitige Entlarvung hätte herbeiführen können.

Dazu gehörte auch, daß er dem an sich ganz berechtigten Ersuchen des Rendanten, ihm der Ordnung halber einen Ausweis über die zur vermeintlichen Beschlagnahme übergebenen Summe zu erteilen, nicht entzog. Die Urkundenfälschung ist also von dem Angeklagten mit dem erschwerenden Momente der Absicht begangen, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen (Vgl. Entsch. des R.G. 2, 53). – Daß der Angeklagte bei der Anfertigung und dem Gebrauche der falschen Urkunde *in rechtswidriger Absicht* handelte, folgt schon ohne weiteres daraus, daß der Vermögensvorteil, den er sich hierdurch zu erhalten bestrebt war, ein rechtswidriger war.

Sämtliche fünf Vergehungen des Angeklagten beruhen nach der ganzen Sachlage auf einem einheitlichen verbrecherischen Entschluß. Er hat vor dem Beginne seines Unternehmens seinen Plan bis in jede Einzelheit ausgearbeitet. Der Gebrauch der Uniform, die Vornahme amtlicher Handlungen, die Freiheitsberaubungen dienten zur Durchführung der betrüglichen Erlangung des Geldes. Auch hat er von vornherein mit der Möglichkeit der Erteilung schriftlicher Ausweisung gerechnet und sich hierfür den Namen v. Malzahn zu-rechtgelegt. Denn dieser Name hat sich sofort in seinen Gedanken eingepreßt, daß er ihn sogar noch nach gelungener Tat bei dem Einkauf der Civilkleidung gebraucht hat, ein Zeichen dafür, daß die – sei es schriftliche sei es mündliche – Benutzung dieses Namens zu dem von vornherein festgelegten und auch auf eventuelle Urkundenfälschungen sich erstreckende Programm des Angeklagten gehörte. – Hiernach handelte es sich bei dem gesamten festgestellten Tun des Angeklagten einschl. der Urkundenfälschung um eine und dieselbe strafbare Handlung.

Das Gericht hat daher für tatsächlich festgestellt erachtet:

daß der Angeklagte zu Plötzensee und Köpenick am 16. Oktober 1906 durch ein und dieselbe Handlung

1. unbefugt eine Uniform getragen,
2. unbefugt Handlungen vorgenommen hat, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden dürfen,
3. vorsätzlich und widerrechtlich den Bürgermeister Langerhans, den Stadtkassenrendanten v. Wiltburg und den Obersekretär Rosenkranz des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt hat,
4. in Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen der Stadtgemeinde Köpenick dadurch um 3557,45 M beschädigt hat, daß er durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregt,
5. in rechtswidriger Absicht eine Privaturkunde, welche zum Beweis von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist fälschlich angefertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht hat, und zwar in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Der Angeklagte hat sich daher gegen §§ 360, 8, 132, 263, 267, 268 Str.G.B vergangen. Gemäß § 73 des. war die Strafe dem § 268 als dem strengsten Strafgesetze zu entnehmen. Es fragte sich, ob das Vorhandensein mildernder Umstände anzunehmen sei. Dagegen spricht außer den schweren Vorstrafen des Angeklagten, daß die Tat eine überaus raffinierte und einer ganz ungewöhnlichen verbrecherischen Energie entsprungen ist. Sie stellt sich als ein äußerst dreister Eingriff

in die militärische Kommandogewalt des Staates und als ein verwegener und gefährlicher Angriff auf die Verwaltung einer Stadt dar. – Aber andererseits verdiente eine weitgehende Berücksichtigung der Umstand, daß der Angeklagte nach Verbüßung seiner letzten Strafe ernst und – soweit an ihm lag – erfolgreich bemüht gewesen ist, sich seinen Lebensunterhalt ehrlich zu erwerben, und auf dem besten Wege war, ein nützliches Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft zu werden, daß aber dieses Bemühen ohne seine Schuld vereitelt und er wieder auf den Weg des Verbrechens gedrängt ist. – Ferner wurde erwogen, daß, wenn auch die Strafe auf dem für das Verbrechen der schweren Urkundenfälschung bestimmten Gesetze zu verhängen ist, gerade diese Tat im vorliegenden Falle doch nur eine untergeordnete Bedeutung hatte. Diejenige Tat, welche dem innersten der Sache nach die Hauptsache ist, nämlich der Betrug, war bereits vollendet, die bare Kasse im Besitze des Angeklagten. Tatsächlich würde der Rendant, wie er bekundet, sich auch bei einer Ablehnung der Quittungserteilung seitens des Angeklagten beruhigt haben. Diese Quittungserteilung spielt also, wenn auch der Angeklagte sie für erforderlich gehalten hat, zur Erhaltung des rechtswidrig erlangten Gewinns, in Wirklichkeit die sekundäre Rolle nebenher laufenden Episode. Es entsprach deshalb einer gewissen Billigkeit, auch aus dieser Erwägung heraus in Benutzung der durch § 269 Abs. 2 StGB. gewährten Möglichkeit diejenige Straftat anzuwenden, welche für die eigentliche Haupttat, den Betrug, zu verhängen gewesen wäre.

Aus diesem Grunde sind mildernde Umstände als vorhanden angenommen und ist deshalb nicht auf Zuchthaus, sondern auf Gefängnis erkannt worden. Für die Abmessung dieser Gefängnisstrafe auf 4 Jahre waren wiederum die oben mitgeteilten teils strafscharfenden, teils mildernden Gesichtspunkte bestimmend.

Eine Erörterung, ob gegen den Angeklagten auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 32 StGB.) zu erkennen sei, erübrigte sich, da ein solcher bei der letzten Vorbestrafung ausgesprochen ist und noch bis zum Februar 1916 läuft.

Die angeordnete Einziehung beruht auf § 40 StGB.

Die Kostenlast trifft den Angeklagten nach § 497 StGB.

gez. Dietz

gez. Oertel

gez. Schreiber

gez. Buckow

gez. Dr. Blumenrath

# Schriftenverzeichnis von Jörg Tenckhoff

## I. Monographien und Aufsätze

1. Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände. Strafrechtliche Abhandlung N.F., Bd. 21, Berlin 1974.
2. Die Vermögensverfügung des Genötigten als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der §§ 253, 255 StGB, in: JR 1974, 489.
3. Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, in: ZStW 88 (1976), 897.
4. Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld?, in: JR 1977, 485.
5. Garantenstellung des Wohnungsinhabers bei Angriffen auf einen Gast, in: JuS 1978, 308.
6. Die Wahrunterstellung im Strafprozeß. Schriften zum Strafrecht, Bd. 36, Berlin 1980.
7. Der Zueignungsbegriff bei Diebstahl und Unterschlagung, in: JuS 1980, 723.
8. Die Kriminalprognose bei Strafaussetzung und Entlassung zur Bewährung, in: DRiZ 1982, 95.
9. Die Unterschlagung (§ 246 StGB), in: JuS 1984, 775.
10. Ehrverletzungsdelikte, Hagen 1985 (2. Aufl. 1990, 3. Aufl. 1994, 4. Aufl. 1997).
11. Jugendkriminalität heute, in: Jahrbuch der Universität Augsburg 1985 (1986), S. 139.
12. Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 677.
13. Grundfälle zum Beleidigungsrecht, in: JuS 1988, 199, 457, 618, 787; 1989, 35, 198.
14. Die Politur des steinernen Herzens. Historisches zu Arno Schmidts historischem Roman aus dem Jahre 1954, in: V. Geppert (Hrsg.), Große Werke der Literatur II, Augsburg 1991, S. 215.
15. Zur Anwendbarkeit des § 13 StGB auf schlichte Tätigkeitsdelikte, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 347.
16. JA-Sonderheft für Studienanfänger. 5. Aufl., Neuwied 1992 (zusammen mit M. Braun und H. Bauer).
17. Strafrecht und abweichende Gewissensentscheidung, in: Glatzel/Kleindienst (Hrsg.), Die personale Struktur des gesellschaftlichen Lebens, Festschrift für Anton Rauscher, 1993, S. 437.
18. Zur Reduktion der Tatbestände des erpresserischen Menschenraubs und der Geiselnahme (zusammen mit L. Baumann), in: JuS 1994, 836.
19. Heinrich Mann und das Recht. In: Heinrich Mann-Jahrbuch 12/1994 (1995), S. 65, und in: Jahrbuch der Universität Augsburg 1993/1994 (1995), S. 134.
20. Das Merkmal der Vorteilhaftigkeit in § 264 StGB, in: Schulz/Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, 1997, S. 465.

21. Das Prinzip der Verantwortlichkeit in Thomas Manns Doktor Faustus, in: Bartl. u.a. (Hrsg.), „In Spuren gehen ...“, Festschrift für Helmut Koopmann, 1998, S. 339.
22. Leiden am Recht, Franz Kafka, Dichter und Jurist, in: JZ 2000, 1143, und in: Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte, Bd. 2 (2000/2001), S. 645, sowie in: Vormbaum (Hrsg.), Franz Kafka. Der Prozeß, 2006, S. 223.
23. Zweierlei Glück, in: Heinz (Hrsg.), Glück, Ökumenische Hochschulgottesdienste im SS 2001, Barfüßer Kirche Augsburg, Augsburg 2001, S. 14.
24. Schuld und Mitverantwortung. Eine strafrechtliche Problematik in Thomas Manns Roman „Doktor Faustus“, in: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Bd. 3 (2001/2002), S. 465.
25. Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das deutsche Strafverfahrensrecht, in: Bottke u.a. (Hrsg.), Recht in Europa, 2003, S. 301.
26. Der steinige Weg zur Publikation eines Kunstwerkes, in: Stelmach/Schmidt (Hrsg.), Krakauer-Augsburger Rechtsstudien, 2006, S. 243.
27. Die Geschichten Jaakobs, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 645.

## II. Didaktisches und Biographisches

1. Der praktische Fall – Strafrecht (Schwerpunkt: Irrtum über die Tatherrschaft, Unterlassung durch Tun; Hehlerei), in: JuS 1976, 526.
2. Der praktische Fall – Strafrecht (Schwerpunkt: Notwendige Beteiligung; Gefangenenbefreiung und Meuterei; [schwerer] Raub; Vollstreckungsverweigerung), zusammen mit F. Arloth, in: JuS 1985, 129.
3. Karl Lackner zum 75. Geburtstag, in: NJW 1992, 545.
4. Assessor Klausur WF Jugendstrafrecht/Strafprozeßrecht (Schwerpunkte: Abwesenheit in der Hauptverhandlung, Protokollverlesung; Revision; Koppelung und Einbeziehung jugendrechtlicher Sanktionen), in: Jura 1994, 362.
5. Assessor Klausur in Strafrecht (Schwerpunkte: Notwehr; Widerstand gegen die Staatsgewalt; Schlägerei; vorläufige Festnahme; Prozeßgegenstand), in: Jura 1995, 97.
6. Vorwort, in: Popp, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, Berlin 2002, S. 5.
7. Joachim Herrmann zum 70. Geburtstag, in: NJW 2003, 335.

## III. Rezensionen und Besprechungen

1. Anmerkung zu BGH 5 StR 481/75 v. 30.4.1976 (Wahrunterstellung und in dubio pro reo), in: NJW 1976, 1950.
2. Anmerkung zu BGH 1 StR 283/77 v. 7.6.1977 (Alibi und Indizienbeweis), in: JR 1978, 348.
3. Anmerkung zu KG 4 Ss 152/79 v. 20.9.1979 (Unbefugte Tonbandaufnahme; Beweisverwertungsverbote), in: JR 1981, 254.

4. Brunner, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 1981, in: NJW 1982, 154.
5. Anmerkung zu OLG Hamm 4 Ss 2939/80 v. 29.4.1981 (Bandendiebstahl), in: JR 1982, 208.
6. Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB, Band I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., in: JR 1983, 219.
7. Kerner/Hermann/Bockwoldt, Straf(rest)aussetzung und Bewährungshilfe, in: JZ 1985, 330.
8. Anmerkung zu OLG Celle 3 Ss 217/85 v. 23.10.1985 (Beweisablehnungsgründe und Aufklärungspflicht), in: StV 1986, 424.
9. Anmerkung zu BGH 5 StR 566/86 v. 28.4.1987 (Betrug bei beiderseits sittenwidrigen Geschäften), in: JR 1988, 126.
10. Anmerkung zu BGH 4 StR 554/87 v. 3.12.1987 (Bestechlichkeit bei Dritt Vorteilen), in: JR 1989, 33.
11. Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 44. Aufl. 1988, in: GA 1989, 395.
12. Kriele: Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz, in: Forum Katholische Theologie 1993, 224 (zusammen mit E. Epp).
13. Tausch, Die Vermögensverfügung des Genötigten – Notwendiges Merkmal des Erpressungstatbestandes?, 1995, in: NJW 1998, 2339.
14. Hilgendorf, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, 1998, in: NJW 2001, 351.