

AUSGABE 3/2018

S. 89 - 113

13. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Stalking als kriminalpolitisches Problem

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

89

Einordnung des neuen § 114 StGB im bisherigen System der „Widerstandstaten“

Von Dr. Dominik König, Bad Homburg v.d.H., Dr. Sebastian Thilo Müller, Darmstadt

96

Internationales Strafrecht

Legitimationsprobleme internationaler Strafjustiz zwischen Weltrechtsprinzip und postkolonialer Skepsis – Der Internationale Strafgerichtshof als „Dritter Raum“ zwischen und über den lokalen Rechtskulturen?

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M., Hannover

103

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Mertens/Stuff/Mück, Verteidigervergütung, 2. Aufl. 2016 (Rechtsanwalt Volker Seiring, Freiburg)

109

VARIA

Wirtschaftsstrafrecht

Tagungsbericht: Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts

**6. Deutsch-Französische Strafrechtstagung, Göttingen
27.–28.10.2017**

Von Wiss. Mitarbeiterin Pauline Schmitt, Marburg

111

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana Karakaplan

Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Stalking als kriminalpolitisches Problem*

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

I. Einleitung

Stalking, also die fortgesetzte Belästigung eines Menschen durch aufdringliches Verhalten eines anderen, gilt seit einiger Zeit als erhebliches soziales Problem. Dementsprechend gibt es mittlerweile in einer Vielzahl von Ländern Anti-Stalking-Gesetze.¹ In mehreren europäischen Staaten wurden spezifische Stalking-Straftatbestände geschaffen, so 2007 in Deutschland (Nachstellung, § 238 StGB) und 2015 in Spanien (acoso, Art. 172^{ter} CP). Der Einführung dieser neuen Tatbestände ging in beiden Ländern eine intensive und kontroverse kriminalpolitische Debatte voraus.²

In der Folge will ich einige Überlegungen zur deutschen Diskussion vortragen, die hoffentlich auch das Interesse von *Santiago Mir Puig* als spanischem Strafrechtler finden. Denn immerhin geht es bei der Frage, ob es einen Straftatbestand des Stalking geben sollte und wie er gegebenenfalls zu gestalten ist, um ein sachlich wichtiges Problem, das sich in Spanien und Deutschland gleichermaßen stellt. In Deutschland liegen zudem erste Erfahrungen mit dem neuen Tatbestand vor. Sie haben zu einer aktuellen Diskussion und zu einer Gesetzesänderung geführt, die am 10.3.2017 in Kraft getreten ist. Darüber hinaus ist die kriminalpolitische Kritik, mit der vor allem Vertreter der Strafrechtswissenschaft die Einführung des Nachstellungstatbestandes begleitet haben, interessant, soweit sie ihn als exemplarischen Beleg für allgemeinere Fehlentwicklungen des modernen Strafrechts auffasst und ablehnt.

II. Entstehung des Nachstellungstatbestandes (§ 238 StGB)

1. Gesetze gegen Stalking beschäftigen die deutsche Rechtspolitik seit fünf Legislaturperioden.³ Am 1.1.2002 trat das

* In spanischer Übersetzung (von *Víctor Gómez Martín* und *Vincente Valiente Ivanéz*) unter dem Titel „El Stalking como problema político-criminal“ erschienen in: *Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou* (coordinadores), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, S. 1095.

¹ Überblick über die Gesetzgebung bei *Buß*, *Der Weg zu einem deutschen Stalkingstraftatbestand*, 2008, S. 19 ff.; *Zacharias*, *Der Unrechtstatbestand der Nachstellung* (§ 238 StGB) im Lichte des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, 2015, S. 145 ff. Häufig wird das kalifornische Gesetz des Jahres 1990 als das „weltweit erste Anti-Stalking-Gesetz“ bezeichnet (so *Buß*, a.a.O., S. 19). In Dänemark trat jedoch ein entsprechender Straftatbestand bereits 1933 in Kraft, vgl. *Stiller/Regler/Rabe*, in: *Hellmann* (Hrsg.), *Stalking in Deutschland*, 2016, S. 33.

² Für Spanien siehe *Tapia Ballesteros*, *El nuevo delito de acoso o stalking*, 2016, S. 61 ff.

³ Die 14. Legislaturperiode dauerte von 1998 bis 2002 (Bundeskanzler Gerhard Schröder regierte mit einer rot-grünen Koalition), die 15. von 2002 bis 2005 (Kanzler Schröder/rot-grüne Koalition), die 16. von 2005 bis 2009 (Bundeskanzlerin Angela Merkel/große Koalition aus CDU/CSU und SPD),

Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz [GewSchG]) in Kraft. Es ermöglicht gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Gewalt und Nachstellungen, wie z.B. das Verbot, die Wohnung der verletzten Person zu betreten oder Verbindung zu ihr aufzunehmen (§ 1 GewSchG). Der Verstoß gegen eine derartige Anordnung wird gemäß § 4 GewSchG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Rechtspolitischer Hintergrund dieses Gesetzes war ein 1999 beschlossener Aktionsplan der rot-grünen Bundesregierung zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen.⁴ Natürlich gilt das Gesetz (ebenso wie der später eingeführte Nachstellungstatbestand) für prügeln- oder aufdringliche Männer wie Frauen gleichermaßen. Aber dass Frauen häufiger Opfer von häuslicher Gewalt oder Stalking sind als Männer,⁵ gab den Bemühungen um eine Anti-Stalking-Gesetzgebung doch erheblichen rechtspolitischen Auftrieb.⁶ Das Gewaltschutzgesetz war zudem eng mit der Konzeption einer möglichst frühzeitigen staatlichen Kriminalprävention verbunden.⁷

2. § 4 GewSchG erfasst lediglich Verstöße gegen gerichtliche Verbote, nicht aber das materielle Unrecht des Stalking. Dies leistet erst ein eigenständiger Nachstellungstatbestand, wie er in der deutschen Literatur zuerst von *v. Pechstaedt*⁸, sodann von *Meyer*⁹ und *Smischek*¹⁰ formuliert wurde. Den ersten kriminalpolitischen Vorstoß zur Einführung eines solchen Tatbestandes unternahm 2004 das Land Hessen.¹¹

a) Dies führte 2005 zu einem Gesetzentwurf des Bundesrates. Sein Kernstück war ein neuer Tatbestand der „schweren Belästigung“ (§ 238 StGB).¹² § 238 Abs. 2 bis Abs. 4 des

die 17. von 2009 bis 2013 (Kanzlerin Merkel/schwarz-gelbe Koalition), die 18. Legislaturperiode dauert von 2013 bis 2017 (Kanzlerin Merkel/große Koalition).

⁴ Näher dazu *Frommel*, *KJ 2000*, 447.

⁵ Vgl. *Meyer*, *ZStW 115* (2003), 249 (256 f.); *Hellmann/Schweder/Regler*, in: *Hellmann* (Fn. 1), S. 77 (80 ff.).

⁶ *Albrecht*, *FPR 2006*, 204; *Voß*, *Praxis der Rechtspsychologie 2011*, 322.

⁷ Instruktiv dazu *Fünfsinn*, in: *Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer* (Hrsg.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften*, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 909.

⁸ *v. Pechstaedt*, *Stalking, Strafbarkeit nach englischem und deutschem Recht*, 1999, S. 148. Kritisch dazu sowie zum US-amerikanischen Model Antistalking Law *Meyer*, *ZStW 115* (2003), 249 (282 f.).

⁹ *Meyer*, *ZStW 115* (2003), 249 (287), der freilich offenließ, ob der Gesetzgeber bei der Bekämpfung von Stalking nicht „zivilrechtlichen und polizeirechtlichen Mitteln den Vorzug“ einräumen sollte (293).

¹⁰ *Smischek*, *Stalking*, 2006, S. 345.

¹¹ BR-Drs. 551/04. Dazu *Wagner*, *RuP 2005*, 21.

¹² BR-Drs. 551/04 (Beschluss). § 238 Abs. 1 des Entwurfs lautete: „Wer unbefugt und in einer Weise, die geeignet ist, einen Menschen in seiner Lebensgestaltung erheblich zu

Entwurfs sah Strafschärfungen bei Erfüllung verschiedener Qualifikationstatbestände vor. § 238 Abs. 1 StGB sollte Antragsdelikt und Privatklagedelikt sein. In allen Fällen der Nachstellung sollte die Befugnis zur Nebenklage bestehen, für die Qualifikationstatbestände gemäß § 238 Abs. 2 bis 4 StGB sollte bei dringendem Tatverdacht auch ohne einen der klassischen Haftgründe wie Flucht- oder Verdunkelungsgefahr eine sogenannte „Deeskalationshaft“ ermöglicht werden.

b) 2006 legte die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vor, der sich von dem des Bundesrats erheblich unterschied.¹³ Der Tatbestand war nicht als Eignungs-, sondern als Erfolgsdelikt ausgestaltet, bei der Beschreibung der Tathandlung wurde auf eine Auffangklausel verzichtet.¹⁴ Auch enthielt der Entwurf keine Qualifikationstatbestände und keine Sonderregelung für die Anordnung von Untersuchungshaft. Wie im Bundesratsentwurf sollte die Nachstellung Antrags-, Privatklage- und Nebenklagedelikt sein.¹⁵

c) Beide Gesetzentwürfe wurden im Deutschen Bundestag beraten und dabei nach Anhörung von neun Sachverständigen¹⁶ eingehend und kontrovers diskutiert. Das daraufhin beschlossene Gesetz, das am 31.3.2007 in Kraft trat, war ein Kompromiss.

beeinträchtigen, diesen nachhaltig belästigt, indem er fortgesetzt

1. ihm körperlich nachstellt oder ihn unter Verwendung von Kommunikationsmitteln verfolgt,
2. ihn, einen seiner Angehörigen oder eine andere ihm nahestehende Person mit einem empfindlichen Übel bedroht oder
3. andere, ebenso schwerwiegende Handlungen vornimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹³ BT-Drs. 16/575. Der Tatbestand der Nachstellung lautete nach diesem Entwurf: „Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1. seine räumliche Nähe aufsucht,
 2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,
 3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen, oder
 4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person bedroht,
- und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend und unzumutbar beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹⁴ In beiden Hinsichten stimmte der Entwurf also mit Art. 172^{ter} CP überein.

¹⁵ Näher dazu BT-Drs. 16/575, S. 5 ff. Gegen die Ausgestaltung als Privatklagedelikt *Buettner*, ZRP 2008, 124.

¹⁶ Die Strafrechtswissenschaft war dabei lediglich durch einen Vertreter (*Kristian Kühl*) vertreten.

§ 238 Abs. 1 StGB¹⁷ enthielt, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, eine Auffangklausel.¹⁸ Dagegen war die Nachstellung nicht als Eignungsdelikt, sondern als Erfolgsdelikt gestaltet, es musste zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers kommen.¹⁹ In Übereinstimmung mit dem Bundesratsentwurf enthielt (und enthält) § 238 Abs. 2 und Abs. 3 StGB Qualifikationstatbestände mit erleichterter Anordnung von Untersuchungshaft (§ 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO). Im Einklang mit beiden Entwürfen war die Nachstellung Antragsdelikt (§ 238 Abs. 4 StGB), Nebenklagedelikt (§ 395 Abs. 1 Nr. 4 StPO) sowie in den Fällen des § 238 Abs. 1 StGB Privatklagedelikt (§ 374 Abs. 1 Nr. 5 StPO).

III. Kritik des Nachstellungstatbestandes

Die strafrechtliche Literatur sprach sich überwiegend gegen den neuen Straftatbestand aus.²⁰ Vor dem Hintergrund der weithin akzeptierten Kriterien für die Legitimation von Straftatbeständen war das überraschend.

1. Denn die Strafwürdigkeit bestimmter Formen des Stalking wurde angesichts der oft gravierenden Belastungen der

¹⁷ Er lautete: „Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1. seine räumliche Nähe aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,
4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person bedroht oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹⁸ Der Rechtsausschuss des Bundestages hielt sie für erforderlich, „weil vielfältige, häufig wechselnde und immer neue Angriffsformen, die durch konkret umschriebene Handlungsalternativen nicht abschließend erfasst werden können, für dieses Delikt typisch sind. Es handelt sich um eine verfassungsrechtlich zulässige, gesetzlich angeordnete innertatbestandliche Analogie“ (BT-Drs. 16/3641, S. 14).

¹⁹ Der Gesetzgeber hielt insofern also am Regierungsentwurf fest und setzte sich damit über den Einwand des Bundesrates hinweg, dies werde „Probleme insbesondere hinsichtlich des Kausalitätsnachweises zwischen Täterverhalten und tatbestandlichem Erfolg“ nach sich ziehen (BT-Drs. 16/575, S. 9).

²⁰ Dazu *Fünfsinn* (Fn. 7), S. 922, der darauf hinweist, dass insofern die „Experten aus anderen Wissenschaftsbereichen und Experten der gesamtgesellschaftlichen Kriminalprävention“ anders urteilten als (mehrheitlich) die „Experten aus Strafrechtswissenschaft und Praxis“.

Opfer²¹ – zu Recht – meist nicht bestritten.²² Zwar betrachtet die strafrechtlich wohl noch herrschende Meinung nur die Beeinträchtigung von Rechtsgütern als strafwürdig und das Rechtsgut des § 238 StGB lässt sich unterschiedlich bestimmen, etwa als „individueller Rechtsfriede“²³ oder als „individueller Lebensbereich“²⁴. Aber das ist bei ähnlichen Tatbeständen wie dem der Bedrohung (§ 241 StGB) nicht anders und ändert nichts daran, dass es sich jedenfalls um ein schutzwürdiges Rechtsgut handelt.²⁵

2. Häufig wurde dagegen die Strafbedürftigkeit verneint.²⁶ Überzeugend war und ist das nicht. Dass die Vorschriften des StGB, also Tatbestände wie Beleidigung, Körperverletzung oder Bedrohung, nicht ausreichen, um das spezifische Unrecht des Nachstellens zu erfassen, wurde vielfach dargelegt.²⁷ Auch der Straftatbestand des § 4 GewSchG ist dazu offenkundig ungeeignet, weil er nur die Zuwiderhandlung gegen zuvor getroffene gerichtliche Anordnungen erfasst,²⁸ und zudem seinerseits problematisch, da er ein bloßes Ordnungsunrecht unter Strafe stellt.²⁹ Dass der Nachstellungstatbestand den Schutz von Stalking-Opfern verbessert, ist des-

halb „kaum zu bestreiten“³⁰ – solange man nicht die Präventivwirkung des Strafrechts generell in Abrede stellt.

3. Vielfach wurde gerügt, § 238 Abs. 1 StGB verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.³¹ Im Einzelnen wurde das auf die Auffangklausel des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB gestützt,³² daneben auf die Umschreibung des Handlungserfolgs als „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“³³ und schließlich auf die Häufung unbestimmter Merkmale.³⁴ Auch diese Kritik überzeugt nicht.³⁵ Natürlich enthält § 238 Abs. 1 StGB eine Reihe interpretationsbedürftiger Rechtsbegriffe. Aber das gilt auch für andere Straftatbestände, und trotzdem ist noch kein Straftatbestand des StGB vom BVerfG wegen fehlender Bestimmtheit als verfassungswidrig eingestuft worden. Das wird zwar in der Literatur vielfach kritisiert,³⁶ hat aber seinen guten Grund. Denn die Präzision eines Gesetzes ist kein Selbstzweck, sondern ein Ziel, das mit anderen Zielen einer vernünftigen Gesetzgebung wie der sachlichen Angemessenheit, der Verständlichkeit, der Flexibilität und der beständigen (und des-

²¹ *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, 176 (180), sprechen von einem „chronischen Stresserleben, das zu einer Beeinträchtigung der seelischen und körperlichen Gesundheit führen kann“. Näher dazu *Hellmann/Regler/Stetten*, in: *Hellmann* (Fn. 1), S. 143.

²² Vgl. etwa *Smischek* (Fn. 10), S. 240 ff.; *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238); *Valerius*, JuS 2007, 319.

²³ So *Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (284); *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238).

²⁴ So *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 238 Rn. 1; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 238 Rn. 2. Kritik bei *Müller*, Zum tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 238 Abs. 1 StGB, 2013, S. 136 ff.

²⁵ *Kubiciel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194, bezeichnen es als Rechtsgut „von fundamentaler Bedeutung“ und fügen hinzu, sein Schutz sei für ein freiheitssicherndes Strafrecht „nicht nur eine zulässige, sondern eine geradezu selbstverständliche Aufgabe“.

²⁶ So von *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (865 f.); *Pol-lähne*, StraFo 2006, 398 (401); *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (486 f.); *Löhr*, Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland, 2008, S. 375 ff.

²⁷ So von *Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (266); *Smischek* (Fn. 10), S. 213 ff.; *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238); *Valerius*, JuS 2007, 319 (320); *Sadtler*, Stalking – Nachstellung, 2009, S. 225 ff., 280 ff.; *Kühl*, in: *Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada* (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 311 (312 ff.).

²⁸ *Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (270 ff.); *Wagner*, RuP 2005, 21 (23); *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (256).

²⁹ Worauf schon der erste – hessische – Entwurf eines Nachstellungstatbestandes hingewiesen hatte (BR-Drs. 551/04, S. 7). Näher dazu *Hegmanns*, in: *Hellmann/Schröder* (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 117.

³⁰ So *Kühl* (Fn. 27), S. 320, der deshalb ein Strafbedürfnis für § 238 StGB bejaht; ebenso *Smischek* (Fn. 10), S. 240 ff., 279 ff.; *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238); *Müller*, in: *Krüger* (Hrsg.), Stalking als Straftatbestand, 2007, S. 17 (79 f.); *Sadtler* (Fn. 27), S. 145 ff., 367 ff., 374; *Schöch*, NStZ 2013, 221 (222); *Nowicki*, Problemfelder des § 238 StGB (Stalking), 2011, S. 37 ff.; *Knauer*, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013, S. 235 f.; *Schandl*, Stalking, § 238 StGB – Fluch oder Segen für die Rechtspraxis?, 2014, S. 237 ff.; *Zacharias* (Fn. 1), S. 139 ff.; *Issa*, Der Straftatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) und die Strafbarkeit von Stalking nach US-amerikanischem Recht am Beispiel Kaliforniens, 2015, S. 55 ff.; *Bartsch*, in: *Bannenberg/Brettel/Freund/Meier/Remschmidt/Safferling* (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit, Festschrift für Dieter Rössner, 2015, S. 717 (723 f.); *Conzelmann*, Zur Notwendigkeit einer Reform des § 238 StGB, 2016, S. 88 ff.

³¹ So *Gazeas*, KJ 2006, 247 (266 f.); *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (869); *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1033); *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (486); *Schlachter*, Eine kritische Analyse des deutschen Stalking-Straftatbestandes – § 238 StGB, 2012, S. 78 ff. *Gegen* einen solchen Verstoß *Sonnenfeld/Voß*, SchlHA 2005, 326 (328); *Wagner*, RuP 2005, 21 (24); *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 (668 f.); *Mrosk*, NJ 2009, 416 (417); *Sadtler* (Fn. 27), S. 74 ff., 361 ff.; *Schandl* (Fn. 30), S. 273 ff.; *Zacharias* (Fn. 1), S. 307 ff.; *Conzelmann* (Fn. 30), S. 102 ff.

³² So *Gazeas*, KJ 2006, 247 (257 f., 267); *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (485 f.); *Löhr* (Fn. 26), S. 317 ff.; *Köhne*, ZRP 2009, 87 (88); *Nowicki* (Fn. 30), S. 113 ff.; *Müller* (Fn. 24), S. 176 ff.; *Issa* (Fn. 30), S. 83 ff.

³³ So *Steinberg*, JZ 2006, 30 (31); *Gazeas*, KJ 2006, 247 (258 f.); *Issa* (Fn. 30), S. 81 ff.

³⁴ So etwa *Gazeas*, KJ 2006, 247 (266 f.); *Vander*, KritV 2006, 81 (89 ff.).

³⁵ Vgl. dazu *Zacharias* (Fn. 1), S. 327 ff.

³⁶ *Rotsch*, ZJS 2008, 132 (138).

halb abstrakten) Fassung von Gesetzen in Konflikt treten kann.³⁷

Bei der Nachstellung besteht, wie den Verfassern der verschiedenen Entwürfe bewusst war,³⁸ insbesondere ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bestimmtheitsgebot und der Kreativität der Stalker: Auf welche Art sie ihr Opfer drangsaliert werden, ist für den Gesetzgeber im Einzelnen kaum antizipierbar.³⁹ Die Auffangklausel des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist jedenfalls eine vertretbare Lösung dieses Konflikts, die sich im Übrigen auch bei anderen Tatbeständen findet⁴⁰ und dort überwiegend nicht beanstandet wird. Dass die Nachstellung „unbefugt“ und „beharrlich“ erfolgen muss, eröffnet ebenfalls Interpretationsspielräume, ist aber dadurch gerechtfertigt, dass mit diesen Begriffen eine sachlich gebotene Restriktion des Tatbestandes bewirkt oder doch der Rechtsprechung ermöglicht wird. Wenn man ihn mit dem Gesetzgeber zusätzlich beschränkt, indem man ihn als Erfolgsdelikt ausgestaltet, so ist auch gegen die Beschreibung dieses Erfolges als schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung nichts einzuwenden.

Insgesamt ergibt sich damit lediglich, dass die für den Bürger letztlich orientierungsfähige Bestimmung der Nachstellung nicht vom Gesetzgeber allein geleistet wurde, sondern der Konkretisierung durch die Strafgerichte bedurfte.⁴¹ Das aber entspricht durchaus dem heute dominierenden Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes, nach dem die erforderliche Bestimmung der strafrechtlichen Normen in arbeitsteiligem Zusammenwirken von Gesetzgebung und Rechtsprechung erfolgt.⁴²

4. Erklärlich ist die vielfach scharfe Ablehnung des neuen Tatbestandes nur durch ein strafrechtskritisches Vorverständnis, das vor allem in den sozialwissenschaftlich inspirierten Topoi der „Frankfurter Schule“ seinen Ausdruck findet.⁴³ Ich habe mich damit an anderer Stelle auseinandergesetzt⁴⁴ und fasse mich deshalb kurz. Es wurde zum einen bemängelt, dass sich der Gesetzgeber nicht ausreichend durch wissen-

schaftliche Experten habe beraten lassen.⁴⁵ Aber er hat sehr wohl auf Experten gehört, allerdings vorwiegend auf solche anderer Disziplinen und Diskussionszusammenhänge.⁴⁶ Zum anderen wurde betont, dass die rechtspolitische Aktualität des Stalking auf einer bestimmten (importierten) Problemwahrnehmung beruht, die durch die Medien befördert und dramatisiert wurde.⁴⁷ Aber das ändert nichts daran, dass es beim Stalking um ein reales Problem geht.

Weiterhin wurde gerügt, dass Strafbarkeitslücken zuerst „skandalisiert“ und dann vom Gesetzgeber geschlossen würden, was den fragmentarischen Charakter des Strafrechts gefährde.⁴⁸ Aber der strafrechtliche Persönlichkeitsschutz bleibt trotz § 238 StGB durchaus lückenhaft,⁴⁹ so dass dahinstehen mag, ob und in welchem Sinne ein fragmentarisches Strafrecht überhaupt wünschenswert ist.⁵⁰ Daneben wurde § 238 StGB als symbolisches Strafrecht kritisiert.⁵¹ Das ist mit Blick auf Regelungen nachvollziehbar, die den intendierten Opferschutz konterkarieren, insbesondere also die Ausgestaltung von § 238 Abs. 1 StGB als Erfolgs- und als Privatklagedelikt. Aber es spricht eher gegen diese Gestaltungen des Tatbestandes als gegen diesen selbst.

Schließlich wurde § 238 StGB als Exempel für den Aktionismus⁵² eines Gesetzgebers eingestuft, der sich zur Befriedigung seiner Straflust⁵³ als Moralunternehmer geriere⁵⁴ und populistisch mit großer Härte auf „diffuse Ängste und Sicherheitsbedürfnisse der Bevölkerung“ reagiere, anstatt sich an die „nüchterne Analyse“ der wissenschaftlichen Experten zu halten.⁵⁵ Diese, ihrerseits eher „skandalisierende“ als nüchterne, Beurteilung ist in jeder Hinsicht unbegründet. Darüber hinaus verrät sie, wie man im Jahr 2017 angesichts der weltweiten Konjunktur wirklich populistischer Strömungen⁵⁶ leicht erkennen kann, einen bedauerlichen Mangel an politischer Urteilsfähigkeit.

IV. Erfahrungen mit § 238 StGB

1. Die Rechtsprechung hatte seit 2007 mehrfach Gelegenheit zur Konkretisierung von § 238 Abs. 1 StGB. Dabei bestimmte sie sowohl die Tathandlung als auch den Taterfolg der Nachstellung sehr restriktiv.

³⁷ Vgl. dazu *Cohen*, Im Zweifel für die Strafe? Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes, 2015, S. 66 ff.

³⁸ Vgl. nur *Wagner*, RuP 2005, 21 (24).

³⁹ Dazu *Hellmann/Regler/Schweder/Stetten*, in: *Hellmann* (Fn. 5), S. 86.

⁴⁰ So bei den Eingriffen in den Verkehr gemäß § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB und § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB.

⁴¹ In diese Richtung auch *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1242); *Valerius*, JuS 2007, 319 (321); *Peters*, NStZ 2009, 238 (242).

⁴² Vgl. dazu BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 81 (Präzisierungsgesetz) – zu Recht für die Beurteilung des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB herangezogen von *Krüger*, FPR 2011, 219 (221) – sowie *Kuhlen*, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, 2013, S. 45.

⁴³ Annähernd vollständig versammelt sind diese Topoi bei *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855.

⁴⁴ *Kuhlen*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrhundertwende*, 2000, S. 57.

⁴⁵ *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (863, 867).

⁴⁶ *Fünfsinn* (Fn. 7), S. 921 f.

⁴⁷ *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (864 f.); *Schlachter* (Fn. 31), S. 274 f.

⁴⁸ *Pollähne*, KritV 2003, 387 (389 ff.); *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (865, 867).

⁴⁹ Vgl. *Kühl* (Fn. 27), S. 311 ff.

⁵⁰ Dazu *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691; *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 660.

⁵¹ *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (258); *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (855 f.); *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1030, 1036); *Schlachter* (Fn. 31), S. 276 ff.

⁵² *Gazeas*, KJ 2006, 247 (268); *Buß* (Fn. 1), S. 243; *Schlachter* (Fn. 31), S. 275.

⁵³ *Eiden*, ZIS 2008, 123.

⁵⁴ *Pollähne*, StraFo 2006, 398 (401).

⁵⁵ *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (857, 863).

⁵⁶ Vgl. dazu *Graf Kielmannsegg*, FAZ v. 13.2.2017, S. 6.

a) Beharrliches Handeln setzt jedenfalls ein wiederholtes Tätigwerden voraus. Darüber hinaus erfordert es nach der 2009 ergangenen Grundsatzentscheidung des BGH, „dass aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten“.⁵⁷ Diese Auslegung ist sehr eng, weil sie gesteigerte Anforderungen an die subjektive Tatseite stellt und dem Opfer auferlegt, deutlich zu machen, dass es mit der Nachstellung nicht einverstanden ist.⁵⁸

In einem 2016 ergangenen Beschluss fordert der BGH darüber hinaus, dass „die einzelnen Handlungen des Täters einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind“, und verneint deshalb beharrliches Handeln in einem Fall, in dem es zwischen einzelnen – teilweise drastischen – Nachstellungsakten zwischenzeitlich zu einvernehmlichen – auch sexuellen – Kontakten zwischen Täter und Opfer gekommen war.⁵⁹

In dem 2009 entschiedenen (typischen) Fall eines Stalkers, der es nicht akzeptierte, dass sich seine Freundin von ihm getrennt hatte, war ein beharrliches Handeln (sowie der Tatbestand insgesamt) gegeben, wobei die Einzelakte der Nachstellung unter § 238 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB fielen. Es bestand deshalb keine Notwendigkeit, zur Verfassungsmäßigkeit von § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB Stellung zu nehmen. Dass der *Senat* gleichwohl erklärte, es könne in concreto dahinstehen, ob die Auffangklausel „im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot Bedenken begegnen könnte“,⁶⁰ zeigt aber, dass er diese Bedenken jedenfalls ernst nimmt.

b) Sehr eng bestimmt der BGH auch die „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“. Die Lebensgestaltung des Opfers werde nur beeinträchtigt, wenn es durch die Nachstellung „veranlasst wird, ein Verhalten an den Tag zu legen, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte“.⁶¹ Auch erhebliche körperliche oder psychische Auswirkungen der Nachstellung genügen also für die Tatbestandserfüllung nicht.⁶²

Als schwerwiegend gelten nur „gravierende und ernst zu nehmende Folgen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikationen der Lebens-

gestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen“.⁶³ Als Beispiele hierfür werden genannt „das Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter, ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Wohnung und das Verdunkeln der Fenster der Wohnung“.⁶⁴ Demgegenüber gelten „weniger gewichtige Maßnahmen der eigenen Vorsorge, beispielsweise die Benutzung eines Anrufbeantworters und die Einrichtung einer sog. Fangschaltung zum Zwecke der Beweissicherung“ nicht als schwerwiegend.⁶⁵

Einer der ersten Stalkingfälle, zu denen eine höchstrichterliche Entscheidung erging, verdeutlicht die Konsequenzen dieser Rechtsprechung.⁶⁶ Die Angeklagte hatte dort ihrem Opfer, einem Philosophieprofessor, nachgestellt, indem sie gegen seinen deutlich erklärten Willen jeweils mehrfach an der Universität, telefonisch, per E-Mail und im Garten sowie in der Wohnung seines Hausgrundstücks in Kontakt zu ihm trat und dabei versuchte, mit sexuellen Andeutungen seine Aufmerksamkeit zu erregen. Das OLG Rostock verneinte eine Nachstellung, weil der Handlungserfolg nicht eingetreten sei. Dass das Opfer infolge der Belästigungen unter Bluthochdruck und Schlafstörungen litt, betreffe nicht seine Lebensgestaltung. Diese habe er freilich durch Schutzmaßnahmen wie das Verschließen des Hoftores und der Haustür oder den Verzicht auf Lüftung seiner Wohnung durch Öffnen der Fenster geändert. Diese Änderungen seien jedoch nicht schwerwiegend. Da er an der Universität die Mittel des Hochschulrechtlers nicht ausgeschöpft hatte, musste sich der Hochschullehrer sogar sagen lassen, die „damit einhergehenden psychologischen Einschränkungen“ habe er „selbst zu vertreten“.⁶⁷

2. Die Rolle des Nachstellungstatbestandes in der Praxis der Kriminalprävention und Strafverfolgung ist nur unzureichend untersucht. Empirische Studien sprechen für eine recht begrenzte Wirksamkeit des Tatbestandes als Mittel der Kriminalprävention.⁶⁸ Nach ersten Erfahrungsberichten haben die Staatsanwaltschaften häufig mit Anzeigen wegen Nachstellung zu tun, wobei es meist um Fälle „im Nachgang einer Beziehung“ geht.⁶⁹ § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB scheint in der Praxis keine Rolle zu spielen.⁷⁰ Schwierigkeiten bereite häufig der Nachweis des Taterfolges, ein Staatsanwalt bezeichnete ihn als „subsumtionstechnisches Nadelöhr, an dem eine Strafbarkeit wegen Nachstellung vielfach scheitert“.⁷¹

⁵⁷ BGHSt 54, 189 Rn. 20.

⁵⁸ BGHSt 54, 189 Rn. 20. Vgl. dazu *Buß*, JR 2011, 84 f.; *Gazeas*, NJW 2010, 1684; *Heghmanns*, ZJS 2010, 269 (271 f.); *Kudlich*, JA 2010, 389; *Mitsch*, NStZ 2010, 513 (514); *Seher*, JZ 2010, 582.

⁵⁹ BGH NStZ 2016, 724 (725) mit insoweit kritischer Anmerkung von *Bock*.

⁶⁰ BGHSt 54, 189 Rn. 16. Ebenso später der 4. Strafsenat (BGH NJW 2013, 3383 Rn. 34) in einem Fall der Nachstellung gem. § 238 Abs. 1 Nr. 2 und 4 StGB.

⁶¹ BGHSt 54, 189 Rn. 22 bestätigt durch BGH NStZ-RR 2013, 145 (146). Kritisch dazu *Seher*, JZ 2010, 582 (583). Ebenso wie der BGH schon zuvor OLG Rostock BeckRS 2009, 19346 Rn. 32 ff.

⁶² Vgl. dazu *Buß*, JR 2016, 356 (357).

⁶³ BGHSt 54, 189 Rn. 22; BGH NStZ-RR 2013, 145.

⁶⁴ BGHSt 54, 189 Rn. 22; BGH NStZ-RR 2013, 145 (146).

⁶⁵ BGHSt 54, 189 Rn. 22.

⁶⁶ Zu dieser und weiteren Entscheidungen *Käppner*, Der Stalking-Tatbestand in der Rechtsprechung seit seiner Einführung, 2014, S. 126 ff. (140 ff.); *Conzelmann* (Fn. 30), S. 193 ff.

⁶⁷ OLG Rostock BeckRS 2009, 19346 Rn. 45.

⁶⁸ *Voß*, PRP 2011, 322 (329 ff.); *Schandl* (Fn. 30), S. 237 ff.; *Meier*, § 238 StGB, Nachstellung/Stalking, 2015, S. 33 ff.; *Zähringer/Stiller*, in: Hellmann (Fn. 1), S. 109 ff.

⁶⁹ So *Peters*, NStZ 2009, 238 (239).

⁷⁰ *Peters*, NStZ 2009, 238 (240 f.); *Schöch*, NStZ 2013, 221 (222).

⁷¹ *Peters*, NStZ 2009, 238 (241). Für *Fünfsinn* (in: Görge/Hoffmann-Holland/Schneider/Stock [Hrsg.], Interdisziplinär

Die amtlichen Statistiken belegen, dass es sich bei Stalking um ein auch quantitativ erhebliches Problem handelt. Von 2007 bis 2012 erfolgten über 2.000 Verurteilungen nach § 238 StGB,⁷² obwohl die meisten Verfahren gar nicht zu einer Anklage führten. So wurden beispielsweise im Jahr 2010 fast 27.000 Anzeigen wegen Nachstellung erstattet, was etwa 22.000 Tatverdächtigen entspricht. Angeklagt wurden davon nur 3,4 %, verurteilt lediglich 1,9 %.⁷³ Dieser „Schwund“ ist, im Vergleich zu anderen Delikten, „außergewöhnlich hoch“.⁷⁴ Einerseits wird das daran liegen, dass nicht nur Stalker, sondern auch Anzeigersteller kreativ sind,⁷⁵ andererseits daran, „dass Staatsanwaltschaften und Gerichte bei der Anwendung des § 238 StGB äußerst restriktiv vorgehen“⁷⁶. Zudem unterblieb eine öffentliche Anklage oft, weil die Verletzten auf eine Privatklage verwiesen wurden.⁷⁷

3. Mein Fazit lautet: Die Rechtsprechung ist der Erwartung, sie möge durch restriktive Auslegung von § 238 Abs. 1 StGB zu dessen weiterer Präzisierung beitragen, gerecht geworden.⁷⁸ Die Zweifel an der Effektivität der Vorschrift für den beabsichtigten Opferschutz wurden allerdings durch die seit 2007 gemachten Erfahrungen verstärkt.⁷⁹

V. Die aktuelle Reform des § 238 StGB

Die Erfahrungen mit § 238 StGB lösten bald Änderungsbestrebungen aus. Bereits 2012 griff Bayern die Forderung wieder auf, § 238 Abs. 1 StGB – dem 2006 eingeführten österreichischen Stalkingtatbestand entsprechend⁸⁰ – als Eignungsdelikt zu gestalten.⁸¹ § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB sollte zunächst beibehalten werden.⁸² Seine Streichung wurde erstmals im März 2015 in einem Antrag mehrerer Bundesländer vorgeschlagen, der zudem die Umgestaltung des § 238 Abs. 1 StGB vom Erfolgs- zum Eignungsdelikt sowie vom Privat-

linäre Kriminologie: Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag, 2. Aufl. 2009, S. 181) zeigen die praktischen Schwierigkeiten „die Berechtigung der vereinzelt in der Literatur vorgetragenen Kritik“ an der Ausgestaltung des Tatbestandes als Erfolgsdelikt.

⁷² Bartsch (Fn. 30), S. 723 f.

⁷³ Schöch, NStZ 2013, 221 (222). Weitere Angaben in der Begründung des Regierungsentwurfs vom 12.10.2016 (BT-Drs. 18/9946, S.10).

⁷⁴ Schöch, NStZ 2013, 221 (222).

⁷⁵ Über „zum Teil kuriose Anzeigerstattungen“ („lüsternes Eisessen“, „anzügliche Blicke“ und ähnliches) berichtet *Peters*, NStZ 2009, 238 (241).

⁷⁶ So Schöch, NStZ 2013, 221 (222).

⁷⁷ Dazu Schöch, NStZ 2013, 221 (222).

⁷⁸ Ebenso Conzelmann (Fn. 30), S. 219 f. unter Hinweis auf verbleibende Unsicherheiten.

⁷⁹ Dazu Conzelmann (Fn. 30), S. 180 ff.

⁸⁰ Dazu Buß (Fn. 1), S. 195 ff.

⁸¹ Zum bayerischen Referentenentwurf Schöch, NStZ 2013, 221 (224), der diese Forderung nachdrücklich unterstützte. Zu Reformvorschlägen der Literatur Conzelmann (Fn. 30), S. 225 ff.

⁸² Ebenso nach dem Gesetzesantrag des Freistaats Bayern vom 6.5.2014 (BR-Drs. 193/14).

klage- zum Officialdelikt vorsah.⁸³ Das führte im August 2016 zu einem damit in allen drei Hinsichten übereinstimmenden Gesetzentwurf der Bundesregierung.⁸⁴ Nach Anhörung von Sachverständigen⁸⁵ im November 2016 stimmte der zuständige Ausschuss des Bundestages dem Entwurf weitgehend zu, sprach sich jedoch gegen die Streichung von § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB aus.⁸⁶ Entsprechend wurde das Änderungsgesetz vom Bundestag am 15.12.2016 beschlossen⁸⁷ und vom Bundesrat am 10.2.2017 gebilligt.⁸⁸ Die neue Fassung von § 238 Abs. 1 StGB ist am 10.3.2017 in Kraft getreten.⁸⁹

1. Die Ausgestaltung als Eignungsdelikt führt zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit, die zum Teil für unnötig gehalten und deshalb abgelehnt wurde.⁹⁰ Vielfach wurde sie jedoch begrüßt,⁹¹ und das meines Erachtens zu Recht. Denn die Voraussetzung einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung macht die Strafbarkeit in unangemessener Weise vom Verhalten des Opfers abhängig.⁹² Es leuchtet

⁸³ BR-Drs. 193/1/14.

⁸⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 12.8.2016 (BR-Drs. 420/16). Ebenso bereits der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz vom Februar 2016.

⁸⁵ Unter denen sich kein Vertreter der Strafrechtswissenschaft befand.

⁸⁶ BT-Drs. 18/10654, S. 3 f.

⁸⁷ BR-Drs. 27/17.

⁸⁸ BR-Drs. 27/17.

⁸⁹ Sie lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer anderen Person in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen, indem er beharrlich

1. die räumliche Nähe dieser Person aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu dieser Person herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von personenbezogenen Daten dieser Person
 - a) Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für sie aufgibt, oder
 - b) Dritte veranlasst, Kontakt mit ihr aufzunehmen, oder
4. diese Person mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit ihrer selbst, eines ihrer Angehörigen oder einer anderen ihr nahestehenden Person bedroht, oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt.“

⁹⁰ So von Bartsch (Fn. 30), S. 735; Buß, JR 2016, 356 (358 f.); Kühn, ZIS 2016, 450.

⁹¹ So von Schöch, NStZ 2013, 221 (223 f.); Zacharias (Fn. 1), S. 354 ff.; Conzelmann (Fn. 30), S. 143 ff., 234 ff.; Kubiciel, jurisPR-StrafR 8/2016, Anm. 1; Kubiciel/Borutta, KriPoZ 2016, 194 (197 f.); Mosbacher, ZRP 2016, 161.

⁹² Das galt jedenfalls nach der herrschenden Auslegung von § 238 Abs. 1 StGB. Bestimmungen des Handlungserfolgs, die diesen Einwand abmildern – dafür Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1034 f.); Mrosk, NJ 2009, 416 (419 f.); Buß, JR

nicht ein, dass der Tatbestand nur erfüllt sein soll, wenn das eintritt, was eigentlich vermieden werden soll, nämlich eine dem Opfer „aufgezwungene Änderung seiner Lebensumstände“⁹³. Und die Überlegung, wer sich dem Druck nicht beugt und sein Alltagsverhalten nicht ändert, verzichte eben auf Strafrechtsschutz⁹⁴ und erweise sich damit als Person von „stabiler und souveräner Konstitution“⁹⁵, ist mit Blick auf die zahlreichen Opfer, „die in prekären finanziellen oder sozialen Umständen leben“ und sich weder einen teuren Umzug noch einen Arbeitsplatzwechsel leisten können, denkbar realitätsfremd.⁹⁶

2. Die von der Bundesregierung vorgesehene Streichung der Auffangklausel wurde in der Literatur überwiegend begrüßt.⁹⁷ Rechtspolitisch war sie wegen der vom BGH offenbar geteilten Zweifel an der Bestimmtheit dieser Klausel sowie angesichts ihrer bislang fehlenden praktischen Bedeutung verständlich. Überzeugend war sie dagegen nicht. Denn die Bestimmtheitsbedenken sind unbegründet, und unbestreitbar gibt es eine Vielzahl von Nachstellungsmöglichkeiten außerhalb von § 238 Abs. 1 Nr. 1–4 StGB. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Gesetzgeber sich über die Bedenken von Literatur, BGH und Bundesregierung hinweggesetzt und § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB beibehalten hat.

3. Dass § 238 Abs. 1 StGB aus dem Katalog der Privatklagedelikte gestrichen wurde, hat viel Zustimmung gefunden,⁹⁸ und das zu Recht. Nicht nur führte die Möglichkeit einer Privatklage zu vielen Verfahrenseinstellungen. Es ist vielmehr gerade bei der Nachstellung verfehlt, Opfer, die vernünftigerweise den Kontakt mit dem Täter meiden, auf die Aufnahme eben dieses Kontakts durch Erhebung einer Privatklage zu verweisen.⁹⁹

VI. Fazit

Mein Fazit: Dass im Jahr 2007 ein Nachstellungstatbestand ins StGB aufgenommen wurde, ist zu begrüßen, ebenso, dass er aufgrund der inzwischen gemachten Erfahrungen im Jahr 2017 geändert wurde. Als Exempel für Fehlentwicklungen der modernen Strafgesetzgebung taugt er nicht.

2016, 356 (358 f.) – mochten dogmatisch vertretbar sein, waren aber praktisch chancenlos.

⁹³ BT-Drs. 18/9946, S. 13.

⁹⁴ So *Kühl*, ZIS 2016, 450 (451), der hinzufügt, dieser Schutz sollte dem Opfer „nicht aufgezwungen werden“.

⁹⁵ So *Gazeas*, KJ 2006, 247 (253).

⁹⁶ So zu Recht die Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 18/9946, S. 13) unter Hinweis auf die besondere Problematik von Umzug und Arbeitsplatzwechsel bei Alleinerziehenden.

⁹⁷ So von *Schöch*, NStZ 2013, 221 (224); *Bartsch* (Fn. 30), S. 724 ff.; *Buß*, JR 2016, 356 (359); *Kühl*, ZIS 2016, 450 (451). Dagegen jedoch *Zacharias* (Fn. 1), S. 371; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 8/2016, Anm. 1; *Kubiciel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194 (196 f.); *Mosbacher*, ZRP 2016, 161.

⁹⁸ So bei *Buß*, JR 2016, 356 (359 f.); *Kubiciel*, juris PR-StrafR 8/2016, Anm. 1, S. 3 f.; *Kubiciel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194 (197); *Mosbacher*, ZRP 2016, 161.

⁹⁹ So zutreffend BT-Drs. 18/9946, S. 14.

Einordnung des neuen § 114 StGB im bisherigen System der „Widerstandstaten“

Von Dr. Dominik König, Bad Homburg v.d.H., Dr. Sebastian Thilo Müller, Darmstadt*

I. Einleitung

Mit Wirkung zum 30.5.2017 trat das 52. StGBÄndG mit dem Untertitel „Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften“ vom 23.5.2017 in Kraft.¹ Teil dieser Gesetzesnovelle ist unter anderem die Neufassung des bisherigen § 113 StGB a.F. und damit einhergehend die Schaffung eines neuen Straftatbestands in Form des § 114 StGB n.F. („Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte“). Der Gesetzgeber hat sich zu einer gesonderten Regelung der bisher in § 113 StGB mitgeregelten Materie entschlossen. Verkürzt soll damit der steigenden Gewaltbereitschaft gegen Vollstreckungsbeamte entgegengetreten werden.² Dieses hehre Ziel darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch diese Neuregelung den besonderen Anforderungen des Strafrechts entsprechen muss. Dem in Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB normierten Grundsatz der Bestimmtheit kommt im Strafrecht eine herausragende Bedeutung zu: „Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verlangt daher, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass der Normadressat im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.“³

Die Neuregelung des § 114 StGB wirft sowohl auf dogmatischer als auch rechtspolitischer Ebene einige diskussionswürdige Fragen auf, etwa das neue Rangverhältnis zu der Regelung des § 113 StGB und den Körperverletzungsdelikten. Rechtspolitisch ist zu hinterfragen, ob der Gesetzgeber mit dieser Novelle einen weiteren Schritt in Richtung eines Sonderstrafrechts zum Schutz von Beamten geht.⁴

II. Die neue Regelung des § 114 StGB n.F.

Ein wesentlicher Teil des 52. StGBÄndG betraf die Neuregelung des vormals als Unterfall des § 113 Abs. 1 StGB geregelten „tätlichen Angriffs“ gegen Vollstreckungsbeamte. Die Neufassung des gesamten Regelungsbereiches sieht nunmehr einen neuen § 114 StGB vor, der den tätlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte unter eine erhöhte Strafandrohung

stellt. Dabei wird weitestgehend auf den Wortlaut des § 113 StGB n.F. zurückgegriffen, allerdings der Anwendungsbereich erweitert. Während auch in der Neufassung § 113 StGB nur dann Anwendung findet, wenn sich der Widerstand gegen eine Vollstreckungsmaßnahme richtet, ist der Wortlaut des neuen § 114 Abs. 1 StGB hingegen deutlich weiter gefasst und lautet nunmehr:

„Wer einen Amtsträger oder Soldaten der Bundeswehr, der zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen ist, bei einer Diensthandlung tätlich angreift, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“

Dieser Änderung lag der gesetzgeberische Wille zugrunde, dass auch Streifenfahrten, Radarüberwachungen und andere Diensthandlungen umfasst werden sollen.⁵

Im Übrigen bedient sich der Gesetzgeber zweier Verweisungen, um den in § 113 Abs. 2 StGB geregelten besonders schweren Fall und die Privilegierungen der Absätze 3 und 4 einzubeziehen. Diese erfordern jedoch das Vorliegen einer Vollstreckungshandlung anstelle einer allgemeinen Diensthandlung (§ 114 Abs. 3 StGB).

III. Verhältnis des § 114 StGB n.F. zu § 113 StGB n.F.

Die gesetzgeberische Entscheidung, eine Begehungsweise des bisherigen § 113 StGB aus diesem herauszulösen und in den neuen Straftatbestand des § 114 StGB n.F. zu überführen, wirft einige systematische Fragen auf.

Insbesondere das Verhältnis zwischen den beiden neugefassten Normen bleibt unklar und bedarf näherer Untersuchungen. Die Gesetzesbegründung schweigt zu diesem Thema weitestgehend. Dort heißt es nur, dass mit § 114 StGB ein „eigenständiger Straftatbestand mit einem im Mindestmaß verschärften Strafrahmen [...]“ geschaffen werden soll.⁶ Von den Begehungsweisen des § 113 StGB unterscheidet sich der Begriff des „tätlichen Angriffs“ dadurch, dass es sich dabei um eine unmittelbar auf den Körper zielende feindselige Einwirkung handelt,⁷ bei welcher eine Verletzung weder eintreten noch beabsichtigt sein muss.⁸ Zudem soll auch nicht erforderlich sein, dass die Vollstreckungshandlung verhindert oder erschwert wird,⁹ allein das Handeln in staatsfeindlicher

* Der Autor König ist Rechtsanwalt in Bad Homburg v.d.H., der Autor Müller Staatsanwalt in Darmstadt.

¹ Gesetz vom 23.5.2017, BGBl. I 2017, S. 1226 f.

² So die Stellungnahme der Fraktionen von CDU/CSU und SPD in ihrer Begründung des Entwurfes vom 16.2.2017, BT-Drs. 18/11161, S. 1.

³ BVerfG NJW 2016, 3648 (3649 f.) mit Verweis auf BVerfG NJW 2010, 3209 m.w.N., siehe auch v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.9.2017, § 1 Rn. 9. Kritisch zu Anspruch und Wirklichkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes Rotsch, ZJS 2008, 132 m.w.N.

⁴ Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens sah sich der Gesetzesentwurf einiger Kritik ausgesetzt. Diese spiegelt sich insbesondere in den Stellungnahmen der berufenen Sachverständigen wieder, welche über Homepage der kriminalpolitischen Zeitschrift (KriPoZ, <http://www.kripoz.de/>) abrufbar sind.

⁵ BT-Drs. 18/11161, S. 9.

⁶ BT-Drs. 18/11161, S. 2.

⁷ Bosch, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 121 Rn. 17; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 113 Rn. 46; Dallmeyer, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 113 Rn. 9.

⁸ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 113 Rn. 27; Eser (Fn. 7), § 113 Rn. 47; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 113 Rn. 31; KG StV 1988, 437.

⁹ Bosch (Fn. 7), § 113 Rn. 24; Fischer (Fn. 8), § 113 Rn. 28; a.A. Paeffgen (Fn. 8), § 113 Rn. 31.

Willensrichtung soll für die Strafdrohung maßgeblich und ausreichend sein.¹⁰ Aus Sicht der Praxis ist es somit unerlässlich, das Verhältnis dieser Normen zueinander zu klären, denn es steht zu erwarten, dass eine tateinheitliche Verwirklichung des § 113 StGB n.F. neben § 114 StGB n.F. häufig anzutreffen sein wird. Klammert man die Erweiterung auf sonstige Diensthandlungen aus, so dürfte in der Praxis eine Vielzahl der tätlichen Angriffe auf Vollstreckungsbeamte (automatisch) mit einem Widerstand gegen deren Vollstreckungshandlungen einhergehen und umgekehrt.

1. § 114 StGB n.F. als Qualifikationstatbestand des § 113 StGB n.F.

Im Grundsatz führt diese Auslegung anhand der Gesetzesbegründung dazu, dass sich die höhere Strafdrohung aus Gründen der Gefährlichkeit und zum Schutze der handelnden Beamten ergibt. Der „tätliche Angriff“ wird dabei als verwerflicher eingestuft als der von § 113 StGB n.F. erfasste Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte mittels Drohung oder Gewalt.¹¹ Diese Erweiterung ändert jedoch nichts daran, dass beide Normen eine ähnliche Regelung treffen. Der Telos beider Normen legt daher nahe, dass es sich bei § 114 StGB um einen Qualifikationstatbestand des § 113 StGB handelt.¹²

Gegen eine solche Annahme spricht allerdings der Wortlaut des § 114 StGB. Dieser deckt sich nicht mit den sonst bei der Etablierung von Qualifikationstatbeständen üblichen Formulierungen. Als Vergleich dienen hier etwa § 224 StGB („Wer die Körperverletzung durch [...] begeht“), § 244 StGB („wer einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein Beteiligter [...]“) sowie § 250 StGB („wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub [...]“). Diesem Schema folgend müsste § 114 StGB n.F. etwa lauten „Wenn der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte mittels eines tätlichen Angriffes durchgeführt wird, [...]“. Mangels einer ausdrücklichen Stellungnahme des Gesetzgebers ist wohl davon auszugehen, dass es sich hierbei nicht um ein Redaktionsversehen handelt, sondern eine bewusste Entscheidung zu der konkreten Formulierung.

Dieses Ergebnis wird auch durch die systematische Auslegung getragen. So verweist § 114 Abs. 2 StGB n.F. auf § 113 Abs. 2 StGB n.F. und § 114 Abs. 3 StGB n.F. auf § 113 Abs. 3 und 4 StGB n.F. Dabei wird jeweils eine „entsprechende Anwendung“ normiert. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass es sich bei der Übertragung der jeweiligen Regelbeispiele bzw. Irrtumsprivilegierungen in Extremsitua-

tionen allein um vergleichbare und nicht etwa um identische, sich allein in der Begehungsweise unterscheidende Regelungskomplexe handelt.

Schließlich führt diese Verweisungstechnik dazu, dass die besonders schweren Fälle des § 113 Abs. 2 StGB bei der Begehung eines tätlichen Angriffs auf einen Vollstreckungsbeamten entsprechende Anwendung finden. Ein solcher Rückgriff zeugt zwar von einer engen Verwobenheit der beiden Regelungen, entspricht aber gerade nicht dem zu erwartenden Verhältnis eines Grundtatbestandes und der Qualifikation: In derartigen Fällen wird der Rückgriff auf Regelbeispiele des Grundtatbestandes durch die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes gerade ausgeschlossen.¹³

Die Auslegung beider Normen ergibt somit, dass es sich bei § 114 StGB n.F. nicht um eine Qualifikation des § 113 StGB n.F., sondern in Einklang mit der Gesetzesbegründung¹⁴ um eine selbständige Strafvorschrift unabhängig von ihrer „Ausgangsnorm“ handelt.

2. Gesetzeseinheit zwischen § 113 StGB n.F. und § 114 StGB n.F.

Die gesetzgeberische Entscheidung zur Kodifikation des „tätlichen Angriffes auf Vollstreckungsbeamte“ als eigenständiges Delikt muss daher so verstanden werden, dass von § 114 StGB n.F. andere Szenarien erfasst werden sollen als von § 113 StGB n.F. Dabei dürfte der „Stein- oder Flaschenwurf bei Demonstrationen“ ein prägendes Leitbild gewesen sein: Nunmehr sollen auch Situationen erfasst werden, bei denen es, ohne dass es einer konkreten Dienst- bzw. Vollstreckungshandlung des Beamten bedarf, zu keinem unmittelbaren körperlichen Kontakt zwischen den Beteiligten kommt.

Bewusst oder unbewusst führt die offene Formulierung des § 114 StGB n.F. jedoch dazu, dass die Vorschrift auch jeden anderen Fall der Widerstandshandlung umfassen kann, wenn diese nur mit einer körperlichen Einwirkung auf den Vollstreckungsbeamten einhergeht. Dessen Anwendungsbereich ist somit schon dann eröffnet, wenn der Täter sich nicht nur loszureißen versucht, sondern einen Beamten dabei auch schubst, sich ruckartig mit den Armen in Richtung des Beamten bewegt oder anderweitig auf dessen Körper einwirkt. So umfasst § 114 StGB n.F. nicht alleine die unterschiedlichen, eine konkrete Vollstreckungshandlung gerade nicht beinhaltenden Szenarien der Gesetzesbegründung, denn dafür ist der Wortlaut der Norm deutlich zu weit gefasst. In der aktuellen Fassung ist vielmehr damit zu rechnen, dass eine Vielzahl an Strafverfahren nunmehr neben der Strafbarkeit wegen § 113 StGB n.F. auch eine solche wegen § 114 StGB n.F. aufzuarbeiten haben werden.

¹⁰ BT-Drs. 18/11161, S. 8.

¹¹ So auch zu § 113 a.F. *Paeffgen* (Fn. 8), § 113 Rn. 31.

¹² So auch *Dallmeyer* (Fn. 7), § 114 Rn. 3, 7, der § 114 StGB bei gegen Vollstreckungen gerichteten Angriffen als eine Qualifikation, bei Angriffen gegen sonstige Diensthandlungen als einen eigenständigen Grundtatbestand ansieht. Siehe noch *Kubiciel*, Stellungnahme v. 22.3.2017, S. 12, abrufbar unter:

<http://www.bundestag.de/blob/499232/267f14c643ffca34f543bce040cc634f/kubiciel-data.pdf> (16.2.2018), der hierbei von einem „ungewöhnlich[en] hybriden Charakter“ der Norm spricht.

¹³ BGH NJW 1985, 502 unter Verweis auf BGH NJW 1970, 1279.

¹⁴ BT-Drs. 18/11161, S. 2, „Künftig [...] als eigenständiger Straftatbestand [...] strafbewehrt“.

a) *Gesetzeseinheit als Form der „unechten“ Konkurrenz zwischen den Normen*

Aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen den beiden Normen liegt dabei zunächst eine Gesetzeseinheit zwischen den Vorschriften des § 113 StGB n.F. und des § 114 StGB n.F. nahe. Diese gesetzlich nicht geregelte Erscheinungsform der „unechten“ Konkurrenz ist einschlägig, wenn formal mehrere Tatbestände verwirklicht sind, aber schon die Bestrafung aus einem dieser Tatbestände den Unrechts- und Schuldgehalt der Handlung so vollständig erfasst, dass die übrigen Tatbestände zurücktreten können.¹⁵ Haupterscheinungsformen der Gesetzeseinheit sind die Fälle der Spezialität sowie der Subsidiarität einer Vorschrift gegenüber einer anderen Vorschrift, sowie die Konsumtion einer solchen durch eine andere.¹⁶

b) *§ 114 StGB n.F. als lex specialis zu § 113 StGB n.F.*

Ausgehend der Intention der Neufassung, das in ausgewählten Fällen als zu gering erachtete Schutzniveau von Beamten auf ein als akzeptabel erachtetes Maß zu erhöhen,¹⁷ könnte ein Spezialitätsverhältnis des § 114 StGB n.F. in diesen Fällen naheliegen. Eine spezielle Regelung in diesem Sinn liegt im Falle eines „logischen Einschlusses“ vor,¹⁸ mithin, wenn diese sämtliche Tatbestandsmerkmale der allgemeinen Regelung und wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält.¹⁹ Der neue § 114 StGB erfüllt diese Anforderungen nicht.

Durch den Verzicht auf die konkret vorliegende Vollstreckungshandlung wird der Anwendungsbereich gegenüber der alten Norm nicht eingeschränkt, sondern erheblich ausgeweitet. Somit fehlt es an einer für die Konstruktion als lex specialis notwendigen, vollständigen Wiederholung der Tatbestandsmerkmale des § 113 StGB n.F. im § 114 StGB n.F. Gleichzeitig wäre es verfehlt, § 114 StGB n.F. im Umkehrschluss als einen neuen, durch die Privilegierung des § 113 StGB n.F. bei Vorliegen einer konkreten Vollstreckungshandlung eingeschränkten Grundtatbestand der Widerstandsdelikte anzusehen. Nicht nur ist ein solcher Widerstand gegen eine konkrete Handlung explizit nicht mehr Voraussetzung der neuen Strafvorschrift, § 114 StGB n.F. bezweckt mit der nicht durch die Notwendigkeit einer „Vollstreckungshandlung“ bedingten Bestrafung eines „tätlichen Angriff“ im Zuge einer „allgemeinen Diensthandlung“ kein

Plus, sondern vielmehr ein aliud zu den Modalitäten des § 113 StGB n.F. Während § 113 StGB n.F. den Widerstand, also ein aktives Vorgehen zur Erschwerung der Vollstreckungshandlung,²⁰ unter Strafe stellt, umfasst § 114 StGB lediglich einen tätlichen Angriff, ohne dass dieser eine Beeinträchtigung der staatlichen Handlung zur Folge oder zum Ziel haben muss.²¹ Gleichzeitig ist der Begriff des „tätlichen Angriffs“ gegenüber der Begehungsalternative „Drohung mit Gewalt“ in § 113 Abs. 1 StGB n.F. insofern enger gefasst, als im Gegensatz zur reinen Drohung eine tatsächliche Angriffshandlung in Richtung der Beamten erforderlich ist.²²

Somit ist trotz der augenscheinlich engen Verflechtung der beiden Normen, zumal beide auf eine gemeinsame Entstehungsgeschichte zurückblicken, ein Spezialitätsverhältnis zwischen den Vorschriften nicht ohne weiteres anzunehmen.

c) *Subsidiaritätsverhältnis zwischen §§ 113 und 114 StGB n.F.*

Mangels eines formellen Subsidiaritätsverhältnisses zwischen den Vorschriften²³ kommt allein eine materielle, sich aus einer Auslegung der jeweiligen Normen ergebende Subsidiarität in Betracht. Ergibt eine solche Auslegung, dass trotz eines identischen Schutzgutes eine der verletzten Vorschriften nur für den Fall Geltung beansprucht, dass nicht zugleich die andere verletzt wird, so tritt erstere Norm aus Gründen der Subsidiarität zurück.²⁴

Dieses Ergebnis liegt bei den hier untersuchten Vorschriften fern. Die Gesetzesbegründung spricht davon, dass mit § 114 StGB n.F. „neben der Anwendung anderer, allgemeiner Strafvorschriften gewährleistet werden [soll], dass der spezifische Unrechtsgehalt des Angriffs auf einen Repräsentanten der staatlichen Gewalt im Strafausspruch deutlich wird.“²⁵ Trotz der Unklarheit des Begriffes der „allgemeinen Strafvorschriften“ spricht diese Tendenz gegen ein Zurücktreten des § 113 StGB n.F. Dieser soll gerade nicht den Angriff auf Beamte sanktionieren und so deren Unversehrtheit garantieren, sondern allein die Vollstreckung der im konkreten Falle einschlägigen staatlichen Willensbildung strafrechtlich absichern²⁶ – ein Faktum, das insbesondere in der Charakterisierung des § 113 StGB in seiner bis zum 5.11.1998 geltenden Fassung als Privilegierung des Bürgers in einer Extremsitua-

¹⁵ v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 52 Rn. 7; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 31 Rn. 2.

¹⁶ Frister (Fn. 15), Kap. 31 Rn. 1; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 56 Rn. 29 ff.

¹⁷ BT-Drs. 18/11161, S. 1 f. sowie 8 f.

¹⁸ v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 52 Rn. 9; Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), Vor §§ 52 ff. Rn. 12; Rengier (Fn. 16), § 56 Rn. 29.

¹⁹ Allgemein Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, § 2 Rn. 92; Zippelius, Einführung in die Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 31 f.; spezifisch für das Strafrecht BGH NStZ 2009, 504 (505), dort Rn. 13; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 21 Rn. 52.

²⁰ Fischer (Fn. 8), § 113 Rn. 22; BGH NStZ 2013, 336.

²¹ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 7.

²² Bosch (Fn. 7), § 121 Rn. 17; restriktiv Dallmeyer, (Fn. 7), § 114 Rn. 5.

²³ Zu dieser Regelungstechnik und der mit ihr einhergehenden Notwendigkeit der expliziten Anordnung einer Subsidiarität auf Normebene ausführlich Kühl (Fn. 19), § 21 Rn. 53; sowie Frister (Fn. 15), Kap. 31 Rn. 12 f.

²⁴ Kühl (Fn. 19), § 21 Rn. 54; Frister (Fn. 15), Kap. 31 Rn. 12.

²⁵ BT-Drs. 18/11161, S. 1.

²⁶ Bosch (Fn. 7), § 113 Rn. 1, sich gegen einen „doppelten Schutzzweck“ aussprechend in Rn. 2; Paeffgen (Fn. 8), § 113 Rn. 4 bezeichnet dies als eine „eine merkwürdige, ja implausible Argumentation“.

tion²⁷ gegenüber etwa § 240 StGB oder § 223 StGB seinen Ausdruck fand und durch die erweiterten Irrtumskonstellationen in Abs. 3 und Abs. 4 auch nach der Strafrahmenerhöhung noch findet.

d) *Konsumtion des § 113 StGB n.F. durch § 114 StGB n.F.*

Als letzte Form der Gesetzeseinheit kommt bei einem Zusammentreffen von § 113 StGB n.F. mit § 114 StGB n.F. unter Umständen eine Konsumtion des § 113 StGB n.F. durch den neugeschaffenen § 114 StGB als „typische Begleitstat“²⁸ in Betracht. Um dem Charakter der Konsumtion, die im Unterschied zur Spezialität keinen logischen, sondern einen „wertenden Einschluss“ des zurücktretenden Deliktes darstellt, zu entsprechen, müsste jedoch das in § 113 StGB enthaltene Unrecht auch in der Strafandrohung des neuen § 114 StGB enthalten sein.²⁹

Dies dürfte im Falle der gleichzeitigen Verwirklichung der hier relevanten Normen der Fall sein: Die für die Verwirklichung des § 113 StGB notwendige konkrete Vollstreckungshandlung stellt zugleich auch eine allgemeine Diensthandlung gem. § 114 StGB n.F. dar. Sollte diese durch einen für sich bereits ohne weitere Voraussetzungen tatbestandlichen „tätlichen Angriff“ erschwert oder behindert werden – nur dann ist ein Zusammentreffen der beiden Normen möglich –, so stellt dies einen Reflex bzw. eine Folge des gegen die Person des handelnden Beamten gerichteten Angriffes dar. Für die anderen Begehungsmodalitäten des § 113 StGB, der Gewalt und der Drohung mittels Gewalt, ist ebenfalls festzuhalten, dass diese hinsichtlich ihres Unrechtsgehaltes hinter § 114 StGB n.F. zurückbleiben (Drohungsalternative), diesen jedenfalls nicht überschreiten (Begehungsalternative).³⁰

Bei der notwendigen, wertenden Betrachtung ist schließlich anzuführen, dass das in der Erschwerung bzw. Behinderung einer Vollstreckungsmaßnahme zum Ausdruck kommende Unrecht hinter dem Angriff auf die körperliche Unversehrtheit der daran beteiligten Beamten zurücktritt. Andernfalls würde der reibungslosen Durchsetzung von Maßnahmen ein höheres Gewicht zugemessen werden als der Gesundheit der dabei eingesetzten Personen. Dies kommt nicht zuletzt in der gegenüber der alten Fassung massiv erhöhten Strafdrohung dieser Art des „tätlichen Angriffes“ auch deutlich zum Ausdruck.

²⁷ So BT-Drs. VI/502, S. 3, „soll der neue § 113, [...] eine Privilegierungsvorschrift sein“.

²⁸ *Kühl* (Fn. 19), § 21 Rn. 60; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 18), Vor §§ 52 ff. Rn. 125; v. *Heitschel-Heinegg*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 49.

²⁹ *Rengier* (Fn. 16), § 56 Rn. 29; v. *Heitschel-Heinegg* (Fn. 3), § 52 Rn. 9; *ders.* (Fn. 28), Vor § 52 Rn. 49.

³⁰ Zu dem vorher bereits umstrittenen Verhältnis der Tatbestandsalternativen „Gewalt“ und „tätlicher Angriff“ im Rahmen des § 113 StGB a.F. statt aller *Bosch* (Fn. 7), § 113 Rn. 24.

3. *Ergebnis*

Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Normen der §§ 113 StGB n.F. und 114 StGB n.F. zwei inhaltlich nahe beieinanderliegende Vorschriften, die jedoch sowohl von der zugrundeliegenden gesetzgeberischen Intention her als auch hinsichtlich der von ihnen geschützten Rechtsgüter unterschiedliche Zielrichtungen aufweisen – Absicherung staatlicher Vollstreckungsmaßnahmen in § 113 StGB n.F. einerseits, Ahndung des erhöhten Unrechtsgehalts von Angriffen auf Repräsentanten staatlicher Gewalt in § 114 StGB n.F. andererseits. Die Problematik einer parallelen Anwendbarkeit der neugefassten Normen ist schließlich im Wege der Konsumtion des § 113 StGB n.F. durch § 114 StGB n.F. im Falle eines tätlichen Angriffes während eines Widerstandes gegen eine Vollstreckungshandlung zu lösen.

IV. Verhältnis zu den §§ 223 ff. StGB unter besonderer Ansehung der Versuchsstrafbarkeit des § 223 Abs. 2 StGB

Neben der Einordnung des § 114 StGB in die Systematik der „Widerstandshandlungen“ ist auch dessen Verhältnis zu den Körperverletzungsdelikten von praktischem Interesse. Ausgehend von dem wohl vorherrschenden gesetzlichen Leitbild des Stein- und Flaschenwurfs kommt auch stets eine Strafbarkeit wegen vollendeter oder versuchter (gefährlicher) Körperverletzung in Betracht.

Trotz der Gesetzesänderung dürfte der „tätliche Angriff“ im Sinne des § 114 StGB n.F. auch weiterhin als eine unmittelbar auf den Körper zielende feindselige Einwirkung verstanden werden und damit weiterhin dem Begriff des § 121 Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechen.³¹ Dabei muss es nicht zu einer körperlichen Verletzung kommen.³² Damit gilt, dass jede Körperverletzung einen tätlichen Angriff darstellt, aber nicht jeder tätliche Angriff eine Körperverletzung.³³ Obgleich der Wortlaut des § 114 StGB n.F. dazu führen dürfte, dass in derartigen Fällen bereits sehr früh eine Strafbarkeit wegen eines vollendeten Delikts anzunehmen sein wird, so endet diese nicht mit dem Beginn einer Körperverletzung, sondern tritt neben diese. Hinsichtlich der bisherigen Regelung in § 113 StGB a.F. ging die Rechtsprechung und Literatur durchweg von einer tateinheitlichen Verwirklichung beider Straftaten aus. Dies dürfte sich durch die Auslagerung der Begehungsalternative „tätlicher Angriff“ kaum geändert haben.

Nunmehr normiert § 114 StGB n.F. jedoch einen höheren Strafrahmen als die vollendete einfache Körperverletzung und ist damit gem. § 52 Abs. 2 S. 1 StGB bestimmend für das Strafmaß. Dies ist insoweit bemerkenswert, als sich diese Norm ohne die Normierung eines Rangverhältnisses in die Körperverletzungsdelikte einreihet. Dies hat zur Folge, dass

³¹ Zu der bisherigen Definition *Bosch* (Fn. 7), § 121 Rn. 17; *Eser* (Fn. 7) § 113 Rn. 46; unklar *Fischer* (Fn. 8), § 113 Rn. 27 („gewaltsam“), dagegen Rn. 28 („feindselig“).

³² BGH NStZ 1982, 328; *Dallmeyer* (Fn. 7), § 113 Rn. 9; *Bosch* (Fn. 7), § 113 Rn. 24.

³³ Vgl. *Bosch* (Fn. 7), § 121 Rn. 17.

jede einfache, vorsätzliche Körperverletzung gegen einen Vollstreckungsbeamten bei einer Diensthandlung nunmehr eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten mit sich bringt, denn es wird zumeist auch ein „tätlicher Angriff“ im Sinne des § 114 StGB mitverwirklicht sein. Zugleich hat die Gesetzesänderung aber auch zur Folge, dass eine versuchte gefährliche Körperverletzung, wie etwa ein Stein- oder Flaschenwurf, deren Mindeststrafmaß nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf einen Monat zu mildern ist, bei Annahme einer tateinheitlichen Begehung gleichfalls als vollendeter tätlicher Angriff der Mindestfreiheitsstrafe des § 114 StGB n.F. unterfällt. Selbst unter der Prämisse, dass die Regelung des § 114 StGB von der der §§ 223, 224, 22, 23 Abs. 1 StGB als der im Höchstmaß der Strafandrohung schwereren Straftat gem. § 52 Abs. 2 S. 1 StGB verdrängt wird, entfaltet sich die Sperrwirkung des § 52 Abs. 2 S. 2 StGB im Hinblick auf das Mindeststrafmaß.³⁴ Grundsätzlich darf nicht nur die so verdrängte Strafnorm bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden, es entfaltet sich eine Sperrwirkung der Mindeststrafe, wenn es sich bei dem verdrängenden Gesetz nicht um eine mildere *lex specialis* handelt.³⁵ Da es sich bei der gefährlichen Körperverletzung (auch im Versuch) nicht um eine speziellere Strafnorm handelt – dies ergibt sich bereits aus dem jeweiligen Anwendungsbereich und der Orientierung des § 114 StGB allein am Handlungs- und gerade nicht am Erfolgsunrecht –, schlägt sich die erhöhte Mindestfreiheitsstrafe des § 114 StGB in derartigen, praktisch wohl hochrelevanten Fällen nieder. Faktisch wird damit das Mindeststrafmaß für eine Körperverletzung eines im Dienst befindlichen Beamten i.S.d. §§ 114, 115 StGB, selbst wenn diese im Versuchsstadium verbleibt, auf eine Freiheitsstrafe von drei Monaten und damit im Vergleich gerade zu dem Strafmaß einer bloß versuchten, einfachen Körperverletzung drastisch erhöht.

V. Rechtspolitische Auswirkungen: Das Ende des „Bürgers in Uniform“?

Jenseits der eher praktischen Ausführungen zu dem Nebeneinander des § 114 StGB in seiner neuen Ausprägung und anderen Strafnormen und den daraus resultierenden Folgen für das typischerweise zu erwartende Strafmaß sind die rechtspolitischen Implikationen der Neuregelung bemerkenswert.

1. Privilegierung des § 113 Abs. 3 und Abs. 4 StGB

Eine der Besonderheiten der Strafbarkeit wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte ist die gesetzlich normierte Irrtumsprivilegierung in § 113 Abs. 3 und Abs. 4 StGB. Diese bleibt auch weiterhin erhalten, soll allerdings für den neu geschaffenen § 114 StGB nur eingeschränkt gelten. Dem Täter kommt eine solche Privilegierung nur insoweit zu, wie es sich bei der Diensthandlung um eine Vollstreckungshandlung im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB handelt. Damit werden allgemeine Diensthandlungen (wie etwa Streifenfahrten oder

Radarkontrollen)³⁶ nicht von der Privilegierung umfasst. Hintergrund dieser Privilegierung in § 113 Abs. 4 StGB ist es, dass dem betroffenen Laien oftmals nicht klar sein dürfte, ob eine gegen ihn gerichtete Vollstreckungsmaßnahme rechtmäßig ist oder nicht. Die Art. 20 Abs. 3 GG entspringenden Anforderungen an die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns führen dazu, dass ein Bürger eine rechtswidrige Maßnahme nicht gegen sich dulden muss und ihm eine Widerstandshandlung in Ansehung der besonderen Druck- und Stresssituation nur eingeschränkt vorzuwerfen ist.³⁷ Mangels juristischer Vorkenntnisse kann es bei dieser Einschätzung zu Irrtümern kommen; diese sollen privilegiert werden.

Weshalb der Gesetzgeber sich nunmehr dazu entschlossen hat, dieses Privileg nicht bei allgemeinen Diensthandlungen zu gewähren, erschließt sich demgegenüber nicht. Die Gesetzgebungsmaterialien enthalten hierzu keine Anhaltspunkte. Dies bedingt wiederum eine zweifache Besonderheit. Zum einen stellt sich die Frage, wie nunmehr ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit der allgemeinen Diensthandlung zu werten ist, zum anderen kann sich der Täter aber auch gerade darüber irren, ob eine Vollstreckungshandlung vorliegt oder nicht. Einem juristisch ungebildeten Laien ist es kaum möglich zu erkennen, ob es sich bei der Diensthandlung um eine Vollstreckungshandlung im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB handelt; zumal sich der Charakter einer Maßnahme im Rahmen der Ausführung durchaus und meist dynamisch ändern kann. Unterliegt er dann einem Irrtum darüber, ob es sich um eine unrechtmäßige Vollstreckungsmaßnahme handelt, wäre er bei einer (nur) allgemeinen Diensthandlung ohne den Schutz der Privilegierung. Diese Situation ähnelt der eines Erlaubnistatumsstandsirrturns. Verändert sich die rechtliche Bewertung der Maßnahme während deren Durchführung, wird etwa bei einer Personenkontrolle eine zur Fahndung ausgeschriebene Person festgestellt, so dass aus einer allgemeinen Kontrolle die konkrete Vollstreckungsmaßnahme der Sistierung erwächst, könnte dies zu einer in der Praxis kaum noch nachvollziehbaren Zäsur führen. Denn das erkennende Gericht müsste zweifelsfrei feststellen, ob der tätliche Angriff und sukzessive der dabei vorherrschende Irrtum noch zum Zeitpunkt der allgemeinen Diensthandlung oder erst im Rahmen der Vollstreckungsmaßnahme im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB vorlag bzw. wann das „umschlagen“ der Maßnahme in Relation zu dem Irrtum des Täters stattfand.

In der gerichtlichen Praxis dürfte dies zu erheblichen Problemen führen, zumal eine exakte Protokollierung auch den Vollstreckungsbeamten „im Eifer des Gefechts“ nur eingeschränkt möglich sein dürfte. Jedenfalls ist diese Regelung im Lichte der Normenklarheit nicht unkritisch zu betrachten, denn ein Laie wird diesen Unterschied kaum feststellen können. Letzten Endes wäre eine solche Situation über eine Anwendung der allgemeinen Irrtumsregelungen zu lösen, was jedoch wiederum eine Unterminierung der Privilegierung der Absätze 3 und 4 zur Folge hätte. Dieses Problem wird umso schwerwiegender, wenn sich der Täter gegen eine unrechtmäßige allgemeine Diensthandlung zur Wehr setzt

³⁴ Dazu *Frister* (Fn. 15), Kap. 30 Rn. 9.

³⁵ *Fischer* (Fn. 8), Vor. § 52 Rn. 45 m.w.N.

³⁶ Hierzu die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11161, S. 9.

³⁷ Dazu statt aller *Paeffgen* (Fn. 8), § 113 Rn. 32.

und die Vollstreckungsbeamten daraufhin zu einer Vollstreckungsmaßnahme übergehen und der tätliche Angriff dennoch fortgesetzt wird.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann es dem betroffenen Laien nicht angelastet werden, wenn er sich über die Qualität der gegen ihn gerichteten Maßnahme irrt, diese fälschlicherweise als unrechtmäßige Vollstreckungshandlung einordnet und sich ihr erwehrt. Die aktuelle Gesetzeslage ist daher als unzureichend einzustufen, die Irrtumsprivilegierungen wären auf die Natur der Diensthandlung auszuweiten. Der Gesetzgeber hat sich ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien mit dieser Fragestellung nicht ausreichend beschäftigt und so eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen.

2. Schaffung eines Sonderstrafrechts

Seit Gründung der Bundeswehr prägt der Begriff des Soldaten als „Staatsbürger in Uniform“ die Wahrnehmung derselben in der Öffentlichkeit. Diese Leitlinie der Inneren Führung soll das Selbstverständnis der Soldaten prägen und verdeutlichen, dass keine militärische Parallelwelt geschaffen werden soll. Obgleich dieser Begriff eher selten auf Polizeibeamte übertragen wird, finden sich einige Überschneidungen. Polizei- und Vollstreckungsbeamten kommt, anders als in der Laiensphäre vielfach angenommen, im Bereich des Strafrechts keine herausgehobene Stellung etwa bei Beleidigungs- oder allgemeinen gegen die Person gerichteten Delikten zu. Dadurch brachte der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er auch die Polizeivollzugsbeamten nicht als herausgehobene Personengruppe versteht, sondern als (reguläre) Bürger mit einer besonderen Aufgabe. Diese Haltung wurde durch das § 113 StGB a.F. zugrundeliegende Verständnis flankiert, nicht etwa den Angriff auf den Beamten als Repräsentanten des Staates als solchen unter (erhöhte) Strafe zu stellen, sondern vielmehr allein die staatliche Durchsetzungsmacht im Falle einer konkreten Vollstreckungsmaßnahme, mithin die ungehinderte Ausübung der Staatsgewalt, mittels einer Strafandrohung abzusichern – und zusätzlich den durch die Maßnahme betroffenen Bürger in Ansehung der besonderen Drucksituation gegenüber etwa § 240 StGB³⁸ oder § 223 StGB zu privilegieren.

Unabhängig davon, ob man dieses Verständnis noch als zeitgemäß erachtet, bricht die Gesetzesnovelle mit dieser Tradition. Damit kehrt sich der Gesetzgeber endgültig von der ursprünglichen Intention des § 113 StGB a.F. ab und privilegiert nicht länger den Bürger, sondern die Amtsträger.³⁹ Nicht nur werden aggressive Handlungen gegenüber Beamten nunmehr unabhängig von einer konkreten Vollstre-

ckungshandlung, mithin zur Durchsetzung und Sicherung des staatlichen Gewaltmonopols im Einzelfall, sondern allein aufgrund der Eigenschaft der Beamten allgemein als „Repräsentanten des staatlichen Gewaltmonopols“⁴⁰ unter eine gesonderte Strafandrohung gestellt – diese Strafandrohung ist gegenüber der einfachen (§ 223 StGB) und sogar gegenüber der versuchten gefährlichen Körperverletzung (§§ 224, 22, 23 Abs. 1 StGB) mit einem erhöhten Mindeststrafrahmen von drei Monaten versehen. Mithin wird mit der Reform jede auf den Körper zielende gewaltsame Einwirkung gegen einen Vollstreckungsbeamten allein aufgrund dessen Repräsentation staatlicher Gewalt potentiell höher bestraft als ein identischer, ebenfalls sein Ziel verfehlender Stein- oder Flaschenwurf auf einen „regulären“ Bürger. Dies mag rechtspolitisch wünschenswert und anhand der aktuellen Gefahrenlage auch für erforderlich gehalten werden, es entsteht dabei dennoch eine erhebliche Diskrepanz – und die bisher deutlichste Abkehr vom gesetzgeberischen Bild des Beamten als uniformiertem Bürger unter Seinesgleichen.

Die erschreckend hohe Zahl von Gewalttaten gegen Vollstreckungsbeamte⁴¹ ist dabei unbestritten, dennoch muss sich der Gesetzgeber die Frage gefallen lassen, womit ein solches Sonderstrafrecht gerechtfertigt ist. Wird ein Beamter im Dienst verletzt, so handelt es sich dabei zumeist um eine Körperverletzung und diese sollte auch zu einer entsprechenden Verurteilung führen; der Mehrwert des § 114 StGB n.F. ist daher nicht auf Anheb ersichtlich. Der in der Gesetzesbegründung angeführte „Angriff auf die Repräsentanten des staatlichen Gewaltmonopols“ ließe sich, sollte das reine Vorliegen dieser Eigenschaft bereits als zur Strafschärfung ausreichend erachtet werden, unter Nutzbarmachung des § 46 StGB im Rahmen der Strafzumessung wesentlich dosierter, individueller und damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragend sanktionieren. Nunmehr werden allerdings bereits geringfügige, allein subjektiv erfolgsgeneigte Einwirkungen auf Vollzugsbeamte mit erheblicher Strafe bedroht und dies insbesondere auch dann, wenn ein Körperverletzungserfolg nicht eingetreten ist. Der Gesetzgeber zieht sich in seiner Begründung dabei allein auf die Auflistung von Kriminalstatistiken zurück, ohne sich dieser rechtspolitisch brisanten Frage zu stellen oder die von ihm nunmehr überdeutlich vollzogene Abkehr von dem bisherigen, liberalen Bild des „Bürgers in Uniform“ auch nur zu thematisieren.

VI. Fazit

Zusammenfassend bleibt zu konstatieren, dass die gesetzliche Neuregelung der §§ 113 ff. StGB zwar einen legitimen Zweck verfolgt, diesen aber nur unbefriedigend umsetzt. Die nunmehr geschaffene Gesetzeslage wirft eine Vielzahl von dogmatischen und rechtspolitischen Fragen auf, die auch die Praxis vor einige Herausforderungen stellen wird. Die Um-

³⁸ Jedenfalls bis zur Erhöhung des Strafrahmens im Rahmen des 44. StGBÄndG vom 1.11.2015 mit Wirkung zum 5.11.2011, BGBl. I 2011, S. 2130

³⁹ *Dallmeyer* (Fn. 7), § 114 Rn. 2; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme #6/17 v. Januar 2017, S. 3, abrufbar unter: http://drb.de/fileadmin/pdf/Stellungnahmen/2017/DRB_1701_18_Stn_Nr_6_Staerkung_des_Schutzes_von_Vollstreckungsbeamten_und_Rettungskraeften.pdf (11.3.2018); *Kubiciel* (Fn. 12), S. 2 ff.

⁴⁰ In BT-Drs. 18/11161 findet sich auf S. 8 die Aussage, dass „in der Verurteilung wegen § 223 StGB das spezifische Unrecht eines Angriffes auf einen Repräsentanten des staatlichen Gewaltmonopols nicht zum Ausdruck“ komme.

⁴¹ BT-Drs. 18/11161, S. 1 mit Daten der PKS für die Jahre 2013 bis 2015.

setzung des Gesetzes ist zudem als technisch unsauber zu bezeichnen, insbesondere hinsichtlich der ungeschickten systematischen Verortung des § 114 StGB a.F. Dem Gesetzgeber wäre anzuraten gewesen, die Begehung durch „tätlichen Angriff“ als Qualifikation des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte einzuordnen und dies entsprechend kenntlich zu machen. Zudem muss die Erweiterung auf allgemeine Diensthandlungen als unglücklich bezeichnet werden, denn dadurch wird eine für Laien sowie ein erkennendes Gericht höchst unübersichtliche Rechtslage hinsichtlich der Irrtumskonstellationen geschaffen.

Legitimationsprobleme internationaler Strafjustiz zwischen Weltrechtsprinzip und postkolonialer Skepsis – Der Internationale Strafgerichtshof als „Dritter Raum“ zwischen und über den lokalen Rechtskulturen?

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. **Georgia Stefanopoulou**, LL.M., Hannover

I. Der Internationale Strafgerichtshof als Gegenstand von Machtkritik und Widerstand

Im politikwissenschaftlichen Diskurs wird schon längst von einer seit einigen Jahren zunehmenden Legitimationskrise internationaler Institutionen gesprochen, die auf eine Welle der Machtkritik und des Widerstands gegen überkommene Herrschaftsverhältnisse zurückzuführen ist.¹ Diese „institutionelle Unruhe“ setzte nach einer Phase der Euphorie in den internationalen Beziehungen über die Etablierung einer universellen Werteordnung ein, wonach Menschenrechte und Demokratie eine vorrangige Stelle genießen.² Dieser kosmopolitische Optimismus führte zu einem intensiven institutionellen Aufschwung in den 1990er Jahren,³ in dessen Folge der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) als wichtiges Instrument zur Bekämpfung schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen wie Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen errichtet wurde.⁴ Gerade am Beispiel dieser Institution sind besonders deutlich die aktuell auf internationaler Ebene stattfindenden Kontroversen zwischen Universalismus und Kulturrelativismus sowie das ambivalente Verhältnis von Macht und Widerstand zu beobachten.⁵ Der IStGH, der die institutionelle Verkörperung des Weltrechtsprinzips darstellt, wird in den letzten Jahren mit starken Legitimationszweifeln konfrontiert.

Gegenwärtiger Hauptschauplatz der politischen Opposition gegen das Gericht ist jener Weltteil, der ursprünglich am meisten gehofft hat, dass das Projekt einer internationalen Strafjustiz entscheidend zur Stabilisierung und zu einem kontinentalen Frieden beitragen würde,⁶ nämlich Afrika.⁷ Die afrikanischen Vertragsstaaten wenden sich von der Institution

des IStGH ab.⁸ Das Gericht, so der Tenor zahlreicher Stellungnahmen, diene der Durchsetzung von neokolonialen westlichen Interessen.⁹ Die Afrikanische Union spricht von Rassismus und Imperialismus¹⁰ und sie geht so weit, dass sie seit Anfang 2017 die Möglichkeit eines kollektiven Austritts aus dem IStGH diskutiert sowie die Einrichtung eines afrikanischen Strafgerichtshofs plant.¹¹ Es seien vor allem Afrikaner, die verfolgt werden, was den Eindruck vermittele, dass der IStGH eine antiafrikanische und rassistische Institution sei.¹² Die Kritik lässt sich in einem Satz zusammenfassen: „ICC is made for Africans and poor countries“¹³. Der Einwand trifft eine Strafjustiz tief, deren moralisches Selbstbewusstsein und deren Legitimationsanspruch sich aus dem Weltrechtsprinzip herleiten, dem Gedanken, dass es eine Zuständigkeit für Rechtsverletzungen gibt, die gerade nicht durch Kriterien des Gebietes und der Herkunft bestimmt wird.

⁸ *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 5.

⁹ Ausführliche Darstellung der Kritik bei *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 6; siehe auch *Paech*, *Wissenschaft & Frieden*, 2/2014, 31; *du Plessis/Maluwa/O'Reilly*, *International Law* 1/2013, abrufbar unter:

https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/0713pp_iccafrica.pdf (11.3.2018).

¹⁰ Afrikanische Union droht Internationalem Strafgerichtshof, SPIEGEL ONLINE, abrufbar unter:

www.spiegel.de/politik/ausland/afrikanische-union-kritisiert-internationalen-strafergerichtshof-a-927429.html (11.3.2018);

siehe auch The African Union urges ICC to Defer Uhuru Kenyatta Case, BBC News, abrufbar unter:

www.bbc.com/news/world-africa-24506006 (11.3.2018); dazu *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 5, 8.

¹¹ Hitradio Namibia, Nachrichten am Mittag v. 31.1.2017, abrufbar unter:

<http://www.hitradio.com.na/nachrichten/31-januar-2017-nachrichten-am-mittag> (11.3.2018); *Fesefeldt*, *Legal Tribune Online*, abrufbar unter:

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/istgh-austrittswelle-2016-kritik-afrika-ende-legitimitaet/> (11.3.2018). Zum afrikanischen Strafgerichtshof siehe *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 22 ff.;

Werle/Vormbaum, in: *Werle/Vormbaum* (Hrsg.), *The African Criminal Court, A Commentary on the Malabo Protocol*, 2017, S. 3 ff.; zum Trend der Regionalisierung der universellen Strafgerichtsbarkeit siehe *Jeßberger* (Fn. 2), S. 155 ff.

¹² *Tull/Weber* (Fn. 5) S. 8; siehe auch *Bensouda*, *ICCForum.com*, abrufbar unter:

<http://iccforum.com/africa> (11.3.2018).

¹³ *Kagame*, *Daily Nation*, abrufbar unter:

<https://www.nation.co.ke/news/africa/1066-446426-TulrIez/index.html> (11.3.2018); siehe auch *Jalloh*, *International Criminal Law Review* 9 (2009), 446.

¹ *Deitelhoff/Zürn*, *Lehrbuch der Internationalen Beziehungen*, 2016, S. 259 ff., 263, 271 ff.

² *Deitelhoff/Zürn* (Fn. 1), S. 261 ff.; vgl. *Jeßberger*, in: *Werle/Fernandez/Vormbaum* (Hrsg.), *Africa and the International Criminal Court*, 2014, S. 155 (167).

³ *Deitelhoff/Zürn* (Fn. 1), S. 262.

⁴ Grundlage ist das sog. Römische Statut v. 17.7.1998, seine Tätigkeit nahm der Gerichtshof am 1.7.2002 auf.

⁵ Vgl. *Tull/Weber*, *Afrika und der Internationale Strafgerichtshof*, SWP-Studie, S. 5, abrufbar unter:

<https://www.swp-berlin.org/publikation/afrika-und-der-internationale-strafergerichtshof/> (11.3.2018). Allgemein zum Zusammenhang zwischen Macht und Widerstand *Deitelhoff/Zürn* (Fn. 1), S. 271, 284 f.

⁶ *Jalloh*, *International Criminal Law Review* 9 (2009), 445 (447, 450 f.); vgl. *Bensouda*, „The ICC is an independent court that must be supported“, abrufbar unter:

<http://www.diplomatmagazine.nl/2015/11/24/the-icc-is-an-independent-court-that-must-be-supported/> (11.3.2018).

⁷ Vgl. *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 5.

Die Verteidiger des Internationalen Strafgerichtshofs – in der unerschütterlichen Überzeugung, dass menschenrechtlicher Universalismus ein unzweideutig positives Prinzip ist,¹⁴ zu dessen Verwirklichung die internationale Strafgerichtsbarkeit entscheidend beitragen kann – neigen dazu, diese Vorwürfe schnell und pauschal zurückzuweisen,¹⁵ um die Effektivität und Legitimität des Gerichts sicherzustellen. Es sind grundsätzlich zwei Linien der Verteidigung, die sichtbar sind. Es wird erstens darauf hingewiesen, dass die heftigste Kritik gegen den IStGH von denen stammt, die eine diktatorische und repressive politische Vergangenheit und daher selbst Menschenrechtverletzungen zu verantworten haben.¹⁶ Hauptgegner des Gerichts seien vor allem diejenigen, die ihn selbst fürchten müssten.¹⁷ Damit werden vor allem der sudanesischer Präsident Omar al-Bashir und Kenias Präsident Uhuru Kenyatta gemeint, gegen die Strafverfahren eingeleitet wurden.¹⁸ Beide führen eine Kampagne gegen das Gericht in Den Haag.¹⁹ Zweitens wird angemerkt, dass die meisten „Situations“, die Untersuchungsgegenstand des Gerichts waren, von afrikanischen Regierungen dem Gericht überwiesen worden waren und nur bei zwei Situationen (Kenia, Côte d’Ivoire) die Anklagebehörde proprio motu gehandelt habe.²⁰ Vor diesem Hintergrund sei es ungerechtfertigt, dem IStGH die Verantwortung für die Fokussierung auf Afrika zuzuschreiben.²¹

Beide Argumente sind nachvollziehbar, gleichwohl werden sie der wahren Dimension der aktuellen Vertrauenskrise internationaler Strafgerichtsbarkeit nicht ganz gerecht.²² Insbesondere können juristisch-formale Argumente nicht viel zur Entschärfung der Kritik beitragen, weil die geäußerten Legitimationszweifel in erster Linie Einwände von politi-

¹⁴ Dazu *Benhabib*, *Kosmopolitismus ohne Illusionen, Menschenrechte in unruhigen Zeiten*, 2016, S. 20.

¹⁵ Vgl. *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 6 f.

¹⁶ *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 10; siehe auch *Hoven*, *ZEIT* online v. 19.1.2017, abrufbar unter:

<http://www.zeit.de/2017/2/internationaler-straengerichtshof-laender-verfolgung-westliche-werte/seite2.de> (11.3.2018)

¹⁷ *Ladurner*, *ZEIT* online v. 31.12.2014, abrufbar unter:

www.zeit.de/2014/52/internationaler-straengerichtshof-den-haag-wirkung.de (11.3.2018).

¹⁸ Gegen Kenyatta ist mittlerweile der Prozess eingestellt worden.

¹⁹ Kenyatta bezeichnete das Gericht als „toy of declining imperial powers“, siehe:

www.bbc.com/news/world-africa-24506006 (11.3.2018). Al-Bashir fuhr eine große Kampagne gegen das „neonkoloniale“ Gericht, *Böhm*, *ZEIT* online v. 16.6.2015, abrufbar unter:

www.zeit.de/politik/ausland/2015-06/internationaler-straengerichtshof-omar-al-baschir-haftbefehl-suedafrika-richter-dunstan-mlambo (11.3.2018).

²⁰ Zum Argument *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 8; *deGuzman*, *ICCForum.com*, abrufbar unter:

<http://iccforum.com/africa#deGuzman> (11.3.2018).

²¹ *Tull/Weber* (Fn. 5), die auf die Reaktionen der IStGH-Befürworter eingehen.

²² Vgl. *Hoven* (Fn. 16); *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 6.

scher und nicht juristischer Natur sind.²³ Auch kann der Hinweis auf den demokratisch zweifelhaften Charakter der Regierungen, die gegen das Gericht opponieren, in die Gesellschaften hinein polarisierend wirken und zu kontraproduktiven Solidarisierungseffekten führen. Vor allem aber wird das Phänomen des postkolonialen Misstrauens auf das Niveau einer temporären manipulativen Regierungspolitik reduziert. Die Kraft und die Bedeutung des kollektiven Gedächtnisses werden dadurch unterschätzt.²⁴ Vielmehr sollten die kollektiven Erinnerungen an den Kolonialismus, die Zeit der Sklaverei und der westlichen Ausbeutung ernst genommen werden.²⁵

Außerdem ist das Misstrauen gegenüber Institutionen, die sich an sog. westlichen Werten orientieren, nicht erst durch Kenyatta oder durch al-Bashir artikuliert worden. Beispielsweise hatte bereits *Frantz Fanon* während des Algerienkrieges vor „westlich“ geprägten Institutionen gewarnt: „Also, meine Kampfgefährten, zahlen wir Europa nicht Tribut, indem wir Staaten, Institutionen und Gesellschaften gründen, die von ihm inspiriert sind“, schrieb er im Jahr 1961.²⁶ Zudem ist anzumerken, dass bereits während der Verhandlungen zum Statut von Rom einige Entwicklungsländer die Unparteilichkeit des Gerichts angezweifelt hatten.²⁷ Wie eine senegalesische NGO-Vertreterin berichtete, befürchteten viele Afrikaner, dass sich das Gericht zu einer antiafrikanischen Institution entwickeln könnte: „Many Africans feel the ICC is created in order to put their heads of state on trial.“²⁸ Vor diesem Hintergrund scheint die Propaganda gegen das Gericht, wie sie von einigen repressiven Regimen betrieben wird, lediglich die Instrumentalisierung eines tief verwurzelten kontinentalen Misstrauens gegenüber Europa zu sein und nicht die Erklärung der aktuellen Vertrauenskrise. Vor allem könnten es die vom Kolonialismus hinterlassenen kollektiven Traumata sein, die die normativen Fundamente des Internationalen Strafgerichtshofs bedrohen.

Am Fall des Internationalen Strafgerichtshofs lässt sich ein Aufleben des Nord-Süd-Konflikts²⁹ beobachten, der das Weltrechtsprinzip und die allgemeine Verbindlichkeit der Menschenrechte in Frage stellt. Strafrechtlicher Universalismus könnte ein Synonym für Imperialismus sein und die Menschenrechte gleichsam das trojanische Pferd, um Interventionen des Westens überall auf dem Globus zu ermögli-

²³ *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 6, 9.

²⁴ Zum kollektiven Gedächtnis *Halbwachs*, *Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen*, 1985.

²⁵ Vgl. *Jalloh* (Fn. 6), S. 445 (451 f.).

²⁶ *Fanon*, *Die Verdammten dieser Erde*, 15. Aufl. 2015, S. 266.

²⁷ Zu dem Misstrauen der Entwicklungsländer und zur Äußerung ihrer Delegationen während der Verhandlungen siehe *Deitelhoff*, *Überzeugung in der Politik, Grundzüge einer Diskurstheorie internationalen Regierens*, 2006, S. 232.

²⁸ Zitiert nach *Deitelhoff* (Fn. 27), S. 232.

²⁹ Generell zum Nord-Süd-Konflikt *Deitelhoff/Zürn* (Fn. 1), S. 30, 74 ff.

chen.³⁰ Fast scheint es, als finde auf der Bühne der internationalen Strafjustiz ein „Kampf der Kulturen“ statt, der die pessimistische Zukunftsprognose³¹ des Urhebers dieses berühmten Schlagworts als zutreffend erscheinen lässt. Der Westen, schreibt *Samuel Huntington* in seinem bekannten Buch, sei „überzeugt, daß die nichtwestlichen Völker sich für die westlichen Werte – Demokratie, freie Märkte, kontrollierte Regierung, Menschenrechte, Individualismus, Rechtsstaatlichkeit – entscheiden und diese Werte in ihren Institutionen zum Ausdruck bringen sollten. Minderheiten in anderen Kulturen haben diese Werte übernommen und fördern sie, aber die dominierenden Einstellungen ihnen gegenüber in nicht-westlichen Kulturen reichen von verbreiteter Skepsis bis zum heftigem Widerstand. Was für den Westen Universalismus ist, ist für den Rest der Welt Imperialismus.“³²

II. Erste Überlegungen zu Stärkung des Weltrechtsprinzips und der internationalen Strafgerichtsbarkeit

1. Europa „provinzialisieren“, um die Menschenrechte zu universalisieren

Die Trennung der Welt in den Westen und den Rest sowie die damit in Zusammenhang stehenden „Kultur“-Konflikte sind auf die zu Recht immer mehr hinterfragte Prämisse zurückzuführen, dass die Ideen der Menschenrechte, der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit ausschließlich und eindeutig westlichen Ursprungs sind. Europa sei „die einzige Quelle“ dieser Ideen.³³ Menschenrechte und individuelle Freiheit seien europäische Ideen, nicht asiatische, nicht afrikanische, nicht nahöstliche Konzepte.³⁴ Als bezeichnend für dieses exklusivistische Selbstverständnis Europas als maßgeblicher Quelle der Menschenrechte kann man das Beispiel der Venedig-Kommission (Europäische Kommission für Demokratie durch Recht) heranziehen, einer Einrichtung des Europarates, die zur Ausarbeitung der osteuropäischen Verfassungen beiträgt. Die Kommission beschreibt ihre Rolle und ihr Tätigkeitsfeld auf folgende Weise: „The action of the European Commission for Democracy through Law is based on the three ground principles of the European constitutional heritage: democracy, human rights and the rule of law, which at the same time form the basis of activities of the Council of Europe. [...] It [...] helps to ensure the dissemination and consolidation of a common constitutional heritage, playing a unique role in conflict management, and provides ‚emergency constitutional aid‘ to states in transition.“³⁵ Europa und

generell der Westen verstehen sich als Schöpfer und Verteidiger der Menschenrechte.³⁶

Es ist allerdings zu bezweifeln, dass die eurozentrische Wahrnehmung und Präsentation dieser Wertvorstellungen das Ziel ihrer Verteidigung und universellen Verbreitung voranbringen kann. Vielmehr ist vom Gegenteil auszugehen. Die europäische/westliche Selbstzuschreibung wird vom Rest der Welt übernommen, d.h. die Menschenrechte werden mit dem Westen identifiziert, was dazu führt, dass sie als westliche Konstrukte Misstrauen und Marginalisierungsbefürchtungen erwecken. Die Menschenrechte erleiden daher wegen der Überakzentuierung ihrer europäischen Herkunft in vielen globalen und lokalen Gesprächszusammenhängen starke Einbußen an Legitimität und Verbindlichkeit. Auf diese Gefahr für universelle Werte, die sich im europäischen Anspruch auf die Erfindung der Menschenrechte verbirgt, weist auch die afrikanische politische Philosophie hin.³⁷ In seinem Text „Die Stimme des Herrn“ zeigt *Paulin Hountondji* eindrucksvoll, wie der afrikanische Diskurs in Verteidigung einer originären und selbstständigen afrikanischen Kultur alle vom Westen propagierten Werte zurückweist.³⁸ Dabei droht, wie er zu Recht anmerkt, das Heraufziehen eines moralischen und politischen Relativismus, der letztlich mit dem Eurozentrismus vergleichbar ist.³⁹ Von der universalen Geltung der Menschenrechte würde nicht mehr viel übrig bleiben.

Die Universalität der Menschenrechte und damit die Legitimationsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs, jenes Gerichts, das die schwersten Menschenrechtsverbrechen ahndet, setzt vielmehr eine „Entwestlichung“ des Menschenrechtsdiskurses voraus.⁴⁰ Die Bedeutung einer „Entwestlichung“ der Menschenrechte für ihre normative Stär-

www.venice.coe.int (11.3.2018, unter den Feldern „About us“ und „Types of Activities“). Auf das Beispiel der Venedig-Kommission weist *Bruch* bei ihrer Auseinandersetzung mit der Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina aus postkolonialem Blickwinkel hin; *Bruch*, Boston University International Law Journal 28:1 (2010), 33.

³⁶ Vgl. die polarisierende, übersteigernde und kurzsichtige Argumentation von *Schlesinger* (Fn. 33), S. 134: „It was the French, not the Algerians, who freed Algerian women from the veil [...]; as in India it was the British, not the Indians, who ended (or did their best to end) the horrible custom of suttee-widows burning themselves alive on their husbands' funeral pyres. And it was the West, not the non-Western cultures, that launched the crusade to abolish slavery-and in doing so encountered mighty resistance, especially in the Islamic world [...]“

³⁷ *Dübgen/Skupien*, in: *Dübgen/Skupien* (Hrsg.), *Afrikanische Politische Philosophie, Postkoloniale Positionen*, 2. Aufl. 2016, S. 31; *Hountondji*, in: *Dübgen/Skupien* (a.a.O.), S. 149 (163).

³⁸ *Hountondji* (Fn. 37), S. 149 (163); zu *Hountondjis* These siehe auch *Dübgen/Skupien* (Fn. 37), S. 31.

³⁹ *Hountondji* (Fn. 37), S. 149 (163).

⁴⁰ So zu Recht *Baretto*, in: *Barreto* (Hrsg.), *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, 2013, S. 16.

³⁰ Über den „Menschenrechtsdiskurs als Trojanisches Pferd“ *Benhabib* (Fn. 14), S. 39.

³¹ *Deitelhoff/Zürn* (Fn. 1), S. 261.

³² *Huntington*, *Kampf der Kulturen, Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert*, 9. Aufl. 2002, S. 292.

³³ *Slesinger*, *Disuniting of America, Reflections on a Multicultural Society*, 1998, S. 133, auf *Slesingers* radikale These bezieht sich *Huntington* (Fn. 32), S. 513.

³⁴ *Slesinger* (Fn. 33), S. 133, siehe auch *Huntington* (Fn. 32), S. 513.

³⁵ Council of Europe, *The Venice Commission*,

kung wird besonders von postkolonialen Theoretikern hervorgehoben, die sich kritisch mit dem Kolonialismus und seinen fortwirkenden Folgen befassen.⁴¹ „The future demands thinking beyond the Greeks and Eurocentrism“⁴² betont in diesem Zusammenhang *Walter Mignolo* und fordert eine radikale Rekonzeptualisierung des menschenrechtlichen Paradigmas als entscheidenden Schritt zu einem echten Kosmopolitismus.⁴³ Der Weg zur Universalisierung verläuft über die „Provinzialisierung Europas“⁴⁴. Ein Abschied von der Vorstellung einer substantiellen oder intrinsischen „Westlichkeit“ der Menschenrechte ist dafür erforderlich. Diese Vorstellung ist nämlich Ausdruck eines partikularistischen Weltbildes und konterkariert somit jene Universalitätsansprüche, die mit dem Begriff der Menschenrechte unauflöslich verbunden sind.⁴⁵ Dabei soll die Forderung nach einer „Entwestlichung“ der Menschenrechte selbstverständlich nicht nur auf eine Sensibilisierung des Sprachgebrauchs hinauslaufen. Erforderlich ist vielmehr eine Rekonzeptualisierung und Rekontextualisierung des Konzepts der Menschenrechte von Grund auf.⁴⁶

Dabei muss verdeutlicht werden, dass die Menschheitsgeschichte vielförmige kulturelle Diskurse über Gerechtigkeit und Menschenrechte aufzuweisen hat, die nicht lediglich im europäischen kulturellen Raum zu verorten sind.⁴⁷ Solche Referenzen sollen sinnvollerweise nicht dem abstrakt-kritischen Schema einer bloßen Umkehrung folgen, einer Marginalisierung der Marginalisierer sozusagen. Sie sollen zunächst einmal nichts anderes als das Thema der Menschenrechte tatsächlich mit dem ganzen Thema der Menschheit in Verbindung bringen. Aus der Binnenperspektive Europas ist methodisch vor allem über die Französische Revolution hinaus zu denken und die Geschichte des Kolonialismus auf die Begründung der Menschenrechte zu beziehen, wie sie in Anbetracht der Eroberung Amerikas und der Verbrechen der Conquista gegen die Ureinwohner artikuliert wurde.⁴⁸ Es ist dieser geschichtliche Kontext, in dem uns eine der frühesten Begründungen der Menschenrechte begegnet, und zwar in den Schriften von *Francisco de Vitoria*, eines Hauptvertreters

der spätscholastischen sog. Salamanca-Schule.⁴⁹ *Vitorias* Schriften, trotz aller ihrer Ambivalenzen und dunklen Punkte,⁵⁰ lassen sich wichtige Elemente einer anti-kolonialen Begründung der Menschenrechte entnehmen, sie stellen einen wichtigen ideengeschichtlichen Anknüpfungspunkt für die Neukonfiguration des menschenrechtlichen Paradigmas dar. Außerdem ist es, neben der historischen Erweiterung des Diskussionsrahmens, unverzichtbar, sich eingehender mit der afrikanischen Auffassung der Menschenrechte auseinanderzusetzen, wie sie in Dokumenten wie der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker zum Ausdruck kommt.⁵¹

2. Hybridisierung internationaler Strafjustiz auf dem Boden postkolonialer Theorie

Bei dem Versuch, der gegenwärtigen Vertrauenskrise internationaler Strafgerichtsbarkeit entgegen zu wirken, darf man freilich nicht nur bei dieser Erweiterung des philosophischen oder kulturgeschichtlichen Bezugsrahmens stehenbleiben. Es ist nicht nur das abstrakte Menschenrechtskonzept, das „entkolonialisiert“ werden soll, sondern auch die internationale Strafjustiz selbst als eine der konkreten und in der öffentlichen Aufmerksamkeit und Diskussion stehenden Ausprägungen dieses Konzepts. Die wissenschaftliche Kontextualisierung des menschenrechtlichen Paradigmas ist zwar von erheblicher Bedeutung für eine Verbreiterung der normativen Fundamente internationaler Strafjustiz, sie kann aber nicht die Wirkung und Überzeugungskraft ersetzen, die eine faktische Umgestaltung des institutionellen Handlungsrahmens entfalten kann. Es könnten also institutionelle Reformen, namentlich solche gerichtsverfassungsrechtlicher Natur, erforderlich sein.

Mit institutionellen Modifikationen sind nicht einfach die Verlegung des Sitzes des Gerichts von Den Haag in eine Metropole des Südens oder die Erhöhung der Zahl der Richterinnen und Richter afrikanischer Herkunft gemeint. Es geht um die Aufgabe einer auf institutioneller Ebene herauszubildenden „postkolonialen Identität“ durch eine Verflechtung und Vermischung der Traditionen und Kulturen.⁵² Den theoretischen Boden dafür bietet das Konzept kultureller „Hybridität“, das in der postkolonialen Theorie von zentraler Bedeutung und vor allem mit dem Namen des in Harvard lehrenden

⁴¹ Vgl. *Baretto* (Fn. 40), S. 16. Allg. zur postkolonialen Theorien *Deitelhoff/Zürn* (Fn. 1), S. 286 ff.; *Varela/Dhawn*, Postkoloniale Theorie, Eine kritische Einführung, 2. Aufl. 2015; *Kerner*, Postkoloniale Theorien zur Einführung, 2012.

⁴² *Mignolo*, in: *Mendieta* (Hrsg.), *Latin American Philosophy*, S. 80 (85); auf *Mignolo* verweist auch *Baretto* (Fn. 40), S. 3.

⁴³ *Baretto* (Fn. 40), S. 3.

⁴⁴ Der Anspruch nach „Provinzialisierung von Europa“ stammt von dem indischen Historiker *Dipesh Chakrabarty*, *Chakrabarty*, *Europa als Provinz*, Perspektiven postkolonialer Geschichtsschreibung, 2010; siehe auch *Woessner*, in: *Baretto* (Fn. 40), S. 65 ff.

⁴⁵ Vgl. *Twining*, in: *Barreto* (Fn. 40), S. 256 (257); *Hountondji* (Fn. 37), S. 149 (163).

⁴⁶ Vgl. *Baretto* (Fn. 40), S. 7 ff.

⁴⁷ So *Benhabib* im Rahmen ihrer Kritik gegen den Menschenrechtsansatz von *Rawls*, *Benhabib* (Fn. 14), S. 109; siehe auch *Baretto* (Fn. 40), S. 140 ff.

⁴⁸ *Baretto* (Fn. 40), S. 10, 15 ff., 20, 140 ff.

⁴⁹ Vgl. *Baretto* (Fn. 40), S. 5, der allerdings *Vitorias* Schriften hauptsächlich als die theoretische Untermauerung der imperialen Politik Spaniens wahrnimmt, S. 21, 145 ff.

⁵⁰ Zur Ambivalenz und polarisierenden Wirkung von *Vitorias* Denken *Thumfahrt*, *Die Begründung der globalpolitischen Philosophie*, *Francisco de Vitorias* Vorlesung über die Entdeckung Amerikas im ideengeschichtlichen Kontext, 2012, S. 17 f.

⁵¹ *Banjul Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker*, abrufbar unter:

http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf (11.3.2018).

⁵² Zum Phänomen der postkolonialen Identität durch Vermischung und generell zur Hybridisierungstheorie *Kerner* (Fn. 41), S. 114 ff., 125 f.

indischen Sprach- und Literaturwissenschaftlers *Homi Bhabha* verbunden ist.⁵³ Unter dem Begriff der Hybridität ist *Bhabha* zufolge kein Zustand der einfachen Vermischung von zwei ursprünglichen Momenten zu verstehen, aus denen nun ein Drittes hervorgeht.⁵⁴ Es ist vielmehr ein „Dritter Raum“, in dem durch kontinuierliche Wechselwirkung vorhandene Machtverhältnisse reformuliert, neue Positionen artikuliert und Minderheiten repräsentiert werden.⁵⁵ Es handelt sich um einen Ort, an dem Differenzen diskutiert und bearbeitet werden.⁵⁶ Vor allem in diesem Zusammenhang wird die Natur der Hybridität als „double-voiced“⁵⁷ betont: Hybridität vermischt einerseits und hält andererseits die Differenzen aufrecht.⁵⁸

Das Konzept der Hybridität ist dem internationalen Strafrecht nicht unbekannt. Im Gegenteil lassen sich gerade hier deutliche Tendenzen zu einer Hybridisierung der Strafrechtspflege wahrnehmen.⁵⁹ Die sog. Hybrid Courts, die sich aus internationalen und nationalen Richterinnen und Richtern zusammensetzen und sowohl internationales als auch nationales Recht anwenden, stellen eine zunehmend verbreitete Alternative zur Institution des Internationalen Strafgerichtshofs dar.⁶⁰ Bekannte Beispiele hierfür sind die Sonderkammern in Ost-Timor, der Sondergerichtshof für Sierra Leone, die Außerordentlichen Kammern in Kambodscha, die Kammern für Kriegsverbrechen in Bosnien-Herzegowina sowie das Sondertribunal für den Libanon.⁶¹ Außerdem wird die Errichtung von hybriden Gerichtshöfen als Alternative zum IStGH von einigen afrikanischen Staaten in Erwägung gezogen.⁶²

Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Unzufriedenheit der afrikanischen Staaten wäre es sinnvoll, wenn die völkerstrafrechtliche Forschung sich mit diesen neuen Entwicklungen im Völkerstrafrecht unter dem Blickwinkel des postkolonialen Begriffs der „Hybridität“ auseinandersetzen würde. Zu untersuchen wäre, ob und inwieweit die Idee hybrider

Gerichtshöfe zu einer postkolonialen internationalen Strafgerichtsbarkeit beitragen kann, die auf einer produktiven Vermischung der Rechtskulturen bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung von Differenzen aufbaut. In diesem Zusammenhang muss auch der Frage nachgegangen werden, ob eine Hybridisierung des Internationalen Strafgerichtshofs selbst möglich und sinnvoll ist: Könnte, spekulativ gefragt, der IStGH jenen „Dritten Raum“ bilden, in dem die herkömmlichen Kategorien und Dichotomien vom Westen und dem Rest der Welt überschritten würden und in dem gleichwohl Platz für Differenzen bliebe?⁶³

Überträgt man *Bhabhas* Konzept des „Dritten Raums“ in ein architektonisches Bild, kommt es dem eines Treppenhauses nahe.⁶⁴ Das Treppenhaus dient als „Schwellenraum“ zwischen den ursprünglichen Gegensätzen, „Oben und Unten, Schwarz und Weiß“⁶⁵, die auch als Westen und Osten, Nord und Süd formuliert werden können. Das Hin und Her des Treppenhauses verhindert, dass die Identitäten auf ihr oberes oder ihr unteres Ende, nämlich auf die Orte der ursprünglichen Polaritäten, festgenagelt werden.⁶⁶ Mit dem Konzept des „Dritten Raums“ lehnt *Bhabha* jenes Denken ab, das auf Reinheit und Abgrenzbarkeit von Kulturen abstellt.⁶⁷

Vergegenwärtigt man sich das Bild des Treppenhauses genauer, stellt man fest, dass die Hybridisierung rechtlicher Institutionen nicht in eine formelle Synthese von nationalem und internationalem Recht münden sollte.⁶⁸ Entscheidend ist vielmehr die institutionelle und durchaus auch im wörtlichen Sinne architektonische Ermöglichung von dialogischen Situationen, die eine kontinuierliche Bewegung und einen kontinuierlichen Austausch zwischen den Rechtskulturen fördern.⁶⁹ Die Herausarbeitung eines solchen institutionellen Kontextes, der durch Vermischung, Bewegung und Interaktion gekennzeichnet ist, könnte auch ein wichtiger Beitrag zur Stärkung und Verteidigung des menschenrechtlichen Universalismus gegenüber regionalistischen Positionen sein, die ethnische Homogenität und kulturelle Reinheit als fundamentale Werte hervorheben.⁷⁰

⁵³ *Bhabha*, Die Verortung der Kultur, 2000; dazu *Kerner* (Fn. 41), S. 126 ff.; auch *Varela/Dhawan* (Fn. 41), S. 219 ff.

⁵⁴ *Varela/Dhawan* (Fn. 41), S. 249; *Kerner* (Fn. 41), S. 126.

⁵⁵ *Varela/Dhawan* (Fn. 41), S. 249; vgl. auch *Young*, Hybridity in Theory, Culture and Race, 1995, S. 22 f.

⁵⁶ *Varela/Dhawan* (Fn. 41), S. 249. Andere postkoloniale Ansätze fassen „Hybridität“ als ein dialektisches Modell kultureller Interaktion auf, siehe z.B. *Young* (Fn. 54), S. 22, der sich auf *Bakhtins* Model der linguistischen Hybridität stützt; zu den unterschiedlichen Auffassungen von Hybridität *Bruch*, Boston University International Law Journal 28:1 (2010), 33 (38).

⁵⁷ *Bruch*, Boston University International Law Journal 28:1 (2010), 33 (38).

⁵⁸ *Young* (Fn. 54), S. 22; dazu *Bruch*, Boston University International Law Journal 28:1 (2010), 33 (38).

⁵⁹ *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 80 ff.

⁶⁰ *Werle/Jeßberger* (Fn. 59), Rn. 80 ff., 82 ff.; *Tull/Weber* (Fn. 5).

⁶¹ *Werle/Jeßberger* (Fn. 59), Rn. 81.

⁶² *Tull/Weber* (Fn. 5), S. 22.

⁶³ Vgl. *Struve*, zur Aktualität von Homi K. Bhabha, Einleitung in sein Werk, 2013, S. 122 ff.; *Bhabha* (Fn. 53), S. 5.

⁶⁴ *Bhabha* (Fn. 53), S. 5.

⁶⁵ *Bhabha* (Fn. 53), S. 5.

⁶⁶ *Bhabha* (Fn. 53), S. 5.

⁶⁷ *Struve* (Fn. 63), S. 124; vgl. *Kerner* (Fn. 41), S. 125.

⁶⁸ Vgl. *Struve* (Fn. 63), S. 123.

⁶⁹ Vgl. *Struve* (Fn. 63), S. 123.

⁷⁰ Solche Positionen bedienen sich dabei zum Teil, zumindest rhetorisch, der postkolonialen Skepsis, siehe z.B. *Alain de Benoist*, maßgeblicher Vertreter der Nouvelle Droite, welcher in seiner „Kritik der Menschenrechte“ im Konzept der Menschenrechte „ein Instrument der Herrschaft“ und „eine Fortsetzung also des kolonialen Syndroms“ sieht, *de Benoist*, Kritik der Menschenrechte, Warum Universalismus und Globalisierung die Freiheit bedrohen, 2004, S. 11, 73. Hierbei handelt es sich um eine politisch dubiose Form der Kritik, die schon lange vor der Institutionalisierung internationaler Strafjustiz gegen ihre ideellen Grundlagen artikuliert wurde. Bekannt ist das von *Carl Schmitt* in seiner Abhandlung über

III. Fazit

Für die Lösung der gegenwärtig zu beobachtenden Legitimationskrise der internationalen Strafgerichtsbarkeit gibt es kein einfaches Rezept. Wichtig dafür ist die Öffnung des juristischen Diskurses für Begriffe und Überlegungen aus anderen geisteswissenschaftlichen Gebieten, die sich auf dieselben Probleme beziehen. Der vorliegende Text versteht sich insofern als Skizze, als Entwurf, der zu einer produktiven Integration des postkolonialen Diskurses im Völkerstrafrecht anregen möchte. Alle Geistes- und Gesellschaftswissenschaften sind in einen Austausch mit den postkolonialen Theorien eingetreten. Auch in der Rechtswissenschaft, zumal in der Völkerrechtswissenschaft wäre es jetzt an der Zeit.⁷¹ Den produktiven Austausch könnte das postkoloniale Konzept der Hybridität ermöglichen, das mit Blick auf das im internationalen Strafrecht fest etablierte Konzept der Hybrid Courts unmittelbar anschlussfähig ist. Außerdem sollten der Diskurs um die „Provinzialisierung“ Europas und die „Entwestlichung“ der Menschenrechte einbezogen werden.

den Begriff des Politischen vorgebrachte Verdikt, dass, wer Menschheit sagt, betrügen will. „Menschheit“ erscheint in solchen Deutungen als „ideologisches Instrument imperialistischer Expansionen“, *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, 8. Aufl. 2009, S. 51.

⁷¹ Bislang sind lediglich (immerhin) punktuelle Kontaktaufnahmen der Rechtswissenschaft mit den postkolonialen Theorien festzustellen, siehe z.B. das Schwerpunktheft der Kritischen Justiz 2/2012, in dem Ansätze zu einer postkolonialen Rechtslehre erörtert werden, siehe *Pichl*, KJ 2012, 131; zum Schwerpunkt des Heftes „Postkolonialismus und Recht“, *Dann/Hanschmann*, KJ 2012, 127. Weitere Anknüpfungspunkte finden sich im Bereich der rechtsethnologischen Forschung. Beispielhaft kann hier der Aufsatz von *Schröter*, in: *Kadelbach/Günther* (Hrsg.), *Recht ohne Staat*, 2011, S. 202 ff., erwähnt werden.

Buchrezension

Mertens, Andreas/Stuff, Iris/Mück, Jörg, *Verteidigervergütung*, 2. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2016, 370 S., € 49,99.

Spontan irritiert es vielleicht manchen Leser, dass eine Zeitschrift, welche sich explizit mit Strafrechtsdogmatik beschäftigt, die Rezension eines Buches über die Verteidigervergütung veröffentlicht. Dies ist jedoch nur auf den ersten Blick überraschend, wenn man bedenkt, dass eine funktionstüchtige Strafrechtspflege seit einiger Zeit Einzug in die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts gefunden hat. Dies geht insbesondere auf die Überlegungen des Verfassungsrichters Landau zurück, wie sie beispielsweise in seinem Aufsatz „Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ (*Landau*, *NStZ* 2007, 121) zu finden sind. Dieser Topos kann als mittlerweile gefestigte Rechtsprechung angesehen werden.

Er wird zwar regelmäßig lediglich im Zusammenhang mit der (staatlichen) Strafjustiz genannt. Wenn aber der Rechtsanwalt ein Organ der Rechtspflege ist und die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege Verfassungsrang hat, ist es auch wichtig, den zur Wahrung der Rechte des Bürgers im Verfahren berufenen Verteidiger so zu vergüten, dass er diese Funktion wahrnehmen kann. Dazu gehört, dass sich seine Tätigkeit so oft wie möglich (leider ist das erfahrungsgemäß nicht immer machbar) betriebswirtschaftlich trägt. Das ist mit steigender Anwaltszahl und zunehmender Differenzierungen zwischen Großkanzleien mit wirtschaftlich lukrativen Mandaten einerseits und Einzelkanzleien mit den restlichen Mandaten andererseits schwieriger. Daher ist es wichtig, dass der Verteidiger die ihm zustehende Vergütung kennt sowie richtig und vollständig berechnet. Nur so kann er der Verteidigung des jeweiligen Mandanten auch die in der Sache gebotene Zeit widmen.

Das von *Andreas Mertens, Iris Stuff* und *Jörg Mück* verfasste Werk „Verteidigervergütung“ liegt mittlerweile in der 2. Auflage vor und umfasst nahezu 370 Seiten. Das Buch wendet sich an alle „in Strafsachen tätigen Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen“ also an Berufsanfänger und auch an erfahrene Berufsträger. Allen Benutzergruppen wird eine praktische und fundierte Arbeitshilfe geboten. Das Werk füllt dabei die Lücke, die zwischen allgemeinen Werken zum Gebührenrecht (welche das Strafrecht eher stiefmütterlich und fast schon marginal behandeln) und umfangreichen Kommentaren (welche für die vertiefte Beantwortung von Einzelfragen unverzichtbar sind) besteht.

Thematisch gliedert sich das Werk in sechs Teile, die der Entwicklung des Mandates folgen sowie zwei Exkurse. Es beginnt mit einer Einführung in Entstehungssystematik und Aufbau des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG). Daran schließt sich ein Kapitel über die Vergütungsvereinbarung an. Es folgt der Hauptteil (147 Seiten) über die gesetzlichen Gebühren. Das Buch leitet dann über zu den Anforderungen an eine wirksame Rechnungsstellung sowie deren Wirkung. Weiter behandelt es die Kostengrundentscheidung sowie schließlich das Kostenfestsetzungsverfahren. Das Werk schließt mit zwei als Exkurs bezeichneten Kapiteln über die

Beratungshilfe sowie die Tätigkeit als Zeugenbeistand bzw. als Nebenklage- und Privatklagevertretung.

Es ist interessant, zum Vergleich *Maderts* Vorgängerwerk in der „Gelben Reihe“ heranzuziehen (*Wolfgang Madert*, *Gebühren des Strafverteidigers*, 1987). Damals galt noch die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO), welche gerade im Strafrecht ein System hatte, welches sich kaum an den konkret entfalteteten Tätigkeiten des Verteidigers und dem damit verbundenen Aufwand orientierte. Bei einem solchen Vergleich interessieren nicht so sehr die unterschiedlichen Abrechnungsmodalitäten, sondern vielmehr ein Blick darauf, welche Verteidigungsaktivitäten damals noch erheblich geringeren Raum einnahmen als heute.

Da haben wir zunächst einmal das Bußgeldverfahren. Hier kam *Madert* (II. 9.) noch mit vier Seiten aus. Dabei ging es ausschließlich um die Verteidigung gegenüber Verwaltungsbehörde und Gericht. Bei *Mertens/Stuff/Mück* nehmen die Gebühren im Bußgeldverfahren ein eigenes Unterkapitel (Teil 3 E.) mit 27 Seiten ein. Hier ist der vermehrte Umfang primär in der erheblich differenzierteren gesetzlichen Regelung zu sehen. Es kommen aber auch Tätigkeiten im Einziehungsverfahren oder in Vollstreckungs- und Gnadensachen dazu, die mittlerweile für das Bußgeldverfahren gesondert geregelt sind.

Ein weiterer Aspekt, der eine nähere Betrachtung wert ist, stellt die Nebenklage dar. *Madert* handelte sie seinerzeit auf viereinhalb Seiten ab. Dabei entfiel die letzte Seite auf ein Kapitel „Verpönte Nebenklage sowie Erstattbarkeit der Nebenklagekosten bei Einstellung des Verfahrens“. Schon der Anfang der Überschrift machte deutlich, was ein Strafverteidiger damals von einer solchen Tätigkeit hielt – nämlich nichts. Jeder ältere Kollege wird sich noch erinnern, dass damals eine solche Tätigkeit als „Gehilfe der Staatsanwaltschaft“ als eines Strafverteidigers unwürdig angesehen wurde. Die Funktion des Strafverteidigers wurde seinerzeit allein in der Verteidigung gegen die mächtigen staatlichen Strafverfolgungsorgane gesehen. Bei *Madert* gibt es daher sogar das Muster für ein Schreiben des Rechtsanwalts des Geschädigten an den Verteidiger, mit welchem man vermeiden könne, in der Hauptverhandlung als Nebenklägervertreter auftreten zu müssen.

All das hat sich heute geändert. „Exkurs 2“ bei *Mertens/Stuff/Mück* befasst sich mit dem Bereich „Zeugenbeistand, Nebenklage- und Privatklagevertretung“ (sieben Seiten) und bei den gesetzlichen Gebühren des Teils 3 werden unter B. III. 3. die Gebühren des Adhäsionsverfahrens (vier Seiten) behandelt. Im Rahmen der Kostengrundentscheidung (Teil 5 B. VII. 5.-7.) kommen weitere viereinhalb Seiten dazu. Insgesamt hat sich der Umfang also knapp vervierfacht. Dies zeigt: strafprozessuale anwaltliche Tätigkeiten zulasten des Angeklagten sind inzwischen zur normalen anwaltlichen Tätigkeit geworden und werden genauso behandelt.

Das Buch stellt die umfangreiche Materie der Verteidigeraktivitäten und der dafür anfallenden Gebühren lückenlos und dennoch prägnant dar. Dabei erleichtert es die Orientierung durch eine sehr ausführliche, übersichtliche und sinnvoll strukturierte Gliederung. Innerhalb der einzelnen Teile sind immer wieder Tabellen, Checklisten, Praxishinweise und

Muster zu finden, die wertvolle praktische Hilfen darstellen. Über das gut strukturierte Stichwortverzeichnis lassen sich die Problemfelder schnell erschließen, was bei einem Buch der beliebten Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ nicht überraschend ist.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das vorliegende Werk nicht nur jedem Berufsanfänger uneingeschränkt zur Einarbeitung in das Gebührenrecht zu empfehlen ist, sondern auch erfahrenen Verteidigern die Gelegenheit bietet, kompakte Antworten auf gebührenrechtliche Fragestellungen zu finden. Es ist unverzichtbar für die Einarbeitung in das strafrechtliche Gebührensystem, welches dadurch kompliziert ist, dass es für die verschiedenen Verfahrensarten völlig unterschiedliche Abrechnungssysteme hat. Man denke nur an die Unterschiede zwischen der Strafvollstreckung (Pflichtverteidigergebühren) und dem Strafvollzug (streitwertabhängige Prozesskostenhilfe). Da gibt das Werk klare Orientierungen und Hilfen. Es sollte daher seinen festen Platz in der Handbibliothek des Strafverteidigers haben.

Rechtsanwalt Volker Seiring, Freiburg

Tagungsbericht: Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts

6. Deutsch-Französische Strafrechtstagung, Göttingen 27.–28.10.2017

Von Wiss. Mitarbeiterin **Pauline Schmitt**, Marburg

Am 27. und 28.10.2017 fand in Göttingen die 6. Deutsch-Französische Strafrechtstagung statt. Damit wurde eine seit 2007 bestehende Veranstaltungsreihe fortgesetzt, in deren Rahmen alle zwei Jahre renommierte Experten/innen des deutschen und französischen Strafrechts abwechselnd in Deutschland und in Frankreich zu Gesprächen über aktuelle strafrechtliche Fragestellungen zusammenkommen.¹ Die diesjährige Tagung war dem Thema „Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts“ gewidmet. Wie Prof. Dr. Stefanie Bock von der Philipps-Universität Marburg, neben Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Georg-August-Universität Göttingen, Mitorganisatorin der Tagung, in ihrer Begrüßung betonte, handelt es sich beim Wirtschaftsstrafrecht um eines der großen Themen der Gegenwart, wo das Strafrecht komplexe, grenzüberschreitende Zusammenhänge erfassen und angemessen behandeln müsse. Hierdurch ergeben sich zahlreiche Anknüpfungspunkte für spannende rechtsvergleichende und internationale Forschungsfragen. Diesen widmeten sich neun Wissenschaftler/innen aus Deutschland und Frankreich in ihren Vorträgen zu so vielseitigen Themen wie Regulierung durch Vagheit, Probleme der strafrechtlichen Verfolgung von Unternehmen in Deutschland und Frankreich, Verschulden im Wirtschaftsstrafrecht, aber auch europarechtliche und völkerstrafrechtliche Konzepte zur Ahndung von Wirtschaftskriminalität. Damit bot die Tagung Raum für angeregte und fruchtbare Diskussionen, die über die Grenzen des nationalen Strafrechts hinaus führten.

I. Regulierung durch Vagheit?

Im ersten Vortrag warf Prof. Dr. Christoph Burchard, Goethe-Universität Frankfurt am Main, die Frage auf, ob „Regulierung durch Vagheit“ ein legitimer und sinnvoller Ansatz für das Wirtschaftsstrafrecht ist. Er stellte heraus, dass die Rechtssetzung im Wirtschaftsstrafrecht in besonderem Maße dazu tendiere, mit vagen Begriffen zu arbeiten. Hierdurch werde für den Normadressaten ein Bereich rechtlicher Unsicherheit ausgewiesen, innerhalb dessen dieser ein kaum kalkulierbares Bestrafungsrisiko eingehen. Betreffe diese Unsicherheit zu weitgehende Verhaltensbereiche, sei die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz zweifelhaft. Die Analyse der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zeige zwar, dass auch dieser der Abwägung zugänglich sei. Daher könne man annehmen, dass das Bestimmtheitsgebot nur einen Rahmen vorgebe, innerhalb dessen regulatorische Vagheit zu rechtspolitischen Zielen eingesetzt werden dürfe. Ob dies geschehen solle und wenn ja, in welcher Form, be-

¹ Siehe die Tagungsberichte zu den Tagungen von 2015: Hamdan/Stuckenberg, GA 2016, 571; 2013: Hamdan/Jung/Stuckenberg, GA 2013, 711; 2011: Jung/Kopf/Stuckenberg, GA 2011, 531; 2009: Stuckenberg, GA 2009, 429, sowie zur ersten Tagung 2007 den Tagungsband: Leblois-Happe, (Hrsg.): Vers un nouveau procès pénal, Neue Wege des Strafprozesses, 2008.

dürfe jedoch der kriminalpolitischen Diskussion. Für ein freiheitliches Strafrecht verbiete es sich jedenfalls, die Bürger durch völlige Rechtsunsicherheit zu einer „Overcompliance“, also dem Absehen von riskanten, möglicherweise strafbaren Verhaltensweisen, zu zwingen.

In der Diskussion herrschte Einigkeit, dass abstrakt-generelle Gesetze auf ein gewisses Maß an Vagheit notwendig angewiesen sind, aber dennoch Orientierungssicherheit gewährleisten müssen. Darüber hinaus wurden die Folgen materiell-rechtlicher Vagheit für die Irrtumsdogmatik und das Prozessrecht diskutiert.

II. Compliance und Verständigung im Wirtschaftsstrafrecht

Im nächsten Vortrag beschäftigte sich Julien Walther, maître de conférences an der Université de Lorraine, mit „Entwicklungen der Compliance und der Verständigung im Wirtschaftsstrafrecht“. Er beleuchtete, wie in Frankreich zunehmend nach amerikanischem Vorbild Strukturen geschaffen werden, die die Verfolgung von Wirtschaftskriminalität durch Kooperationsanreize und flexiblere Reaktionsmöglichkeiten der Strafverfolgungsorgane erleichtern sollten. Es sei allerdings fraglich, inwieweit diese Entwicklung mit tradierten französischen Rechtsstrukturen kompatibel sei. So sei eine Bestrafung der Nichteinrichtung von Compliance-Systemen bis zur Schaffung spezieller Unterlassungsdelikte problematisch gewesen. Mittlerweile seien bestimmte Compliance-Maßnahmen aber gesetzlich zwingend vorgeschrieben. Die Einhaltung der entsprechenden Vorgaben werde durch die Agence française d'anticorruption überwacht und durch verschiedene prozessuale Maßnahmen gefördert. Demgegenüber seien wegen der besonderen Bedeutung richterlicher Kontrolle im französischen Ermittlungsverfahren informelle Verfahren zur Verhandlung über Verfahrenseinstellungen problematisch. Insbesondere der Verhandlungsspielraum der Strafverfolgungsbehörden sei umstritten.

In der Diskussion wurden Möglichkeiten der Verwaltung zur Umgehung der strengen prozessualen Vorgaben und die schwierige Stellung der Compliance-Beauftragten des Unternehmens angesprochen. Darüber hinaus wurde hervorgehoben, dass es für Richter sehr schwierig sei, die Qualität von Compliance-Programmen zu beurteilen.

III. Vorsatz und Verschulden im Wirtschaftsstrafrecht

Anschließend berichtete Xavier Pin, Professeur des universités an der Université Lyon, in seinem Vortrag zum Thema „la faute en droit pénal économique“ über Wandlungen des französischen Wirtschaftsstrafrechts im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung des Verschuldens. Dessen Bedeutung schwinde aufgrund der Effizienzorientierung des Wirtschaftsrechts. Es sei eine Tendenz zur Entwicklung einer verschuldensunabhängigen Haftung i.S.e. „strict liability“ zu erkennen. Der Vorsatz werde zunehmend zu einer objektiven Kategorie, da er nach anerkannter Rechtsprechung aus äußeren

Gegebenheiten unwiderleglich zu schließen sei. Enthielten früher viele Delikte spezielle subjektive Merkmale, entfielen derartige Anforderungen zunehmend oder würden durch Vermutungen marginalisiert. Auch fahrlässiges Handeln werde fast stets bejaht, zumal die Beachtung eines durchschnittlichen Maßes an Sorgfalt im wirtschaftsrechtlichen Kontext nicht vor Strafe schütze. Art. 121-1 des Code Pénal, dem zufolge grundsätzlich nur vorsätzliches Handeln strafbar ist, habe dann lediglich symbolischen Charakter. Dieser Ansatz habe seinen Platz im Ordnungswidrigkeiten- und Polizeirecht, widerspreche aber strafrechtlichen Grundsätzen.

Auch in der anschließenden Diskussion wurde moniert, dass strafrechtliche Kernprinzipien im Wirtschaftsstrafrecht zunehmend umgangen würden. Man wolle das Vorsatz- und Verschuldenserfordernis und damit den strafrechtlichen Charakter der Vorschriften zwar formell wahren, Nachweisanforderungen jedoch senken, da das Recht sonst an Effizienz einbüße.

IV. Unternehmensstrafrecht

Unter dem Titel „Unternehmensstrafrecht“ erörterte Prof. Dr. Uwe Murmann von der Georg-August-Universität Göttingen anschließend verschiedene Ansätze, Unternehmen bzw. juristische Personen strafrechtlich oder strafrechtsähnlich zur Verantwortung zu ziehen. Individuelle Verantwortlichkeit für aus Unternehmen heraus begangene Straftaten zu begründen, berge wegen der Eigendynamik kollektiver Prozesses und der häufig komplexen Organisationsstrukturen Probleme. Mittlerweile gebe es jedoch umfassende dogmatische Möglichkeiten, Leitungspersonen zur Verantwortung zu ziehen. Aber auch mit den ordnungswidrigkeitenrechtlichen Maßnahmen werde versteckt Strafrecht betrieben, was wegen des Opportunitätsprinzips bedenklich sei. Murmann beleuchtete die sanktionsähnliche Gewinnabschöpfung, die Haftung des Betriebsinhabers für Organisationsverschulden gemäß § 130 OWiG sowie die Verbandsgeldbuße gemäß § 30 OWiG. Diese Institute seien zur Unternehmenssteuerung präventiv legitimierbar, aber ebenso wie eine echte Strafbarkeit von Unternehmen im Hinblick auf das Schuldprinzip bedenklich.

Unter den Teilnehmern entbrannte anschließend eine lebhafte Diskussion über die Übertragbarkeit der Strafzwecktheorien, der Menschenwürde und des Schuldprinzips auf Verbände. Übereinstimmend wurden Bedenken gegen die Überschneidung von Verwaltungsrecht und Strafrecht im Ordnungswidrigkeitenrecht erhoben.

V. Strafbarkeit juristischer Personen und Verständigungen

Juliette Lelieur, maître de conférences an der Universität de Strasbourg, sprach zum Thema „Les personnes morales, la transaction judiciaire et le droit pénal des affaires“ und gab dabei aus französischer Sicht Einblicke in die Probleme der Strafbarkeit juristischer Personen und Verständigungen im Wirtschaftsstrafrecht, wobei sie stets den Vergleich zum deutschen Strafprozessrecht zog. Die Strafverfolgung in Wirtschaftssachen gestalte sich wegen der rechtlichen und tatsächlichen, aber auch beweistechnischen Komplexität der Taten schwierig; für Unternehmen sei die Öffentlichkeitswir-

kung einer strafrechtlichen Hauptverhandlung problematisch. Daher hätten beide Seiten einen Anreiz, außerprozessuale Reaktionsmöglichkeiten zu schaffen. So werde eine strafrechtliche Reaktion auf Wirtschaftskriminalität in Fällen möglich, in denen anderenfalls das Verfahren eingestellt würde. Art. 41-2 des Code de procédure pénale biete hierfür einen Ansatz. Es seien auch spezielle Verfahren zur Verfolgung juristischer Personen geschaffen worden. Diese seien jedoch stark reglementiert, hätten einen begrenzten sachlichen Anwendungsbereich und die Höhe der Sanktion sei limitiert. Die Schaffung effektiver und flexibler Mechanismen zum Umgang mit Wirtschaftskriminalität der Unternehmen, beispielsweise durch Möglichkeiten der Verständigung über eine Verfahrenseinstellung gegen Auflagen, sei dringend notwendig, um Unternehmenskriminalität auch vor Ort begegnen zu können.

VI. Wirtschaftsstaatsanwaltschaft

Jenny Frinchaboy von der Université Paris I sprach über die Schaffung des „parquet national financier“, einer Wirtschaftsstaatsanwaltschaft. Diese Behörde habe das Ziel, durch Spezialisierung der Ermittler und Kürzung der Verfahrensdauer die Effizienz der Verfolgung besonders komplexer und bedeutsamer Wirtschaftsstrafsachen zu erhöhen. So solle eine landesweit einheitliche, sichtbare und kohärente Strafverfolgung ermöglicht werden. Neben der Bekämpfung der Korruption unterfielen auch viele andere Delikte, beispielsweise aus dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, dem Zuständigkeitsbereich der Behörde. Diese solle außerdem mit weiteren neu geschaffenen Institutionen zusammenarbeiten, was eine besondere Herausforderung darstelle. Zuletzt sei es denkbar, dem „parquet national financier“ die Funktion einer Verbindungsstelle zur kommenden europäischen Staatsanwaltschaft zuzuweisen. Legitimität und Nutzen der neu geschaffenen Behörde seien allerdings umstritten. So wurden eine zu einflussreiche Stellung der Exekutive im Verfahren und eine drohende Einmischung der Politik moniert. Die Unabhängigkeit der neuen Behörde sei zweifelhaft.

In der Diskussion kamen insbesondere die Probleme und die Notwendigkeit von Reformen im Zuge der Errichtung der europäischen Staatsanwaltschaft zur Sprache.

VII. Europäischer Grundrechtsschutz im Wirtschaftsstrafrecht

Prof. Dr. Gerhard Dannecker von der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg widmete sich dem Thema „Europäischer Grundrechtsschutz im Wirtschaftsstrafrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union“. Anhand einer Analyse verschiedener EuGH-Fälle zeigte Dannecker auf, dass es dem EuGH teilweise an Sensibilität für die Besonderheiten mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen fehle. So bestehe aus Sicht des EuGH keine Notwendigkeit für grundrechtliche Verbote staatlichen Handelns, wenn einige Rechtsordnungen in entsprechenden Fallkonstellationen keine solchen Verbote kennen. Im Zusammenspiel mit dem Prinzip des effet utile, das eine Reduktion des nationalen Grundrechtsschutzes dort vorsehe, wo er den EU-Grundrechtsschutz übersteige, drohe durch diese Sichtweise eine Reduktion des Grundrechts-

schutzes auf das in allen Mitgliedstaaten anerkannte grundrechtliche Minimum. An der Rechtsprechung des EuGH zeige sich zudem deutlich die Problematik einer kasuistischen, einzelfallbezogenen Herangehensweise. Diese könnte nur durch die fallunabhängige Entwicklung eines europäischen Systems der strafrechtsbezogenen Grundrechte vermieden werden.

Einige der angesprochenen Problemfälle waren anschließend Gegenstand angeregter dogmatischer Diskussionen, so die Frage nach der Rechtsnachfolge bei juristischen Personen im Strafrecht oder die Reichweite des *Lex-mitior*-Gebots bei Rechtsänderungen. Einigkeit herrschte, dass bei der Umsetzung von EU-Vorgaben die Systemverträglichkeit beachtet werden müsse. *Lelieur* erinnerte abschließend an eine Einschätzung ihrer Lehrerin *Delmas-Marty*, die die Schaffung europäischer Regeln des allgemeinen Strafrechts als vorrangige Aufgabe der nächsten wissenschaftlichen Generation angesehen habe. In diesem Sinne sei auch die Forderung nach der Entwicklung eines europäischen Strafverfassungsrahmens einleuchtend.

VIII. Strafrechtlicher Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union

Prof. Dr. Stefanie Bock von der Philipps-Universität Marburg sprach über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union. Bisherige Maßnahmen zur Harmonisierung des EU-Finanzschutzes hätten sich als kaum wirksam erwiesen. Die neu erlassene Richtlinie zur Bekämpfung des gegen die finanziellen Interessen der EU gerichteten Betruges sei ambitionierter, allerdings sei ihre Legitimität umstritten. Dies gelte vor allem für die Wahl der Kompetenzgrundlage. Diese wirke sich auf den Inhalt der Richtlinie und das Gesetzgebungsverfahren aus und sei keinesfalls austauschbar. Tatsächlich wurde die Richtlinie auf Art. 83 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gestützt mit der Begründung, dieser regle die strafrechtlichen Kompetenzen der EU abschließend, wohingegen Art. 325 Abs. 4 AEUV keine strafrechtliche Ermächtigungsgrundlage darstelle. Hiergegen wandte *Bock* ein, Art. 325 AEUV, der auf die strafrechtsspezifische „Griechischer Mais“-Entscheidung des EuGH zurückgehe, habe zweifellos strafrechtlichen Charakter und sei *lex specialis* des unionistischen Finanzschutzes. Daher hätte die Richtlinie – befreit von den in Art. 82 Abs. 2 AEUV genannten Beschränkungen – auf Art. 325 Abs. 4 AEUV gestützt werden müssen.

In der Diskussion wurden weitere Schwächen der Richtlinie angesprochen; insbesondere die 10-Millionen-Schwelle für die Geltung der Richtlinie in Bezug auf Mehrwertsteuerbetrug wurde kritisch gesehen. Auch die Eignung der Richtlinie, eine ausreichende materiell-rechtliche Grundlage für die Arbeit der kommenden EuStA zu schaffen, wurde infrage gestellt, da sie aufgrund der weiterhin bestehenden Umsetzungsspielräume nicht zu einer EU-weit einheitlichen Rechtslage führe.

IX. Wirtschaftsvölkerstrafrecht

Prof. Dr. Dr. h.c. und Richter am Kosovo Sondertribunal Kai Ambos von der Georg-August-Universität Göttingen beschäf-

tigte sich mit Ansätzen eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts, also mit der Frage, ob Unternehmen für völkerrechtliche Verbrechen sanktioniert werden können und sollten, die in ihren Interessen oder im Zusammenhang mit ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit begangen werden. Denkbare Fälle seien die Zusammenarbeit mit diktatorischen Regimen, Tötungen zur Erleichterung von Unternehmensaktivitäten oder die Förderung und Ausbeutung menschenrechtswidriger Arbeitsbedingungen. Das Unternehmen selbst für solche Taten zur Verantwortung zu ziehen, wie dies bei den Verhandlungen über einen Internationalen Strafgerichtshof von der französischen Delegation vorgeschlagen worden sei, könne helfen, die kollektive Dynamik und das systemische Element der Taten richtig zu erfassen. Im Vergleich zu zivil- oder verwaltungsrechtlichen Reaktionen sei mit strafrechtlichen Sanktionen eine größere Stigmatisierung verbunden; damit dürfte auch ihre generalpräventive Wirkung höher sein. Bei der konkreten Ausgestaltung eines internationalen Unternehmensstrafrechts würden sich allerdings schwierige Detailfragen z.B. bezüglich der Haftungs begründung oder der strafrechtlichen Beurteilung (vermeintlich) neutraler wirtschaftlicher Betätigungen stellen.

In der Diskussion wurden vor allem Lösungsansätze aus dem französischen Strafrecht erörtert, das sich bezüglich des nationalen Unternehmensstrafrechts bereits länger mit entsprechenden Problemen konfrontiert sieht. Deutlich wurde, dass das Denken in tradierten Beteiligungsmodellen bei (internationalen) Verbrechen, die aus einem unternehmerischen Kontext heraus begangen werden, schnell an seine Grenzen stößt.

X. Fazit

Dass das Wirtschaftsstrafrecht insbesondere in seiner nationalenübergreifenden Dimension neuer Lösungs- und Denkansätze bedarf, fasst die Ergebnisse der Tagung gut zusammen. Der rege fachliche Austausch, der diese Tagung prägte, erbrachte zahlreiche vielversprechende Impulse. Auf die noch für dieses Jahr angekündigte Veröffentlichung der Tagungsbeiträge und die Fortsetzung des deutsch-französischen Strafrechtsdialogs kann man daher sehr gespannt sein.