

AUSGABE 2/2021

S. 92 - 154

16. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

- Die fahrlässige Mittäterschaft**  
Von Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Halle 92
- Zur kausalitätsersetzenden Wirkung der fahrlässigen Mittäterschaft**  
Von Prof. Dr. Heng-da Hsu, Taipei 100
- Die aktuelle Diskussion der fahrlässigen Mittäterschaft in Japan**  
Von Prof. Dr. Tomoko Utsumi, Yokohama 108
- Folter als Nothilfe?**  
**Gedanken zum absoluten Folterverbot und seinen strafrechtlichen Konsequenzen aus Anlass der Filme „Feinde“**  
Von Prof. Dr. Elisa Hoven, Leipzig 115
- Unrecht gegen Unrecht?**  
**Zum Übersprayen rechtswidrig angebrachter Graffiti**  
Von Prof. Dr. Martin Böse, Wiss. Mit. Lucas Tomiak, Bonn 123
- Quo vadis Verbandssanktionenrecht?**  
**Eine Stellungnahme im Anschluss an die Äußerungen des Bundesrates und der Bundesregierung zum Regierungsentwurf eines Verbandssanktionengesetzes**  
Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Theresa Schweiger, München 137

#### Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

---

#### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

---

#### Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

---

#### Redaktion (international)

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

International Advisory Board

---

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

---

#### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein

---

#### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Veronika Schmidt

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

---

#### Internetauftritt

René Grellert

---

#### ISSN

1863-6470

---

# Die fahrlässige Mittäterschaft

Von Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Halle

## I. „Rolling Stones“

Im Jahr 1987 hatte das Schweizer Bundesgericht folgenden Fall zu entscheiden: Auf der Rückfahrt von einer Waldhütte bemerkten A und B neben der Straße am Ufer eines Flusses zwei große Steinbrocken. A hatte den Einfall, die Steine den dortigen Abhang über eine überhängende Felswand hinunterzurollen. Die örtlichen Verhältnisse waren ihnen bestens bekannt. So wussten sie auch, dass sich in jenem Bereich des Ufers öfters Leute – vor allem Fischer – aufhielten, und es war ihnen bewusst, dass mit den großen Steinen eine Person, die sich zufällig im Gefahrenbereich aufhielt, getroffen werden konnte. Daher ging B auf den Vorschlag des A einige Schritte nach vorn gegen den Abgrund, um zu klären, ob sich jemand unten am Abhang oder im Bereich des Flussufers aufhalte. Dabei rief er einmal laut hinunter, ob jemand unten sei. B konnte allerdings von seinem Standort das rechte Flussufer nicht einsehen. Als auf das Rufen niemand geantwortet hatte, kehrte B zu A zurück und ließ den großen, über 100 kg schweren Stein den Abhang hinunterrollen. Unmittelbar anschließend wälzte A den kleineren, ca. 52 kg schweren Stein ebenfalls hinunter. Ein unter dem Abhang befindlicher Fischer wurde von einem der beiden Felsbrocken tödlich getroffen, ohne dass sich aufklären ließ, wer den todbringenden Stein hinabgerollt hatte.

Das schweizerische Bundesgericht stellte darauf ab, dass „beide Angeklagten gemeinsam die beiden Steine den Abhang hinunterrollen lassen wollten. Bei einer derartigen Konstellation ist nicht danach zu fragen, ob der jeweilige Einzelbeitrag für den tatbestandsmäßigen Erfolg kausal geworden ist, sondern ob die Kausalität zwischen der gemeinsam vorgenommenen Gesamthandlung und dem eingetretenen Erfolg zu bejahen ist. [...] Anders zu entscheiden wäre dann, wenn die beiden Angeklagten unabhängig voneinander gehandelt hätten.“<sup>1</sup> Dieser Fall und die Urteilsbegründung lösten im Strafrecht eine Diskussion über die Mittäterschaft an einer fahrlässigen Straftat aus.

## II. Wo liegt das Problem?

Den Befürwortern fahrlässiger Mittäterschaft wird vorgeworfen, mit dieser Konstruktion Strafbarkeitslücken schließen zu wollen.<sup>2</sup> Dieser Einwand lässt sich durch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig aus dem Jahr 1981 veranschaulichen, die sich auf einen ähnlichen Sachverhalt bezog:

<sup>1</sup> BGE 113 IV, 58 (60). Diese Formulierung lässt sich kaum anders verstehen als die Anerkennung einer fahrlässigen Mittäterschaft, so jedenfalls die Deutung von *Otto*, JURA 1990, 47; jedoch hat das schweizerische Bundesgericht in einer späteren Entscheidung (BGE 126 IV, 84, 90) beiläufig die Möglichkeit fahrlässiger Mittäterschaft abgelehnt; siehe dazu *Häring*, *sui generis* 2018, 1.

<sup>2</sup> So in der Tat *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, Rn. 999. Aber das ist natürlich kein Argument, und wenn es nur darum ginge, wäre die Kritik von *Puppe*, GA 2004, 129, völlig berechtigt.

Die beiden Angeklagten waren im Rahmen eines gemeinsam geplanten Diebstahls in ein Fabrikgebäude eingedrungen. Da sie kein Licht anzünden wollten, orientierten sie sich in der Dunkelheit, indem sie Streichhölzer anzündeten und wegwarfen, während sie noch brannten. Dabei wurde ein Stoffballen in Brand gesetzt und das Fabrikgebäude brannte ab. Welcher der beiden Täter das Feuer direkt durch seinen unvorsichtigen Umgang mit den Streichhölzern verursacht hatte, konnte nicht geklärt werden. Das Oberlandesgericht Schleswig sprach die Angeklagten auf der Grundlage des Grundsatzes „in dubio pro reo“ frei und verwarf dabei eine fahrlässige Mittäterschaft,<sup>3</sup> was die Möglichkeit eröffnet hätte, die beiden Tatbeiträge gemeinsam als eine kollektive Tat zu bewerten, die dann den Lagerbrand verursachte.

Geht man jedoch von dem vorherrschenden Zurechnungsmodell aus, dann scheint die Konstruktion der fahrlässigen Mittäterschaft zur Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aller Beteiligten in diesen Konstellationen völlig überflüssig zu sein. Ausgangspunkt ist das Konzept der äquivalenten Kausalität, wonach jede Handlung als ursächlich gilt, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfällt (*conditio sine qua non*).<sup>4</sup> Die Kausalität einer früheren Handlung wird nicht dadurch beseitigt, dass eine andere Handlung zeitlich nachfolgt oder m.a.W.: Eine Handlung kann andere Handlungen verursachen.<sup>5</sup> Da der logische Unterschied zwischen notwendigen und hinreichenden Bedingungen für irrelevant erklärt wird, und da alle Glieder in einer zeitlichen Abfolge von Bedingungen gleichermaßen als Ursachen gelten,<sup>6</sup> ist die Zahl der Ursachen im Falle der *Rolling Stones* – wie im übrigen auch bei der Erklärung aller anderen Erfolge – unendlich. Ursachen für den Tod des Fischers sind z.B. alle Vorfahren des toten Fischers, alle Vorfahren aller Personen, die den Wagen gebaut haben, mit denen A und B unterwegs waren, alle am Bau der Küstenstraße Beteiligten usw.<sup>7</sup> Es ist offensichtlich, dass diese Aufzählung kein Ende hat.<sup>8</sup> Die äquivalente Kausalität, die dem Begriff einer wertfreien wis-

<sup>3</sup> OLG Schleswig NStZ 1982, 116. Ausführlicher wurde die Frage der Haftung aus Ingerenz erörtert. Das Gericht wollte jedoch kein gefährliches Vorverhalten erkennen, welches eine Garantspflicht legitimiert hätte, weder durch Anzünden noch durch Wegwerfen der Streichhölzer. Anders im Fall BayObLG NJW 1990, 3032.

<sup>4</sup> Statt vieler *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9 m.w.N.

<sup>5</sup> Insbesondere *Roxin*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 177.

<sup>6</sup> Daher der Name „Äquivalenztheorie“, siehe *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 76 m.w.N.

<sup>7</sup> So explizit zur Kausalität der Vorfahren des Mörders *Puppe*, ZIS 2015, 426.

<sup>8</sup> Berechtigte Kritik bei *Aichele*, ZStW 123 (2011), 260 (263 ff.): „kausaler Ozean“.

senschaftlichen Kausalität entsprechen soll,<sup>9</sup> wird durch die sogenannte „objektive Zurechnung“ ergänzt, die normative Grenzen der Zurechnung formuliert. Nur die Bedingungen sind relevant, die sich als die Schaffung einer unerlaubten Gefahr darstellen, die sich dann im eingetretenen Erfolg niedergeschlagen hat.<sup>10</sup> Nur durch diese Operation kommen die Vorfahren von A und B und der Fischer ungestraft davon, da die Zeugung von Kindern im Allgemeinen nicht als Schaffung einer rechtlich unzulässigen Gefahr angesehen wird, obwohl die Fortpflanzung die notwendige Voraussetzung schlechthin für den unvermeidlichen Tod der Nachkommenschaft ist. Ausgehend von diesem Zurechnungsmodell könnte folgendermaßen argumentiert werden: Die Verabredung, Steine über einen Abhang hinabzurollen, den man nicht einsehen kann, ist wegen der Gefahr für Personen, die sich darunter aufhalten, unerlaubt. Ohne diese Verabredung hätten A und B nicht je einen Stein geworfen. Somit ist diese Absprache die Ursache für die Handlungen von A und B, und es spielt keine Rolle, welcher Stein den Fischer tödlich traf.<sup>11</sup> Dieses Ergebnis entspricht dem extensiven Täterbegriff, den die herrschende Lehre bei den fahrlässigen Straftaten vertritt.<sup>12</sup>

An dieser Stelle kann die Frage offengelassen werden, ob eine Handlung, die per definitionem auf dem freien Willen beruhen muss, denn sonst wäre sie keine freie Handlung, überhaupt verursacht werden kann.<sup>13</sup> Bei den Vorsatzdelikten werden die Konsequenzen des oben erwähnten Zurechnungsmodells deutlich. Auch hier wurde bereits vorgeschlagen, den gemeinsamen Tatplan als Ursache für die spätere Tatausführung

zu deuten.<sup>14</sup> Der Streit um die so genannte „additive Mittäterschaft“ wäre nach dieser Auffassung ein Scheinproblem. Denn wenn, wie im Fall der Rolling Stones, nicht geklärt werden kann, welcher der alternativen Beiträge zum Erfolg der Straftat geführt hat, so hängt dies nicht, wie *Roxin* behauptet,<sup>15</sup> von einer Erhöhung des Risikos ab, sondern die Kausalität ergibt sich bereits aus der Entscheidung zur gemeinsamen Tatbegehung. Wenn der gemeinsame Tatplan die Ursache für die spätere Rechtsverletzung ist, könnte man auch nicht, wie *Roxin* ebenfalls meint, die Mittäterschaft auf die Ausführungsphase beschränken.<sup>16</sup> Denn bereits die psychische Einwirkung müsste als Versuchsbeginn angesehen werden. Das Gesetz unterscheidet jedoch zwischen dem mittäterschaftlichen Versuch (§§ 22, 25 Abs. 2 StGB) und der – folgenlosen – Verabredung zu einer gemeinsamen Tat (§ 30 Abs. 2 StGB). Wie aus § 30 Abs. 2 StGB deutlich wird, beginnt die mittäterschaftliche Tatbestandsverwirklichung noch nicht mit der Verbrechensverabredung. Andernfalls wäre die gesonderte Strafandrohung nach § 30 Abs. 2 StGB gegenüber der Versuchsstrafbarkeit nach § 22 StGB überflüssig.<sup>17</sup> Die kausale Erklärung der Mittäterschaft ist logisch unhaltbar, weil die – spätere – Ausführung der Tat der Bezugsgegenstand der Tatverabredung ist. Folglich kann die Tatverabredung nicht zugleich ein Teil der Tatausführung sein.

Wenn schließlich in einer Abfolge unerlaubter Handlungen alle Handlungen im selben Maß als Ursachen der späteren Rechtsgutsverletzungen gelten sollen, können Anstiftung, Beihilfe, mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft nicht mehr von der „eigentlichen“ Tatbegehung unterschieden werden, denn alle Beteiligten verursachen den tatbestandlichen Erfolg gemeinsam. Die §§ 25 ff. StGB hätten dann lediglich die Bedeutung von Strafzumessungsregeln.<sup>18</sup>

<sup>9</sup> In diesem Sinn *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 7.

<sup>10</sup> Vgl. *Eisele* (Fn. 6), Vor §§ 13 ff. Rn. 92 m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. *Vassilaki*, in: Amelung/Beulke/Lilie/Rüping/Rosenau/Wolfslast (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2005, S. 499 (506 f.); *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 293; siehe auch den Fall BGHSt 7, 112 (115); ablehnend *Häring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 25.

<sup>12</sup> Siehe *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 72 ff., 99 ff.; *Roxin* (Fn. 5), S. 185; *Botke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, S. 23 ff.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 303 f.; *Schlehofer*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.) Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 355 (366 ff.); *Puppe*, GA 2009, 486 (492 f.); *Freund*, in: Erb/Schäfer (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 494 ff.; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 10 Rn. 43. Zur Kritik *Renzikowski* in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 47 Rn. 130 ff.

<sup>13</sup> Siehe auch *Renzikowski*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 201 (211 ff.).

<sup>14</sup> In diesem Sinn *Gropp*, GA 2009, 265 (274 ff.); *Rotsch*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Fn. 13), S. 887 (906); dagegen zu Recht bereits *Häring* (Fn. 11), S. 25; *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 78 ff.

<sup>15</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 230; kritisch *Jakobs*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.) Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 395 (399).

<sup>16</sup> *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2017, S. 294 ff.; *ders.* (Rn. 15), § 25 Rn. 198; anders die h.L., vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 25 Rn. 67 f. m.w.N.

<sup>17</sup> Siehe auch *Puppe*, NSTz 1991, 571 (573 f.); *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 133.

<sup>18</sup> In diesem Sinne *Frisch* (Fn. 12), S. 215 (mit Fn. 235), 302 f.: Da sich das verbotene Verhalten in der Setzung einer rechtlich missbilligten Gefahr für ein Rechtsgut erschöpft und dies für alle Tatbeteiligten zutrifft, handeln alle gleichermaßen tatbestandsmäßig und verletzen gleichermaßen den vom Rechtsgut ausgehenden Achtungsanspruch. Die Beteiligungsfiguren sind dann nur noch „Strafbarkeitsfiguren“, und so hält *Frisch* es für einen Vorzug seiner Lehre, dass sie mit dem Einheitstätersystem des österreichischen Strafrechts vereinbar sei. In der Sache auch *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zu-

### III. Das Wesen der Mittäterschaft und der Grund für die wechselseitige Zurechnung

Die Tatverabredung ist vielmehr der Zurechnungsgrund, der aus verschiedenen Handlungen verschiedener Personen ein einziges Handlungsprojekt macht und damit die Zurechnung jeder Einzelhandlung zu jedem Beteiligten an diesem Handlungsprojekt begründet. Mittäterschaft i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB ist keine bloße deklaratorische Bezeichnung für die mehrfache Tatbegehung von Personen, die schon nach § 25 Abs. 1 StGB Täter wären,<sup>19</sup> sondern eine konstitutive Zurechnungsnorm. Wie bei der mittelbaren Täterschaft dem Hintermann, so wird bei der Mittäterschaft dem Komplizen, der selbst keine tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen hat, unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich bei arbeitsteiligem Zusammenwirken zur Umsetzung eines gemeinsamen Tatplans, das Verhalten einer anderen Person als eigene Handlung zugerechnet. Erst diese wechselseitige Verhaltenszurechnung begründet das Unrecht der Mittäterschaft. Über die Zurechnungsfigur der Mittäterschaft wird so gerade derjenige ebenfalls als Täter erfasst, der nicht in eigener Person den Tatbestand verwirklicht hat – mit dem nicht unwichtigen Nebeneffekt, auf den Nachweis der Kausalität des Einzelbeitrages verzichten zu können.<sup>20</sup>

Historisch hat sich der Begriff der Mittäterschaft aus der mittelalterlichen Lehre vom Komplott entwickelt.<sup>21</sup> Das Komplott kennzeichneten zwei Elemente: die wechselseitige Bestimmung und Bestärkung der Mitverschworenen durch die Erwartung von Beistand und die Mitwirkung des Kom-

plottanten mindestens in Form seiner Anwesenheit am Tatort. Die *societas delinquendi* wurde aus diesem Grund als besonders gefährlich eingestuft, weil die Abwehrmöglichkeiten des Opfers, das sich der Übermacht mehrerer zusammenwirkender Gegner ausgesetzt sieht, typischerweise eingeschränkt sind.<sup>22</sup> Dieser Gedanke hat sich bis heute in den „Konvergenzdelikten“ (z.B. §§ 176 a Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 2 Nr. 2, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) erhalten.<sup>23</sup> Auf diese Weise wurde freilich der Zurechnungsgegenstand – die besonders gefährliche Begehungsweise – mit dem Zurechnungsgrund – die wechselseitige Verbrechensverabredung – vermischt. Zum Ende des 19. Jahrhunderts setzte sich daher die Auffassung durch, dass es sich bei der Mittäterschaft um ein wechselseitiges Mandat handle. Die eigene tatsächliche Mitwirkung war für die Zurechnung der Handlungen des anderen Mittäters nicht mehr erforderlich.<sup>24</sup> Eine vergleichbare Auffassung vertritt heutzutage die Lehre von der wechselseitigen Anstiftung.<sup>25</sup> Wie die Anstiftung kennzeichnet die Mittäterschaft ein Unrechtspakt, nur dass sich die Quasi-Vertragspartner gegenseitig in Dienst nehmen. Auf diese Weise repräsentieren die Beteiligten sich wechselseitig, jeder Mittäter besorgt zugleich ein eigenes und ein fremdes „Geschäft“. Wie bereits *Binding* formulierte, ist Mittäterschaft „freie Stellvertretung bei der deliktischen Handlung“.<sup>26</sup> Da jeder Mittäter die eigene Organisation wechselseitig in den Dienst des jeweils anderen stellt, wird er so behandelt, als habe er alle zur Tatbestandsverwirklichung führenden Akte selbst vorgenommen.

Zu einem ähnlichen Konzept gelangt man, wenn man von dem Begriff der Zurechnung ausgeht, wie er sich in der Rechtsphilosophie der Aufklärung entwickelt hat. Zurechnung ist nach *Kant* „das Urteil, wodurch jemand als Urheber

rechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 291 f.; *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 197, 285 et passim; *Jakobs*, GA 1996, S. 253 (259 f.); *Böhringer*, Fahrlässige Mittäterschaft, 2017, S. 178 ff.; vgl. dazu auch die treffende Analyse von *Hamdorf*, Beteiligungsmodelle im Strafrecht, 2002, S. 268, die deutsche Lehre sei selbst im kausalen Denken verhaftet und könne sich vor dem Einheitstätersystem nur durch einen Hinweis auf das Gesetz retten.

<sup>19</sup> Entgegen *Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 73 f.; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 164: Mittäterschaft als „Problem des Besonderen Teils“; *Böhringer* (Fn. 18), S. 264 ff.

<sup>20</sup> Entgegen *Puppe*, GA 2004, 131: „Die Mittäterschaft ist also nicht dazu angetan, das Erfordernis der Erfolgsverursachung für die Täterschaft zu ersetzen.“ Da *Puppe*, ZIS 2007, 234 (240 f.), die additive Mittäterschaft anerkennt, deren Pointe gerade darin besteht, dass die Kausalität des Einzelbeitrags nicht ermittelt werden kann, widerspricht sie sich selbst. Konsequenz insoweit allerdings *Becker*, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2009, S. 46 ff., 167, der die additive Mittäterschaft ablehnt.

<sup>21</sup> So lautete § 148 S. 1 der *Constitutio Criminalis Carolina*: „Item so etlich personen mit fürgesetztem vnd vereynigtem willen vnd mut jemandt bößlich zu ermorden einander hilf vnd beistandt thun, die selben thätter alle haben das leben verwirckt.“ Zum Folgenden näher *V. Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, 2008, S. 116 ff.

<sup>22</sup> Siehe etwa *Carpzov*, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes III*, 1635, pars I, qu. XXV.12. Heute noch wird die mittäterschaftliche Zurechnung mit der gesteigerten Gefährlichkeit begründet von *Puppe*, ZIS 2007, 236; siehe ferner *Dencker* (Fn. 17), S. 224 ff.; *Lampe*, ZStW 119 (2007), 472 (499 f.).

<sup>23</sup> Vgl. dazu *Küper*, GA 2003, 363 (367 ff.).

<sup>24</sup> Vgl. etwa *Berner*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S. 440 ff.; *Binding*, in: *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 251 (297 ff.); aufgegriffen von *V. Haas*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 25 Rn. 65.

<sup>25</sup> Grundlegend *Kindhäuser*, in: *Bohnert/Gramm/Kindhäuser/Lege/Rinken/Robbers* (Hrsg.), *Verfassung – Philosophie – Kirche*, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 (645 f., 652); siehe ferner *Puppe*, ZIS 2007, 235 f.; *dies.*, GA 2013, 514 (521 ff.), die aber gleichwohl einen eigenen Beitrag des Mittäters im Ausführungsstadium verlangt; *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 127; ablehnend *Schünemann/Greco*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 181 f.

<sup>26</sup> *Binding* (Fn. 24), S. 298.

(*causa libera*) einer Handlung, die alsdann Tat (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird“.<sup>27</sup> Ausgangspunkt des Zurechnungsurteils ist also der freie Wille. Dieser Zurechnungsbegriff schließt die Verantwortlichkeit eines Kollektivs nicht aus. Der hierfür notwendige Begriff der moralischen Person („*persona moralis*“) wurde bereits in der Naturrechtslehre der Aufklärung entwickelt.

#### IV. Exkurs: Die „*persona moralis*“<sup>28</sup>

Schon im Mittelalter wird die Verantwortlichkeit von Kollektiven und ihrer Mitglieder füreinander diskutiert.<sup>29</sup> So beschäftigt sich etwa *Grotius* im Zusammenhang mit seiner Lehre vom gerechten Krieg mit den Folgen staatlichen Unrechts. Allerdings soll die Schuld der obersten Staatsgewalt nur dann auf die Untertanen übergehen, wenn sie in das Verbrechen eingewilligt oder auf Befehl des Herrschers selbst etwas getan haben.<sup>30</sup> Soweit ersichtlich wird der Begriff der „*persona moralis*“ jedoch erstmals von *Pufendorf* systematisch ausgearbeitet. Er schreibt: „Eine zusammengesetzte moralische Person wird begründet, wenn mehrere menschliche Individuen sich untereinander vereinigen, dass das, was sie kraft derselben Vereinigung wollen und tun, für einen Willen und für eine Handlung und nicht für viele gehalten wird. Und dies wird dann als geschehen verstanden, wenn die Einzelnen ihren Willen dem Willen eines einzigen Menschen oder einer Versammlung so unterwerfen, dass sie für den Willen und die Handlung aller anerkennen und von den anderen dafür gehalten haben wollen, was immer der- oder dieselbe bezüglich jenem, was sich auf die Natur dieser Vereinigung als solcher bezieht und mit ihrem Zweck übereinstimmt, entschieden und ausgeführt haben mag.“<sup>31</sup>

<sup>27</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (1797), in: *Kants gesammelte Schriften*, hrsg. von der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften, Erste Abteilung, Bd. 6, 1907, S. 203 (227). Näher zur Geschichte des Begriffs „Zurechnung“ *Aichele*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, S. 401 ff.; es ist offensichtlich, dass sich dieser Zurechnungsbegriff grundlegend von dem im Strafrecht verbreiteten Begriff der „objektiven Zurechnung“ unterscheidet (siehe dazu ebenfalls *Aichele*, a.a.O., S. 407 ff.).

<sup>28</sup> Zum Folgenden näher *Aichele*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 16 (2008), 3.

<sup>29</sup> Eingehend dazu *Maihold*, *Strafe für fremde Schuld*, 2005.

<sup>30</sup> *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis*, *Libri tres*, editio nova, 1680, lib. II, cap. XXI, §§ 7, 17 f.; siehe dazu auch *Recknagel*, *Einheit des Denkens trotz konfessioneller Spaltung*, *Parallelen zwischen den Rechtslehren von Francisco Suárez und Hugo Grotius*, 2010, S. 268 ff.

<sup>31</sup> *Pufendorf*, *De jure naturae et gentium*, ed. Secunda, 1684, lib. I, cap. 1, § 13: „*Persona moralis composita* constituitur, quando plura individua humana ita inter se ununtur, ut quae vi istius unionis volunt aut agunt, pro una voluntate, unaque actione, non pro pluribus censeantur. Idque tunc fieri intelligitur, quando singuli voluntatem suam voluntati unius hominis aut consilii ita subjiciunt, ut pro omnium voluntate & actione velint agnoscere, & ab aliis haberi, quicquid iste decreverit

Mehrere Individuen können also durch Willensübereinstimmung eine moralische Person begründen. Kraft dieser Übereinkunft wird der Wille jedes Einzelnen zum gemeinsamen Willen aller. Auf diese Weise bilden die Individuen in Beziehung auf die moralische Person ein einheitliches Ganzes, das heißt, sie können im Hinblick auf ihre Handlungen im Rahmen dieser Gemeinschaft nicht unterschieden werden. Dieses auf *Leibniz* zurückgehende Argument der Identität des Ununterscheidbaren findet sich ausdrücklich bei *Nettelbladt*: „Daher bilden viele menschliche Individuen eine moralische Person, oder aufgrund dieses zu prüfenden Prinzips eben nicht. So oft vieler einzelner Menschen Vorstellung, Willen und Kräfte auf dasselbe gerichtet werden, so sollen sie jedes Mal gleichermaßen als eine Person angesehen werden, und so sind sie die moralische Person. So werden nämlich ihre Vorstellung, ihre Willen und ihre Kräfte wie eine einzige Vorstellung, ein einziger Wille und eine einzige Kraft angesehen, und wenn sie sich auch von einem Mensch in der Zahl ihrer Körper unterscheiden, so ist dieser Unterschied nicht zu berücksichtigen.“<sup>32</sup> Was also der *persona moralis* zugerechnet, das heißt, auf ihren Willen zurückgeführt werden kann, kann aufgrund der formalen Identität in gleicher Weise allen ihren Teilen, also den einzelnen Individuen zugerechnet werden. Oder in der Terminologie *Kants*: Eine moralische Person ist dadurch gekennzeichnet, dass sie als „*causa libera*“ eine Handlung hervorbringen kann; sie hat also das Vermögen, zu handeln. Dieses Vermögen hat sie, weil sie einen gesetzgebenden Willen besitzt, d.h. aus einer Einheit verschiedener menschlicher Willen besteht. Ihre Taten können aber nicht nur ihr, d.h. dem Kollektiv, zugerechnet werden, sondern sie können jedem Mitglied dieser moralischen Person zugerechnet werden, weil sie sich ihrer Art nach, d.h. nach der Beteiligung an der moralischen Person, nicht voneinander unterscheiden.

*Aichele* fasst seine Analyse folgendermaßen zusammen: „Teile können nur insofern als Teile ausgezeichnet werden, als sie Teil eines Ganzen sind. Sie besitzen ihre Identität

aut gesserit circa illa, quae ad unionis ejus naturam ut talem spectant, & fini ejusdem congruunt.“

<sup>32</sup> *Nettelbladt*, *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum* (5. Aufl. 1785), in: *Christian Wolff*, *Gesammelte Werke*, hrsg. von *Ecole*, Abteilung III, Bd. 39, 1, 1997, § 84 (S. 48): „An plura individua humana moralem personam constituent, vel non, ex hoc principio diiudicandum. Quoties plurium individuorum humanorum intellectus, voluntates et vires tendunt ad idem, toties, quoad hoc idem, pro una persona sunt habenda, sicque sunt persona moralis. Tum enim eorum intellectus, voluntates et vires sunt ut unus intellectus, una voluntas, et una vis, sicque ab uno homine non nisi in corporum numero differunt, quae differentia hic non est attendenda.“ – Bemerkenswerterweise lehnt *Nettelbladt* andernorts (*Systema Elementare Jurisprudentiae Positivae Germanorum Communis Generalis*, 1781, § 877) eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinschaft („*universitas*“) ab, aber ihre Mitglieder sollen als Mittäter („*coautores*“) Straftaten begehen und dafür bestraft werden können.

allein in Relation auf das Ganze, dessen Teile sie sind. Das Ganze der moralischen Person wird durch die Einheit ihres Willens bestimmt. Folglich kann die Bewegung eines Teiles, sofern sie in dieser, durch das Ganze bestimmten Funktion vollzogen wird, nicht von der Bewegung des Ganzen unterschieden werden. Betrifft eine Bewegung also die Identität des Ganzen, bewegt sich also eines seiner möglichen Teile als Teil des Ganzen und nicht in einer etwaigen anderen Funktion, ist sie eine Bewegung des Ganzen und daher auch aller seiner Teile. Da die Teile einer moralischen Person selbst physische Personen sind, stellt auch jede Handlung, die sie in ihrer Funktion als deren Teil vollziehen, eine Handlung des Ganzen, mithin jedes einzelnen Teiles dar. [...] Insofern folglich eine physische Person Teil einer moralischen Person ist und dieser moralischen Person Taten zugerechnet werden, handelt es sich dabei nicht um fremde Taten, die dieser einzelnen physischen Person zugerechnet werden, auch wenn sie nicht deren physische Ursache war.<sup>33</sup> Durch diese formale Betrachtung – und logische Analysen sind immer formal – wird der Einwand entkräftet, ein Kollektiv könne nur die Zurechnung zum Kollektiv und nicht zu davon (physisch) verschiedenen Individuen begründen.<sup>34</sup> Dabei muss man nicht einmal auf die Idee einer wie auch immer gearteten Repräsentation zurückgreifen.

#### V. Zurück zur Mittäterschaft

Die „persona moralis“ ist somit – auch – das Zurechnungsmodell der Mittäterschaft: Die Mittäter bilden durch Willensübereinstimmung einen gemeinsamen Tatplan, d.h. sie beschließen ein gemeinsames Projekt, zu welchem jeder durch seine Handlungen beitragen soll, und dieses Projekt kann unter den Tatbestand eines Delikts subsumiert werden. Statt von wechselseitiger Repräsentanz sollte man daher genauer davon sprechen, dass jeder einzelne Mittäter das gemeinsame Handlungsprojekt repräsentiert.

Diese Bestimmung der Mittäterschaft wird von *Greco* als „zivilistisches Denken“ kritisiert.<sup>35</sup> Die Vorstellung eines Unrechtspaktes oder wechselseitiger Ermächtigung passe ins Zivilrecht, aber im Strafrecht gehe es gerade nicht um Rechtsgeschäfte, bei denen eine Vertretung möglich sei. In der Tat steht zumindest § 29 StGB der Zurechnung fremder Schuld ausdrücklich entgegen, denn jeder Beteiligte wird nach seiner (eigenen) Schuld bestraft. *Greco*s zentraler Einwand lautet daher: Aus der höchstpersönlichen Natur der

Strafe als Eingriff in höchstpersönliche (Freiheits-)Rechte folge die Höchstpersönlichkeit der Straftat. Damit sei die Idee einer wechselseitigen Zurechnung nicht zu vereinbaren.<sup>36</sup> Wohl sinngemäß schreibt *Puppe* in ihrer Kritik der fahrlässigen Mittäterschaft: „Jeder versagt für sich allein!“<sup>37</sup> Die Frage ist, was *Greco* unter „Höchstpersönlichkeit“ versteht. In der Geschichte des Begriffs „Person“ geht es, grob gesagt, darum, „Etwas“ zu bestimmen, dem Verantwortung zugeschrieben werden kann. „Person“ ist folglich kein empirischer Begriff, sondern ein Begriff der praktischen Philosophie bzw. des Rechts.<sup>38</sup> Nicht jeder Mensch ist bereits per se eine Person. So heißt es etwa bei *Kant*: „Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nichts anderes als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen [...]“.<sup>39</sup> Wie gezeigt, kann eine Person auch als aus mehreren Individuen bestehend konstruiert werden. Wenn „Höchstpersönlichkeit“ eine Steigerung von „Persönlichkeit“ bedeuten soll, so kann sie nur im Sinne von „Eigenhändigkeit“ verstanden werden.<sup>40</sup> Nichts und niemand zwingt dazu, das Konzept der „persona moralis“ in die Beteiligungsdogmatik zu übernehmen. Aber wenn der maßgebliche Grund für die Ablehnung dieses Konzepts in der „Höchstpersönlichkeit“ der Straftat liegen soll, muss man auch dazu bereit sein, die Konsequenzen daraus zu ziehen. Und die wichtigste Konsequenz wäre, dass mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft nicht mehr begründet werden könnten und damit auch nicht mehr bestraft werden dürften.

Demgegenüber erklärt die Tatherrschaftslehre die Mittäterschaft durch den Begriff der „funktionellen Tatherrschaft“: Mittäterschaft sei Tatbestandsverwirklichung durch arbeitsteilige Ausführung. Die Tatherrschaft des Mittäters ergebe sich dabei aus seiner Funktion bei der Ausführung der Tat. Da die Mittäter nur durch ihr gemeinsames Zusammenwirken die Tat realisieren können, würde jeder Einzelne von ihnen durch einen Rückzug das gesamte Unternehmen gefährden. Demnach verschafft das eigene Tun des Mittäters ihm ganz ohne die Zurechnung von Fremdverhalten die Mitherrschaft über die Gesamttat.<sup>41</sup> Allerdings ist zweifelhaft, auf welche

<sup>33</sup> *Aichele*, Jahrbuch für Recht und Ethik 16 (2008), 3 (22).

<sup>34</sup> Vgl. bereits *Rudolphi*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 371; ebenso *Böhringer* (Fn. 18), S. 224 f.; *Greco* argumentierte in der Diskussion an der Waseda-Universität ähnlich, aber sein Beispiel des Fußballs trifft nicht zu. Wenn Neymar ein Tor für Brasilien erzielt, gewinnt Brasilien das Fußballspiel mit 1:0 – Zurechnung zum Kollektiv. Aber Neymar kann der beste Torschütze bei der Weltmeisterschaft werden oder er erzielt das schönste Tor – gleichzeitig Zurechnung zum Individuum.

<sup>35</sup> *Greco*, Jahrbuch für Recht und Ethik 27 (2019), 361 (368 f.).

<sup>36</sup> *Greco*, Jahrbuch für Recht und Ethik 27 (2019), 361 (367). *Greco* entwickelt dieses Argument zum ersten Mal in seiner Kritik an der Strafbarkeit juristischer Personen, *ders.*, GA 2015, 503 (511 ff.).

<sup>37</sup> *Puppe*, GA 2004, 129; auch sie betont die Höchstpersönlichkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, *dies.*, GA 2013, 522.

<sup>38</sup> Einen instruktiven Einblick in die verschiedenen Facetten des Begriffs der Person vermittelt der von Gröschner, Kirste und Lembcke herausgegebene Sammelband „Person und Rechtsperson. Zur Ideengeschichte der Personalität“, 2015.

<sup>39</sup> *Kant* (Fn. 27), S. 223. Im Gegensatz dazu ist eine Sache „ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist“ (ebenda). Siehe dazu auch *Aichele*, Jahrbuch für Recht und Ethik 16 (2008), 3 (14 ff.).

<sup>40</sup> Ein anderer Ausdruck wäre „Individualität“.

<sup>41</sup> *Roxin* (Fn. 16), S. 276 ff.; *ders.* (Fn. 15), § 25 Rn. 188 und 257; *ders.*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Fest-

Weise ein Mittäter allein durch seinen eigenen Tatbeitrag die maßgebliche Entscheidung über das Ob der Tatbestandsverwirklichung trifft, wenn der Komplize selbst bestimmt, ob er seine Handlung vornimmt oder nicht. Eine „positive funktionelle Tatherrschaft“ kann immer nur auf den eigenen Tatbeitrag begrenzt sein.<sup>42</sup> Es ist auch kein Ausweg, sich mit einer „negativen funktionellen Tatherrschaft“ zu begnügen, weil der Mittäter durch die Verweigerung seines Einsatzes den Deliktsplan zum Scheitern bringen könne.<sup>43</sup> Damit ist keine qualitative Unterscheidung zur Beihilfe mehr möglich, zumal auch *Roxin* nicht danach differenziert, ob ein Beitrag für die Rechtsgutsverletzung unerlässlich ist oder nicht.<sup>44</sup> Bemerkenswerterweise betont *Greco* als Antwort auf diese Einwände nunmehr die Gleichordnung der Mittäter.<sup>45</sup> Diesem Hinweis kann man nur zustimmen. Aber „Gleichordnung“ ist keine wie auch immer geartete Ableitung aus einem Begriff der Tatherrschaft, sondern nichts anderes als die hier vorgestellte (alternative) Begründung der Mittäterschaft durch eine Übereinkunft zwischen Gleichberechtigten.<sup>46</sup>

Mittäterschaft kennzeichnet also nicht nur das arbeitsteilige Zusammenwirken von mehreren zur Verfolgung eines gemeinsamen Handlungszieles. Die „funktionelle Tatherrschaft“ ist nur eine Metapher zur Beschreibung des Phänotyps der Mittäterschaft. Entscheidend ist das gegenseitige vertragsähnliche Versprechen von Tatbeiträgen: Jeder Mittäter stellt damit die eigene Organisation wechselseitig in den Dienst des jeweils anderen, woraus dann die gemeinsame Sache entsteht. Die gegenseitige Selbstbindung durch den gemeinsamen Tatplan ist der materielle Grund für die wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge der anderen. Diese Begründung der Mittäterschaft ist offensichtlich nicht auf vorsätzliche Straftaten beschränkt.

---

schrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 613 (630 f.); *Rudolphi* (Fn. 34), S. 373 f.; *Conceição Valdágua*, ZStW 98 (1986), 839 (854, 860 f.); *Zieschang*, ZStW 107 (1995), 361 (373); *Schünemann/Greco* (Fn. 25), § 25 Rn. 176.

<sup>42</sup> So auch die Beurteilung der Herrschaftsverhältnisse bei *Herzberg* (Fn. 12), S. 58 ff.; *Cramer*, in: Kaufmann (Fn. 34), S. 389 (400 ff.); *Küper*, JZ 1979, 775 (786); *Freund/Rostalski* (Fn. 19), § 10 Rn. 161.

<sup>43</sup> So *Küper*, JZ 1979, 786; *Conceição Valdágua*, ZStW 98 (1986), 862; *Ingelfinger*, JZ 1995, 713 (709 f.).

<sup>44</sup> *Roxin* (Fn. 16), S. 40 f., 730; vgl. auch *Kindhäuser* (Fn. 25), S. 632; *van Weezel*, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 34; *V. Haas*, ZStW 119 (2007), 519 (532 ff.).

<sup>45</sup> *Greco*, Jahrbuch für Recht und Ethik 27 (2019), 361 (373).

<sup>46</sup> Im Gegensatz zu dieser Kritik begründet *Steckermeier*, Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB), 2015, S. 70 ff. et passim die (positive) Tatherrschaft des Komplizen mit den gruppenspezifischen Effekten der Selbstbindung, liefert also scheinbar die empirische Bestätigung für *Greco*s Ansicht. Mir scheint darin eine grundlegende Begriffsverwechslung zu liegen – also ob man die rechtliche Bindungswirkung von Verträgen (*pacta sunt servanda*) – mit der Beobachtung stützen würde, dass die meisten Menschen nicht zum Lügen neigen.

## VI. Konsequenzen für die Mittäterschaft bei Fahrlässigkeit

Die mittäterschaftliche Begehung eines fahrlässigen Delikts ist keine Erfindung der modernen Strafrechtsdogmatik. Vielmehr wurde diese Konstruktion schon seit der Mitte des 19. Jahrhunderts diskutiert – etwa von *Hälschner*, *Binding* oder *Frank*<sup>47</sup> –, aber sie konnte sich gegen die übermächtige Äquivalenztheorie nicht durchsetzen. Wenn alle Bedingungen eines Erfolges rechtlich gleichwertig waren, konnte es keine objektiven Kriterien zur Unterscheidung verschiedener Tatbeiträge geben. Folglich kam es nach der subjektiven Theorie auf die innere Willensrichtung der Beteiligten an. Bei Fahrlässigkeit war aber ein gemeinsamer Tatentschluss nicht denkbar. Da sich die Vorstellungen der Beteiligten auf außerdeliktische Ziele richteten, gab es im Hinblick auf den Deliktserfolg keine subjektive Gemeinsamkeit, somit auch keine fahrlässige Mittäterschaft.<sup>48</sup> Dieses Argument ist in der einen oder anderen Form bis heute der Haupteinwand gegen die Anerkennung fahrlässiger Mittäterschaft.<sup>49</sup>

Die Wiederentdeckung der fahrlässigen Mittäterschaft betrifft bezeichnenderweise Konstellationen, in denen die Kausalität des einzelnen Tatbeitrags zweifelhaft ist wie bei der „additiven Mittäterschaft“ im Fall der „Rolling Stones“. Die Attraktivität dieser Lösung liegt darin, dass die Kausalität des einzelnen Tatbeitrags für die Rechtsverletzung entbehrlich ist, weil es aufgrund der wechselseitigen Zurechnung genügt, dass das gemeinsame Verhalten den Erfolg verursacht hat. Vor einem vorschnellen Verzicht auf den Kausalitätsnachweis muss jedoch gewarnt werden. Nicht jedes Zusammenreffen fahrlässiger Verhaltensweisen begründet bereits Mittäterschaft.<sup>50</sup>

Erforderlich ist – wie bei Vorsatztaten – ein gemeinsamer Tatplan, der alle Beteiligten als gleichberechtigte Partner eines gemeinsamen Handlungsprojekts ausweist, welches sich als Setzung einer unerlaubten Gefahr darstellt. Aus der Vereinbarung muss hervorgehen, welche Tatbeiträge jeder Mittäter erbringen soll. Dabei bezieht sich der gemeinsame Tatplan nicht primär auf einen von allen Komplizen anzu-

---

<sup>47</sup> *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, S. 442 (mit Fn 2); *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 4: Die Fahrlässigkeit, 1919, S. 620 f., 636 f.; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S. 110, 114 f.; weitere Nachweise bei *Kraatz* (Fn. 14), S. 86 ff.

<sup>48</sup> Siehe RG DR 1940, 2061; zuvor bereits *L. Haas*, Die Mehrtäterschaft, 1898, S. 45 f.; *Finger*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1904, S. 342; *Wachenfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 202; *Allfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1934, S. 222.

<sup>49</sup> Vgl. BGH bei Martin, DAR 1959, 67; BGH VRS 18, 416; OLG Schleswig, NSTZ 1982, 116; *Herzberg* (Fn. 12), S. 73; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 676 f.; *Vassilaki* (Fn. 11), S. 503; *Gropp*, GA 2009, 265 (272 f.); *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 1342; dagegen zu Recht *Weißer*, JZ 1998, 230 (232).

<sup>50</sup> Vgl. *Puppe*, GA 2004, 136 f.; *dies.*, ZIS 2007, 241 f.

strebenden Erfolg, sondern auf die jeweils vorzunehmenden Handlungen. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob alle Mittäter dasselbe deliktische Ziel verfolgen. So ist etwa Mittäterschaft anerkannt zwischen Diebstahl und Raub, wenn nur einer die Merkmale des Raubes erfüllt, ferner zwischen Raub und Nötigung<sup>51</sup> oder zwischen Körperverletzung und Tötung.<sup>52</sup> Die Gemeinsamkeit des Planes wird auch nicht durch die Verschiedenheit der Motive ausgeschlossen.<sup>53</sup> Da Mittäterschaft nicht akzessorisch ist, entscheidet über die Strafbarkeit des Komplizen allein, wie das zugerechnete Verhalten in seiner Person strafrechtlich zu würdigen ist. Die verbreitete Kritik, dass nach § 25 Abs. 2 StGB alle Mittäter denselben deliktischen Erfolg anstreben müssten,<sup>54</sup> ist also nicht stichhaltig.<sup>55</sup>

Die Mittäterschaft bei der Fahrlässigkeit ist einer Einheitstäterlösung auch deshalb überlegen, weil es der strafwürdigen Mitverursachung klare Grenzen setzt. Arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Planes ist eine strengere Voraussetzung als das Modell äquivalent-sorgfaltswidriger Verursachung.<sup>56</sup> Die pauschale Behauptung einer uferlosen Haftungsausweitung ist daher nicht berechtigt. Demgegenüber meint etwa *Puppe*, ein gemeinsames Handlungsprojekt ohne deliktischen Sinn sei beliebig manipulierbar. Je nachdem, wie viele miteinander koordinierte Verhaltensweisen man zu einem Handlungsprojekt vereine, sei der Kreis der Mittäter größer oder kleiner.<sup>57</sup> Im Gegensatz dazu sei beim Vorsatzdelikt der Tatplan durch den Tatbestand definiert. Mit anderen Worten: Gäbe es einen Tatbestand, der eine vorsätzliche Sorgfaltspflichtverletzung unter Strafe stellt, so wäre insoweit Mittäterschaft möglich, nicht aber im Hinblick auf den dadurch unvorsätzlich (aber fahrlässig) verursachten Erfolg.<sup>58</sup> Der Vorwurf der uferlosen Haftungsausdehnung lässt sich allerdings dann entkräften, wenn man die Gemeinschaftlichkeit auf die Schaffung des unerlaubten Risikos bezieht, das von dem jeweiligen Tatbestand verboten wird. Im Übrigen ist Mittäterschaft bei den erfolgsqualifizierten Delikten auch und gerade dann allgemein anerkannt, wenn den Beteiligten im Hinblick auf den qualifizierenden Erfolg nur Fahrlässigkeit zur Last fällt. Der Ausweg, in solchen Fällen eine mittäterschaftliche Begehung des Grunddelikts mit fahrlässiger Nebentäterschaft bezüglich der

besonderen Folge zu kombinieren,<sup>59</sup> ist ein Selbstwiderspruch: Man kann eine Tathandlung nicht zugleich als gemeinschaftlich und als unverbunden deklarieren.<sup>60</sup>

Ein anderer Einwand geht dahin, dass die Mittäterschaft einen gemeinsamen deliktischen Sinnbezug als subjektives Abgrenzungskriterium gegenüber „neutralen“ Handlungen voraussetze, die rechtlich irrelevant seien. Da bei Fahrlässigkeit die gemeinschaftliche Ausführung subjektiv auf ein erlaubtes Handlungsprojekt gerichtet sei, könne selbst der Gesetzgeber die fahrlässige Mittäterschaft nicht einführen, ohne das gesamte Beteiligungsformenkonzept auf den Kopf zu stellen.<sup>61</sup> Wenn aber die fahrlässige Einzeltäterschaft nicht von einem deliktischen Sinnbezug, verstanden als Voraussetzung einer Rechtsverletzung, abhängt, dann kann sein Fehlen kein Einwand gegen fahrlässige Mittäterschaft sein. Die fahrlässige Mittäterschaft bezieht sich ebenfalls nicht auf ein rechtlich neutrales Verhalten, denn das gemeinsame Handlungsprojekt muss nach den üblichen Kriterien ein unerlaubtes Risiko schaffen.<sup>62</sup> Ebenso wenig verdient die weitere Überlegung Zustimmung, der Tatplan müsse sich auf einheitliches Handlungsunrecht in dem Sinne beziehen, dass jeder Mittäter die für den Komplizen erkennbaren Gefahrensignale und ihre Würdigung selbst in gleichem Maße reflektiere. Da dies beim Zusammentreffen von bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit nicht der Fall sei und das Gesetz nicht zwischen beiden Fahrlässigkeitsformen differenziere, könne fahrlässige Mittäterschaft insgesamt nicht anerkannt werden.<sup>63</sup> Jedoch geht es bei der Mittäterschaft nicht um die Zurechnung fremden Handlungsunrechts, sondern die fremde zugerechnete Handlung des einen muss sich jeweils für den anderen als Handlungsunrecht darstellen. Der Mittäter wird so behandelt, als habe er die Handlung des Komplizen selbst ausgeführt. Insofern kommt es nur darauf an, dass die Rechtsverletzung als Folge des gemeinsamen Handlungsprojekts für jeden Mittäter erkennbar war.<sup>64</sup>

## VII. Was also ist fahrlässige Mittäterschaft?

In der deutschen Diskussion werden im Wesentlichen zwei Modelle der fahrlässigen Mittäterschaft vertreten, die miteinander konkurrieren. Wegen der unterschiedlichen Deliktstruktur von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat soll nach einem objektiven Modell auf ein gemeinsames Handlungsprojekt und das Bewusstsein gemeinsamen Handelns verzichtet werden. Der objektiven Ausgestaltung der fahrlässigen Straftat muss eine objektive Ausgestaltung der fahrlässigen Mittäter-

<sup>51</sup> BGH GA 1968, 121 f.

<sup>52</sup> RGSt 44, 321 ff.

<sup>53</sup> Vgl. bereits RGSt 42, 6 (8); 59, 104 (107).

<sup>54</sup> Vgl. *Botke*, GA 2001, 463 (474 f.); *Kraatz* (Fn. 14), S. 116 f., 366; *Gropp*, GA 2009, 272 f.

<sup>55</sup> Siehe auch *van Weezel* (Fn. 42), S. 363 f.; *Heine/Weißer* (Fn. 16), Vor §§ 25 ff. Rn. 114.

<sup>56</sup> Wofür etwa *Greco*, Jahrbuch für Recht und Ethik 27 (2019), 361 (378 f.), ein schlechtes Beispiel ausreichen lässt. Dies ist mit dem Grundsatz der persönlichen Verantwortung nicht vereinbar.

<sup>57</sup> *Puppe*, GA 2004, 133 (145 f.); ebenso *Böhringer* (Fn. 18), S. 298 ff.

<sup>58</sup> *Puppe*, ZIS 2007, 237.

<sup>59</sup> So etwa *Vogel/Bülte*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 18 Rn. 70; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 18 Rn. 132.

<sup>60</sup> Insofern ebenso *Kraatz* (Fn. 14), S. 292 f.

<sup>61</sup> *Kraatz* (Fn. 14), S. 141, 260 ff., 368.

<sup>62</sup> Siehe *Häring* (Fn. 11), S. 226 f.

<sup>63</sup> *Kraatz* (Fn. 14), S. 270, 285 ff.

<sup>64</sup> Siehe ferner *Renzikowski*, in: *Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen* (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, S. 423 (433 ff.).

schaft entsprechen. Der Grund für die Zurechnung ist demnach die durch das gemeinsame Handeln bewirkte Risikopotenzierung.<sup>65</sup>

An dieser Stelle muss der alte Streit zwischen einer objektiven und einer subjektiven Deutung des Fahrlässigkeitsdelikts nicht wieder aufgewärmt werden,<sup>66</sup> denn es kommt darauf schlicht nicht an. Die Fragen, ob und inwieweit jemand eine Rechtsgutsverletzung vermeiden kann und an welcher Stelle dieses Problem im Verbrechenaufbau zu behandeln ist, haben nichts mit den Kriterien zu tun, nach denen verschiedene Handlungen zu einer „Gesamtat“ zusammengefasst werden können. Es ist aber nicht ersichtlich, wie eine Arbeitsteilung zwischen verschiedenen Mittätern ohne vorherige Abstimmung möglich sein soll. Verzichtet man auf einen gemeinsamen Handlungsentschluss, so kann die Mittäterschaft nicht mehr von dem bloß kontingenten Zusammentreffen mehrerer fahrlässig Handelnder unterschieden werden.<sup>67</sup> Diese Kritik trifft ebenso auf ein normatives Verständnis der fahrlässigen Mittäterschaft zu, welches in bestimmten Fällen den gemeinsamen Tatplan durch die gemeinschaftliche Verantwortung für ein Risiko ersetzen will.<sup>68</sup>

Zutreffend ist dagegen ein Konzept der fahrlässigen Mittäterschaft, dass der Mittäterschaft beim Vorsatzdelikt entspricht. Erforderlich ist demnach ein gemeinsames Handlungsprojekt, das heißt, die Mittäter müssen sich gleichberechtigt und wechselseitig zu aufeinander abgestimmten Handlungen zur Erreichung eines bestimmten Zieles verpflichtet haben. Diese „Gesamtat“ muss sich als Setzung einer rechtlich missbilligten Gefahr oder anders ausgedrückt: als kollektive Fehlleistung darstellen.<sup>69</sup> Weiterhin müssen die

Mittäter ihre nach dem gemeinsamen Plan vorgesehenen Beiträge erbringen. Eine kausale Verknüpfung zwischen dem jeweiligen Tatbeitrag und dem Erfolg ist nicht erforderlich, sofern der Erfolg nur kausal mit dem gesamten Handlungsprojekt verknüpft ist wie etwa im Fall der additiven Mittäterschaft. Schließlich setzt die Zurechnung voraus, dass jeder Beteiligte die Gefährlichkeit des Handlungsprojekts erkennen konnte und musste. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass die Beteiligten über dieselbe Gefahrvorstellung verfügen.

Für die beiden Eingangsbeispiele ergibt sich daraus folgende Lösung: Im Fall der „Rolling Stones“ vereinbarten A und B, zwei schwere Steine in einen Fluss zu rollen – wahrscheinlich, um das Wasser einmal lustig spritzen zu lassen. Beide leisteten den vereinbarten Beitrag, indem sie einen Stein den Hang hinunterrollten. Dieses gemeinsame Handlungsprojekt begründete eine unerlaubte Gefahr für das Leben der Menschen unter diesem Überhang, was schließlich zum Tod des Fischers führte. Beide haben sich als Mittäter einer fahrlässigen Tötung strafbar gemacht, und zwar selbst dann, wenn mit Sicherheit festgestellt werden könnte, wessen Stein den Fischer getötet hat. Im „Streichholzfall“ besteht der gemeinsame Handlungsplan, soweit er für den Straftatbestand der fahrlässigen Brandstiftung (§ 306d StGB), darin, die Fabrikhalle mit brennenden Streichhölzern auszuleuchten. Beide haben durch ihr Verhalten gemeinsam eine rechtswidrige Gefahr geschaffen, so dass der entstandene Brand entgegen der Auffassung des Schleswigschen Oberlandesgerichts ihnen als Mittäter zugerechnet werden kann, ohne dass es darauf ankommt, wer das Feuer mit seinen brennenden Streichhölzern gelegt hat.

### VIII. Schluss

Wenn wir also die Mittäterschaft bei fahrlässigen Straftaten betrachten, geht es nicht darum, durch eine besondere Konstruktion Schlupflöcher in der Strafbarkeit zu schließen oder die Grundsätze der vorsätzlichen Mittäterschaft aufzuweichen. Es geht vielmehr um den Begriff der Mittäterschaft selbst und seine Implikationen, die sich wiederum auf einen anderen Begriff beziehen: den Begriff der Tat.

<sup>65</sup> Vgl. *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 195 ff.

<sup>66</sup> Siehe dazu etwa *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 24 Rn. 53 ff., 73 ff., einerseits und *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 241 ff., andererseits, jeweils m.w.N.

<sup>67</sup> Ablehnend auch *Häring* (Fn. 11), S. 183 f. und *Kraatz* (Fn. 14), S. 121.

<sup>68</sup> So etwa *Otto*, in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 91 (104); *ders.*, in: *Seebode* (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 271 (283 f.); zur Kritik siehe *Renzikowski* (Fn. 66), S. 290 f.; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 137 ff.; *Häring* (Fn. 11), S. 171, 212; *Kraatz* (Fn. 14), S. 132.

<sup>69</sup> So mit geringen terminologischen Unterschieden *Dencker* (Fn. 17), S. 176 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1997, S. 70 ff.; *Renzikowski* (Fn. 66), S. 288 f.; *Küpper*, GA 1998, 519 (527); *Sung-Ryong*, Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“ im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB und die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2001, S. 262, 272, 276 et passim; *Schneider*, Risikoherrschaft als Tatherrschaftsattribut und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte, 2003, S. 289; *Häring* (Fn. 11), S. 83, 199, 218 f., 213; in der Sache auch *Hoyer* (Fn. 25), § 25 Rn. 154; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (693); *Luzón Pena/Díaz y García Conlledo*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/*

*Rudolphi* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 575 (605); *Rodríguez Montanés*, ebenda, S. 307 (326); *Roxin* (Fn. 15), § 25 Rn. 242; *Riedo/Chvojka*, SchwZStr 120 (2002), 152 (160 ff.).

# Zur kausalitätsersetzenden Wirkung der fahrlässigen Mittäterschaft

Von Prof. Dr. Heng-da Hsu, Taipei\*

## I. Einleitung und Fragestellung

Der Begriff „Mittäter“ bezeichnet die Täter, die „eine Straftat gemeinschaftlich begehen“. Diese Definition zur Mittäterschaft findet sich nicht nur im deutschen, sondern auch im taiwanesischen StGB. § 25 Abs. 2 StGB schreibt vor, dass jeder als Täter bestraft wird, wenn mehrere die Straftat gemeinschaftlich begehen (Mittäter). Eine ähnliche Vorschrift findet sich auch im taiwanesischen StGB.<sup>1</sup> Obwohl der Inhalt des Gesetzestextes ähnlich ist, steht die Frage im Vordergrund, wie der Begriff sowie die Erscheinungsformen der Mittäterschaft aufgefasst werden sollten.

Nach der vorherrschenden Meinung in Deutschland, Japan und Taiwan kommen mehrere Tatbeteiligte als Mittäter erst dann in Betracht, wenn eine Straftat durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ausgeführt wird. Dementsprechend müssen die Mittäter, um einen gemeinschaftlichen Entschluss zu bilden, in erster Linie verabreden, dass sie eine bestimmte Straftat mit gegenseitiger Unterstützung begehen werden. Anschließend muss der jeweilige Beteiligte einen dem Tatplan entsprechenden objektiven Beitrag leisten, so dass die Mittäter arbeitsteilig die intendierte Rechtsgutsverletzung verwirklichen. Weil sie gemeinschaftlich die Straftat begehen, werden sie nicht für die Einzeltat des jeweiligen Täters, sondern gemeinschaftlich für die von ihnen beabsichtigte Straftat verantwortlich gemacht. Demnach geht es weniger um eine Strafbegründung aufgrund der Tatbegehung des Einzelnen als vielmehr um eine Kollektivhaftung mehrerer Tatbeteiligter.<sup>2</sup>

Vom Gedanken der *Kollektivhaftung* ausgehend braucht ein Mittäter nicht eigenhändig die tatbestandsmäßige Tat auszuführen, um das Rechtsgut zu verletzen. Ein Mittäter muss vielmehr für den aufgrund des Tatplans gemeinschaftlich herbeigeführten Schaden eintreten. Ein Beispiel dafür: A und B haben einen Tatplan entworfen, um O einen Schlag ins Gesicht zu versetzen, demzufolge A den O festhalten und B ihn mit der Hand schlagen soll. Wie abgesprochen realisieren beide planmäßig ihren Entschluss und verletzen den O.

Bei der Bestimmung der Strafbarkeit von A und B lässt sich die Gesichtsverletzung des O zweifellos dem B zurechnen, der O geschlagen hat. A hat nur das Opfer festgehalten, es aber nicht geschlagen. Die Tathandlung des A ist daher für die Körperverletzung des O nicht ursächlich. Allerdings muss

A, wenn er mit B durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken die Körperverletzung begangen hat, aufgrund der Mittäterschaft ebenso zur Verantwortung gezogen werden wie B. Anders formuliert: Wenn sich ein Tatbeteiligter als Mittäter herausstellt, spielt der Kausalzusammenhang zwischen dem Tatbeitrag des Einzelnen und dem Erfolg nicht mehr die ausschlaggebende Rolle. Auch wenn seine Tat keine Kausalbeziehung zum Erfolg aufweist, kann er aufgrund der Ausführung seines die anderen Tatbeteiligten fördernden Tatbeitrages in gleicher Weise wie seine Komplizen sanktioniert werden. Daher wird auch in der Lehre vertreten, es komme bei der Mittäterschaft auf die Kausalität der Beiträge in ihrer Gesamtheit an. Es gilt insofern festzustellen, dass bei Mittäterschaft von dem Verzicht auf das Erfordernis des Kausal- sowie objektiven Zurechnungszusammenhangs des Einzelbeitrages auszugehen ist.<sup>3</sup>

Allerdings beharrt die bisherige herrschende Lehre darauf, dass die Mittäterschaft lediglich beim Vorsatzdelikt gilt. Es sei nicht angemessen, die Auffassung der Kollektivhaftung auf den Fahrlässigkeitstäter zu übertragen. Für das Fahrlässigkeitsdelikt gilt nach wie vor der Einheitstäterbegriff, nach dem zur Begründung der Strafbarkeit die sorgfaltswidrige Setzung eines den Erfolg verursachenden und objektiv zurechenbaren Risikos ausreicht.<sup>4</sup> Der Hauptgrund für die Ablehnung der Mittäterschaft bei den fahrlässigen Delikten besteht darin, dass sich die Mittäterschaft auf einen *gemeinsamen Tatentschluss* im Hinblick auf die arbeitsteilige Verwirklichung einer bestimmten Straftat stützt. Diese Voraussetzung ist beim Vorsatztäter kein Problem, da vor der Tatbegehung oder in deren Verlauf ein Einvernehmen bestehen muss, wenn mehrere Vorsatztäter dasselbe deliktische Ziel verfolgen wollen. In den Fällen, in denen mehrere Beteiligte jeweils sorgfaltspflichtwidrig im Hinblick auf einen Erfolg zusammenwirken, verhalten sie sich nur arbeitsteilig, um einen (außerstrafrechtlichen) Zweck zu erreichen; sie beabsichtigen unter solchen Umständen jedoch nicht, eine bestimmte Straftat zu begehen. Es mangelt daher im Fahrlässigkeitsbereich an einem gemeinsamen Tatentschluss zur Ausführung einer Straftat. Da eine wesentliche Voraussetzung für die mittäterschaftliche Strafhaftung fehlt, machen sich die Beteiligten nur als fahrlässige *Nebentäter* strafbar, wonach jedem lediglich das eigene Verhalten, aber nicht das fremde zuzurechnen ist.<sup>5</sup>

Diese schon seit langem herrschende Ansicht ist jedoch in solchen Fällen problematisch, in denen der Kausal- oder Zurechnungszusammenhang des jeweiligen fahrlässigen Nebentäters zwischen sorgfaltspflichtwidrigem Verhalten

---

\* Dieser Beitrag wurde von mir zuerst auf Deutsch geschrieben, dann von Herrn Kollegen Prof. Dr. Shintaro Koike (Universität Keio, Tokio) ins Japanische übersetzt und erschien in der japanischen Zeitschrift *Hogaku Kenkyu* Vol. 92-3 (2019), 31. Für die sprachliche Verbesserung bedanke ich mich vor allem bei Herrn Kollegen Prof. Dr. Joachim Renzikowski.

<sup>1</sup> § 28 taiwStGB lautet: „Wenn mehrere gemeinschaftlich eine Straftat ausführen, wird jeder als Mittäter bestraft.“ Es gibt keine Sondervorschrift für die mittelbare Täterschaft im taiwanesischen StGB.

<sup>2</sup> Zum Streit vgl. nur *Utsumi*, ZStW 119 (2007), 771.

---

<sup>3</sup> Vgl. *Renzikowski*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 423 (426 f.)

<sup>4</sup> *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 73; *Botke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, S. 25 ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1995, § 63 I. 3. a) (S. 676).

<sup>5</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 63 I. 3. a) (S. 676).

und Erfolg nicht nachweisbar oder schwer zu bejahen ist. In solchen Konstellationen findet sich eine Strafbarkeitslücke, weil sich die Tatbeteiligten von der Erfolgsverursachung entlasten können. Eine Alternativlösung wird herangezogen, nach der die Konstruktion einer „kausalitätsersetzenden“ fahrlässigen Mittäterschaft erforderlich sei. Trotzdem wird auch von der h.M. dahingehend argumentiert, dass die fahrlässige Mittäterschaft überflüssig sei und die relevante Problematik mit dem Einheitstäterbegriff gut gelöst werden könne.<sup>6</sup>

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht anzuerkennen ist, vor allem im Hinblick auf die heutige moderne, auf Massenproduktion ausgegerichtete Gesellschaft, in der die Menschen verschiedene soziale Rollen einnehmen, zahlreiche ausdifferenzierte Sicherungsnormen gelten und eine Rechtsgutsverletzung durch ihr gemeinschaftlich sorgfaltspflichtwidriges Zusammenwirken hervorgerufen werden kann. Wie das Strafrecht die Zurechenbarkeit des Erfolges zum Einzelnen behandeln sollte, stößt auf dogmatische Schwierigkeiten und ist immer noch sehr umstritten.

In diesem Beitrag möchte ich deshalb die Frage zu beantworten versuchen, ob die fahrlässige Mittäterschaft eine sinnvolle Rechtsfigur für die kausalitätsersetzende Interpretation darstellt, oder ob sie als eine eigentlich überflüssige Auffassung verstanden werden kann. Die weiteren Probleme bezüglich der fahrlässigen Mittäterschaft können hier nicht weiter diskutiert werden. Um diese Frage genauer zu behandeln, möchte ich im Folgenden zwei Hauptkonstellationen unterscheiden: die Fälle der nicht nachweisbaren Kausalität und den Fall der fahrlässigen Kollegialentscheidung.

## II. Unbeweisbare Kausalität

### 1. Streichholz-Fall und Rolling-Stones-Fall

Wie oben dargestellt gibt es verschiedene Fälle für weitere Diskussionen, die wiederum in zwei verschiedene Kategorien unterteilt werden. Die erste Fallgruppe betrifft die Nichtbeweisbarkeit der Einzelkausalität bei mehreren Fahrlässigkeitstätern. Es gibt zwei bedeutende Fälle dazu. Die erste Konstellation geht auf den Streichholz-Fall zurück:<sup>7</sup> Zwei Angeklagte drangen in eine Fabrikhalle ein und zündeten dort abwechselnd Streichhölzer an, um sich in dem dunklen Raum zu orientieren. Eines der Streichhölzer entzündete einen Stoffballen. Nicht feststellbar war, wer das Streichholz geworfen und dadurch den Brand verursacht hatte. Das OLG Schleswig lehnte es ab, die beiden Angeklagten wegen mittäterschaftlicher fahrlässiger Brandstiftung zu verurteilen.

Über einen anderen berühmten Fall mit demselben Rechtsproblem, den sog. Rolling-Stones-Fall, entschied das

Schweizerische Bundesgericht:<sup>8</sup> Zwei Männer wollten zwei Felsbrocken einen steilen Abhang hinunterrollen. Sie konnten den Bereich, in dem die Felsbrocken aufschlagen würden, nicht einsehen. Einer der beiden rief hinab, um auszuschließen, dass jemand unten getroffen werden könnte. Da niemand antwortete, rollte jeder einen Felsbrocken hinab. Ein Fischer wurde tödlich getroffen. Nicht festzustellen war, welcher der beiden Felsbrocken den Erfolg verursacht hatte. Das Schweizerische Bundesgericht verurteilte beide Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung in Mittäterschaft.

### 2. Die Ansicht des Einheitstäterbegriffs

In beiden Fällen geht es um die Strafbarkeit wegen eines fahrlässigen Delikts. Das Problem besteht jeweils darin, dass der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung jedes Einzelnen für den Erfolg nicht nachgewiesen werden kann. Ist allerdings der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des jeweiligen Täters und dem Erfolg nicht festzustellen, dann muss das Gericht alle Beteiligten nach dem Grundsatz in dubio pro reo freisprechen. Da im Streichholz-Fall nicht festgestellt werden kann, wer das Streichholz weggeworfen hatte, das das Feuer auslöste, sprach das OLG Schleswig, der traditionellen Ansicht folgend, beide Angeklagten frei. Das gleiche gilt für die Beteiligten im Rolling-Stones-Fall, denn es gab keine Beweise für die Feststellung, wer den tödlichen Felsbrocken heruntergerollt hatte. Richtigerweise hätten demnach beide Angeklagte straffrei bleiben müssen.

Diese Freispruchslösung wird bis heute von einigen Autoren vertreten,<sup>9</sup> sieht sich jedoch erheblicher Kritik ausgesetzt, denn die den Erfolg auslösende Gefahr war in beiden Fällen für die Beteiligten vorhersehbar. Ein brennendes Streichholz kann ein Feuer entfachen, ein Felsbrocken kann eine Person unter einem Abhang tödlich treffen; diese Risiken waren den Beteiligten jeweils bewusst. Zudem konnte der schädigende Verlauf jedenfalls auf den Tatbeitrag eines Beteiligten zurückgeführt werden. Wenn sich jetzt beide jeweils damit entlasten können, es könnte doch auch der andere gewesen sein, erscheint dies kaum als berechtigt.<sup>10</sup>

Um einerseits die Auffassung zu verteidigen, ein Fahrlässigkeitstäter hafte nur für sein eigenes Verhalten, andererseits Beweisschwierigkeiten in solchen Fällen zu bewältigen, versuchen die Autoren, den Einheitstäterbegriff durch die Vorverlagerung der tatbestandsmäßigen Tathandlung zu retten. Beispielsweise schlägt *Hans-Ludwig Günther* vor, dass die Fahrlässigkeitstäter dann gleichermaßen bestraft werden dürfen, wenn sie zum Zeitpunkt der Beteiligung an der weiteren gemeinsamen Handlung sorgfaltswidrig gehandelt haben.<sup>11</sup> Wird der Rolling-Stones-Fall als Beispiel ge-

<sup>6</sup> Siehe statt vieler *Rotsch*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 887 (903, 906 f.); *Murmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 34 m.w.N.

<sup>7</sup> OLG Schleswig NSTZ 1982, 116.

<sup>8</sup> BGE 113 IV, 58 (aus dem Jahr 1987).

<sup>9</sup> Siehe etwa *Kraatz*, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 2006, S. 358; *Puppe*, GA 2004, 129 f.; vgl. auch OLG Schleswig, NSTZ 1987, 116.

<sup>10</sup> Z.B. *Gropp*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2015, § 10 Rn. 216.

<sup>11</sup> Siehe *Günther*, JuS 1988, 386 (387). Für eine verbesserte Alternativlösung in dieser Richtung vgl. *Hoyer*, in: Paeffgen/

nommen, dann hält *Günther* nicht die eigentliche Tathandlung, also das Herunterrollen der Felsbrocken, sondern die Fassung des gemeinsamen Entschlusses dazu für das sorgfaltspflichtwidrige Verhalten. Wenn jeder Einzelne – sorgfaltsgemäß – auf diese Absprache verzichtet hätte, dann hätten beide nicht die Felsbrocken hinuntergerollt, und der Erfolg wäre infolgedessen ausgeblieben. Damit haftet der Einzeltäter aufgrund der sorgfaltswidrigen Fassung des Entschlusses für den Schaden. Mit der Vorverlegung des sorgfaltswidrigen Täterverhaltens auf die gemeinsame Verabredung begründet *Günther* die fahrlässige Strafhaftung beider Täter unter den Voraussetzungen des Alleintäterbegriffs. „Notwendig ist deshalb stets eine individuelle Prüfung jedes Einzelbeitrags.“<sup>12</sup> Ebenfalls ist im Streichholz-Fall die Verabredung zum gemeinsamen Anzünden der Streichhölzer das sorgfaltswidrige Verhalten beider Fahrlässigkeitstäter. Wenn sich keiner an dieser Vereinbarung beteiligt hätte, hätten beide die Streichhölzer nicht angezündet, so dass auch der Erfolg nicht eingetreten wäre. Somit haften beide wegen der Beteiligung an dem Entschluss für den fahrlässig ausgelösten Brand. Dass sich der Kausalzusammenhang zwischen dem Herunterrollen des Steines bzw. dem Wegwerfen eines Streichholzes nicht nachweisen lässt, schließt also die Verantwortlichkeit der Beteiligten nicht aus, und die Erfolgszurechnung ist wegen des jeweiligen fahrlässigen *Einzelatbeitrags* (also Beteiligung an der Fassung des gemeinsamen Planes) zu bejahen<sup>13</sup> (Vorverlagerungslösung).

### 3. Die Ansicht der fahrlässigen Mittäterschaft

Im Gegensatz zu den auf dem Einheitstäterbegriff beruhenden Ansichten ist die Anhängerschaft der fahrlässigen Mittäterschaft gewachsen, nicht zuletzt, um mit dieser Konstruktion die Beweisprobleme in Fällen der geschilderten Art zu vermeiden. Im Hinblick auf die Erfolgszurechnung bei der vorsätzlichen Mittäterschaft, bei der die Kausalerklärung nicht auf die einzelnen Tatbeiträge der gemeinschaftlich zusammenwirkenden Beteiligten bezogen sein soll, geht man davon aus, dass es bei der Mittäterschaft nicht auf den Kausalzusammenhang zwischen dem einzelnen Beitrag und der Rechtsgutsverletzung ankommt.<sup>14</sup> Vielmehr werde das Erfordernis der Kausalität gerade durch die haftungskonstituierende Mittäterschaft ersetzt.<sup>15</sup> Solange die Beteiligten gemein-

sam als Mittäter den Erfolg herbeiführen, sei es unnötig, nach dem einzelnen Kausalbeitrag zu fragen. Die Pointe dieser sog. kausalitätsersetzenden Wirkung der (fahrlässigen) Mittäterschaft liegt gerade im Verzicht auf die Prüfung des Kausalzusammenhangs.

Dementsprechend können die fahrlässig handelnden Beteiligten in beiden Fällen als Mittäter des entsprechenden fahrlässigen Delikts bestraft werden. Im Streichholz-Fall haben beide gemeinschaftlich den Brand verursacht und die Frage, wer das Streichholz weggeworfen und so in eigener Person den Erfolg verursacht hat, spielt keine Rolle mehr. Im Rolling-Stones-Fall gelangt man zu dem gleichen Ergebnis: Beide Täter haben sich wegen des gemeinsamen Zusammenwirkens bezüglich des Todeserfolges als fahrlässige Mittäter strafbar gemacht. Hieraus erhellt, dass die Mittäterschaftslösung einen neuen Ausweg für die Neugestaltung der Kausalerklärung in solchen Fällen anbietet.

### 4. Eigene Ansicht

Bisher habe ich drei verschiedene Meinungen und deren Begründung vorgestellt: Freispruchs-, Vorverlagerungs- und Mittäterschaftslösung. Insofern drängt sich die Frage auf, welche der Lösungen für solche Fälle am besten passt.

Zunächst muss man sich darüber klar werden, dass der *ursprüngliche* Einheitstäterbegriff und die traditionelle Kausalitätsformel die beiden erwähnten Fallkonstellationen nicht angemessen lösen können. Dies wird von den Anhängern des herkömmlichen Einheitstätermodells auch nicht geleugnet. Freilich bleibt die Frage, ob die Vorverlagerungslösung besser ist. Meines Erachtens ist sie problematisch, denn sie verlegt den Gegenstand der fahrlässigen Strafhaftung von der risikobezogenen Tathandlung auf die vorherige Beteiligung. Die Begrenzungsfunktion des strafrechtlichen Tatbestands und das davon abgeleitete Prinzip der tatbestandsmäßigen Gefährdung werden dadurch vernachlässigt. Außerdem stellt sie für die Einzelhaftung weniger auf die von einem Beteiligten selbst geschaffene Rechtsgutsgefährdung ab als vielmehr auf die als solche nicht tatbestandsmäßige Gruppenbildung. Der Fahrlässigkeitstäter haftet demnach also nicht für das eigene rechtsgutsbeeinträchtigende Verhalten, sondern ihm wird darüber hinaus die Pflicht auferlegt, das mögliche verwerfliche Verhalten anderer Beteiligter zu beachten, zu kontrollieren sowie gegebenenfalls zu verhindern. Dies erweitert unberechtigterweise die Fahrlässigkeitshaftung auf die vorverlagerte Gruppenbildung.<sup>16</sup> Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass diese Lösung eigentlich nicht weit von der Figur der fahrlässigen Mittäterschaft entfernt ist, denn die Haftung des jeweiligen Fahrlässigkeitstäters kann nicht allein aufgrund seines Einzelverhaltens, sondern nur in der Gesamtschau mit den gemeinsam von einer bestimmten Gruppe geleisteten Beiträgen im spezifischen Sozialkontext, nämlich der vorhergehenden gemeinsamen Verabredung, bestimmt werden.<sup>17</sup> Daher ist diese Lösung insoweit verfehlt, als sie einerseits auf dem Einheitstäterbegriff beharrt, andererseits mit der Haf-

Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Fn. 6), S. 515 (523 ff.).

<sup>12</sup> *Günther*, JuS 1988, 387. Ebenso *Rotsch* (Fn. 6), S. 887 (903 ff., 905).

<sup>13</sup> *Günther*, JuS 1988, 387.

<sup>14</sup> So bereits *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 40, 783. *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 142 ff., zeigt im Anschluss an die Lehre *Roxins*, dass schon eine Risikoerhöhung ex ante für die Zurechnung der Rechtsgutsverletzung genügt; ebenso *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen im Unternehmen, 2001, S. 173 ff.; siehe ferner *Renzikowski* (Fn. 3), S. 428 f.

<sup>15</sup> *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2004, § 21 Rn. 116; *Schaal* (Fn. 14), S. 207 f.

<sup>16</sup> So *Pfeiffer*, JURA 2004, 519 (522).

<sup>17</sup> Zutreffend *Weißer*, JZ 1998, 230 (235 f.).

tungsvorverlagerung auf das Verhalten vor der eigentlichen Tathandlung alle Gruppenmitglieder gleich bestraft.<sup>18</sup>

Die zweite Lösung, wonach auf die Kausalerklärung bei der fahrlässigen Mittäterschaft verzichtet werden kann, wirft ebenfalls Probleme auf. Traditionell geht man grundsätzlich davon aus, dass die Kausalität den maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Erfolgszurechnung bildet und sie bei der vorsätzlichen oder fahrlässigen Mittäterschaft keineswegs aufgegeben werden kann.<sup>19</sup> Die Idee einer kausalitätsersetzenden Mittäterschaft ist daher hoch problematisch.<sup>20</sup> Vor einer Stellungnahme muss allerdings noch einmal verdeutlicht werden, worum es bei der Auseinandersetzung wirklich geht.

In beiden Fällen beruht das Problem des Kausalitätsnachweises weniger auf der Unbrauchbarkeit des Kausalitätskriteriums als vielmehr auf der Schwierigkeit der Nachweisbarkeit des betreffenden Sachverhalts. Die kausalitätsersetzende Mittäterschaft verzichtet dabei nicht auf die strafrechtliche Kausalfeststellung, sondern auf die Anwendung des in-dubio-Satzes bei fehlender Nachweisbarkeit des Sachverhalts. Ich erkenne aber keine plausible Begründung, weshalb der Nachweis des kausalitätsbezogenen Sachverhalts verzichtbar sein sollte.<sup>21</sup> Im Übrigen muss darauf verwiesen werden, dass nach der herrschenden Lehre der Nachweis des betreffenden Sachverhaltes weder im Fall des fahrlässigen Einzeltäters, noch im Fall der fahrlässigen Nebentäterschaft aufgegeben werden darf.

Auch bei vorsätzlicher Mittäterschaft wird für die Strafbarkeit aller Beteiligten vorausgesetzt, dass der betroffene Sachverhalt ausreichend bewiesen wird, so dass die Überzeugung des Tatrichters von einer bestimmten Straftat möglich ist. Mit der Konstitution einer vorsätzlichen Mittäterschaft kann dann der Beteiligte, der die tatbestandsmäßige Tat nicht selbst ausführt, ebenso wie derjenige, der eigenhändig den betreffenden Tatbestand erfüllt, bestraft werden. Es geht dabei um einen rechtlichen Grund für die Erweiterung der Strafbarkeit. Unverzichtbar ist auf jeden Fall, dass alle Umstände bezüglich der begangenen Straftat, z.B. Art und Weise der Tatausführung, Kausalverlauf, Tatort, Tatzeit usw., aufgeklärt werden müssen.

Solange der Sachverhalt sich nicht beweisen lässt, muss die Strafbarkeit aufgrund des Zweifelsatzes ausscheiden.<sup>22</sup> Der Verzicht auf den Nachweis des Sachverhalts hat lediglich die unberechtigte Strafbarkeiterweiterung im Fahrlässigkeitsbereich zur Konsequenz.<sup>23</sup> Kurz gesagt: Nach der Ansicht der kausalitätsersetzenden Mittäterschaft kann auf die ausführliche Sachverhaltserforschung und die notwendige Anwendung des in-dubio-Satzes bei fehlender Beweisbarkeit des Sachverhalts verzichtet werden. Dies lässt sich meines

Erachtens nicht begründen.<sup>24</sup> Deswegen muss zuerst versucht werden, den Sachverhalt unter allen Umständen aufzuklären. Mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht ist es jedoch nicht vereinbar, im Wege einer kausalitätsersetzenden Mittäterschaft jene Beteiligten ohne ausreichende Beweise zu verurteilen. Die Vorstellung einer kausalitätsersetzenden Funktion der fahrlässigen Mittäterschaft ist daher nicht nur begrifflich verfehlt, sondern auch dogmatisch unberechtigt.

Zur Freispruchslösung erscheint mir noch eine kurze Bemerkung erforderlich zu sein. Klargestellt werden muss, dass es hier weniger um das Kausalitätskriterium als vielmehr um die Erklärung des betroffenen Sachverhalts geht. Ohne den Inhalt des strafrechtlichen Bewertungsgegenstandes vollständig aufzuklären, kann keine strafrechtliche Bewertung vorgenommen werden. Zum anderen lehnen die Anhänger der Freispruchslösung zumeist die fahrlässige Mittäterschaft ab, für mich jedoch verkennt dieses Argument die Funktion der Kollektivhaftung im Bereich des Fahrlässigkeitsdelikts. Eine vertiefte Auseinandersetzung soll im nächsten Abschnitt durch die Diskussion einer vereinfachten Variante des Lederspray-Falles erfolgen.

### III. Überbedingter Erfolg

#### 1. Vereinfachte Variante des Lederspray-Falles

Die Leitentscheidung ist das Lederspray-Urteil.<sup>25</sup> In diesem Fall ging es um den unterlassenen Rückruf mangelhafter Ledersprays, also um das im Hinblick auf eine Gesundheitsschädigung fahrlässige, von mehreren Geschäftsführern beschlossene Unterlassen des Rückrufs trotz bestehender Rückrufflicht.<sup>26</sup> Eine eingehende Diskussion des fahrlässigen Unterlassens sprengt den Rahmen dieses Beitrages, daher beschränkt sich die weitere Erörterung auf den vereinfachten Lederspray-Fall. Dessen Sachverhalt lautet:

Vier von fünf Gremienmitgliedern einer Gesellschaft haben aufgrund unzureichender Kenntnisse über die Gefährlichkeit eines Produkts die Entscheidung getroffen, dass es von ihrem Betrieb hergestellt und dann in Verkehr gebracht werden soll. Vier Geschäftsführer A, B, C und D haben zugestimmt, während E dagegen gestimmt hat. Die Gesundheit mehrerer Verbraucher wird durch den Gebrauch dieses Produktes beeinträchtigt.

Für die Strafbarkeit lässt sich die Frage aufwerfen, ob die vier mit „Ja“ stimmenden Gremienmitglieder für die Gesundheitsbeeinträchtigung der Verbraucher einstehen müssen. Da ihnen der Körperverletzungsvorsatz fehlt, muss ermittelt werden, ob sie durch ihr Abstimmungsverhalten eine fahrlässige Körperverletzung begangen haben.

Sofern es im Fahrlässigkeitsbereich nur um den Einheits-täterbegriff geht, stellt sich dabei die Frage, ob die Ja-Stimme des einzelnen Geschäftsführers kausal für den missbilligten Erfolg ist. Der Bedingungslehre nach ist ursächlich für den Erfolg ein Verhalten, das nicht hinweggedacht werden kann,

<sup>18</sup> Kritisch auch *Geppert*, JURA 2011, 30 (33).

<sup>19</sup> *Kohlrausch/Lange*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl. 1961, S. 160; sie alle gehen aber vom extensiven Täterbegriff aus.

<sup>20</sup> So vor allem *Puppe*, GA 2004, 129 (135 ff.).

<sup>21</sup> Siehe auch *Puppe*, GA 2004, 137.

<sup>22</sup> *Herzberg* (Fn. 4), S. 73.

<sup>23</sup> *Puppe*, GA 2004, 137.

<sup>24</sup> Ähnlich zur ersten Fallkonstellation *Kratz* (Fn. 9), S. 357 ff.

<sup>25</sup> BGHSt 37, 106.

<sup>26</sup> Vgl. *Samson*, StV 1991, 182 (184); *Puppe*, JR 1992, 30 (31 f.).

ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel (conditio sine qua non).<sup>27</sup> Es ist jedoch kaum möglich, mit dem herkömmlichen Prüfungskriterium der Conditio-Formel den Kausalzusammenhang zwischen der Ja-Stimme eines einzelnen Mitglieds und dem Schaden festzustellen.<sup>28</sup> Denn der schädliche Erfolg ist auf die nach dem Mehrheitsprinzip operierende Geschäftsleitung zurückzuführen, und schon drei Ja-Stimmen konstituieren die notwendige Mehrheit, die zum Beschluss der Produktherstellung und -lieferung führt. Die vierte Ja-Stimme könnte deswegen weggedacht werden, ohne dass der Körperverletzungserfolg der Verbraucher entfiel. Also ist die vierte Stimme nicht ursächlich für den Schaden. Daraus könnte gefolgert werden, dass sich *jeder* der an der Abstimmung Beteiligten bei einer qualifizierten Mehrheit darauf berufen kann, das Ergebnis wäre auch ohne seine Zustimmung zustande gekommen, sein Tatbeitrag sei demzufolge nicht kausal und er habe keine fahrlässige Körperverletzung begangen. Bei dieser Anwendung der Conditio-Formel zur Prüfung des Kausalzusammenhanges ergibt sich die Absurdität, dass sich jeder Beteiligte an der Mehrheitsentscheidung, sich durch den Hinweis auf die gleichartige und ebenso pflichtwidrige Zustimmung der anderen von der Verantwortung entlasten könnte.

## 2. Einige Lehrmeinungen

Um diese Strafbarkeitslücke zu schließen, werden zwei Auswege vorgestellt. Die erste Ansicht geht dahin, dass die fahrlässige Mittäterschaft für die strafrechtliche Erfolgszurechnung im vereinfachten Lederspray-Fall erforderlich ist.<sup>29</sup> Ein bekannter Anhänger der fahrlässigen Mittäterschaft, *Harro Otto*, hat bereits in den frühen 1990er Jahren darauf hingewiesen, dass es dogmatisch möglich sowie erforderlich sei, die Mittäterschaft im Fahrlässigkeitsbereich anzuerkennen.<sup>30</sup> *Otto* charakterisiert das konkrete Kriterium der fahrlässigen Mittäterschaft dahingehend, dass mehrere Fahrlässigkeitstäter gemeinschaftlich eine Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut schaffen oder erhöhen müssen.<sup>31</sup> *Otto* zufolge setzt die fahrlässige Mittäterschaft „das Bewußtsein der Beteiligten über

das arbeitsteilige, der gemeinsamen Steuerbarkeit unterliegende Vorgehen bei der Gefahrbegründung oder -erhöhung“<sup>32</sup> voraus. Wenn das subjektive Verbindungsmoment des Bewusstseins der gemeinschaftlichen Steuerbarkeit bei arbeitsteilig agierenden Fahrlässigkeitstätern festgestellt wird, dann kann die strafrechtliche Gesamthaftung der fahrlässigen Mittäter begründet werden.<sup>33</sup>

Diesen Überlegungen, wonach die arbeitsteilig den Erfolg gemeinsam herbeiführenden Fahrlässigkeitstäter beim Vorliegen eines subjektiven Verbindungsmoments fahrlässige Mittäter seien, folgen viele Anhänger der fahrlässigen Mittäterschaft. Beispielsweise meint *Renzikowski* dazu, dass sich die fahrlässige Mittäterschaft mit der gegenseitigen Selbstbindung des gemeinsamen Tatplans für die wechselseitigen Tatbeiträge begründen lasse.<sup>34</sup> *Roxin* betont ebenfalls, dass das praktische Bedürfnis nach der Konstruktion der fahrlässigen Mittäterschaft bei Gremienentscheidungen von besonderer Dringlichkeit sei.<sup>35</sup> Für die konkreten Elemente der fahrlässigen Mittäterschaft verlangt *Roxin* objektiv ein Zusammenwirken bei der Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr und die Leistung der im gemeinsamen Plan vorgesehenen Beiträge.<sup>36</sup> Für die meisten Anhänger der fahrlässigen Mittäterschaft ist es nicht erforderlich, im Fall der Mittäterschaft den Kausalzusammenhang zwischen dem einzelnen Beitrag und der Rechtsgutsverletzung festzustellen, da das Erfordernis der Kausalität durch die haftungskonstituierende Mittäterschaft ersetzt wird.<sup>37</sup> Solange die Beteiligten gemeinsam den Erfolg herbeiführen und eine Mittäterschaft dadurch konstruiert wird, ist es unnötig, nach dem einzelnen Kausalbeitrag zu fragen.

Damit versteht sich die fahrlässige Mittäterschaft als Begründung der Kollektivhaftung im vereinfachten Lederspray-Fall. Es wird nicht mehr gefragt, ob ein Kausalzusammenhang zwischen der einzelnen Ja-Stimme und dem Körperverletzungserfolg der Verbraucher vorliegt. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob die fahrlässig handelnden Beteiligten durch die arbeitsteilige Tatausführung beim Vorliegen eines subjektiven Verbindungsmoments *gemeinschaftlich* den Erfolg herbeigeführt haben. Soweit die Frage bejaht wird, können alle Beteiligten als Mittäter eines Fahrlässigkeitsdelikts bestraft werden. Der Schwerpunkt zur Strafbarkeitsbegründung der die Ja-Stimme abgebenden Gremienmitglieder liegt vielmehr im Verursachungszusammenhang zwischen ihren *Gesamtatbeiträgen* und dem Erfolg. Steht im betroffenen Fall fest, dass der Erfolg auf nichts anderes als den von ihnen gefassten Beschluss zurückgeht, dann reicht dies für die Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung anhand der Mittäterschaft aus.

Im Gegensatz zu den die fahrlässige Mittäterschaft befürwortenden Lehrmeinungen beharren jedoch manche Autoren auf dem Einheitstäterbegriff im Fahrlässigkeitsbereich.

<sup>27</sup> Vgl. z.B. *Satzger*, JURA 2014, 186 (187 ff.).

<sup>28</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (5 ff.).

<sup>29</sup> *Otto*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 271 (281 ff.); *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 561 (563); *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 282 ff.; *ders.* (Fn. 3), S. 423 ff.; *Weißer*, JZ 1998, 236; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 199 ff.; *Knauer* (Fn. 12), S. 181 ff.; *Schaal* (Fn. 14), S. 210 ff.; *Pfeiffer*, JURA 2004, 519; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 239 ff. m.w.N.

<sup>30</sup> In seinem Beitrag zur strafrechtlichen Erfolgszurechnung hat *Otto*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 91 (104), bereits die Ansicht vertreten, dass eine gemeinsame Haftung im Sinne der Mittäterschaft auch im Fahrlässigkeitsbereich möglich sei. Ausführlichere Beiträge zum Thema finden sich erst später, siehe *ders.* (Fn. 29), S. 277 ff.

<sup>31</sup> *Otto* (Fn. 29), S. 282.

<sup>32</sup> *Otto* (Fn. 29), S. 282.

<sup>33</sup> Vgl. dazu *Otto* (Fn. 15), § 21 Rn. 117.

<sup>34</sup> *Renzikowski* (Fn. 29), S. 288 ff.; *ders.* (Fn. 3), S. 429 ff.

<sup>35</sup> *Roxin* (Fn. 29), § 25 Rn. 241.

<sup>36</sup> *Roxin* (Fn. 14), S. 738 f.

<sup>37</sup> *Otto* (Fn. 15), § 21 Rn. 116; *Schaal* (Fn. 14), S. 207 f.

Um die Problematik zu lösen, ist ihrer Meinung nach das herrschende Kriterium der Kausalität gemäß der *Conditio-Formel* zu korrigieren und der Verzicht auf die konkrete Kausalerklärung im Fahrlässigkeitsbereich durch die Einführung der fahrlässigen Mittäterschaft ist dementsprechend dann nicht erforderlich.<sup>38</sup> Diese Ansicht wird hauptsächlich von *Puppe* vertreten und ist bis heute einflussreich.

*Puppe* zufolge darf im Fahrlässigkeitsbereich die Kausalerklärung des einzelnen Tatbeitrages nicht vernachlässigt werden. *Puppe* entwickelt dazu ein neues Kriterium für die Kausalerklärung, nach dem geprüft werden soll, ob die Einzelursache zum notwendigen Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung gehört.<sup>39</sup> Der Lösungsvorschlag *Puppes* sieht vor, dass zum einen der Erfolg nicht mehr „in seiner konkreten Gestalt“<sup>40</sup> im ontologischen Sinne begriffen werden soll. Es geht vielmehr um den abstrakten Erfolg, der sich als die nachteilige Veränderung des Rechtsgutzustandes erweist.<sup>41</sup> Solange der Erfolg in rechtsgutzbezogener Weise bestimmt wird, muss die Ursache auch den zu schützenden Zustand des Rechtsguts verschlechtern.<sup>42</sup> Darüber hinaus schlägt *Puppe* vor, dass die über die notwendige Bedingung entscheidende *Conditio-Formel* dadurch korrigiert werden soll, dass sich die Ursache eines Erfolgs als der notwendige Bestandteil der hinreichenden Mindestbedingung versteht,<sup>43</sup> denn ein Erfolgseintritt ist immer auf eine Reihe hinreichender Bedingungen zurückzuführen, die nicht unbedingt die notwendige Bedingung aufweisen. *Puppe* schließt an den Kausalbegriff der sprachanalytischen Philosophie an, nach dem nur die Gesamtheit aller für den Erfolg hinreichenden Mindestbedingungen jenen Erfolg verursachen kann und nur diese *Gesamtheit* das kausale Verhältnis genügend begründet.<sup>44</sup> Daher erweist sich die einzelne Ursache als der notwendige Bestandteil dieser hinreichenden Gesamtheit.

Aus der Einbeziehung dieses Kausalbegriffs folgert *Puppe*, dass die *Conditio-Formel* durch den notwendigen Bestandteil der hinreichenden Mindestbedingung ersetzt werden sollte. Damit kann der vereinfachte Lederspray-Fall besser gelöst werden, denn die hinreichende Mindestbedingung des Produktverkaufs ist mit drei Zustimmungen erfüllt. *Puppes* Meinung nach kann die einzelne Ursache als der notwendige Bestandteil *irgendeiner* hinreichenden Mindestbedingung

angesehen werden.<sup>45</sup> Im Ergebnis ist also jede Ja-Stimme notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung und alle vier Ja-Stimmen sind daher Ursachen für den Körperverletzungserfolg.<sup>46</sup> Da jede einzelne Ja-Stimme für den Erfolg ursächlich ist, kann das einzelne Gremienmitglied *allein* die fahrlässige Körperverletzung begehen, wenn das Gericht feststellt, dass die weiteren Elemente der fahrlässigen Körperverletzung erfüllt sind.

### 3. Eigene Ansicht

#### a) Kausalzusammenhang

Das Kernargument der fahrlässigen Mittäterschaft findet sich in der kausalerklärungsersetzenden Wirkung und die Lehre des Einheitstäterbegriffs bezieht sich auf die Modifikation des Kriteriums für die Kausalerklärung des Einzelbeitrages. Es lohnt sich, kritisch zu überprüfen, wie der Kausalzusammenhang zwischen dem einzelnen Tatbeitrag und dem Erfolg festzulegen ist.

Für die Kausalerklärung nach der Formel *Puppes* bleibt die Frage, was in diesem Fall die hinreichende Mindestbedingung ist. Nach dem Mehrheitsprinzip ist ein Beschluss des Gremienrates so zu fassen, wenn drei von fünf Geschäftsführern ihm zustimmen. Damit gibt es vier Möglichkeiten der hinreichenden Mindestbedingung: (A+B+C); (B+C+D); (A+C+D); (A+B+D).<sup>47</sup> Daraus folgert *Puppe*, dass der Kausalzusammenhang zwischen einer bestimmten Ja-Stimme und dem Erfolg dann gegeben ist, wenn diese einen notwendigen Bestandteil *einer* der vier möglichen Mindestbedingungen darstellt.<sup>48</sup> Nach dieser Formel sind alle vier Ja-Stimmen für den Erfolg kausal.<sup>49</sup> Meines Erachtens ist diese Lehre insofern verfehlt, als die für sie zentrale Mindestbedingung stets flexibel und unbestimmbar ausgewählt wird.<sup>50</sup> Wenn die hinreichende Mindestbedingung nicht festgelegt wird, ist fraglich, ob der notwendige Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung auch feststellbar ist. – Beispiel: Die Ja-Stimme des A bildet zwar einen notwendigen Bestandteil der drei möglichen hinreichenden Bedingungen (A+B+C), (A+C+D) und (A+B+D), aber nicht von (B+C+D). Warum bei der Kausalerklärung nicht die letzte Möglichkeit als die zu prüfende Mindestbedingung festgelegt und dann die Ja-

<sup>38</sup> *Puppe*, JR 1992, 32 f.; *dies.*, GA 2004, 129 ff.; a.A. etwa *Satzger*, Jura 2014, 193.

<sup>39</sup> Grundlegend *Puppe* ZStW 92 (1980), 863 (874 ff.); für die strafrechtliche Produzentenhaftung zustimmend *Kuhlen*, JZ 1994, 1142 (1146).

<sup>40</sup> *Puppe*, GA 1994, 300.

<sup>41</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 880.

<sup>42</sup> Es geht *Puppe* deswegen um die *normative* Bestimmung des Erfolgs, vgl. *Puppe*, GA 1994, 298 ff.; siehe auch *Hilgendorf*, GA 1995, 515 (527).

<sup>43</sup> *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 102.

<sup>44</sup> Siehe *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 83 ff.

<sup>45</sup> *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 1. Aufl., 2002, § 2 Rn. 69; ähnlich *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 565 f.

<sup>46</sup> Vor allem *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 69.

<sup>47</sup> *Puppe* (Fn. 46), § 2 Rn. 69.

<sup>48</sup> Beispielhaft: Wenn man die Möglichkeit (B+C+D) betrachtet, ist die Zustimmung des A kein notwendiger Bestandteil dieser Mindestbedingung. Aber nach *Puppe* muss man nicht unbedingt auf diese Alternative zurückgreifen, sondern kann *irgendeine andere* nehmen. Wenn man die Möglichkeit (A+B+C) oder (A+C+D) oder (A+B+D) nimmt, dann ist die Stimme des A für den Erfolg ursächlich. Diese Prüfung lässt sich auf B, C und D entsprechend übertragen.

<sup>49</sup> *Puppe* (Fn. 46), § 2 Rn. 69.

<sup>50</sup> Ebenso *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7).

Stimme des A für nicht ursächlich erklärt wird, bleibt unklar. Außerdem erklärt *Puppe* alle Ja-Stimmen zu notwendigen Bestandteilen der hinreichenden Mindestbedingung des Erfolges,<sup>51</sup> aber es gibt keine hinreichende Mindestbedingung, die sich aus vier notwendigen Ja-Stimmen zusammensetzt.<sup>52</sup> Was *Puppe* mit ihrem Kriterium gewinnen kann, ist nicht der notwendige Bestandteil einer bestimmten einzelnen hinreichenden Bedingung, sondern der aller hinreichenden Bedingungen. Somit ist die Lehre *Puppes* nicht weit von *Engischs* Theorie der gesetzmäßigen Bedingung entfernt, wonach alle gesetzmäßig hinreichenden Bedingungen in einem Ursachenzusammenhang zum Erfolg stehen.<sup>53</sup>

Deshalb kann mit der Formel der gesetzmäßigen Bedingung die Kausalerklärung im betroffenen Fall leicht bewerkstelligt werden: Nach dem Mehrheitsprinzip kann der Beschluss in einem fünfköpfigen Gremium mit vielen Möglichkeiten gefasst werden, nämlich wenn fünf, vier oder drei Mitglieder dem Beschluss zustimmen. Beim vereinfachten Lederspray-Fall geht es um die zweite Möglichkeit mit vier Ja-Stimmen. Wenn feststellbar ist, welche vier Mitglieder zugestimmt haben, führen die vier Ja-Stimmen aufgrund des Mehrheitsprinzips zu einem Beschluss über das Inverkehrbringen eines mangelhaften Produkts.<sup>54</sup> Das Ergebnis ändert sich nicht, auch wenn die Zahl der zustimmenden Geschäftsführer auf fünf steigt. Daher ist jeder einzelne Täterbeitrag für den Erfolg kausal. Mithilfe der Lehre der gesetzmäßigen Bedingung lässt sich eine akzeptable Lösung bei fahrlässigen Gremienentscheidungen erreichen. Es ist also nicht erforderlich, die Kausalerklärung mithilfe der fahrlässigen Mittäterschaft zu ersetzen.<sup>55</sup>

#### b) Zusammenhang der Erfolgszurechnung

Steht fest, dass die Kausalerklärung des Einzelbeitrages beim Gremienbeschluss durch die gesetzmäßige Bedingungstheorie möglich ist, scheint es so, dass die fahrlässige Mittäterschaft abgelehnt wird und der fahrlässige Einheitstäterbegriff vertretbar ist. Mir scheint allerdings, dass die mögliche Kausalerklärung durch die gesetzmäßige Bedingung nicht zwangsläufig dazu führt, dass die Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft im dogmatischen Umgang mit dem verein-

fachten Lederspray-Fall überflüssig wird. Vielmehr kann die Notwendigkeit dort gesehen werden, wo die Erfolgszurechnung des Einzelbeitrages am fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang scheitert.<sup>56</sup>

Wenn nämlich die Kausalität des einzelnen Täterbeitrags bereits festgestellt worden ist, muss trotzdem weiterhin gefragt werden, ob die Sorgfaltspflichtwidrigkeit des einzelnen Täterverhaltens mit dem Erfolg normativ verknüpft ist. Beim konkreten Prüfungsverfahren soll die Frage gestellt werden, ob der Erfolg bei rechtmäßigem Alternativverhalten entfallen wäre. Wenn der Erfolg mit Sicherheit nicht eingetreten wäre, steht die Zurechnung fest.<sup>57</sup> Wird das Beurteilungsverfahren des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs beim rechtmäßigen Alternativverhalten auf den dargelegten Fall übertragen, bei dem vier von fünf Mitgliedern die Ja-Stimmen abgegeben haben, wird der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen der Stimme des einzelnen Mitgliedes und dem Erfolg zweifelhaft. – Beispiel: Auch wenn ein Mitglied A rechtmäßig gehandelt, nämlich mit „Nein“ gestimmt hätte, wäre der Erfolg aufgrund der weiteren drei Ja-Stimmen nach dem Mehrheitsprinzip mit Sicherheit ebenso eingetreten. Die Stimme des A steht demnach nicht in einem Pflichtwidrigkeitszusammenhang mit dem Erfolg, und daher wäre der Einzeltäter A immer freizusprechen. Dieselbe Folgerung gilt auch für die anderen zustimmenden Mitglieder. Daraus ergibt sich, dass sich jedes Gremienmitglied in einem solchen Fall mit dem Hinweis auf die anderen drei Ja-Stimmen entlasten kann.<sup>58</sup>

Es darf nicht verkannt werden, dass zwar bei der Kausalerklärung anhand der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung alle hinreichenden Bedingungen für ursächlich erklärt werden können, aber die auf den hinreichenden Gesamtbedingungen beruhende Kausalerklärung – zumindest nach der herrschenden Lehre – nicht für die Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs gilt. Beim Pflichtwidrigkeitszusammenhang geht es allein um die hypothetische Überprüfung des notwendigen sorgfaltswidrigen Täterverhaltens. Es wird nämlich an dieser Stelle gefragt, ob dieses sorgfaltswidrige Täterverhalten für den Erfolg notwendig wäre, so dass der Erfolg beim rechtmäßigen Alternativverhalten ausgeblieben wäre.<sup>59</sup>

Gerade weil die sorgfaltswidrige Pro-Stimme des Einzelmitgliedes wegen weiterer drei Ja-Stimmen nicht für den Erfolg notwendig erscheint, ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ausgeschlossen und begeht der Beteiligte keine fahrlässige Körperverletzung. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht akzeptabel, da sonst alle Geschäftsführer in ähnlichen

<sup>51</sup> *Puppe* (Fn. 46), § 2 Rn. 69.

<sup>52</sup> Ebenso *Knauer* (Fn. 14), S. 120 ff.; *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7).

<sup>53</sup> Jüngst wird die Lehre *Puppes* von *Rotsch* und *Hoyer* kritisiert, vgl. *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (6 f.); *Hoyer* (Fn. 11), S. 518 ff.

<sup>54</sup> Zutreffend *Hilgendorf*, NSTZ 1994, 565; *ders.*, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 33 (39 ff.); *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 116; *Rodríguez Montañés*, in: Schönemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolph (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 307 (317).

<sup>55</sup> Anders insoweit *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7 ff.); nach seiner Ansicht ist die fahrlässige Mittäterschaft dogmatisch möglich, jedoch nicht erforderlich, vgl. auch *ders.* (Fn. 12), S. 906.

<sup>56</sup> Ähnlicher Ansicht *Weißer* (Fn. 54), S. 121 ff.

<sup>57</sup> Statt vieler *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 174 m.w.N.

<sup>58</sup> Siehe *Puppe* (Fn. 43), Vor § 13 Rn. 209 ff.

<sup>59</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 57), Vor §§ 13 ff. Rn. 99 und 99a; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 42; *Puppe* (Fn. 43), Vor § 13 Rn. 202.

Fällen immer straflos blieben.<sup>60</sup> Es bedarf deswegen außerhalb der Kausalerklärung und des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs noch einer vermittelnden Prüfungsstufe, bei der die in einem bestimmten Sozialkontext miteinander verbundenen Einzeltäterbeiträge als Gesamtbeitrag einer Tätergemeinschaft angesehen werden können. Damit kann bei der Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs der pflichtwidrige Gesamtbeitrag durch ein rechtmäßiges Gesamtverhalten ersetzt und dann ermittelt werden, ob der Erfolg auch bei rechtmäßigem Gesamtverhalten dieser Tätergemeinschaft eingetreten wäre.

Diese vermittelnde Prüfungsstufe ist meines Erachtens die fahrlässige Mittäterschaft. Vor allem beim vereinfachten Lederspray-Fall kann kein Mitglied mit seinem eigenen Beitrag – also mit einer Ja-Stimme – ein mangelhaftes Produkt auf den Markt bringen. Das Inverkehrbringen des mangelhaften Produkts setzt die mehrheitliche Übereinstimmung der Gremienmitglieder mit dem Verkauf des Produkts voraus. Die Körperverletzung der Verbraucher ergibt sich deswegen nicht aus dem einzelnen Täterbeitrag, sondern aus der Gesamttatherrschaft über die Rechtsgutsverletzung.

Genauer formuliert: Es gibt eine Form der *gemeinsamen* Tatherrschaft von mehreren Fahrlässigkeitstätern über das Schadensgeschehen, die strafrechtlich als Mittäterschaft bezeichnet werden kann. Meiner Meinung nach ist die Erfolgszurechnung bei Fahrlässigkeitsdelikten als die objektive Tatherrschaft des sorgfaltswidrigen Verhaltens über das gesamte Geschehen der Rechtsgutsverletzung zu verstehen. Mit der Bestimmung der Tatherrschaft als rein objektive Tatbestimmung über das Ob und Wie eines Rechtsgutsverletzungsgeschehens durch *Luzón Peña* und *Díaz y García Conlledo* lässt sich der Tatherrschaftsbegriff auf die objektive Erfolgszurechnung übertragen.<sup>61</sup> Wir können weiterhin die objektive Tatherrschaft als das maßgebliche Kriterium der Erfolgszurechnung im Aussondierungsverfahren aller gesetzmäßigen Bedingungen kennzeichnen. Wenn der Täter durch seine Ausführungshandlung im folgenden Kausalablauf die wirkliche objektive Tatherrschaft über den gesamten Kausalablauf erlangt, ist ihm der Erfolg zuzurechnen. Wer, in der Sprache *Roxins*, durch die Verwirklichung der tatsächlichen Tatherrschaft zur Zentralgestalt eines rechtsgutsverletzenden Geschehens wird, ist Täter, und der Erfolg wird ihm zugerechnet. Dieser Begriff der rein objektiven Tatherrschaft als Kriterium der Erfolgszurechnung gilt nicht nur für die Vorsatztäter, sondern auch für die Fahrlässigkeitstäter. Von daher ist zu folgern, dass die Idee der funktionalen Tatherrschaft, die sowohl als eine Erscheinungsform der objektiven Tatherrschaft, als auch als Begründungsmoment der Kollektivhaftung bei Mittäterschaft zu nennen ist, ihre Anwendungsmöglichkeit im Bereich des fahrlässigen Zusammenwirkens eines Erfolgs finden kann. Leisten mehrere Täter im geplanten arbeitsteiligen Zusammenhang die Einzeltatbeiträge, dann

können ihre einzelnen Handlungen als ein Bestandteil der Gesamttat angesehen werden. Solange mehrere Fahrlässigkeitstäter in einem geplanten arbeitsteiligen Zusammenhang handeln, sind ihre einzelnen Tatbeiträge in die Gesamttat einbezogen, die die Gemeinschaftlichkeit der Straftatbegehung im Sinne des § 25 Abs. 2 dStGB oder § 28 taiwStGB begründet. Insofern kann die Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft anerkannt werden.<sup>62</sup>

Wir kommen wieder zur Lösung des Gremienproblems. Beim vereinfachten Lederspray-Fall muss gefragt werden, ob die zustimmenden Geschäftsführer die Gesamttat einer Gesundheitsschädigung begehen, solange die Kausalität aller Ja-Stimmen nach der Formel der gesetzmäßigen Bedingung festgestellt wird. Steht dann fest, dass ihr Gesamtverhalten die Tatherrschaft über die Rechtsgutsverletzung begründet, ist hieraus zu folgern, dass fahrlässige Mittäterschaft vorliegt. Kurz: Die Einfügung einer gemeinschaftlichen Haftungsform in die zweite Prüfungsstufe der Erfolgszurechnung ist zur Lösung des vereinfachten Lederspray-Falles unentbehrlich. Daher hat die fahrlässige Mittäterschaft keineswegs eine kausalitätsersetzende Funktion, sondern ist eine Ergänzung für den fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang oder „normativen Erfolgszurechnungszusammenhang“ bei Gremienentscheidungen.

#### IV. Schluss

Zum Schluss fasse ich zusammen, was in meiner Auseinandersetzung mit der sog. „kausalitätsersetzenden“ Funktion durch die Einführung der fahrlässigen Mittäterschaft gewonnen worden ist.

1. Eine kausalitätsersetzende Wirkung der fahrlässigen Mittäterschaft kommt im Strafrecht nicht in Betracht.

2. Ist im betroffenen Fall der Sachverhalt, der das Kausalurteil begründet, nicht nachweisbar, dann müssen die Beteiligten freigesprochen werden. Hier gilt das in-dubio-Prinzip und die Anerkennung der fahrlässigen Mittäterschaft darf in solchen Fällen nicht die Kausalerklärung zwischen dem einzelnen Täterverhalten und dem Erfolg ersetzen.

3. Wird der Erfolg im konkreten Fall durch zusammenwirkende Täterbeiträge herbeigeführt, dann ist die fahrlässige Mittäterschaft für die Strafbarkeit dieser Täter erforderlich. Denn die fahrlässige Mittäterschaft ergänzt dann – wie im Beispiel der Gremienentscheidung – den fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang.

<sup>60</sup> Zur Kritik an diesem Ergebnis vgl. vor allem *Puppe*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Fn. 54), S. 287 (292).

<sup>61</sup> *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Fn. 54), S. 575 (584 ff.).

<sup>62</sup> Die weiteren Fragen der fahrlässigen Mittäterschaft sprengen den Rahmen dieses Beitrages. Siehe dazu *Hsu*, Zurechnungsgrundlage und Strafbarkeitsgrenze der Fahrlässigkeitsdelikte in der modernen Industriegesellschaft, 2009, S. 261 ff.

# Die aktuelle Diskussion der fahrlässigen Mittäterschaft in Japan

Von Prof. Dr. Tomoko Utsumi, Yokohama

## I. Einleitung

Der Stand der Diskussion über die fahrlässige Mittäterschaft in Japan hat sich seit 2016 erheblich verändert. Ausgangspunkt ist eine neuere Entscheidung des japanischen Obersten Gerichtshofs (jOGH) vom 12. Juli 2016<sup>1</sup>, in der die fahrlässige Mittäterschaft als solche gebilligt wurde und die ihre Voraussetzungen geklärt hat.

Zwar ist die fahrlässige Mittäterschaft in der japanischen Rechtspraxis schon lange anerkannt. Die unteren Instanzen haben allerdings die Voraussetzungen für die fahrlässige Mittäterschaft unterschiedlich beurteilt. Manche Urteile nehmen fahrlässige Mittäterschaft an, wenn eine gemeinsame Sorgfaltspflicht verletzt wird.<sup>2</sup> Andere Urteile fordern einen gemeinsamen Tatentschluss,<sup>3</sup> wie das erste Urteil des jOGH, in dem er zum ersten Mal ausdrücklich die fahrlässige Mittäterschaft akzeptiert hat.<sup>4</sup>

Gerade deshalb wurde vom jOGH erwartet, die Voraussetzungen einheitlich zu bestimmen. Der jOGH hat nun geklärt, dass die Verletzung einer gemeinsamen Pflicht für die fahrlässige Mittäterschaft entbehrlich ist. Stattdessen erachtet er zwei Umstände für wesentlich, nämlich die Stellung und die Rolle der Beteiligten, um eine gemeinschaftliche Verletzung einer Pflicht zu bejahen.

Die Literatur ist dagegen tief gespalten. Die Anhänger der fahrlässigen Mittäterschaft behaupten die Legitimation und die praktische Notwendigkeit dieser Zurechnungsfigur. Die Gegner betonen ihre Nutzlosigkeit,<sup>5</sup> weil zwischen den Beteiligten Pflichten zur gegenseitigen Überwachung angenommen werden könnten. Nach dem Beschluss des jOGH vom 12. Juli 2016 ist allerdings die Zahl der Anhänger gewachsen, und der Gegenstand der Diskussion wechselte vom Streit über die Tauglichkeit dieses Begriffs zum materiellen Inhalt und Anwendungsbereich der fahrlässigen Mittäterschaft.

Im Anschluss an einen früheren Beitrag<sup>6</sup> möchte ich meine Überlegung zur fahrlässigen Mittäterschaft weiter vertiefen, die Merkmale analysieren, die der jOGH als Voraussetzung der fahrlässigen Mittäterschaft anerkennt und das dahinter verborgene Denkschema der Rechtspraxis herausarbeiten.

Daher werde ich im folgenden Abschnitt zunächst die neuesten Entscheidungen vorstellen, die sich mit der fahrlässigen Mittäterschaft befassen. Danach werde ich den Beschluss des jOGH von 12. Juli 2016 behandeln, der in der Literatur zu hitzigen Auseinandersetzungen geführt hat und die verschiedenen Argumente analysieren. Abschließend werde ich meinen eigenen Standpunkt klarmachen.

## II. Neuere Gerichtsentscheidungen

Nach dem Wortlaut von § 60 des japanischen StGB ist für die Mittäterschaft eine gemeinsame Tatausführung unverzichtbar. Ein gemeinsamer Tatentschluss wird vom Gesetz nicht ausdrücklich verlangt. Gleichwohl fordern die Rechtspraxis und die herrschende Meinung einen gemeinen Tatentschluss als Tatbestandsmerkmal der Mittäterschaft beim Vorsatzdelikt.<sup>7</sup> Allerdings ist es fragwürdig, worauf schon mehrmals in der Literatur hingewiesen wurde, ob dieses Tatbestandsmerkmal auch bei der fahrlässigen Mittäterschaft vorausgesetzt werden sollte, obwohl ein fahrlässiges Handeln beim Alleintäter nicht mit einer bewussten, willentlichen Rechtsgutsverletzung verbunden ist.<sup>8</sup> Die (frühere) Rechtsprechung in Japan hat daher bei der fahrlässigen Mittäterschaft den gemeinsamen Tatentschluss durch die Verletzung einer gemeinsamen Sorgfaltspflicht ersetzt.

### 1. Bezirksgericht Otaru, 21. März 2000<sup>9</sup>

Zwei Bergführer, X und Y, planten eine geführte Tour auf einen tief verschneiten Berg. Der Lawinenlagebericht hatte wegen starken Neuschnees vor einer erheblich angestiegenen Lawinengefahr gewarnt. X und Y hielten das Lawinenrisiko für vertretbar, hätten aber die Spur durch einen Bergwald

<sup>1</sup> jOGH v. 12.7.2016, Keishû 70 (6), 2016, 411.

<sup>2</sup> OG Nagoya v. 30.9.1986, Hanrei Jihô 1224, 1987, 137; OG Tokio v. 23.1.1992, Hanrei Jihô 1419, 1992, 133.

<sup>3</sup> LG Nagoya v. 22.1.1956, Saitoku 3 (21), 1957, 1007; LG Kyôtô v. 10.5.1965, Kakeishû 7 (5), 1966, 855.

<sup>4</sup> jOGH v. 7.7.1950, Keishû 4 (7), 1950, 1211.

<sup>5</sup> So in Deutschland etwa *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, Vor § 25 Rn. 292 f.

<sup>6</sup> In meinem Aufsatz „Fahrlässige Mittäterschaft in Japan“, ZStW 119 (2007), 768, habe ich bereits die Rechtslage und den damaligen Diskussionstand zur fahrlässigen Mittäterschaft in der japanischen Literatur und einschlägige Rechtsprechung vorgestellt. Es fehlte jedoch eine genauere Analyse der dogmatischen Struktur der fahrlässigen Mittäterschaft in den Gerichtsentscheidungen.

<sup>7</sup> Die herrschende Meinung in Japan hält den gemeinsamen Tatentschluss für den subjektiven Tatbestand. Ebenso in Deutschland etwa *Kudlich*, in: Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 25 Rn. 49. Aber der gemeinsame Tatplan muss sich nach außen manifestieren, weil sonst keine Abstimmung mit anderen Teilnehmern möglich ist. Daher ist der gemeinsame Tatplan m.E. ein objektives Tatbestandsmerkmal, während der subjektive Tatbestand im Willen zur Erfüllung des gemeinsamen Tatplans besteht (Mittättervorsatz), vgl. *Rotsch*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 906; *Haas*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 25 Rn. 68; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 72. Allerdings berührt der Streit über die Einordnung des gemeinsamen Tatplans nicht den Inhalt der hier vorgestellten Diskussion. Daher werde ich darauf nicht weiter eingehen.

<sup>8</sup> *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 21 Rn. 115; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 835.

<sup>9</sup> Hanrei Jihô 1727, 2000, 172.

legen sollen, wo die Lawinengefahr relativ niedrig war. Stattdessen ließen X und Y die Teilnehmer der Tour in der Nähe eines Tals rasten, wo kaum Bäume wuchsen und wegen der Geländebeschaffenheit eine erhöhte Lawinengefahr bestand. Da löste sich oberhalb des Rastplatzes eine Lawine. X und Y, die während der Pause den Berghang beobachtet hatten, bemerkten die Gefahr und warnten sofort die anderen Teilnehmer A und B. Trotzdem wurden alle von der Lawine erfasst und verschüttet. X konnte sich selbst aus dem Schnee befreien. Die Rettungskräfte fanden Y, A und B und bargen sie aus dem Schnee. A und B wurden jedoch erheblich verletzt; A verstarb sogar kurze Zeit später.

Das Bezirksgericht Otaru war der Meinung, dass die Bergführer X und Y aufgrund ihrer Erfahrungen und Kenntnisse hätten vorhersehen können, dass der Rastplatz lawinengefährdet war. In dieser konkreten Situation hätten sie diese Routenführung vermeiden und einen sicheren Ort auswählen müssen, an dem keine Unfallgefahr bestand. Da bei derartigen Unternehmungen regelmäßig mehrere Führer eingesetzt würden, um die Sicherheit der Teilnehmer zu gewährleisten, seien X und Y gleichberechtigt, so dass beiden gemeinsam die Pflicht obliege, die Teilnehmer der Tour zu beschützen.

## 2. LG Nara, 22. Juni 2012<sup>10</sup>

Der Leiter eines Krankenhauses, der Arzt X, und ein anderer fest angestellter Arzt Y untersuchten den Patient A, der an einem gutartigen Tumor litt. X und Y diagnostizierten fälschlich einen Leberkrebs und entschieden sich dafür, den Tumor durch eine Operation zu entfernen, obwohl dafür keine medizinische Notwendigkeit bestand. Da der Tumor der Leber benachbart war, war ein hoher Blutverlust durch die Operation vorhersehbar, der durch die Verletzung der Leber verursacht werden konnte. Trotzdem nahmen X und Y leichtsinnig an, selbst gefahrlos operieren zu können. Beide Ärzte hätten jedoch erkennen können, dass eine solche riskante Operation nur durch einen Spezialisten gefahrlos ausgeführt werden konnte und dass sie für einen unerfahrenen Arzt zu schwierig war. X und Y berichteten der Krankenschwester S, dass es nicht nötig sei, mehr Blut als üblich für die Transfusion vorzubereiten. Zusätzlich bestritt X die Notwendigkeit, einen Spezialisten herbeizuziehen. Bei der Operation verstarb A.

Das LG Nara entschied, dass X und Y unter diesen Umständen leichtsinnig gehandelt hätten, indem sie gemeinsam annahmen, die Operation selbst gefahrlos ausführen zu können. In der Ausführung der Operation mit zu wenigen Beteiligten liege die gemeinsam durchgeführte pflichtwidrige Tätigkeit. Deshalb wurden X und Y wegen fahrlässiger mittäterschaftlicher Tötung bestraft.

## III. JOGH – Beschluss vom 12. Juli 2016: „Akashi-Fußgängerbrücken-Fall“

Die Urteile des Bezirksgerichts Otaru und des LG Nara unterscheiden sich voneinander in der Einschätzung, unter welchen Voraussetzungen fahrlässige Mittäterschaft angenom-

men werden soll. Der Schwerpunkt des Urteils des Bezirksgerichts Otaru liegt auf objektiven Elementen: die Eigenschaft der Leitung als Führer einer Schneeschuh-Tour auf einen verschneiten Berg, die Gleichberechtigung der Rollen von X und Y usw. Das Urteil des LG Nara legt den Schwerpunkt dagegen eher auf die Tatsache, dass die gefährliche Operation aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses von X und Y zusammen durchgeführt wurde. Es wurde nun erwartet, dass der JOGH diesen Gegensatz in den untergerichtlichen Urteilen für die Zukunft auflöst.

Folgender Sachverhalt liegt dem Akashi Fußgängerbrücken-Fall zugrunde: Am 21.7.2001 wurde am Ôkura Strand in der Nähe der Akashi-Fußgängerbrücke ein Feuerwerk veranstaltet, zu dem sich insgesamt ca. 130.000 Personen versammelten. Nach dem Feuerwerk gingen viele Leute über die Akashi-Fußgängerbrücke zum Bahnhof, um von dort mit dem Zug heimzufahren. Allerdings kamen viele Menschen auch aus der entgegengesetzten Richtung und wieder andere hatten es sehr eilig. Dadurch schoben sich die Menschenmengen auf der Brücke zunehmend erst gegen- und dann ineinander. Es kam es zu einem großen Gedränge und zahlreichen Zusammenstößen, in deren Folge neun Kinder und zwei Erwachsene von dem Gewicht der Massen erdrückt sowie weitere 183 Personen verletzt wurden. Im Akashi Fußgängerbrücken-Fall wurden zuerst drei Angestellte des Ordnungsamtes der Stadt Akashi, die das Feuerwerk veranstaltet hatten, ein Polizist und ein Wächter angeklagt und verurteilt.<sup>11</sup>

Der Oberste Gerichtshof war der Meinung,<sup>12</sup> dass Bereitschaftspolizei hätte eingesetzt werden müssen, um den Strom der Leute auf der Brücke zu regulieren, und sah diese Unterlassung als Pflichtverletzung der Polizeibeamten an. Polizist A, dem die umfassende Zuständigkeit für die Sicherheitsplanung vor, während und nach dem Feuerwerk, die Überwachung des Straßenverkehrs und die Organisation und Leitung des Einsatzes der Polizei aufgetragen worden war, hätte gegebenenfalls selbst die Bereitschaftspolizei einschalten und kontrollieren sollen. Es wurde allerdings nicht festgestellt, ob B, der Direktor des Akashi Polizeiamts und Zuständige für

---

<sup>11</sup> Da die Sorgfaltspflichten bei den fünf Verurteilten auf unterschiedlichen Gründen beruhen, wäre es interessant, ihren Ausgangspunkt zu analysieren und die Betrachtung über die fahrlässige Nebentäterschaft durch mehrere Personen im Akashi Fußgängerbrücken-Fall zu vertiefen. Aber an dieser Stelle werde ich nicht darauf eingehen, weil sich dieser Aspekt nicht direkt auf die fahrlässige Mittäterschaft bezieht. Ich werde meine Darlegung auf das zentrale Thema dieses Aufsatzes beschränken.

<sup>12</sup> Als eine normative Grundlage der Sorgfaltspflicht der Polizisten nennt der Oberste Gerichtshof die Bestimmungen des Polizeiaufgaben-Ausführungsgesetzes und des Polizeigesetzes: Das Polizeiaufgaben-Ausführungsgesetz regelt die Aufgabe der Polizei, einen vorhersehbaren Schaden zu vermeiden, das Leben der Bevölkerung zu schützen, und hilflose Leute zu retten. Gerade in einem Fall wie diesem muss die Polizei darauf bedacht sein, ein unkontrolliertes Zusammenreffen zu vieler Menschen zu unterbinden.

---

<sup>10</sup> Hanrei Times 1406, 2015, 363.

den Einsatz der Bereitschaftspolizei, endgültig seine Zuständigkeit auf den A übertragen hatte. Auch in diesem Fall hätte A dem B die dringende Situation und die Notwendigkeit des Einsatzes der Bereitschaftspolizei erklären und ihm den Einsatz empfehlen müssen.

Bemerkenswerterweise klagte die Landesstaatsanwaltschaft Kobe weder den Direktor B noch den Vizedirektor C des Akashi Polizeiamts an, obwohl vor allem B für den Einsatz der Bereitschaftspolizei zuständig war und den A hätte anweisen können, den Zustrom zu vieler Personen auf die Brücke zu blockieren. B und C saßen während und nach dem Feuerwerk zusammen vor einem Überwachungsmonitor, auf dem die Umgebung des Veranstaltungsorts des Feuerwerks zu sehen war. Gewöhnlich werden bei derartigen Unfällen, bei denen mehrere Personen in irgendeiner Weise für die Gefahrenabwehr zuständig sind, von der Rechtspraxis nicht alle Beteiligten als fahrlässige Täter bestraft. Vielmehr beschränkt sich die Strafverfolgung auf die Personen, die in verantwortlicher Stellung für die Steuerung des Risikos sorgen müssen. Die strafrechtliche Verpflichtung zur Verhütung von Rechtsgutsverletzungen beschränkt sich auf diese „Zentralfiguren“.<sup>13</sup>

Warum aber wurde die Strafbarkeit des Leiters des Polizeiamts nicht untersucht, in dessen Händen die gesamte Zuständigkeit für die Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung im Stadtgebiet von Akashi lag? War nicht gerade er eine „Zentralfigur“ des Unfallgeschehens? Derartige Forde-

rungen waren eine natürliche Reaktion der Bevölkerung auf die unterbliebene Strafverfolgung des B. Eine solche, teilweise auf das Mitleid mit den Opfern gegründete Forderung, führte zu wiederholten Anrufungen des Staatsanwaltschaftsberatungsausschusses.<sup>14</sup>

Die Entscheidung der Landesstaatsanwaltschaft Kobe, Direktor B und Vizedirektor C – B verstarb bald danach – nicht anzuklagen, wurde zwei Mal vom Staatsanwaltschaftsberatungsausschuss überprüft: Obwohl infolge der ersten Prüfung eine Anklageerhebung gefordert wurde, entschied sich die Landesstaatsanwaltschaft gegen eine Anklage. Bei der zweiten Prüfung votierte der Staatsanwaltschaftsberatungsausschuss erneut für eine Anklageerhebung. Infolgedessen wurde auch gegen C ein Strafverfahren durchgeführt. Allerdings gab es noch ein zweites Problem. Da der Eintritt der Verjährung drohte, stellte sich die Frage, ob der Ablauf der Verjährungsfrist durch die Strafverfolgung des A unterbrochen worden war (§§ 250 Abs. 1, 254 Abs. 2 jStPO). Das setzte jedoch voraus, dass A und C als Mittäter angesehen werden konnten. Aus diesem Grund musste sich der jOGH mit der fahrlässigen Mittäterschaft von A und C befassen.

Wie bereits erwähnt, akzeptiert der jOGH in seinem Beschluss die fahrlässige Mittäterschaft dem Grunde nach. Damit kommt es darauf an, unter welchen Voraussetzungen diese gemeinschaftliche Pflichtverletzung bejaht wird. Der jOGH hält zwei Elemente für wesentlich: die Position und die Rolle der Beteiligten. Nach der Meinung des jOGH ist die gemeinsame Verletzung einer gemeinsamen Pflicht für die Erfüllung des Tatbestandes der mittäterschaftlichen berufsmäßigen Körperverletzung oder Tötung (§ 211 jStGB) erforderlich. Mit Rücksicht auf die Amtsorganisation und den Dienstplan am Akashi Polizeiamt war A primär verantwortlich für die Sicherheitsplanung und hatte auch die Befehlsgewalt über die Hauptverwaltung bei der Überwachung des Feuerwerks. Dagegen war C nur der Vizedirektor des Polizeiamts und zweiter Abteilungsleiter der Hauptverwaltung beim Polizeiamt. Seine Dienstpflicht bestand darin, den Chef des Polizeiamts B zu unterstützen, wenn er die gesamte Organisation des Akashi Polizeiamts kommandierte und beaufsichtigte. Aus diesem Grund waren die Rollen von A und C völlig unterschiedlicher Natur. Entsprechend verschieden waren ihre Pflichten zur Gefahrenabwehr bei der Entstehung des Unfalls: A hätte gegen 20 Uhr die untergeordneten Polizisten kommandieren und gleichzeitig selbst oder unter dem Befehl von B entscheiden sollen, die Bereitschaftspolizei einzusetzen, um den ungehinderten Zustrom der Leute auf die Brücke zu vermeiden. In der Zeit vor dem Feuerwerk hätte er

<sup>13</sup> Im japanischen Strafgesetzbuch lauten die Fahrlässigkeitstatbestände zum Schutz von Leib und Leben wie folgt:

§ 209 (fahrlässige Körperverletzung): „Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu 300.000 Yen bestraft.“ Fahrlässige Körperverletzung ist ein Antragsdelikt.

§ 210 (fahrlässige Tötung): „Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu 500.000 Yen bestraft.“

§ 211 (berufsmäßige oder grob fahrlässige Körperverletzung und berufsmäßige oder grob fahrlässige Tötung): „Wer eine Berufspflicht verletzt und dadurch den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnisstrafe bis zu 5 Jahren, oder mit Einschließung bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 1.000.000 Yen bestraft. Wer durch grobe Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person oder den Tod eines Menschen verursacht, wird ebenso bestraft.“

Die Mehrzahl der in Japan abgeurteilten Fahrlässigkeitstäter werden wegen berufsmäßiger fahrlässiger Körperverletzung oder berufsmäßiger fahrlässiger Tötung bestraft, die meist im Rahmen der Tätigkeit von Organisationen begangen werden. In einem solchen Fall prüft die Staatsanwaltschaft bei der Erhebung der Anklage, ob ein Beteiligter in Hinsicht auf seine Zuständigkeit in der Organisation tatsächlich die Kompetenz hat, die notwendigen Vorbeugungsmaßnahmen anzuordnen und ob eine Pflichtverletzung und die Vermeidbarkeit des Erfolgs angenommen werden können. Die Strafbarkeit wird in diesen Fällen durch das Tatbestandsmerkmal „berufsmäßig“ beschränkt.

<sup>14</sup> Dieser Staatsanwaltschaftsberatungsausschuss wurde in Japan übrigens mit dem Zweck eingeführt, die Meinung der Öffentlichkeit zu berücksichtigen. In Japan gilt nämlich das „Optimationsprinzip“, wonach Entscheidungen der Staatsanwaltschaft über die Einstellung des Strafverfahrens von dem Staatsanwaltschaftsberatungsausschuss überprüft werden müssen, dessen Mitglieder aus der Bevölkerung ausgewählt werden, um einem Missbrauch des weiten staatsanwaltschaftlichen Ermessens im Hinblick auf die Verfolgung von Straftaten vorzubeugen.

selbst oder durch Beauftragung der untergebenen Polizisten eine sachgemäße Sicherheitsplanung ausarbeiten sollen. C sollte dagegen – nur – dem B durch seinen Rat beistehen, damit dieser den A angemessen kommandieren und beaufsichtigen konnte. Unter der Berücksichtigung der Sachlage kann man kaum annehmen, die konkreten Pflichten von A und von C zur Verhütung des Unfalls seien eine gemeinsame Pflicht gewesen.

Auch der jOGH bewertete die Stellung von C anders als die des A. Während A eine zentrale Rolle bei der Gewährleistung der Verkehrssicherheit vor, während und nach dem Feuerwerk einnahm, sollte C nach den Vorschriften des Polizeigesetzes dem B lediglich unterstützend zur Seite stehen. Daher sah der jOGH C im Vergleich zu der entscheidenden Rolle des A nur als Nebenakteur an: C hatte nur eine subsidiäre Funktion bei der Durchführung der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr inne. C war also nicht (fahrlässiger) Mittäter mit A. Übrigens stellte der jOGH nicht fest, ob B seine Befehlszuständigkeit dem A in vollem Umfang übertragen oder sich das letzte Wort vorbehalten hatte.

#### IV. Kritik am Beschluss des jOGH

Der Beschluss des jOGH regte viele Diskussionen in der Literatur an.<sup>15</sup> Unter den verschiedenen Stellungnahmen ist vor allem die Auffassung von *Hiroshi Kaneko*<sup>16</sup> bemerkenswert. Der Schwerpunkt seiner Ansicht liegt darin, dass die gemeinsame Zuständigkeit wesentliche Voraussetzung sei, um fahrlässige Mittäterschaft anzunehmen. Eine gemeinsame Zuständigkeit wird dadurch festgestellt, dass eine gemeinsame Garantstellung den Beteiligten zugeteilt wird.<sup>17</sup>

*Kaneko* hält es für wichtig, dass nicht festgestellt wurde, ob B seine Zuständigkeit endgültig auf A übertragen hatte. Andernfalls hätte A nicht allein über den Einsatz der Bereitschaftspolizei entscheiden können, sondern hierzu die Genehmigung des B benötigt. Bei der Entscheidung darüber

hätte wiederum C den B bei der Einschätzung der Gefahrenlage und der Beurteilung der Notwendigkeit eines Einsatzes der Bereitschaftspolizei unterstützen müssen. Unter diesen Umständen hätte der jOGH seiner Ansicht nach zwischen A und C eine fahrlässige Mittäterschaft annehmen sollen.

Seine Auffassung zielt vor allem auf das Ergebnis im Lederspray-Fall: Es geht ihm insbesondere darum, Strafbarkeitslücken bei Kollegialentscheidungen wie im Lederspray-Fall zu schließen. Bei Kollegialentscheidungen könnte sich jedes Mitglied des Gremiums darauf berufen, dass es auf seine Stimme gar nicht angekommen sei, obwohl die Vorstandsmitglieder unter Berücksichtigung der Gefährlichkeit des Ledersprays für den Rückruf hätten stimmen sollen.<sup>18</sup> *Kaneko* ist der Meinung, dass bei Abstimmungen in Kollegialorganen in derartigen Fällen eine fahrlässige Mittäterschaft vorliegt, da der einzelne Täter nicht allein die notwendige Entscheidung treffen kann, um effektive Maßnahmen zur Verhinderung der Rechtsgutsverletzung zu ergreifen. Daher fehle jedem Einzelnen für sich betrachtet die Möglichkeit zur Vermeidung des rechtlich missbilligten Erfolgs. Er erblickt die maßgebliche Voraussetzung der fahrlässigen Mittäterschaft nicht im gemeinsamen Tatentschluss, sondern in einer gemeinsamen Zuständigkeit. Dabei kommt es darauf an, wer die Garantspflicht hat, den Erfolg zu vermeiden: Diese gemeinsame Zuständigkeit liegt vor, wenn jeder einzelne Täter als Garant einer nur gemeinsamen erfüllbaren Pflicht zur Erfolgsabwehr unterliegt.

Der Anwendungsbereich der fahrlässigen Mittäterschaft beschränkt sich übrigens nicht auf die Fälle der kollegialen Entscheidung, sondern erstreckt sich nach dieser Ansicht auch auf die Fälle des gemeinsamen Versäumnisses der gebotenen Maßnahmen. Wenn der einzelne Garant es versäumt, einen entsprechenden Vorstandsbeschluss zu organisieren oder sich an der Abstimmung zu beteiligen, obwohl es konkrete Anhaltspunkte für zukünftige weitere Schädigungen gibt, verletzen alle Garant die ihnen gemeinsame Pflicht und sind daher fahrlässige Mittäter.

#### V. Eigene Ansicht

Bisher habe ich neuere Gerichtsentscheidungen sowie eine aktuelle Position der japanischen Strafrechtswissenschaft zur fahrlässigen Mittäterschaft mit Bezug auf das Urteil des jOGH vorgestellt. Nunmehr möchte ich meine Ansicht zum Grund der wechselseitigen Zurechnung bei Mittäterschaft erläutern (1.). Anschließend untersuche ich die Übertragung dieser Begründung auf fahrlässige Handlungen (2.). Schließlich werde ich die Notwendigkeit der fahrlässigen Mittäterschaft erörtern (3.).

<sup>15</sup> Statt vieler *Ôtsuka*, *Kobe Law Journal* 62 (2012), 1.

<sup>16</sup> *Kaneko*, *Keijihô Journal* 51 (2018), 14.

<sup>17</sup> Im Jahr 1961 hat *Stratenwerth*, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1961, S. 383, bereits darauf hingewiesen, dass der Begriff Tatherrschaft kein taugliches Kriterium ist, um die Täterschaft eines Fahrlässigkeitsdelikts zu charakterisieren. Die Auffassung von *Stratenwerth* hatte einen großen Einfluss auf die Diskussion der fahrlässigen Mittäterschaft, siehe etwa *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2. Aufl. 1967, S. 551 ff.; *Otto*, *JuS* 1974, 704 ff.; *ders.*, *Jura* 1990, 47 (48 f.); *ders.*, in: *Seebode* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spindel*, 1992, S. 271 (277 – der Inhalt dieses Beitrages wurde in Japan von *Matsumiya* an der Ritsumeikan Universität, *Hôgaku* 237 [1994], 1140, vorgestellt); *Cornacchia*, in: *Pawlik/Zaczyk* (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, S. 53 (58 f.); Einflüsse auf die Gegner der fahrlässigen Mittäterschaft finden sich bei *Mitsch*, *Fahrlässigkeit und Straftatsystem*, *JuS* 2001, S. 105 (110); *Rudolphi*, in: *Rudolphi/Horn/Samson* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 6. Aufl. 1997, 26. Lfg., Stand: Juni 1997, Vor § 1, Rn. 72.

<sup>18</sup> Vgl. *Murmann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 4. Aufl. 2019, § 25 Rn. 33 f.; *Heine/Weißer* (Fn. 7), § 25 Rn. 77 ff. Ausführlich und kritisch jüngst *Rotsch*, *ZIS* 2018, 1.

1. Über den Grund der wechselseitigen Zurechnung bei der Mittäterschaft

Welche Begründung kann am besten die wechselseitige Zurechnung bei der Mittäterschaft legitimieren?<sup>19</sup> Ist ein gemeinsamer Tatentschluss ein unverzichtbares Element, um die wechselseitige Zurechnung zu begründen?<sup>20</sup> Wie ich bereits früher erläutert habe, streitet man in Japan schon lange Zeit über die Frage, ob man aus dem Wort „gemeinschaftlich ausführen“ in § 60 jStGB einen gemeinsamen Tatentschluss herauslesen muss.<sup>21</sup> Dieser Streit ist seit dem Urteil des jOGH vom 4. Juli 2005 nicht mehr von großer Bedeutung.<sup>22</sup> Der jOGH bejahte eine gemeinschaftliche Aussetzung durch Schutzverpflichtete in einem Fall, in dem einer der Beteiligten den Tod des Opfers in Kauf nahm und der andere nur mit dem Bewusstsein handelte, dass seine Handlung das Opfer in die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bringen könnte. Nach diesem Urteil setzt Mittäterschaft voraus, dass mehrere Tatbeteiligte grundsätzlich dieselbe Straftat mit gegenseitiger Unterstützung begehen wollen.

Aus dem Erfordernis des gemeinsamen Tatentschlusses kann man schließen, dass diese Position von einem kollektiven Subjekt als Träger des gemeinsamen Tatentschlusses ausgeht.<sup>23</sup> Diese Vorstellung eines kollektiven Subjekts als

Träger der wechselseitigen Zurechnung der einzelnen Tat ist zwar sehr attraktiv. Sie kollidiert jedoch mit dem Schuldprinzip, das die Zurechnung eines fremden Verhaltens strikt verbietet. Um dieses Erfordernis zu erfüllen, bedarf es einer anderen Begründung, die nicht gegen das individuelle Schuldprinzip verstößt.<sup>24</sup>

Eine andere, in Japan oft vorgetragene Begründung zur Lösung dieses Problems beruft sich auf die Verbindungskraft der Tatverabredung.<sup>25</sup> Nach dieser Auffassung wird jeder Mittäter durch sein Versprechen gebunden, und seine Handlung ist dem Inhalt eines gemeinsamen Entschlusses mit den anderen Mittätern unterworfen. Denn alle Mittäter, die sich verabreden, um ein bestimmtes Ziel in gemeinsamer Zusammenarbeit zu realisieren, erwarten, dass sich die anderen Mittäter wie sie selbst dem gemeinsamen Ziel verpflichtet haben und daher ihre Handlungen so ausführen, wie es die Erreichung des gemeinsamen Ziels erfordert. In dieser Erwartung handelt jeder so, wie seine Handlung dem gemeinsamen verfolgten Ziel angemessen ist. Jeder muss dem gemeinsamen Ziel folgen, denn sonst können die anderen nicht seine Tat vorhersehen und wissen nicht, was sie tun müssen, um ihr Handeln dem gemeinsam verfolgten Ziel anzupassen. Die Einhaltung des Versprechens ist eine Notwendigkeit für die Realisierung des eigenen (und gleichzeitig gemeinsamen) Ziels.

Ich stimme mit dieser Auffassung völlig überein.<sup>26</sup> Die Begründung mit der Verbindungskraft durch Verabredung

<sup>19</sup> Zur Begründung der Mittäterschaft in Deutschland siehe *Greco*, Jahrbuch für Recht und Ethik 27 (2019), 361 (368 ff.).

<sup>20</sup> Mit Bezug auf dieses Thema ist die Analyse von *Erik Kraatz* sehr interessant, der darauf hingewiesen hat, dass der Begriff der Mittäterschaft zwei Wurzeln im römischen Recht hat, die sich später als Miturheberschaft und als Komplott entwickelt haben. Nach der Ansicht von *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2005, S. 32 ff., wurden diese beiden Strömungen von *Feuerbach* dadurch zusammengeführt, dass er das Komplott als eine Art der Miturheberschaft einordnete. Vgl. *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 1804, S. 133 f. (statt „Komplott“ verwendet *Feuerbach* das Wort ‚Verschwörung‘); *ders.*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 5. Aufl. 1812, S. 45. Zu *Feuerbach* siehe auch *Wehrstedt*, Das Komplott, 1933, S. 18 f.

<sup>21</sup> Dieser Streit ist in Japan bekannt als Gegensatz zwischen der „Tatgemeinschaftstheorie“ und der „Straftatgemeinschaftstheorie“, vgl. *Yamanaka*, in: *Plywaczewski* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie, 1998, S. 585; *ders.*, Einführung in das japanische Strafrecht, 2018, S. 274 f.; die Straftatgemeinschaftstheorie nähert sich den Ansichten von *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 107, und *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 110, die fahrlässige Mittäterschaft angenommen haben, ohne einen gemeinsamen Tatentschluss zu verlangen.

<sup>22</sup> *Keishū* 59/6 (2005), 403.

<sup>23</sup> In diesem Zusammenhang ist die Theorie des Gesamtwillens bedeutsam. Gegen die Auffassung von *Feuerbach*, der das Komplott als wechselseitige Anstiftung ansah, wurden schon von *Stübel*, Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828, S. 4 ff., 25 f., Einwände erhoben (siehe

dazu auch *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 120 ff.). *Stübel*s Kritik wurde in der Literatur weitgehend übernommen und man suchte eine andere Begründung der gegenseitigen Zurechnung. In der Folgezeit findet sich der Begriff des Gesamtwillens, z.B. *Ziegler*, Die Teilnahme an einem Verbrechen, 1845, S. 7 ff.; *Berner*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S. 393 ff., und *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, 1855, S. 342 ff. wurden ebenfalls durch den Gedanken eines Gesamtwillens beeinflusst. Auch v. *Schirach*, Neues Archiv des Criminalrechts, 1817, 521, beruft sich auf die Lehre vom Gesamtwillen und sieht eine besondere Gefährlichkeit der gemeinsamen Tat darin, dass man bei der Zusammenarbeit mit anderen leicht grausamer und mutiger werden kann. Aber diese besondere Gefährlichkeit des Komplotts konnte sich nicht als Begründung der gegenseitigen Zurechnung bei mehreren Beteiligten durchsetzen, siehe *Haas*, a.a.O., S. 117 ff., 123 f.; *Altenhain*, ZStW 113 (2001), 112 (128 f.).

<sup>24</sup> Zur Frage, was vom Begriff der Mittäterschaft verknüpft wird, stellt *Dencker* sich zwei Gegenstände vor – ein Gesamtsubjekt und eine Gesamttat. *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 120 ff., vertritt somit das Zurechnungsmodell einer Gesamttat. Dagegen etwa *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 ff.

<sup>25</sup> *Nakamichi*, in: *Takahashi/Sugimoto/Nakamichi* (Hrsg.), *Rironkeihôgaku Nyûmon*, 2014, S. 242 ff.; vgl. auch *Ida*, *Keihô Sôron no Rironkozô*, 2005, S. 385; *Itô*, *Waseda Hôgakkaishi* 67/1 (2016), 77.

<sup>26</sup> *Utsumi*, *Keiô Hôgaku* 37 (2017), 176.

könnte man folgendermaßen ergänzen: Gewöhnlich steuert man nur seine eigene Willensbildung zur Durchführung eines Verbrechens. Aber durch die Erwartung der angemessenen Handlung eines anderen Mittäters und die Verbindungskraft zur Realisierung des gemeinsamen Ziels kann man die Willensbildung des anderen Mittäters zusammen steuern. M.a.W.: Ein Mittäter gewinnt durch die Tatverabredung nicht nur die Steuerungsmacht hinsichtlich der Motivation eines anderen Mittäters, sondern dadurch auch im Hinblick auf dessen Verhalten.<sup>27</sup>

Deswegen stellt sich nicht mehr die Frage nach der kausalityersetzenden Wirkung der Mittäterschaft. Die Zurechnungsstruktur der Mittäterschaft ist anders als beim Alleintäter und sie ist nicht mit dem Begriff von Kausalität fassbar.<sup>28</sup> Wichtiger ist die Beurteilung, ob sich der eingetretene Erfolg im Rahmen der Verabredung hält, die vor der Tat zwischen Tätern getroffen wurde. M.a.W.: Ist der Erfolg eine Variante der Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans?

Im Übrigen ist der Grundgedanke m.E. anders als die Idee der sog. negativen Tatherrschaft.<sup>29</sup> Die Herrschaft des einzelnen Mittäters über den Kausalverlauf liegt nicht in der Möglichkeit, dass jeder durch die Absage des eigenen Beitrages den gemeinsamen Tatplan scheitern lassen kann, sondern darin, dass der einzelne Täter durch die Verbindungskraft des gegenseitigen Versprechens die Motivation des anderen beeinflusst und dadurch die Handlung des anderen so gestaltet, wie sie dem gemeinsamen Ziel angemessen ist. Dadurch steuert ein Mittäter also indirekt den Kausalablauf.

Beispiel: X und Y verabreden einen gemeinsamen Hausfriedensbruch. Um in die Wohnung des Opfers einzudringen, verspricht X dem Y, ein Werkzeug mitzubringen, damit Y ein Fenster aufbrechen kann. X selbst ist dazu nicht stark und geschickt genug. In diesem Fall vertraut Y darauf, dass X so handelt, wie beide es abgesprochen haben, also ein Werkzeug mitbringt. Sonst können beide den geplanten Hausfriedensbruch nicht realisieren, weil Y aufgrund seiner Erwartung nicht selbst für ein Werkzeug sorgen wird. Da keiner der Beteiligten das Ziel allein erreichen würde, ist jeder gezwungen, sich dem gemeinsamen Plan zu unterwerfen und entsprechend zu handeln. Daher kann man sagen, dass jeder Mittäter entweder die Motivation oder die Kausalität durch die Tat des anderen steuert, und diese einheitliche, nicht trennbare und wechselseitige Steuerung begründet die Täterschaft bei der Mittäterschaft.

Fraglich ist ferner, ob die Steigerung der Effektivität eine notwendige Voraussetzung für den gemeinsamen Tatentschluss und den dadurch konstruierten gemeinsamen Tatplan

<sup>27</sup> Man mag sich an die Diskussion über die Anstiftung erinnern, wonach der Anstifter durch einen „Unrechtspakt“ einen anderen an sich bindet, siehe etwa *Puppe*, GA 1984, 101 (112 ff.); *dies.*, NStZ 2006, 424 (425 f.). Aber die hier diskutierte Verbindungskraft ist anders als die der Anstiftung.

<sup>28</sup> Die h.M. in Japan spaltet den Begriff der Kausalität in zwei Arten auf: physische Kausalität und psychische Kausalität. Bei der Teilnahme ist die psychische Kausalität entscheidend, um die objektive Zurechnung zu bejahen.

<sup>29</sup> Siehe *Küper*, JZ 1979, 775 (785 f.)

ist.<sup>30</sup> Dies scheint mir durch die empirische Betrachtung bestätigt zu werden, nicht nur, dass man durch Zusammenarbeit aufgrund eines gemeinsamen Plans mit einem anderen das eigene Ziel leichter erreichen kann, sondern auch, dass sich das Versprechen mit einem Beteiligten auf die Motivationslage des anderen auswirkt. Meines Erachtens muss für die Annahme der fahrlässigen Mittäterschaft jedoch nicht festgestellt werden, dass der gemeinsame Tatplan die Effektivität gesteigert hätte oder dass ein anderer Mittäter tatsächlich zur Tat angetrieben worden wäre. Denn nicht in allen Fällen, in denen Mittäterschaft angenommen wird, liegen beide Umstände vor. Es gibt sogar solche Konstellationen, in denen ein Mittäter bei der Ausführung eines gemeinsamen Tatplans nicht die geschaffene Gefahr realisiert, sondern sie wegen eines Kommunikationsfehlers oder eines Missverständnisses zwischen den anderen Beteiligten vermindert. – Beispiel: X und Y vereinbarten, dass jeder bei der Begehung eines Raubs auf etwaige Verfolger schießt. In der Dunkelheit hält X irrtümlich Y für einen Verfolger und schießt auf ihn. Y wird verletzt. In diesem Fall verringert die Handlung des X, auf Y zu schießen, das Risiko einer erfolgreichen Flucht mit der Beute. Die Tat liegt allerdings innerhalb des gemeinsamen Tatplans, den die Beteiligten vor der Tat vereinbart haben, so dass nicht nur X, sondern auch Y wegen der Vollendung des Raubs und wegen gemeinschaftlich versuchter Tötung zu bestrafen sind.<sup>31</sup>

### 2. Die Anwendbarkeit des §60 jStGB auf fahrlässige Handlungen

Zunächst ist fraglich, ob die Rechtsfolge der wechselseitigen Zurechnung nach § 60 jStGB auch bei Fahrlässigkeit eintreten kann. Dabei soll als Prämisse vorausgesetzt werden, dass ein gemeinsamer Tatentschluss beim Vorsatzdelikt etwas anderes ist als der (Mittäter-)Vorsatz. Dieser erstreckt sich vor allem auf den Erfolg, während der gemeinsame Tatplan sich darauf bezieht, dass alle Beteiligten ein gemeinsames Ziel verfolgen. Deshalb entsteht Verbindlichkeit durch Versprechen auch bei einem gemeinsamen Entschluss, der auf keine Rechtsgutsverletzung abzielt.

Dazu ein Beispiel aus der japanischen Rechtsprechung: Zwei Betrunkene, X und Y, beschlossen, ein am Pier liegendes Rundfahrtschiff zu besteigen und ohne Genehmigung auszulaufen. Beide verabredeten eine (objektiv gefährliche) Schifffahrt. Zu diesem Zweck sollte X das Steuerrad bedienen und Y im Motorraum den Motor kontrollieren. Beide konnten nicht je für sich allein das Ziel (eine Schifffahrt) realisieren. Andererseits verlangte das Recht von beiden die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt und die Vermeidung eines unerlaubten Risikos. Wenn X und Y sich eine Handlung versprechen, deren Realisierung vorhersehbar ein Risiko birgt, und beide trotzdem unsorgfältig handeln, dann ignorieren sie diese gemeinsame Pflicht. Die gemeinsame gefährliche Tatausführung aufgrund des gemeinsamen Tatentschlusses verletzt die gemeinsame Pflicht, die Gefährdung des

<sup>30</sup> So *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 137.

<sup>31</sup> Vgl. BGHSt 11, 268.

Schiffverkehrs zu vermeiden. Deswegen waren beide wegen fahrlässiger Gefährdung des Verkehrs als Mittäter zu bestrafen.<sup>32</sup>

Gegen meine Auffassung könnte man einwenden, dass sie zu einer unangemessen Haftungsausweitung führt.<sup>33</sup> Dieser Furcht einer exzessiven Bestrafung kann man dadurch entgegengehen, dass sich die Gemeinschaftlichkeit bei der Mittäterschaft auf die Schaffung eines unerlaubten Risikos beziehen muss. Dabei muss die jeweilige konkrete Situation danach beurteilt werden, ob eine Rechtsnorm eine gemeinsame Pflicht statuiert. Das gilt vor allem für solche Fälle, in denen die Beteiligten vor dem gefährlichen Tun sich gemeinsam über mögliche Gefahren informieren sollen.

### 3. Ein praktisches Bedürfnis für die fahrlässige Mittäterschaft

Die Frage, ob ein praktisches Bedürfnis für die fahrlässige Mittäterschaft besteht, stellt sich, worauf *Kaneko* hingewiesen hat, vor allem bei Kollegialentscheidungen. So ist im Lederspray-Fall fahrlässige Mittäterschaft anzunehmen, wenn die Beteiligten – hier: die Vorstandsmitglieder – verpflichtet sind, Vorsorge gegen die Realisierung der Gefahr zu treffen und zu diesem Zweck gemeinsam Informationen beschaffen müssen, um angemessene Maßnahmen zu treffen. Wenn die Beteiligten die entsprechenden Informationen ignorieren und sich pflichtwidrig dafür entscheiden, nichts zu unternehmen, sind alle Vorstandsmitglieder als fahrlässige Mittäter zu bestrafen. Schwieriger sind die Fälle, in denen die Beteiligten es versäumen, solche Informationen zu sammeln, wenn sich in der Folge dieses Versäumnisses der Schaden erweitern könnte. Aber auch dann liegt fahrlässige Mittäterschaft vor, wenn ihnen nachgewiesen werden kann, dass sie aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses angemessene Maßnahmen zur Abwendung oder Minderung des Schadens versäumt haben. Allerdings wird dieser Nachweis häufig schwierig sein. In Zweifelsfällen muss auf eine Bestrafung verzichtet werden.

---

<sup>32</sup> Kakeishû 3 (1961), 816; Kôkeishû 39 (1986), 371; Hanrei Jihô 1224 (1987), 137. Im Fall des Obergerichts Nagoya vom 30.9.1986 beschlossen A und B, gemeinsam gefährliche Schweißarbeiten vorzunehmen. Beim Umbau der Speisekammer in einem Gasthof musste der Schweißer A in einem kleinen Raum in unbequemer Haltung arbeiten. Der Schweißer B schlug A vor, für ihn weiter zu arbeiten. Obwohl die neben dem Arbeitsplatz gelagerten brennbaren Stoffe mit einer Schutzhülle abgedeckt hätten werden müssen, arbeiteten A und B im Wechsel ohne diese Schutzmaßnahme. Der Arbeitskollege stand jeweils daneben, um zu verhindern, dass Funken auf die Stoffe überspringen. Trotzdem entzündeten Funken des Schweißgerätes oder die Hitze der Schweißnaht einen Brand. Wer den Brand verursacht hatte, ließ sich nicht ermitteln. Hierin lag eine gefährliche Tatausführung, die die gemeinsame Pflicht verletzte, die Feuersicherheit in der Umgebung der Speisekammer während der Schweißarbeiten zu gewährleisten.

<sup>33</sup> Vgl. *Greco*, Jahrbuch für Recht und Ethik 27 (2019), 361 (375).

## VI. Schluss

Im Laufe der Zeit ist die Zahl der Unfälle durch Zusammenwirken mehrerer, sich fahrlässig verhaltender Personen beträchtlich angewachsen. Angesichts dieser Tatsache wurde in Japan das Lösungsmodell der Überwachungsfahrlässigkeit<sup>34</sup> entwickelt: Außer demjenigen, der wegen seiner gefährlichen Handlung bestraft werden soll, ist auch derjenige wegen einer fahrlässigen Unterlassung strafbar, der die Fahrlässigkeitstat des ersten nicht verhindert, obwohl er nach seiner sozialen Position verpflichtet ist, eine derartige Rechtsgutsverletzung zu verhindern.

Nach dem Modell der Überwachungsfahrlässigkeit ist aber erforderlich, die soziale Position zu prüfen, um die Strafbarkeit angemessen einzuschränken. Es ist zweifelhaft, ob eine solche soziale Position zwischen gleichberechtigten Beteiligten angenommen werden kann, wenn sie aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses zusammen einen sorgfaltswidrigen Tatplan ausführen. In diesem Fall verbirgt sich dahinter, wie man leicht sehen kann, die Idee einer fahrlässigen Mittäterschaft. Dann aber sollten die Voraussetzungen der Bestrafung nicht aus der Perspektive der Unterlassungsdelikte, sondern aus der Perspektive der Mittäterschaft bestimmt werden.

---

<sup>34</sup> Auch in Deutschland vertreten, vgl. *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 72 ff.; *Bindokat*, JZ 1986, 424; *Waldner*, recht 1989, 58; *ders.*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 363 (369). Vgl. auch *Sánchez Lázaro*, Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2007, S. 47 f.

# Folter als Nothilfe?

## Gedanken zum absoluten Folterverbot und seinen strafrechtlichen Konsequenzen aus Anlass der Filme „Feinde“

Von Prof. Dr. Elisa Hoven, Leipzig

### I. Einführung: „Feinde“

Das Leben schreibt bekanntermaßen die dramatischsten Geschichten. Die Entführung des elfjährigen Jakob von Metzler ist eine solche Geschichte. Die Entscheidung des damaligen stellvertretenden Frankfurter Polizeipräsidenten Wolfgang Daschner, den Täter durch die Androhung von Folter zur Preisgabe des Verstecks des Kindes zu bringen, hat in der Öffentlichkeit und in der Strafrechtswissenschaft zu intensiven Diskussionen über die Zulässigkeit von Folter zur Rettung eines Menschenlebens geführt. Es war nur eine Frage der Zeit, bis Ferdinand von Schirach den Fall Daschners aufgreifen würde – dieses Mal als Film, der Anfang Januar 2021 in der ARD und den dritten Programmen lief. Das Besondere: Die an die Frankfurter Entführung angelehnte Geschichte wird aus zwei Perspektiven erzählt, der des Polizeibeamten und der des Verteidigers des Entführers.

Der vorliegende Beitrag nimmt das „Fernsehereignis“ zum Anlass, um die in den Filmen „Feinde: Gegen die Zeit“ und „Feinde: Das Geständnis“ aufgeworfene Frage nach der Geltung des absoluten Folterverbotes auch in Nothilfesituationen näher zu betrachten. Dabei wird die These entwickelt, dass der Grund für die absolute Geltung des Folterverbotes nicht in der Menschenwürde des Täters liegt, und dass eine als Nothilfe notwendige Folter straflos ist. Gleichzeitig soll auch dem Eindruck entgegengewirkt werden, dass sich diese Frage aus rechtsethischer Sicht eindeutig beantworten ließe – und der Jurist oder die Juristin eine gegenüber dem „Durchschnittsbürger“ überlegene Einsicht in die „richtige“ Bewertung der Nothilfefolter habe.<sup>1</sup>

### II. Zur Geltung eines absoluten Folterverbotes

Die absolute Geltung des Folterverbotes<sup>2</sup> wird in Politik und Öffentlichkeit als nicht verhandelbares Prinzip des Rechtsstaates vorausgesetzt. Doch in der Wissenschaft muss jede

(vermeintliche) Gewissheit hinterfragt werden dürfen.<sup>3</sup> Die legitimatorische Basis für das ausnahmslose Verbot staatlicher Folter hat Implikationen für die im Anschluss (unter III.) erörterte Frage nach den rechtlichen Konsequenzen für einen Polizeibeamten, der das Verbot verletzt.

Der Beitrag setzt sich nicht im Einzelnen mit den Begriffen und Voraussetzungen der Folterverbote aus Art. 3 EMRK, Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention und Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG auseinander, sondern befasst sich allein mit der rechtsethischen Begründung eines absoluten Folterverbotes.<sup>4</sup> Für die Zwecke dieses Beitrages soll daher nicht zwischen Folter und anderen Formen unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung unterschieden werden; „Folter“ soll hier in einem umfassenden Sinne als seelische oder körperliche Misshandlung durch staatliche Bedienstete verstanden werden.

#### 1. Die Beschränkung der Diskussion auf Nothilfefolter

Die Tabuisierung eines öffentlichen Diskurses um mögliche Grenzen des Folterverbotes hat ihre wesentliche Ursache in den finsternen Assoziationen, die der Begriff der Folter weckt. Wir verbinden mit der Folter die Hexenprozesse des Mittelalters und das Leid politischer Gefangener in Unrechtssystemen. Auch der Film spielt auf die dunkelsten Seiten der Fol-

<sup>3</sup> Anders mit Blick auf die Menschenwürde *Kuchenbauer*, ZfL 2020, 401 (410).

<sup>4</sup> Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention definiert Folter als „jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfaßt nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.“ In Art. 3 EMRK wird von der Folter die unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung unterschieden. Art. 104 GG erwähnt den Begriff der Folter nicht ausdrücklich, bestimmt aber, dass „[f]estgehaltene Personen [...] weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden“ dürfen. Zur Auslegung des Folterverbotes nach der EMRK siehe EGMR (Große Kammer), Urt. v. 28.7.1999 – 25893/94 (*Selmouni v. Frankreich*) = NJW 2001, 56; *Lohse/Jakobs*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, EMRK Art. 3 Rn. 4.

<sup>1</sup> In der medialen Aufarbeitung von v. Schirachs Theaterstück „Terror“ konnte man den Eindruck gewinnen, dass ein Kontrast zwischen dem „emotionalen Bürger“ (der den Piloten freisprechen würde) und dem moralisch wie verfassungsrechtlich überlegenen Juristen (der für seine Verurteilung votieren sollte) aufgebaut wurde. Tatsächlich würde wohl kaum ein Strafrechtler oder eine Strafrechtlerin einen Piloten, der sich zur Rettung tausender Menschenleben für den Abschuss eines Flugzeugs mit den todgeweihten Passagieren entschließt, wegen vorsätzlichen Totschlags oder gar Mordes verurteilen; siehe hierzu *Schild*, *Verwirrende Rechtsbelehrung – Zu Ferdinand von Schirachs „Terror“*, 2016.

<sup>2</sup> Der Begriff der Folter findet sich in Art. 3 EMRK sowie in Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention, aber weder in der StPO noch im StGB.

ter an; das Gericht begründet die Unverwertbarkeit des abgenötigten Geständnisses nicht schlicht mit § 136a StPO, sondern greift auf die Erinnerungen an die nationalsozialistischen Menschenrechtsverbrechen zurück:

„Die Männer und Frauen, die unsere Verfassung verabschiedeten, hatten die furchtbare Barbarei der Nazi-Zeit erlebt. Sie hatten begriffen, dass die Menschen vor dem Staat geschützt werden müssen. Und das galt auch – und besonders – für die Folter.“

Diese „Assoziationsketten“<sup>5</sup> bergen die Gefahr, Unterschiede zwischen verschiedenen Formen staatlicher Gewaltanwendung zu nivellieren. Für die Bewertung des eingesetzten Zwangs sind Anlass und Motivation aber von erheblicher Bedeutung. Jede repressive Folter – etwa zur Erpressung von Geständnissen oder zur Bestrafung politischer Gegner – muss in einem Rechtsstaat ausgeschlossen sein.<sup>6</sup> Auch eine präventiv-polizeiliche „Rettungsfolter“ ist ethisch dann nicht vertretbar, wenn sie sich gegen Unbeteiligte richtet (etwa gegen das Kind des Entführers, um diesen zur Preisgabe des Verstecks des Opfers zu bewegen). Diskutiert werden soll daher allein die „Nothilfefolter“, also die Anwendung körperlichen Zwangs gegen den – mutmaßlichen – Angreifer zur Rettung von Menschenleben.

## 2. Die Menschenwürde als Begründung des absoluten Folterverbotes?

### a) Die Absolutheit der Menschenwürde

Das absolute Folterverbot<sup>7</sup> wird regelmäßig mit der Menschenwürde des Täters begründet.<sup>8</sup> Folter reduziere den Be-

troffenen auf ein Objekt der Verbrechensbekämpfung und verletze seinen verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruch.<sup>9</sup> Ob die Annahme einer Würdeverletzung auf Basis der herrschenden „Objektformel“ zwingend ist, kann hier nicht vertieft werden. Erwähnt werden soll allerdings die Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz. Während die Tötung von Passagieren in einem entführten Flugzeug als Verletzung ihrer Menschenwürde angesehen wurde, verneint das Gericht eine solche Würdeverletzung bei den Entführern mit Blick auf ihre Verantwortlichkeit für die geschaffene Gefahrenlage:

„Wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt, wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht. Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt.“<sup>10</sup>

Wenn der Gefahrenverantwortliche gerade nicht Objekt, sondern Subjekt des staatlichen Eingriffs sein soll, so müsste dies auch für den Fall der Nothilfefolter gelten (hier sogar in besonderem Maße, da der Betroffene durch die Preisgabe des Verstecks sogleich die Beendigung der staatlichen Maßnahmen erreichen könnte, er die Situation also in der Hand hat). Damit ist noch nicht gesagt, dass sich die Annahme einer Verletzung der Menschenwürde (und nicht nur der körperlichen Integrität) nicht auf andere Erwägungen stützen ließe. Der Blick auf das bundesverfassungsgerichtliche Urteil zeigt aber – neben der bekannten Vagheit der „Objektformel“<sup>11</sup> –, dass auch für die Feststellung einer Würdeverletzung bei Einsatz von Gewalt durch staatliche Stellen nicht auf pauschale Sätze („Folter ist Würdeverletzung“) zurückgegriffen werden sollte, sondern dass die Bewertung im Lichte der konkreten Situation erfolgen muss.

<sup>5</sup> Hörnle, in: H.-J. Pieper (Hrsg.), Grenzen staatlicher Gewalt, 2012, S. 71 (73).

<sup>6</sup> Den Unterschied zwischen präventiv-polizeilicher Gefahrenabwehr und der Folter zu repressiv-strafrechtlichen Zwecken betont auch Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 133: „Es geht [bei der Notwehrfolter] also nicht um die Reaktualisierung der Folter als (untaugliches) Mittel zur Wahrheitsfindung im Strafprozeß, sondern um den Entführer als ‚Störer‘ im polizeirechtlichen (nicht als Täter im strafrechtlichen) Sinne und um die Frage, ob dessen Aussage mit Gewaltmaßnahmen (Folter) erzwungen werden darf, um das Opfer zu retten.“

<sup>7</sup> Hier sei nur am Rande darauf hingewiesen, dass nicht jeder Zwang gegenüber dem Täter eine Menschenwürdeverletzung darstellt. Wenn die Würde tatsächlich noch über dem Leben stehen soll, so muss die Annahme ihrer Verletzung auf schwerste Beeinträchtigungen des individuellen Achtungsanspruchs beschränkt sein. Die bloße Androhung körperlicher Misshandlungen überschreitet die Grenze zur Würdeverletzung nicht; Schünemann, GA 2020, 1 (4); Merkel, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2007, S. 375 (401); Eser, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 713 (716 ff.); Hillgruber, in: Epping/Hillgruber

(Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.11.2020, Art. 1 Rn. 45.1.

<sup>8</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 78 ff., insbesondere Rn. 80; Kargl, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1163 (1178); Hilgendorf, JZ 2004, 331 (336).

<sup>9</sup> Statt aller: Saliger, ZStW 116 (2004), 35 (47); LG Frankfurt NJW 2005, 692.

<sup>10</sup> BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, Rn. 141.

<sup>11</sup> Kritisch auch Dreier (Fn. 6), Art. 1 Rn. 55 m.w.N.

Geht man von einer Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG aus, so soll eine Rechtfertigung des Eingriffs nicht möglich sein. Da die Würde des Menschen „unantastbar“ sei, könne sie nicht mit anderen Grundrechten – auch nicht mit dem Recht auf Leben des Opfers – abgewogen werden.<sup>12</sup> Im Schrifttum wird ihr absoluter Geltungsvorrang nicht selten mit einigem Pathos<sup>13</sup> und „zumeist im Modus des Superlativs“<sup>14</sup> hervorgehoben. Das Bundesverfassungsgericht lässt keinen Zweifel daran, dass Art. 1 Abs. 1 GG als „tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert“<sup>15</sup> der Abwägung mit anderen Verfassungsgütern entzogen sein müsse.<sup>16</sup>

Dass ein im Grundgesetz verbürgtes Recht absolut gelten soll, ist begründungsbedürftig. Die Regelung des gesellschaftlichen Miteinanders beruht auf einem stetigen Ausgleich kollidierender Rechtspositionen.<sup>17</sup> Die Ausübung von Freiheit findet ihre Grenzen in der Freiheit der anderen; Grundrechte existieren nicht in einem Vakuum, sondern gewinnen ihre Konturen im „Spiel von Grund und Gegengrund“<sup>18</sup>. Dass sich die Menschenwürde immer und ausnahmslos gegen die übrigen Verbürgungen des Grundgesetzes durchsetzen soll, stellt insoweit einen Bruch mit der allgemeinen Grundrechtssystematik dar, wie er in anderen Rechtsordnungen keineswegs selbstverständlich ist.<sup>19</sup>

Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde erlaubt keine Berücksichtigung der üblichen Abwägungsfaktoren wie der Schwere des Eingriffs und seiner Folgen, der Zweckerreichung oder – im Fall der Nothilfefolter besonders relevant – eines Verschuldens der betroffenen Grundrechtsträger. Da sich kein Prinzip ohne Ausnahme denken lässt, muss eine so kompromisslose Lösung in Grenzsituationen zu einem Widerspruch mit Gerechtigkeitserwägungen führen. Augenfällig wird dies am Beispiel der „ticking bomb“, bei dem ein Terrorist glaubhaft zugibt, eine Bombe versteckt zu haben, die tausende Menschen töten wird, deren Versteck er aber bei geringer Schmerzzufügung preisgeben würde.<sup>20</sup>

In der verfassungsrechtlichen und strafrechtlichen Literatur mehren sich daher Stimmen, die die Unabwägbarkeit der

Menschenwürde kritisch hinterfragen.<sup>21</sup> *Herdegen* erklärt den Siegeszug des absoluten Würdeschutzes mit der „menschlichen Sehnsucht nach einfachen Gewissheiten“.<sup>22</sup> Auch *Dreier* beschreibt die Menschenwürde als eine „Art zivilreligiösen Anker“, der ein „Absolutum in einer zutiefst relativistischen Welt“ biete.<sup>23</sup> Kategorische Verbote befreien von der Last komplexer Abwägungen und bieten einfache Lösungen an, die sich zugleich den Anschein intellektueller Überlegenheit geben. Das zeigt sich auch in den Diskussionen um den Film „Feinde“, in denen ein Kontrast zwischen der Perspektive von Laien und juristischen Experten insinuiert wird. Während der „einfache Bürger“ nur das Offensichtliche sieht – hier: die Bedrohung des Lebens des entführten Kindes –, kann sich der Vertreter der Menschenwürde auf einen ebenso abstrakten wie bedeutungsschweren Verfassungssatz berufen. Dabei wird vernachlässigt, dass das Naheliegende nicht das Falsche sein muss und dass verbreitete Gerechtigkeitsintuitionen in der Regel einen rationalen Kern haben.

#### *b) Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde des Täters gegenüber den Rechten des Opfers*

So ist keinesfalls selbstverständlich, dass die Menschenwürde dem Recht auf Leben vorzugehen hat.<sup>24</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass das Leben die „vitale Basis der Menschenwürde“<sup>25</sup> darstellt; es ist die Grundlage für die Ausübung sämtlicher Freiheitsrechte. *Hörnle* weist zu Recht darauf hin, dass es angesichts der Irreversibilität des Todes schwerfalle „zu argumentieren, dass das Recht, nicht erheblich erniedrigt oder nicht als bloßes Objekt benutzt zu werden, gewichtiger sei als das Recht auf Leben.“<sup>26</sup>

Stellt man auf den betroffenen Grundrechtsträger ab, lässt sich das Dogma des Würdevorrangs jedenfalls nicht plausibel aufrechterhalten. *Merkel* hat dies an einer Abwandlung des

<sup>12</sup> *Norouzi*, JA 2005, 306 (309); *Saliger*, ZStW 116 (2004), 35 (46 f.); *Di Fabio* (Fn. 8), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 80.

<sup>13</sup> Mit Beispielen *Dreier* (Fn. 6), Art. 1 Rn. 42 Fn. 199.

<sup>14</sup> *Dreier* (Fn. 6), Art. 1 Rn. 42. Kritisch auch *Eser*, der von einem „Antifolterabsolutismus“ spricht, *Eser* (Fn. 7), S. 713.

<sup>15</sup> BVerfGE 109, 279 (311); 115, 118 (152).

<sup>16</sup> BVerfGE 93, 266 (293); 107, 275 (284).

<sup>17</sup> Vgl. auch *Dreier* (Fn. 6), Vor Art. 1 Rn. 139.

<sup>18</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 289.

<sup>19</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Blankenagel/Pernice/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt – Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, 2004, S. 355 (364 ff.); *Seibert-Fohr*, in: Braunschweigische Wissenschaftliche Gesellschaft, Jahrbuch 2018, 2019, S. 165 (167 ff.). Vgl. zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten im Hinblick auf Folter und die Bedeutung der Menschenwürde *Wang*, Die strafrechtliche Rechtfertigung von Rettungsfolter. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA, 2014, insbesondere S. 355 ff.

<sup>20</sup> So jüngst *Schünemann*, GA 2020, 1 (3).

<sup>21</sup> In der verfassungsrechtlichen Literatur *Brugger*, APuZ 2006, 9; *ders.*, JZ 2000, 165; *Wittrek*, DÖV 2003, 873. Vgl. auch *Dreier* (Fn. 6), Art. 1 Rn. 46 Fn. 222 m.w.N. In der strafrechtlichen Literatur etwa *Merkel* (Fn. 7); *Gössel*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 41 (52 ff.); *Schünemann*, GA 2020, 1.

<sup>22</sup> *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 1 Abs. 1 Rn 47.

<sup>23</sup> *Dreier* (Fn. 6), Art. 1 Rn. 43.

<sup>24</sup> Die Unantastbarkeit der Menschenwürde wird historisch damit erklärt, dass den „Mitgliedern des Parlamentarischen Rates die Gräueltaten des nationalsozialistischen Regimes noch sehr deutlich vor Augen standen. Sein fundamentales Anliegen war, so etwas wie damals nie wieder entstehen zu lassen und mit der Fassung dieses Grundgesetzes einen deutlichen Riegel vor jegliche Versuchung zu schieben.“ (LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692 [694]). Mit Blick auf die Vernichtung menschlichen Lebens in einem fast unvorstellbaren Umfang hätte sich allerdings ebenso begründen lassen, das Lebensrecht an den Beginn der Verfassung zu stellen.

<sup>25</sup> BVerfGE 39, 1 (42).

<sup>26</sup> *Hörnle* (Fn. 5), S. 87.

„finalen Todesschusses“ deutlich gemacht:<sup>27</sup> Ein Polizist beobachtet, wie Mann A seine bereits ohnmächtige Frau F mit dem Gewicht seines Körpers zu ersticken versucht. Er ist von den beiden durch ein hohes Gitter getrennt. Er könnte den Angriff beenden, indem er entweder den A erschießt oder ihm durch den Einsatz einer „Mikrowellenkanone“ schwere Schmerzen zufügt und ihn damit zum Aufstehen nötigt. Während der gezielte Todesschuss zur Rettung der Frau zulässig sei, stelle die Schmerzzufügung zur Nötigung des A eine Folter da und könne daher mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbart werden.<sup>28</sup> Diese Konsequenz wird teilweise damit gerechtfertigt, dass „die Folter [...] den Betroffenen auf ein vom Körperschmerz bestimmtes (Auskunfts-)Objekt reduzier[e]“, „seine Persönlichkeit [werde] durch den physisch-psychischen Zugriff aufgehoben“; dadurch verletze die Folter „das Innerste des Menschen, sie beschränkt sich nicht wie der finale Todesschuß auf die Verletzung äußerer Freiheitssphären“.<sup>29</sup> Diese Versuche, die Gestattung des finalen Rettungsschusses gegenüber dem Verbot der Nothilfefolter mit ihren Wirkungen auf den Betroffenen zu legitimieren, müssen scheitern: Auch die Rhetorik von einer Aufhebung menschlicher Persönlichkeit kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Folgen der Würdeverletzung für A deutlicher geringer sind als die eines tödlichen Schusses.<sup>30</sup>

Mit Blick auf ein und dieselbe Person ist der unbedingte Vorrang der Würde offensichtlich nicht plausibel. Nichts anderes kann für die Abwägung der Grundrechte unterschiedlicher Träger gelten. Stellt man die betroffenen Rechtspositionen gegenüber, so lässt sich kaum ernstlich behaupten, dass die Verletzung der Würde des Entführers – durch schmerzhaft, aber temporäre Maßnahmen – schwerer wiegen soll als der Tod des unschuldigen Kindes.<sup>31</sup> Seinen Belangen den Vorzug zu geben, träte in Widerspruch zu einem wesentlichen Grundsatz unserer Rechtsordnung, die ein Vorgehen gegen den Angreifer zur Abwendung von Schäden nicht nur gestattet, sondern es nicht einmal den Grenzen der Verhältnismäßigkeit unterwirft. Die Anerkennung des Notwehr- und Nothilferechts beruht auf den grundlegenden Prinzipien von

Verursachung und Verantwortung; sie verlangen, dass sich das Recht schützend auf die Seite des Opfers stellt.<sup>32</sup>

### c) Würdekollision und Tabuverletzungen

Diese Erwägungen gelten erst recht, wenn auch auf Seiten des Opfers eine Würdeverletzung droht. Eine solche Gefahr wird in Entführungssituationen regelmäßig naheliegen; der Fall Richard Oetker (das 1,94 Meter große Opfer wurde in einer 1,45 Meter langen Kiste gefesselt, Geräusche – wie etwa Hilferufe – lösten Stromstöße aus; Oetker wurde durch eine Fehlfunktion der Apparatur schwer verletzt), aber auch die eindrucksvollen Beschreibungen des entführten Jan Philipp Reemtsma<sup>33</sup> zeigen, dass eine solche Gefangenschaft die Menschenwürde des Betroffenen fast unweigerlich verletzen muss.<sup>34</sup>

Damit stehen staatliche Bedienstete vor einem Dilemma: Sie dürfen die Würde des Entführers nicht durch Folter verletzen, sind aber gleichzeitig verpflichtet, Leben und Würde des Opfers zu schützen.<sup>35</sup> Die Kollision ist auch nicht dadurch aufzulösen, dass den Abwehrrechten gegen den Staat ein größeres Gewicht zugeschrieben wird als seinen Schutzpflichten. Der Staat des Grundgesetzes soll „Sicherheit und Freiheit gleichermaßen garantieren“,<sup>36</sup> er legitimiert sich zunehmend durch die „Gewährleistung der Sicherheit seiner Bürger und somit insbesondere durch seine Fähigkeit, qua Gewaltmonopol die Menschen vor wechselseitigen Übergriffen zu schützen“.<sup>37</sup> Dass Unterlassungs- und Handlungspflichten auf einer Stufe stehen, spiegelt sich auch in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG wider: Achtung und Schutz der Menschenwürde werden als gleichwertige Gebote formuliert. Nimmt man also an, dass das Abwehrrecht des Täters gegenüber staatlicher Folter und die Schutzpflicht des Staates für das

<sup>27</sup> Merkel (Fn. 7), S. 399.

<sup>28</sup> Merkel legt dar, dass es keinen Unterschied machen könne, zu welcher Handlung A genötigt werden soll (ob zum Aufstehen oder zur Preisgabe eines Verstecks), Merkel (Fn. 7), S. 399 f.

<sup>29</sup> Saliger, ZStW 116 (2004), 35 (47). So auch: Hilgendorf, JZ 2004, 331 (336); Kargl (Fn. 8), S. 1175 f.; Jäger, JA 2008, 678 (680, 683); Hufen, JuS 2010, 1 (4); Di Fabio (Fn. 8), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 80.

<sup>30</sup> Wie Hörnle (Fn. 5), S. 87; auch Otto, JZ 2005, 473 (480 f.); Eser (Fn. 7), S. 724 f.; Merkel (Fn. 7), S. 375 (398 f.). Herzberg, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 181 (182 ff.), geht – um den Wertungswiderspruch zu belegen – sogar der Erwägung nach, ob der finale Rettungsschuss nicht sogar ebenfalls als Folter qualifiziert werden könne.

<sup>31</sup> Schünemann, GA 2020, 1 (4), spricht hier – mit Blick auf eine angedrohte Folter – von einem „wenn nicht sogar perverse[n], so doch jedenfalls falsche[n] Bewusstsein“.

<sup>32</sup> Brugger, APuZ 2006, 9 (11); ders., JZ 2000, 165.

<sup>33</sup> Reemtsma, Im Keller, 1998.

<sup>34</sup> Die Annahme einer Würdeverletzung als bloßen „Steigbügelhalter“, um „dem Lebensrecht auf die gewünschte ‚Augenhöhe‘ mit der Würde des Täters“ zu verhelfen (Wittrek, DÖV 2003, 873 [878]), mutet vor diesem Hintergrund fast zynisch an. Die Skepsis gegenüber einer Würdebeeinträchtigung auf Seiten des Opfers ist insbesondere dann unverständlich, wenn – was hier bestritten wird – sogar die bloße Androhung körperlicher Gewalt gegenüber dem Entführer dessen Würde verletzen soll (vgl. hierzu bereits Fn. 7). Erb, JURA 2005, 24 (27), macht zudem darauf aufmerksam, dass es „schlechthin absurd“ sei, „einseitig dem Nothelfer eine Verletzung der Menschenwürde vorzuwerfen, weil er zwecks Erlangung von Informationen den Angreifer misshandelt, während man diesem gleichzeitig zugute hält, als gewöhnlicher Verbrecher prinzipiell ‚nur‘ das Lebensrecht seiner Opfer, nicht aber deren Würde anzutasten“.

<sup>35</sup> Hierzu ausführlich und überzeugend Dreier (Fn. 6), Art. 1 Rn. 133 ff.

<sup>36</sup> Hillgruber, JZ 2007, 209 (211); hierzu auch Hoven, in: Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 873.

<sup>37</sup> Dreier (Fn. 6), Art. 1 Rn. 133.

Opfer prinzipiell gleichrangig sind, so muss die Normenkollision nach den üblichen Grundsätzen gelöst werden.

*Dreier* hat in seiner überaus klugen Kommentierung auf eben diese Konsequenzen hingewiesen.<sup>38</sup> Obgleich er ausdrücklich keine Lösung vorgibt, sondern hier eine „unentrinnbare Tragik“ des Rechts<sup>39</sup> feststellt, wurde er von zivilgesellschaftlichen Aktivisten der Relativierung von Folter beschuldigt.<sup>40</sup> Der politische Druck gipfelte darin, dass die Nominierung *Dreiers* zum Richter am BVerfG zurückgezogen wurde.<sup>41</sup> Bei allem Verständnis für die Angst vor staatlicher Folter – dass sich in dieser Weise Emotion gegen Vernunft und Moralisierung gegen differenzierte Analyse durchsetzen konnte, ist ein Armutszeugnis für die Politik und eine Gefahr für den freien wissenschaftlichen Diskurs. Eine solche Sanktionierung völlig legitimer – ohne Eifer oder Radikalität vorgetragener – Gedanken zur Abwägung sensibler Rechtspositionen hätte zu einem Aufschrei aus der Wissenschaft führen müssen.<sup>42</sup> Im Übrigen positioniert sich *Dreier* zur Auflösung der Würdekollision noch zurückhaltend: Die Kriterien der Gefahrverursachung und der Intensität der drohenden Rechtsgutsverletzung sprechen – wenn man allein auf die Rechtsgüterabwägung im konkreten Fall abstellt (was, wie zu zeigen sein wird, nicht der richtige Ansatz ist) – klar für einen Vorrang der staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Opfer.<sup>43</sup>

#### d) Zwischenfazit

Die gängige Begründung eines absoluten Verbotes auch der Nothilfefolter allein mit der Menschenwürde des Täters mag auf Basis der (noch) herrschenden Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG möglich sein; rechtsethisch überzeugend ist sie

<sup>38</sup> *Dreier* (Fn. 6), Art. 1 Rn. 133 f.

<sup>39</sup> *Dreier* (Fn. 6), Art. 1 Rn. 133.

<sup>40</sup> So schrieb Amnesty International in einem offenen Brief an den damaligen Bremer Bürgermeister Böhrnsen und an Günther Oettinger: „Ein Richter, der den Schutz der Menschenwürde nicht eindeutig verteidigt und damit in der Konsequenz auch das absolute Folterverbot relativiert, ist für die Aufgabe eines Verfassungsrichters, oder gar eines Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, der den Kern der Verfassung zu verteidigen hat, nicht geeignet.“, *Müller*, FAZ v. 1.2.2008, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-die-karte-dreier-sticht-nicht-1516113.html> (2.2.2021).

<sup>41</sup> Vgl. *Der Tagesspiegel* v. 25.4.2008, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/kompromisskandidat-vosskuhle-neuer-verfassungsrichter/1220748.html> (2.2.2021).

<sup>42</sup> Kritisch äußerte sich z.B. *Merkel*, *Die Zeit* v. 6.3.2008, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/2008/11/Folter> (2.2.2021).

<sup>43</sup> So auch *Merkel* (Fn. 7), S. 397, der feststellt, „dass das Recht des Entführungsofers, nicht hilflos und mit tödlichem Ausgang in seiner Menschenwürde verletzt zu werden, erheblich gewichtiger ist als das des Entführers, nicht einer Schmerzzufügung ausgesetzt zu werden, über deren Stattfinden oder Ausbleiben er allein entscheidet, und zwar unter der unbedingten Pflicht, sich so entscheiden, dass sie ausbleibt.“

nicht. In Fällen einer Kollision mit der Würde des Opfers gerät sie offensichtlich an ihre Grenzen. Es dürfte auch mit den Gerechtigkeitsvorstellungen der meisten Menschen kaum vereinbar sein, das Folterverbot mit einem vermeintlichen Vorrang der Rechte des Täters gegenüber denen des Opfers zu erklären. Im Einzelfall ist die Entscheidung, den Entführer zu schonen und den Entführten sterben zu lassen, gegenüber den Betroffenen unleugbar ungerecht. Das Recht muss also erklären, aus welchen *prinzipiellen* Erwägungen das Folterverbot absolut und *trotz* eines ungerechten Abwägungsergebnisses in der Nothilfesituation gelten soll.

#### 3. Die Absolutheit des Folterverbotes als Schutz vor Missbrauch und der Verletzung Unschuldiger

Folter stellt in den meisten denkbaren Konstellationen grobes Unrecht dar, sie birgt – wie die Vergangenheit und der Blick in andere Staaten zeigt – erhebliche Gefahren des Missbrauchs und der politischen Instrumentalisierung. Eine gesetzliche Regelung von Ausnahmefällen, in denen Folter zur Rettung Dritter zulässig sein soll, ist nicht ohne hohe Risiken möglich. Auch die Nothilfefolter beruht letztlich allein auf einem Verdacht gegenüber dem Täter. Dieser mag stark sein (wie im Fall *Daschner*) oder schwach (wie im Film „Der Feind“); aber ob jemand tatsächlich für den Angriff auf einen anderen verantwortlich ist, kann wirklich verlässlich nur durch die Beweisaufnahme in einer Gerichtsverhandlung geklärt werden. Eine gesetzliche Erlaubnis von Nothilfefolter würde also zulassen, dass einem Menschen auf Grundlage eines bloßen Verdachts Schmerzen zugefügt werden. Auch erhöhte Anforderungen an den Verdachtsgrad oder die Beweissituation ändern nichts daran, dass die Folter Unschuldiger eine nicht auszuschließende – in einem Rechtsstaat aber nicht hinnehmbare – Möglichkeit wäre. Zudem hat *Jerouschek* darauf hingewiesen, dass eine Gestattung von Nothilfefolter Fragen beantworten müsste, die sich in einer humanen Rechtsordnung nicht stellen sollten: „Bräuchten wir ein darauf abgestimmtes Torturinstrumentarium, weil die Folter ja dann verhältnismäßig angewendet werden müsste? Bedürfte es dann nicht auch solcher Folterspezialisten, wie es sie in der frühen Neuzeit gab?“<sup>44</sup> von Schirach lässt den Verteidiger diesen Punkt aufgreifen:

Biegler: Und diese Rettungsfolter, soll sie unter ärztlicher Aufsicht stattfinden?

Nadler: Das ist eine Frage der Organisation. Ja, ich kann mir das vorstellen.

<sup>44</sup> *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (301). *Hilgendorf*, JZ 2003, 331 (338), wiederum sucht nach Möglichkeiten, Droh- und Zwangsmittel anzuwenden, ohne dass die Grenze zur Folter überschritten und damit eine Menschenwürdeverletzung begangen wird, stellt aber fest, „dass in einem so sensiblen Bereich die Grenzziehung außerordentlich schwierig ist“ (338 Fn. 56) und dass gesetzliche Regelungen im Polizeirecht erforderlich wären, die sich der Schwierigkeit gegenübersehen, dass es „keine intersubjektiv eindeutigen Kriterien für die Intensität von Schmerzzufügung“ gebe.

Biegler: Wird der Arzt Ihnen dann nach eingehender Untersuchung des Verdächtigen aus medizinischer Sicht erlauben, noch einen Finger abzuschneiden? Oder werden in einem Gesetz Stufen der Folter festgelegt werden? Und wie stellen Sie sich das überhaupt vor – sollen wir an den Polizeiakademien Folterknechte ausbilden? Sollen wir junge Beamte lehren, wie man das richtig macht? Dem Zufall können wir es ja nicht überlassen, professionell soll das ja schon zugehen. Sehen Sie nicht, wohin es führt, wenn Sie diese Tür öffnen?

In der Tat würde durch die rechtliche Gestattung von Nothilfefolter eine Tür geöffnet, die besser ganz verschlossen bleibt: Ein derart gefährliches Instrument wie die Folter sollte dem Staat unter keinen Umständen an die Hand gegeben werden.

Die Absolutheit des Folterverbotes gründet sich damit maßgeblich darauf, dass sich Ausnahmen nicht oder nicht ohne inakzeptable Gefahren regeln ließen. Die Rechtsordnung entscheidet sich dafür, ein (für den Rechtsstaat elementares) Prinzip stets aufrechtzuerhalten – auch um den Preis von Menschenleben. Diese Entscheidung ist richtig und alternativlos, sie sollte allerdings weder mit Pathos noch ohne Bedenken getroffen werden. von Schirach lässt jedoch den Verteidiger auf die Frage des Polizeibeamten, wie er sonst Antworten hätte erhalten und das entführte Mädchen hätte retten sollen, sagen:

„Dann bekommen Sie eben keine. So einfach ist das. Die Polizeipräsidentin hatte recht: Wir müssen das ertragen. Wir legen uns selbst Grenzen auf. Es gibt keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis. Genau das zeichnet den Rechtsstaat aus.“<sup>45</sup>

Die Reaktion des Verteidigers zeigt die Gefahren geringer Reflexion und moralischer Überheblichkeit; denn „einfach“ ist hier gar nichts. *Merkel* weist zu Recht darauf hin, dass nicht „wir“ die Folgen des Folterverbotes zu ertragen haben, sondern das Entführungsoffer und seine Familie.<sup>46</sup> Letztlich lassen wir für „*unseren* zivilisatorischen Mindeststandard“ ein Kind mit seinem Leben bezahlen. Wer sich hier also „leichtfertig als Retter des Rechtsstaates wohlfühlt, wenn er oder sie sich gegen Nothilfefolter ausspricht“, so *Hörnle*, „verkennt entweder das Dilemma oder hat wenig Respekt vor den Rechten von Individuen“.<sup>47</sup>

Das Recht muss an dieser Stelle kapitulieren: Es muss Gerechtigkeit im Einzelfall preisgeben (denn das Sterbenlassen des entführten Opfers ist nicht „gerecht“, ebenso wenig wie der Tod hunderter Menschen im „ticking bomb“-Beispiel), um die Geltung eines Verbotes zu schützen. Dieser Blick auf das Folterverbot hat Implikationen für die (straf-)rechtliche Bewertung desjenigen, der sich in einer konkreten Situation gegen das Prinzip und für die Rettung des Menschenlebens entscheidet.

<sup>45</sup> Wohl angelehnt an *Wittreck*, DÖV 2003, 873 (879).

<sup>46</sup> *Merkel* (Fn. 7), S. 402 f.

<sup>47</sup> *Hörnle* (Fn. 5), S. 91.

### III. Folgen eines Verstoßes gegen das Folterverbot

Die Filme enden mit einem Freispruch des Entführers, da sein unter Folter erzwungenes Geständnis das einzige Beweismittel für die Tat ist. Für die an den Film anschließende Dokumentation wurden 100 Zuschauer befragt, ob der Freispruch „gerecht“ sei. 46 Prozent antworteten mit Ja, 54 Prozent mit Nein. Ein relevanter Unterschied zeigt sich bei einem Vergleich der befragten Gruppen: Nur 16 Prozent der Eltern bewerteten den Freispruch als gerecht, 41 Prozent der Polizisten und sogar 77 Prozent der Juristen gaben dieselbe Antwort. Die Befragung sagt allerdings wenig aus, da die Frage schlecht gestellt ist; der Gerechtigkeitsbegriff lässt Raum für unterschiedliche Wertungen. Denn eigentlich dürfte kaum ein Zweifel bestehen: Natürlich ist der Freispruch eines (wie der Zuschauer schließlich weiß) schuldigen Täters nicht „gerecht“, da seine Tat nicht geahndet wird. Gleichwohl ist das Ergebnis „richtig“, da erpresste Geständnisse nach allgemeiner und richtiger Auffassung in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren nicht verwertet werden dürfen.<sup>48</sup>

Interessanter ist hingegen die in den Filmen offen gelassene Frage nach dem Umgang mit einem Polizisten, der sich zur Anwendung von Folter entschlossen hat.

Wenn sich das absolute Folterverbot nicht auf einen Vorrang der Menschenwürde des Täters im Einzelfall, sondern auf den Gedanken der ausnahmslosen Geltung eines Prinzips gründet, hat das Folgen für die Strafbarkeit des Polizeibeamten. Sein Tun war nicht deshalb untersagt, weil ihm in der konkreten Situation eine Verletzung übergeordneter Rechte des Entführers vorgeworfen wird, sondern weil er durch die Nothilfefolter gegen einen allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz verstoßen hat. Das Strafrecht stellt aber die Frage, ob der Täter seinem Opfer Unrecht getan hat, ob er es vorwerfbar genötigt oder am Körper verletzt hat.

Hätten die Eltern des entführten Mädchens dem Täter körperliche Schmerzen zugefügt, um das Leben ihres Kindes zu retten, so wären sie wegen Nothilfe nach § 32 StGB gerechtfertigt.<sup>49</sup> Für eine sozialetische Einschränkung besteht hier kein Raum: Das Folterverbot richtet sich gegen den Staat, da das besondere Unrecht im Missbrauch staatlicher

<sup>48</sup> So gem. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO auch im Fall Gäggen geschehen, LG Frankfurt a.M., Urt. v. 28.7.2003 – 5/22 Ks 2/03 3490 Js 230118/02. Vgl. zu weiterführenden Fragen nach der Verwertbarkeit nachfolgender Vernehmungen, einer Fernwirkung des Verwertungsverbotes sowie dem Vorliegen eines Verfahrenshindernisses z.B. *Weigend*, StV 2003, 436; *Roxin*, in: *Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 461 (470 f.). Für eine Verwertbarkeit hingegen *Herzberg*, *Humanistischer Pressedienst* v. 6.1.2021, abrufbar unter <https://hpd.de/artikel/recht-und-gerechtigkeit-18858> (2.2.2021).

<sup>49</sup> Dies gilt freilich nur, wenn das Kind noch zu retten gewesen wäre, anderenfalls würden sie einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterliegen. Diese – im Film relevante – Konstellation soll hier aber nicht zugrunde gelegt werden.

Gewalt gegenüber seinen Bürgern besteht.<sup>50</sup> Dass die Befugnis zur Verletzung der körperlichen Integrität des Täters zur Rettung des Lebens seines Opfers nicht ernsthaft in Frage stehen kann, zeigt ein Blick auf die – rechtsdogmatisch nicht anders zu behandelnde – Notwehr.<sup>51</sup> Versteckt etwa der Täter die lebensnotwendigen Medikamente seines Opfers, so wird man keinen Zweifel daran haben, dass das Opfer berechtigt sein muss, den Täter durch Zufügen von Schmerzen zur Preisgabe des Verstecks zu bringen – und es nicht etwa den eigenen Tod hinzunehmen hat. Handelt nun anstelle der Eltern ein Polizeibeamter, so kann die *strafrechtliche* Bewertung seines Tuns nicht anders ausfallen. Die Tat wird nicht deshalb zu einem Nötigungs- oder Körperverletzungsunrecht gegenüber dem Entführer, weil der Täter als Amtsträger handelte. Das Strafrecht beurteilt das Verhalten von Menschen, nicht des Staates – und es kann einem Polizisten, der nicht nur als Amtsträger, sondern immer auch als Mensch handelt, nicht ein Verhalten zum Vorwurf machen, das jedem anderen als Verteidigung der Rechtsordnung ausgelegt würde.

Dem Polizeibeamten ist in einer Nothilfesituation also keine strafbare Verletzung der Rechte des Entführers zur Last zu legen. Das Unrecht seines Handelns liegt aber darin, dass er als Polizeibeamter gegen das absolute Folterverbot verstoßen hat, das sich der Staat auferlegt hat. Dieses Unrecht erlaubt seinem Wesen nach keine ex post-Korrektur. Auch eine rückblickende Bestätigung des Verdachts gegen den Entführer ändert nichts daran, dass auf Basis eines Verdachts Folter eingesetzt und damit eine zwingende rechtsstaatliche Grenze überschritten wurde. Dienstrechtliche Maßnahmen gegen den Polizeibeamten sind daher möglich – und mit Blick auf die Verantwortung des Staates, seine Regeln zu wahren und Verstöße innerhalb der eigenen Organisation zu verhindern, auch notwendig.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (300); *Hilgendorf*, JZ 2004, 331 (335); *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 7. Vereinzelt wird eine Einschränkung der Gebotenheit auch bei einem Handeln von Privatpersonen diskutiert (etwa *Greve*, ZIS 2014, 236). Das besondere Unrecht der Folter liegt in der Übermacht des staatlichen Zugriffs auf den Einzelnen; diese Erwägungen lassen sich auf Privatpersonen nicht übertragen.

<sup>51</sup> Hierzu *Merkel* (Fn. 7), S. 393.

<sup>52</sup> So auch das „Dambruch“-Argument widerlegend *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (301 f.). *Erb* hingegen geht zu weit, wenn er der Ansicht ist, dass sogar die disziplinarrechtliche Ahndung ausscheiden muss, *Erb*, JURA 2005, 24 (29). Seine Trennung der Unrecht begehenden „*Polizei als Institution*“ von dem individuellen handelnden Polizisten, der sich weder strafrechtlich noch dienstrechtlich verantworten muss, wird von *Prittowitz*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 515 (522), kritisiert, da der Staat „nie selbst [handelt], sondern immer durch natürliche Personen. Und soweit er als Völkerrechtssubjekt handelt und sich zu bestimmtem Tun oder Unterlas-

sen verpflichtet, bezieht sich diese Verpflichtung gerade auf das Tun oder Unterlassen der ihn repräsentierenden natürlichen Personen. Jede andere Lesart würde völkerrechtlichen Verpflichtungen von vornherein den operativen Charakter verleihen, der ex post – angesichts der häufigen und dramatischen Diskrepanzen zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen mancher Staaten und ihrer Staatspraxis – oft zu beklagen ist.“ Obwohl *Prittowitz* selbst eine strafrechtliche Rechtfertigung für nicht möglich hält, merkt er doch an späterer Stelle – auch wenn er daraus nicht die hier dargelegten Schlüsse zieht – selbst an, dass wiederum „die Differenzierung zwischen Folterverbot und Folterpönalisierungspflicht einerseits, der Frage der konkreten *Strafbarkeit* [*Hervorhebung* durch die *Verfasserin*] eines konkret beschuldigten Beamten andererseits im Rechtsstaat eigentlich selbstverständlich“ ist (S. 524).

#### IV. Fazit

Meine Thesen möchte ich wie folgt zusammenfassen:

1. Das Folterverbot muss absolut gelten.
2. Der Grund hierfür liegt jedoch nicht darin, dass die Rechte des Entführers Vorrang gegenüber denen seines Opfers hätten. Das Leben des entführten Kindes wiegt schwerer als die körperliche Integrität des Entführers. Der einseitige Blick auf die Würde des Täters vernachlässigt Würde und Lebensrecht des Opfers sowie das grundlegende Prinzip der Verantwortlichkeit für zurechenbares eigenes Handeln.
3. Auf die absolute Geltung des Folterverbotes kann nicht verzichtet werden kann, ohne dass rechtsstaatlich nicht hinnehmbare Gefahren eines Missbrauchs oder der Folter Unschuldiger bestehen.
4. Das Folterverbot gilt damit auch um den Preis eines ungerechten Ergebnisses im Einzelfall. Die Entscheidung für das absolute Folterverbot ist richtig, aber sie ist mitnichten eine einfache; sie geht unter Umständen zu Lasten eines Menschenlebens.
5. Eine Nothilfefolter ist strafrechtlich nicht vorwerfbar. Der Polizeibeamte ist nach § 32 StGB gerechtfertigt; er hat dem Entführer kein Unrecht getan.
6. Dem Polizeibeamten ist jedoch die Verletzung des Folterverbotes als staatlichem Prinzip vorzuwerfen, an das er als Amtsträger gebunden ist. Gegen ihn können daher dienstrechtliche Maßnahmen verhängt werden.

Die filmische Auseinandersetzung mit der Dilemma-Situation des Polizeibeamten ist durchaus interessant. Die Filme erzählen nicht nur unterschiedliche Geschichten, sie

zeigen auch verschiedene Perspektiven auf die rechtliche Bewertung der Nothilfefolter: Während der Polizeibeamte in der konkreten Situation mit dem drohenden Tod des entführten Kindes konfrontiert ist, kann und muss der Verteidiger im Strafverfahren die Grundsätze des Rechtsstaates hochhalten. In Form der Protagonisten treffen Prinzip und Einzelfall aufeinander. Dass die Filme beide Sichtweisen nachvollziehbar erscheinen lassen, sollte deutlich machen, dass im Recht nur wenig – und nicht einmal das Folterverbot – so selbstverständlich ist, wie es zu sein scheint.

# Unrecht gegen Unrecht?

## Zum Übersprayen rechtswidrig angebrachter Graffiti

Von Prof. Dr. Martin Böse, Wiss. Mit. Lucas Tomiak, Bonn

### I. Einleitung

Das Amtsgericht Eisenach verurteilte im letzten Jahr eine Frau, die seit Jahren Graffiti, oftmals solche mit rechtsextemem Inhalt, übersprüht hatte, wegen Sachbeschädigung.<sup>1</sup> Auf die Revision der Angeklagten hin wurde das Verfahren dann vom OLG Thüringen – soweit aus der Tagespresse ersichtlich ohne Auflagen – eingestellt.<sup>2</sup> Ganz ähnlich gestaltete sich bereits im Jahr 2016 ein Verfahren gegen dieselbe Frau in Berlin: Damals übersprachte sie den Schriftzug „Merkel muss weg“ und machte daraus „Merke! Hass weg“.<sup>3</sup> Auch in diesem Fall wurde sie erstinstanzlich verurteilt, das Verfahren wurde indes in der Rechtsmittelinstanz ebenfalls eingestellt, nachdem die Berliner Senatsverkehrsverwaltung ihren Strafantrag zurückgenommen hatte.<sup>4</sup>

Die zuständigen Behörden und Gerichte scheinen demnach davon auszugehen, dass das Übersprayen von Graffiti grundsätzlich eine strafbare Sachbeschädigung darstellt: Zu einem Freispruch kam es in beiden Verfahren nicht. Die Vermutung liegt durchaus nah, dass die „prozessuale“ Lösung der Verfahren durch Einstellung auf der Einschätzung beruhte, dass das Verhalten der Angeklagten nicht als strafwürdig anzusehen sei. Der folgende Beitrag soll der Frage nachgehen, ob sich dieses Ergebnis (Straflosigkeit) auch strafrechtsdogmatisch begründen lässt. Mithin ist zu klären, ob und inwieweit das Übersprühen von Graffiti eine strafbare Sachbeschädigung darstellt.<sup>5</sup>

### II. Das Übersprayen von Graffiti und die Erheblichkeitschwelle im Sachbeschädigungstatbestand

Als Grundlage einer Strafbarkeit kommt vor allem § 303 StGB in Betracht.<sup>6</sup> Ob insoweit § 303 Abs. 1 oder Abs. 2 einschlägig ist, bemisst sich dabei am Vorliegen einer Sub-

stanzverletzung. Entscheidend ist also, ob eine Entfernung des Graffiti möglich ist, ohne dass dadurch die darunter liegende Oberfläche angegriffen wird.<sup>7</sup> Das ist bei dem ersten Auftragen von Sprayfarbe im Regelfall die Fassade der Wand. Beim Übersprayen bestehender Graffiti könnte die relevante Oberfläche allerdings in der zuvor aufgetragenen Farbschicht liegen, so dass eine Substanzverletzung i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB bereits darin zu sehen wäre, dass die Wand nicht so wiederhergestellt werden kann, dass das erste Graffiti nach der Reinigung wieder in seinem Ausgangszustand zu sehen ist.

*Gerhold* bezweifelt dies jedenfalls in den Fällen, in denen unrechtmäßig angebrachte Graffiti übersprüht werden, „da sich die Farbe insoweit zumindest teilweise nicht mit der Sachsubstanz, sondern nur mit der darunterliegenden Farbe verbindet und die Erheblichkeit der Substanzveränderung sowie der zusätzliche Instandsetzungsaufwand weiter reduziert werden“.<sup>8</sup> Dieser Einwand beruht bei näherer Betrachtung auf unterschiedlichen Aspekten, die im Folgenden einzeln genauer analysiert werden sollen: Zunächst ist das Interesse des Eigentümers am Fortbestand rechtswidrig angebrachter Graffiti herauszuarbeiten (1.), bevor auf dieser Grundlage untersucht wird, ob die Substanzverletzung in Bezug auf die schon zuvor besprühte Sache als solche „erheblich“ und damit grundsätzlich als strafwürdiges Unrecht anzusehen ist (2.).

#### 1. Das Interesse des Eigentümers am Fortbestand des besprayten Zustands

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst, dass nach Ansicht des BGH die Farbschicht einer Sache zu deren Substanz gehört.<sup>9</sup> Man könnte nun allerdings, wie ausweislich des obigen Zitats *Gerhold*, daran zweifeln, dass dies auch für rechtswidrig angebrachte Farbschichten, bspw. Graffiti, gilt.<sup>10</sup> Gegen diese Differenzierung spricht indes, dass es für

<sup>1</sup> Deutsche Welle v. 11.10.2019, abrufbar unter <https://www.dw.com/en/anti-nazi-graffiti-grandma-fined-after-painting-over-nazi-tag/a-50803853> (1.2.2021).

<sup>2</sup> *Conrad*, in: Austermann/Fischer-Lescano/Kaleck/Kleffner/Lang/Pichl/Steinke/Vetter (Hrsg.), *Recht gegen rechts*, Report 2020, 2020, S. 373 f.

<sup>3</sup> *Müller*, *beck-blog* v. 7.10.2016, abrufbar unter <https://community.beck.de/2016/10/07/ist-es-strafbare-sachbeschädigung-ein-graffiti-zu-ueberspruehen> (1.2.2021).

<sup>4</sup> *Der Tagesspiegel* v. 10.7.2017, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/graffiti-in-berlin-zehlendorf-rentnerin-uebermalt-hassparolen-verfahren-eingestellt/20040968.html> (1.2.2021). Kritisch schon zur Stellung des Strafantrags *Conrad* (Fn. 2), S. 373 (376 ff.).

<sup>5</sup> Ausgeklammert bleiben sollen dabei die Konstellationen, in denen der Inhalt des neuen Graffiti strafbar ist, etwa weil dieser selbst den Beleidigungstatbestand erfüllt.

<sup>6</sup> Daneben kommt unter Umständen auch eine Strafbarkeit nach § 304 StGB in Betracht. §§ 305, 305a StGB dürften hingegen ausscheiden, da der Tatbestand voraussetzt, dass die Sache (mindestens) teilweise zerstört wird.

<sup>7</sup> Zum Streit, inwieweit Substanzschäden, die nicht mit der Auftragung der Farbe, wohl aber mit einer Reinigung notwendig einhergehen, von Abs. 1 erfasst sind, siehe nur *Schuhr*, JA 2009, 169 (170), einerseits; dagegen *Satzger*, JURA 2006, 428 (432), andererseits.

<sup>8</sup> *Gerhold*, StV 2020, 213 (214).

<sup>9</sup> BGHSt 29, 129 (131); aus der Literatur *Ingelfinger*, Graffiti und Sachbeschädigung, 2003, S. 20; *Wolf*, Graffiti als kriminologisches und strafrechtsdogmatisches Problem, 2004, S. 136; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 22. Aufl. 2020, § 24 Rn. 20.

<sup>10</sup> So etwa *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 303 Rn. 14, nach dem die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands (Überstreichen eines Graffiti) nicht unter den Wortlaut „beschädigen“ subsumiert werden kann; implizit wie *Gerhold* auch AG Berlin-Tiergarten, NStZ 2013, 45; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 39.

die Zuordnung der aufgetragenen Farbe zur Sachsubstanz – und es geht ja um die Frage nach der Substanzverletzung – keinen Unterschied machen kann, ob die Farbe rechtmäßig oder rechtswidrig aufgetragen wurde.<sup>11</sup>

Intuitiv plausibel ist dieses Ergebnis, wenn man sich den Fall vor Augen hält, dass ein Sprayer ein Graffiti des Künstlers *Banksy* so übersprüht, dass eine Wiederherstellung des vorherigen Zustands nicht möglich ist. Das zeigt, dass der Eigentümer der Sache ein Interesse und Recht hat, auch die ursprünglich rechtswidrige Gestaltung zu erhalten<sup>12</sup> oder in ihre Veränderung oder ggf. sogar Vernichtung<sup>13</sup> einzuwilligen.

Nun stammt allerdings nicht jedes Graffiti von *Banksy*. Ein schwarzer Schriftzug mit der Aufschrift „Merkel muss weg“ beispielsweise wird den wirtschaftlichen wie ästhetischen Wert des besprühten Objekts nicht steigern. Dennoch mag der Eigentümer ein immaterielles Interesse am Erhalt dieser Aufschrift haben. So bejahte das Schweizerische Bundesgericht eine Sachbeschädigung in einem Fall, in dem der Täter eine Wand an derselben Stelle besprüht hatte, an der sich bereits ein anderes Graffiti befand. Nach Auffassung des Bundesgerichts werde dem Berechtigten nämlich anderenfalls das Recht genommen, die erste – wenn auch unbefugte – Veränderung zu akzeptieren.<sup>14</sup>

In derartigen Fällen liegt das Kernproblem demnach darin zu bestimmen, in welchem Umfang diese Interessen des Eigentümers strafrechtlich geschützt werden sollen. Der Umstand, dass das Zivilrecht die Befugnisse des Eigentümers sehr umfassend garantiert (§ 903 S. 1 BGB), bedeutet keineswegs, dass diese auch in vollem Umfang strafrechtlichen Schutzes bedürfen. So ist auch im Schrifttum die Auffassung verbreitet, dass der Tatbestand des § 303 StGB nicht eingreift, wenn der Eigentümer keinerlei Interesse, sei es auch nur ein Affektionsinteresse, an der Sache hat.<sup>15</sup> Auf die hier

in Rede stehenden Fälle lässt sich dieser Gedanke aber wohl nicht einmal auf eine völlig verunstaltete Sache übertragen, denn es ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Abs. 1 sowohl die Tatbestandsalternative des Beschädigers als auch des Zerstörers auf dasselbe Tatobjekt verweisen. Würde man die gänzlich besprühte Wand also vom Anwendungsbereich des § 303 StGB ausnehmen, so entfielen auch der Schutz vor Zerstörung.

Aussichtsreicher erscheint es, stattdessen auf das Kriterium der Erheblichkeit abzustellen. Dieses ist zwar ausdrücklich nur in Abs. 2 normiert,<sup>16</sup> aber nach ganz herrschender Meinung auch in die Tatvariante des „Beschädigers“ nach Abs. 1 hineinzulesen.<sup>17</sup> Derartige „Geringfügigkeitsklauseln“ sind ungeschriebener Bestandteil einer Reihe von Tatbeständen wie etwa der Körperverletzung (§ 223 StGB) mit der dort geläufigen Definition der körperlichen Misshandlung<sup>18</sup>. Entsprechend ihrer Funktion, Bagatellen aus dem Tatbestand auszuschneiden, ist die Erheblichkeit der Beschädigung i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB nicht nur auf die Gebrauchsbeeinträchtigung, sondern auch auf die Substanzverletzung zu beziehen.<sup>19</sup>

Problematisch ist freilich, ob das Interesse des Eigentümers an dem „besprayten“ Zustand gegen das (erneute) Übersprayen strafrechtlichen Schutz verdient. In der angesprochenen Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts wird dazu ausgeführt: „Das geschädigte Bauamt der Stadt Zürich hat ausdrücklich gegen den Beschwerdegegner Strafantrag wegen Sachbeschädigung gestellt. Die von ihm bewirkte,

<sup>16</sup> Kritisch zur Einfügung der Erheblichkeitsklausel nur in Abs. 2 daher etwa *Ingelfinger* (Fn. 9), S. 40; *Hillenkamp*, in: Feltes/Pfeiffer/Steinhilper (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 927 (938); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 10), Rn. 39.

<sup>17</sup> Statt vieler BGHSt 13, 207 f.; 44, 34 (38); *Zaczyk* (Fn. 15), § 303 Rn. 7 m.w.N.

<sup>18</sup> „[Ü]bles, unangemessenes Behandeln, welches das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt“, vgl. *Joecks (Hardtung)*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 223 Rn. 4.

<sup>19</sup> Siehe dagegen *Kargl*, JZ 1997, 283 (290), der das Erheblichkeitskriterium für inhärent und wohl unlösbar unbestimmt hält und den Beschädigungsbegriff daher auf die Alternative der Substanzverletzung begrenzen möchte: „Ohne das Kriterium der Brauchbarkeitsminderung bedarf es keiner Geringfügigkeitskontrolle, ohne Geringfügigkeitskontrolle kommt jedoch nur die Substanzverletzung aus.“ Damit wird aber zum einen die Trennschärfe des Substanzverletzungs-Kriteriums überschätzt, zum anderen der Einsatz des Strafrechts zu weit gezogen. Die Erheblichkeitsklausel wenden ausdrücklich auch auf die Beschädigung an etwa *Zaczyk* (Fn. 15), § 303 Rn. 7; *Wolff*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 303 Rn. 17; *Ingelfinger* (Fn. 12), S. 40; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 12 Rn. 19; aus der Rspr. OLG Düsseldorf, NJW 1993, 869.

Zu einer Strafbarkeit nur nach Abs. 2 muss auch kommen, wer Abs. 2 als Spezialregelung zu Abs. 1 ansieht, so *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 303 Rn. 15 f.

<sup>11</sup> *Schroeder*, JR 1987, 359 (360). Da der Sprayer das Eigentum an der Farbe mit dem Besprayen an den Eigentümer der besprühten Sache verliert, scheidet eine Sachbeschädigung dem Sprayer gegenüber aus, *Schroeder*, in: *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* (Hrsg.), Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 11. Aufl. 2019, § 36 Rn. 16.

<sup>12</sup> Diesem Interesse steht insbesondere nicht entgegen, dass nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung eine Pflicht des Eigentümers zur Beteiligung des Sprayers am Verkaufserlös bestehen kann, siehe dazu BGHZ 129, 66 (70 ff.).

<sup>13</sup> Die Vernichtung der Graffiti ist zulässig, aber nicht deren Entstellung i.S.d. § 14 UrhG, vgl. dazu *Bullinger*, in: *Wandtkel/Bullinger* (Hrsg.), Urheberrecht, Praxiskommentar, 5. Aufl. 2019, UrhG § 14 Rn. 47.

<sup>14</sup> BGE 120 IV 319 (321).

<sup>15</sup> *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 303 Rn. 1 m.w.N.; a.A. etwa *Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 303 Rn. 3.

mehr als nur geringfügige Verunstaltung lief also den Interessen des Amtes zuwider. Der Beschwerdegegner hat denn auch nie geltend gemacht, er sei irrtümlich davon ausgegangen, ein Einverständnis zu seinem Tun liege vor.<sup>20</sup> Damit wird aber das vorrangige Problem, ob eine Strafbarkeit ausscheidet, weil die Verletzung des spezifischen Eigentümerinteresses schon nicht vom Strafrecht sanktioniert wird, mit der Frage vermengt, ob eine Strafbarkeit wegen (mutmaßlicher) Einwilligung ausscheidet.<sup>21</sup>

Das Schweizerische Bundesgericht behandelt diese letztere, systematisch vorrangige, Frage nur hilfsweise. Selbst wenn von einer Beschränkung des strafrechtlichen Schutzes auf Veränderungen, die ein vernünftiger Eigentümer nicht akzeptieren würde, auszugehen sei, sei dieses Kriterium in dem entschiedenen Fall erfüllt: es lasse sich „von vornherein nicht behaupten, dass das geschädigte Bauamt der Stadt Zürich aus einer reinen ‚Marotte‘ heraus oder gar in rechtsmissbräuchlicher Weise Strafantrag gestellt hätte“.<sup>22</sup> Mit der Wendung, ein strafrechtlicher Eigentumsschutz sei nicht zugunsten „unvernünftiger Marotten“ anzunehmen, greift das Bundesgericht eine Formulierung von *Maiwald*<sup>23</sup> auf, die im Ansatz auch anderen Stimmen im Schrifttum entspricht, wonach der Eigentümer ein vernünftiges Interesse an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes haben müsse<sup>24</sup>. Es ist aber zweifelhaft, ob das Bundesgericht diese Kriterien richtig versteht, wenn es sie mit Rechtsmissbrauch in Verbindung bringt. Zwar spricht *Maiwald* in diesem Zusammenhang davon, an Strafrecht könne es fehlen, wenn der Rechtsinhaber nur aus Schikane handle, betont aber zugleich, dass der Grund für die Einschränkung auf vernünftige Eigentümerinteressen in dem Erfordernis der Verallgemeinerungsfähigkeit strafrechtlich geschützter Interessen liegt.<sup>25</sup> Entscheidungsrelevant ist also nicht die Vernünftigkeit der Person des Eigentümers und die Übereinstimmung seines Handelns mit Treu und Glauben, sondern das fehlende Interesse, minimale Beeinträchtigungen strafrechtlich zu schützen. Anders ausgedrückt: Es geht nicht darum, nicht zu strafen, weil der Eigentümer strafrechtlichen Schutzes unwürdig ist, sondern darum, nicht zu strafen, wenn kein strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt.

Danach könnte es an einer erheblichen Beschädigung fehlen, wenn zum einen die zusätzliche Besprayung zu keiner bzw. einer nur ganz geringfügigen Steigerung der Wiederher-

stellungskosten führt<sup>26</sup> und zum anderen der Zustand des besprühten Objekts durch die zusätzliche Besprayung nicht weiter verschlechtert wird bzw. der Charakter des Erscheinungsbilds nicht geändert wird<sup>27</sup>. Mit anderen Worten, eine besprühte Wand bleibt eine besprühte Wand, ob auf ihr nun fünf oder sechs großflächige Graffiti prangen. Danach wäre die Erheblichkeit also zu verneinen, wenn keine in sich geschlossene Graffiti-Kunst, sondern nur ein sog. „tag“ (die Signatur eines Sprayers) oder ein vergleichbares Graffiti übersprüht wird.<sup>28</sup> Zwar besteht hier durchaus eine Spannung zur Forderung, der Strafrichter dürfe nicht zum Richter über ästhetische Urteile werden.<sup>29</sup> Diese Spannung mitsamt den entstehenden Abgrenzungsschwierigkeiten ist aber unausweichlich, solange man nicht den subjektiven Präferenzen des Eigentümers und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit ausschlaggebende Bedeutung zumessen will.<sup>30</sup> Das Problem ist auch nicht exklusiv eines der Sachbeschädigungsdelikte, wie etwa § 226 Abs. 1 Nr. 3 lit. c StGB (dauernde Entstellung in erheblicher Weise) zeigt.<sup>31</sup>

### 2. Mangelnde Erheblichkeit des Übersprayens bereits bestehender Graffiti

a) Neben dem Interesse an dem Fortbestand der bestehenden Graffiti könnte für die Erheblichkeit aber auch der ursprüngliche Zustand von Bedeutung sein. Auch dieser Aspekt wird im Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts angesprochen, indem dieses ausführt, dass eine zusätzliche Besprayung den Zustand der Sache noch weiter verschlechtern könnte – ebenso wie ein bereits verbeultes Auto weiter beschädigt werden könne.<sup>32</sup> Ähnlich äußerte sich 1978 auch das LG Bochum in einem Urteil zum Überleben eines von einem Dritten rechtswidrig angebrachten Plakats mit einem anderen Plakat im Rahmen des Tatbestandes der Sachbeschädigung: „Es würde zu spitzfindigen Ergebnissen führen, wenn nur der erstmalige Ankleber von Plakaten zur strafrechtlichen Ver-

<sup>20</sup> BGE 120 IV 319 (322).

<sup>21</sup> Zu diesem Zusammenhang siehe *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 11.

<sup>22</sup> BGE 120 IV 319 (322).

<sup>23</sup> *Maiwald*, JZ 1980, 256 (259).

<sup>24</sup> *Schroeder*, JR 1976, 338 (339); *Schmid*, NJW 1979, 1580 (1581). Das von *Schmid* a.a.O. und S. 1583 abgelehnte Erheblichkeitserfordernis – das Gesetz schütze ausweislich seines Wortlauts „die fremde Sache ohne Rücksicht auf die Intensität der Einwirkung“ – wird der Sache nach über den Maßstab der Vernünftigkeit implizit wieder in den Tatbestand integriert.

<sup>25</sup> *Maiwald*, JZ 1980, 256 (259).

<sup>26</sup> *Wolf* (Fn. 9), S. 154 f. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass eine Besprayung in mehreren Schichten die Reinigungskosten zumindest in manchen Fällen erhöhen kann, siehe dazu *B. Neumann*, DS 2005, 222 (227 f.).

<sup>27</sup> So im Rahmen des § 303 Abs. 2 AG Berlin-Tiergarten, NSTZ 2013, 45.

<sup>28</sup> Insoweit ähnlich, allerdings stärker die qualitative Verschlechterung in den Vordergrund stellend (keine Erheblichkeit, „wenn der ästhetische Wert der Sache für den Eigentümer durch vorangegangene Tathandlungen bereits so gemindert ist, dass die erneute Tathandlung demgegenüber nicht mehr wesentlich ins Gewicht fällt“) *Wieck-Noodt*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 303 Rn. 58.

<sup>29</sup> BGHSt 29, 129 (134).

<sup>30</sup> Darauf hat bereits *Kargl*, JZ 1997, 283 (287 ff.), hingewiesen.

<sup>31</sup> Zu den Problemen dort siehe nur *Paeffgen/Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 226 Rn. 30 f.

<sup>32</sup> BGE 120 IV 319 (322 f.); ähnlich OLG Karlsruhe JR 1976, 336.

antwortung gezogen würde. Denn jeweils das letzte, oberste Plakat beeinträchtigt optisch die Zweckbestimmung der Sache und führt dadurch eine nicht geringe Beeinträchtigung der Sache herbei.<sup>33</sup>

In dieser Argumentation klingt die sog. Zustandsveränderungstheorie<sup>34</sup> an, wonach der Eigentümer nicht nur ein Interesse an der Substanz der Sache, sondern auch an ihrem äußeren Erscheinungsbild hat. § 303 Abs. 2 StGB bringt dieses Anliegen nunmehr in einem eigenen Tatbestand zur Geltung<sup>35</sup> (siehe dazu sogleich). Der vom Schweizer Bundesgericht angestellte Vergleich geht über den Unterschied der beiden Tatbestände hinweg, denn während bei einem bereits beschädigten Auto weitere Substanzverletzungen hinzugefügt werden können, wird der Schaden durch das Übersprühen bereits vorhandener Graffitis nicht vertieft, sondern der eine dem Eigentümer aufgedrängte Zustand durch einen anderen ersetzt. Das ist zwar eine Verletzung des Eigentümerinteresses, den Erstzustand zu akzeptieren, diese begründet im Rahmen des Abs. 1 aber nur unter den soeben genannten Voraussetzungen strafwürdiges Unrecht.

Nach den bisherigen Ausführungen kann von einer nur unerheblichen und daher nicht tatbestandsmäßigen Beschädigung daher ausgegangen werden, wenn Graffitis übersprüht werden, an deren Erhalt kein vernünftiges Interesse besteht, über die Verletzung der Substanz der übersprühten Graffitis hinaus keine Substanzverletzung verursacht wird und die zusätzlichen Reinigungskosten nicht ins Gewicht fallen.

b) Dieses Ergebnis ist einem Vergleich mit der Erheblichkeitsklausel des § 303 Abs. 2 StGB zu unterziehen, die dort ausdrücklich im Gesetzestext verankert ist. Die Beispiele, die die Gesetzesbegründung für unerhebliche Veränderungen des Erscheinungsbildes anführt, legen allerdings nahe, das Erheblichkeitskriterium hier eng zu verstehen. Nicht nur unerheblich sollen danach „in der Regel“ nur Veränderungen des Erscheinungsbildes sein, „bei denen unmittelbar auf die Substanz der Sache eingewirkt wird“. Als Beispiel für eine nur unerhebliche bzw. vorübergehende Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes wird das deutlich sichtbare Aufhängen von Wäsche auf dem Balkon eines Wohnhauses aufgeführt.<sup>36</sup> In der Literatur wird zutreffend angemerkt, dass nach dieser Logik beispielsweise auch das Projizieren eines Lichtbildes auf eine Sache eine Veränderung von deren Erscheinungsbild darstellen müsste, die allein aufgrund ihrer

Unerheblichkeit bzw. ihrer Eigenschaft als vorübergehend nicht tatbestandsmäßig sei.<sup>37</sup>

Nun mag man bezweifeln, ob es dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) genügt, die Typisierung des Unrechts über wenig aussagekräftige Begriffe wie „nicht nur unerheblich“ und „nicht nur vorübergehend“ vorzunehmen. Entsprechende Bedenken wurden schon vor Einfügung des § 303 Abs. 2 StGB gegen die Zustandsveränderungstheorie erhoben, die für das Tatbestandsmerkmal des Beschädigens aus § 303 Abs. 1 StGB keine Substanzverletzung der Sache verlangte, und führten zu einer Ablehnung des Erheblichkeitskriteriums.<sup>38</sup> Diese Konsequenz kann seit der ausdrücklichen Einfügung einer Erheblichkeitsklausel in § 303 Abs. 2 StGB nicht mehr gezogen werden. Der Notwendigkeit, dem Tatbestand außerhalb der Erheblichkeit Konturen zu geben, tut das aber keinen Abbruch. Die Tathandlung, das Verändern des Erscheinungsbildes einer fremden Sache, ist daher so auszulegen, dass es den Unrechtskern der Norm erfasst. Ein geeignetes Kriterium dafür bietet der Wortlaut, der von der Veränderung des Erscheinungsbildes der Sache spricht. Zu fordern ist demnach – und zwar stets, nicht nur „in der Regel“ – eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache selbst.<sup>39</sup>

Wenn damit auch die Funktion, die der Erheblichkeit nach der Gesetzesbegründung zukommen sollte, schon durch eine angemessene Auslegung der Veränderung des Erscheinungsbildes erfüllt wird, darf das Merkmal dennoch nicht jeden Anwendungsbereichs beraubt werden.<sup>40</sup> Es bietet sich

<sup>37</sup> Hillenkamp (Fn. 16), S. 938; Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 23; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 303 Rn. 15. Zivilrechtlich soll mit der Lichtprojektion zwar ein Eingriff in das Eigentumsrecht des Eigentümers der bestrahlten Sache anzunehmen sein, die Meinungsfreiheit soll diesen aber unter gewissen Umständen aufgrund der fehlenden Körperlichkeit des Eingriffs rechtfertigen können und dann einem Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB entgegenstehen, OLG Dresden NJW 2005, 1871.

<sup>38</sup> Vgl. Schmid, NJW 1979, 1580 (1583); Kargl, JZ 1997, 283 (289 f.).

<sup>39</sup> Hillenkamp (Fn. 16), S. 938; Satzger, JURA 2006, 428 (435); Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 23; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 303 Rn. 7b; Heinrich, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 577 (591 f. mit Fn. 56); a.A. Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2019, § 303 Rn. 15 f.; Wolff (Fn. 19), § 303 Rn. 28; tendenziell weiter auch Saliger (Fn. 37), § 303 Rn. 14.

<sup>40</sup> Das folgt aus dem sog. „Verschleifungsverbot“, vgl. BVerfGE 126, 170 (198); umfassend zum Verschleifungsverbot Krell, ZStW 126 (2014), 902. Schuhr, JA 2009, 169 (171), hält die Norm mangels Bestimmtheit für verfassungswidrig, da das Erheblichkeitskriterium etwas anderes ausdrücke als ausweislich des Gesetzesentwurfs, der auf die körperliche Einwirkung abstellt, gemeint gewesen sei. Damit wird der subjektiv-historischen Auslegung allerdings eine zu große

<sup>33</sup> LG Bochum MDR 1979, 74 (Nr. 94).

<sup>34</sup> Vor Einfügung des § 303 Abs. 2 StGB vertreten bspw. von Schroeder, JR 1976, 338; ders., JZ 1978, 72; Gössel, JR 1980, 184; Maiwald, JZ 1980, 256; Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 47 Rn. 5, 8 f.; auch für die aktuelle Gesetzesfassung weiter vertreten von Schroeder (Fn. 11 – Maurach et al.), § 36 Rn. 11 ff.

<sup>35</sup> Hillenkamp (Fn. 16), S. 937 f.; Satzger, JURA 2006, 428 (429); Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 22; Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2020, § 20 Rn. 9.

<sup>36</sup> BT-Drs. 15/5313, S. 3; zu Recht kritisch zur Begründung des Entwurfs Thoss, StV 2006, 160 (162); Krüger, NJ 2006, 247 (249).

an, nach dem Grund für das Verbot der Änderung des Erscheinungsbilds einer Sache zu fragen. Für die Erfüllung des § 303 Abs. 1 StGB wird eine Substanzverletzung oder Funktionsbeeinträchtigung der Sache verlangt.<sup>41</sup> Allein § 303 Abs. 2 StGB erfasst daher solche Veränderungen des Erscheinungsbildes, die nicht mit einer Substanzverletzung einhergehen, die also grundsätzlich folgenlos reversibel sind. Das spezifische Unrecht des § 303 Abs. 2 StGB besteht demnach darin, dem Opfer eine Änderung der ursprünglichen Gestaltung seines Eigentums aufzudrängen und ihm den Wiederherstellungsaufwand aufzubürden.<sup>42</sup>

An dieser Stelle kann das Erheblichkeitskriterium ansetzen. Die Veränderung ist unerheblich, wenn der Wiederherstellungsaufwand – also Zeit, Kosten, etc. – nicht (zusätzlich) ins Gewicht fällt. Nach diesem Maßstab ist es also richtig, wenn als unerhebliche Veränderung angesehen wurde, dass ein Schriftzug auf eine bereits völlig besprühte Wand gesprayt wurde.<sup>43</sup> Eine andere Frage ist, ob das Merkmal der Erheblichkeit auch Konstellationen erfasst, in denen es dem Opfer zuzumuten ist, die Sache nicht zu reinigen, etwa wegen völlig unbedeutender Größe.<sup>44</sup> Jedenfalls kann die Unerheblichkeit aber nicht nur bei solchen Veränderungen bejaht werden, die „völlig unauffällig“ bleiben, wie es das AG Limburg im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens annahm, in dem der Beklagte rechtsextreme Graffiti übersprühte.<sup>45</sup>

Diese Erwägungen knüpfen nahtlos an die herausgearbeitete Bedeutung der Erheblichkeitsklausel in § 303 Abs. 1 StGB an. Auch im Rahmen des Abs. 2 scheiden darüber also solche Fälle aus dem Tatbestand aus, in denen das neue Graffiti die bisher besprühte Fläche in nur geringem Ausmaß vergrößert und die neue Besprayung kein strafrechtlich zu

schützendes Eigentümerinteresse beeinträchtigt, weil sie den Charakter des Erscheinungsbilds nicht verändert.

c) Aufgrund mangelnder Erheblichkeit scheiden damit schon auf Tatbestandsebene solche Konstellationen aus, in denen Graffiti auf einer bereits großflächig besprühten Wand übersprayed werden. Davon bleiben aber vor allem solche Sachverhalte unberührt, in denen ein einzelner Schriftzug gut erkennbar auf einer Wand prangt. Zum Beispiel die Änderung des „Merkel muss weg“-Schriftzugs wäre danach vom Tatbestand der Sachbeschädigung erfasst, ebenso das Übersprayen eines Hakenkreuzes an einer im Übrigen nicht besprühten Wand.

*Gerhold* zieht für die Fälle, in denen Hakenkreuze übersprüht werden und die besprühte Fläche nicht oder nur unwesentlich vergrößert wird, eine Parallele zur teilweise vertretenen Ansicht, die Reparaturen aus dem Beschädigungsbegriff ausnimmt<sup>46</sup>. Ein Graffiti in Form eines Hakenkreuzes sei als Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation (§ 86a StGB) ein von der Rechtsordnung nicht erwünschter Zustand, sodass sein Übersprayen den Zustand der besprühten Sache verbessere.<sup>47</sup> Untermuert wird diese Argumentation mit dem Hinweis darauf, dass es in diesen Fällen an einer Eigentumsverletzung fehle, da das Eigentum nach § 903 S. 1 BGB nur gewährleistet wird, soweit nicht das Gesetz entgegensteht, was aber wegen § 86a StGB der Fall sei.<sup>48</sup>

Fraglich ist, ob dieses Argument auf der Tatbestandsebene richtig angesiedelt ist. Dagegen spricht zunächst das jedenfalls in Hakenkreuz-Fällen praktische Problem, dass es schwer sein dürfte, Hakenkreuze zu überdecken, ohne andere Teile der Wand neu zu besprühen. Wenn *Gerhold* hier kleinflächige Neubesprayungen nicht bestrafen will, lässt sich dies außerhalb von sehr kleinen Graffiti nicht mehr ohne Weiteres aus dem Gedanken fehlender Rechtsgutsberührung herleiten. In den Fällen, in denen das Übersprayen mit dem erstmaligen Besprayen einer bis dahin nicht besprayed Fläche einhergeht, kann die Veränderung nach den oben genannten Kriterien unerheblich sein. Im Übrigen ist die Beeinträchtigung eines Rechtsguts zur Wahrung kollidierender Interessen ein typischer Topos der Rechtfertigung. *Gerhold* zieht denn bei seiner tatbestandlichen Lösung auch Kriterien der Rechtfertigung (Erforderlichkeit) heran, wenn er darauf abstellt, dass die besprühte Fläche nur unwesentlich vergrößert werden dürfe. Unklar ist aber, wieso die Erwägungen, aus denen *Gerhold* die Möglichkeit einer Rechtfertigung ablehnt, also vor allem aufgrund des Vorrangs behördlicher Gefahrenabwehr,<sup>49</sup> nicht ebenfalls auch auf Tatbestandsebene gelten sollen. Zudem müsste wohl, wenn der äußere Zustand der Sache nicht schützenswert sein soll, lediglich die Entfernung dieses Zustandes, nicht aber die Schaffung eines neuen Zustands, den der Eigentümer nicht zuvor akzeptiert hat, vom Tatbestand ausgenommen sein.

Bedeutung zugemessen. Gegen Verfassungswidrigkeit auch *Heger* (Fn. 39), § 303 Rn. 7c.

<sup>41</sup> *Hecker* (Fn. 15), § 303 Rn. 8; *Wieck-Noodt* (Fn. 28), § 303 Rn. 24; *Rengier* (Fn. 9), § 24 Rn. 8.

<sup>42</sup> Dass das Unrecht der Norm nicht darin besteht, das Recht des Eigentümers zu beeinträchtigen, zu jedem Zeitpunkt über das Erscheinungsbild der Sache zu bestimmen (man denke etwa an Fälle, in denen Werbe-Botschaften verdeckt werden o.ä.), ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm, der eine nicht nur vorübergehende Änderung verlangt.

<sup>43</sup> AG Berlin-Tiergarten NSStZ 2013, 45. Für die Möglichkeit der Unerheblichkeit der Veränderung beim Übersprühen auch *Popp*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2020, § 303 Rn. 20; *Heinrich* (Fn. 19), § 12 Rn. 29d; *Wieck-Noodt* (Fn. 28), § 303 Rn. 58; *Altenhain* (Fn. 10), § 303 Rn. 15; wohl auch *Hecker* (Fn. 15), § 303 Rn. 18 (vgl. aber auch demgegenüber Rn. 17: „Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Sachherr den ‚Ist-Zustand‘ der Sache erhalten will, gleich ob dies bei objektiver Betrachtung ‚vernünftig‘ erscheint oder nicht.“); *Rengier* (Fn. 9), § 24 Rn. 28.

<sup>44</sup> Ausführlich zur Größe und Wahrnehmbarkeit *Krüger*, NJ 2006, 247 (249 f.); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 39.

<sup>45</sup> AG Limburg BeckRS 2015, 1692.

<sup>46</sup> Zum Streit *Kindhäuser/Böse* (Fn. 35), § 20 Rn. 30 ff.

<sup>47</sup> *Gerhold*, StV 2020, 213 (214 f.).

<sup>48</sup> *Gerhold*, StV 2020, 213.

<sup>49</sup> Ausführlich dazu unten IV. 3.

### III. Rechtfertigung durch (mutmaßliche) Einwilligung oder Notwehr?

Damit stellt sich die Frage, inwieweit in Konstellationen, in denen nach den bisherigen Überlegungen der Tatbestand verwirklicht ist, eine Rechtfertigung in Betracht kommt. Bevor näher auf den rechtfertigenden Notstand eingegangen wird (IV.), soll zunächst untersucht werden, ob die Tat nach den Regeln der Einwilligung (1.) bzw. mutmaßlichen Einwilligung (2.) oder durch Notwehr (3.) gerechtfertigt werden kann.

#### 1. Einwilligung

Zunächst kommt eine Rechtfertigung durch eine vom Rechtsgutsinhaber erteilte Einwilligung in Betracht. Ob die Zustimmung des Rechtsgutsinhabers als (tatbestandsausschließendes) Einverständnis oder als (rechtfertigende) Einwilligung zu qualifizieren ist, ist im Rahmen des § 303 Abs. 1 StGB umstritten. Die h.M. geht von einer Einwilligung aus und liest das Wort „rechtswidrig“ somit als allgemeines Verbrechenmerkmal.<sup>50</sup> In § 303 Abs. 2 StGB wird davon gesprochen, die Veränderung des Erscheinungsbildes müsse „unbefugt“ vorgenommen werden. Dieses Merkmal wird von der h.M. „doppelfunktional“ ausgelegt: mit ihr sind mutmaßliche Einwilligung sowie die Notstandsrechte wie üblich als Rechtfertigungsgründe anzusehen.<sup>51</sup>

Neben diesen Streitfragen, denen hauptsächlich in Irrtumskonstellationen praktische Relevanz zukommt, ist fraglich, wer jeweils als zur Einwilligung Berechtigter in Betracht kommt. In Abs. 1 wird dabei allgemein auf den Eigentümer abgestellt,<sup>52</sup> während für Abs. 2 eine verbreitete Meinung davon ausgeht, dass auch Gebrauchsrechte, z.B. im Rahmen eines Mietverhältnisses, zum Erteilen von Einwilligung und Einverständnis berechtigen.<sup>53</sup> Begründet wird das damit, dass die Folgen der Tat hier jedenfalls bei langjährigen Gebrauchsverhältnissen den Mieter etc. trafen, während der Eigentümer keinen Gestaltungswillen mehr ausübe.<sup>54</sup> In der

Praxis dürfte auch diese Debatte<sup>55</sup> allerdings keine große Rolle spielen, da zumindest dem Mieter von Wohnraum regelmäßig vertragliche Gestaltungsrechte zustehen,<sup>56</sup> die man strafrechtlich jedenfalls als Bevollmächtigung durch den Eigentümer deuten kann.<sup>57</sup> Eine Einwilligung des Eigentümers und ggfs. auch des Mieters kommt als Rechtfertigungsgrund also in Betracht, liegt in den problematischen Konstellationen aber nicht vor.

#### 2. Mutmaßliche Einwilligung

Wenn eine tatsächliche Zustimmung des Berechtigten bzw. dessen Stellvertreters nicht vorliegt, könnte das Übersprayen durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein.

a) Zum Teil wird vorgebracht, dass eine mutmaßliche Einwilligung bei § 303 Abs. 2 StGB ausgeschlossen sei. Da es dem Gesetzgeber darum gegangen sei, auch das Handeln „ohne“ den Willen des Berechtigten zu erfassen, sei das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung „unerheblich“: „Entscheidend ist allein, ob die Befugnis rein tatsächlich im Zeitpunkt der Tat vorlag oder nicht. War dies nicht der Fall, [...] so kann sie weder nachträglich ausgesprochen noch kann ihr Vorliegen gemutmaßt werden.“<sup>58</sup> Dass auch das Handeln „ohne“ den Willen eines Berechtigten erfasst werden soll, ist allerdings in den allermeisten Tatbeständen der Fall und drückt lediglich aus, dass ein Handeln ohne den Willen des Betroffenen und ohne die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung, insbesondere deren Subsidiarität, strafbar ist. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen aber ist unerheblich, dass das Handeln ohne Willen des Betroffenen geschieht, dies ist vielmehr Bedingung für das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung, deren Hauptanwendungsfall

<sup>50</sup> Hecker (Fn. 15), § 303 Rn. 22; a.A. Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 1, 21, jeweils m.w.N.

<sup>51</sup> Satzger, JURA 2006, 428 (434 f.); Hecker (Fn. 15), § 303 Rn. 17; vgl. auch Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 10), Rn. 40; jedenfalls für Notstand auch Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 26; Hoyer (Fn. 10), § 303 Rn. 25. Die Gesetzgebungsmaterialien gehen davon aus, dass bei einer Einwilligung oder dem Eingreifen einer sonstigen Befugnisnorm schon der Tatbestand entfallen soll, BT-Drs. 15/5313, S. 3. Zu Recht kritisch zur Begründung Krüger, NJ 2006, 247 (251 f.); der Begründung folgend etwa Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 39), § 303 Rn. 9a.

<sup>52</sup> Wieck-Noodt (Fn. 28), § 303 Rn. 64; Hoyer (Fn. 10), § 303 Rn. 18; Wolff (Fn. 19), § 303 Rn. 23, 25.

<sup>53</sup> Wieck-Noodt (Fn. 28), § 303 Rn. 56; Hoyer (Fn. 10), § 303 Rn. 25; dagegen aber Krüger, NJ 2006, 247 (252): jedenfalls nicht der bloß obligatorisch Berechtigte; Zaczyk (Fn. 15), § 303 Rn. 26: nur der Eigentümer.

<sup>54</sup> Wieck-Noodt (Fn. 28), § 303 Rn. 56.

<sup>55</sup> Entscheidend dürfte für die Beantwortung der Streitfrage sein, wie stark man das Interesse des Eigentümers gewichtet, auch in reversible – hier liegt der Unterschied zu § 303 Abs. 1 – Gestaltungsänderungen selbst einzuwilligen, damit ihm die Wiederherstellungskosten, etwa nach Beendigung des Mietverhältnisses, nicht gegen seinen Willen aufgebürdet werden. Da der Eigentümer auch die obligatorisch Berechtigten, die ihm gegenüber gegebenenfalls vertraglich haften, selbst aussucht, ist dieses Interesse aber eher gering zu werten. Daher spricht einiges dafür, dass auch bloß obligatorisch Berechtigte in die Änderung des äußeren Erscheinungsbildes einwilligen können und es für den Ausschluss von Strafunrecht genügt, wenn einer der Berechtigten in die Veränderung einwilligt; a.A. (Einwilligung aller Berechtigten erforderlich) Wüstenhagen/Pfab, StraFo 2006, 190 (193), die davon ausgehen, es würden „vollendete Tatsachen“ geschaffen; Krüger, NJ 2006, 247 (252); auf die privatrechtlichen Verhältnisse abstellend Wolff (Fn. 19), § 303 Rn. 31.

<sup>56</sup> Vgl. zu Veränderungen der baulichen Substanz, die dem Mieter nach § 535 BGB erlaubt sind, Emmerich, in: Staudinger, BGB, §§ 535–556g, Neubearbeitung 2018, § 535 Rn. 40; vgl. auch Wolff (Fn. 19), § 303 Rn. 31.

<sup>57</sup> Zur Möglichkeit gewillkürter Stellvertretung bei der Einwilligung siehe nur Roxin/Greco (Fn. 21), § 13 Rn. 94.

<sup>58</sup> Wüstenhagen/Pfab, StraFo 2006, 190 (192).

gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass der Betroffene nicht rechtzeitig einen Willen bilden oder äußern kann.<sup>59</sup>

b) Fraglich ist aber, ob die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung vorliegen, insbesondere diejenigen, die die Subsidiarität der mutmaßlichen gegenüber der tatsächlichen Zustimmung sicherstellen. Einen Fall mangelnden Interesses des Berechtigten kann man – unabhängig davon, ob man derartige Fälle überhaupt als mutmaßliche Einwilligung anerkennen will<sup>60</sup> – bereits deshalb nicht annehmen, weil diese Konstellationen bereits auf Tatbestandsebene über die Erheblichkeitsschwelle ausgeschieden wurden (s.o. II.). Daher müsste die Zustimmung des Betroffenen nicht rechtzeitig einholbar sein, weil die „Untätigkeit [...] den Interessen des Rechtsgutsinhabers mehr schaden als nützen würde“.<sup>61</sup>

Das Interesse des Eingriffsoffers könnte hier darin gesehen werden, dass von Sachen in seinem Eigentum oder Besitz keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. Um eine Dringlichkeit des Eingriffs zu begründen, müsste dieses Interesse weiter so spezifiziert werden, dass von den Sachen zu keiner Zeit eine solche Gefahr ausgehen darf. Zur Abwendung dieser Gefahr müsste der mutmaßliche Wille des Eingriffsoffers dahin gehen, dem Täter zu gestatten, eine im Rahmen des Erforderlichen beliebige Gestaltung der Sache zu wählen.

Inwieweit ein solcher Wille des Eingriffsoffers zu mutmaßen ist, ist allerdings nicht zweifelsfrei. Insbesondere bei „fremdnützigem“, also nicht dem Eingriffsoffer unmittelbar zugutekommenden Eingriffen außerhalb persönlicher Beziehungen besteht die Gefahr, die Voraussetzungen der Notrechte aufzulösen.<sup>62</sup> So gilt bei der mutmaßlichen Einwilligung etwa, sofern aufgrund eines nicht feststellbaren Willens des Eingriffsoffers eine „objektive“ Interessenabwägung vorzunehmen ist, nicht der strenge Abwägungsmaßstab des § 34 StGB.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 159; *Rönnau*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 221 f.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), Vor § 32 Rn. 54.

<sup>60</sup> Dafür z.B. *Tiedemann*, JuS 1970, 108 (109 f., 112 f.); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 23 Rn. 55; dagegen etwa *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 18 Rn. 11.

<sup>61</sup> *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 221; *Rengier* (Fn. 60), § 23 Rn. 57.

<sup>62</sup> Vgl. *Roxin*, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 447 (470 ff.); *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 18 Rn. 27 f. Ganz gegen die Erfassung fremdnützigem mutmaßlicher Einwilligung *Yoshida*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Hafke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 401 (418 f.); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 12. Abschn. Rn. 18.

<sup>63</sup> *Roxin* (Fn. 62), S. 473; *Erb*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für

Großzügiger könnte sich die Rechtslage gestalten, wenn man § 679 BGB in die Betrachtung miteinbezieht, eine Regelung im Rahmen der zivilrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag. Inwieweit diese Norm einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund darstellt, ist innerhalb der Literatur sehr umstritten.<sup>64</sup> Die Bedeutung dieser Streitfrage wird allerdings dadurch reduziert, dass sich für den Bereich der Gefahrenabwehr aufgrund der Strukturähnlichkeit der Norm zu Notwehr bzw. Notstand weitgehend gleiche inhaltliche Anforderungen herausarbeiten lassen.<sup>65</sup> So wird man insbesondere nicht davon ausgehen können, dass die Erfüllung der Pflicht des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer im öffentlichen Interesse liegt, soweit ein Vorrang behördlicher Gefahrenabwehr anzuerkennen ist.<sup>66</sup> Fordert man also jedenfalls für die Gefahrenabwehr schon zivilrechtlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, liegt es nahe, für den Abwägungsmaßstab die Wertungen der Notrechte – zu beachten ist insoweit insbesondere der gelockerte Maßstab aus § 228 BGB, siehe dazu unten IV. – heranzuziehen und die Voraussetzungen somit parallel auszulegen.<sup>67</sup>

---

Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 337 (342).

<sup>64</sup> Dafür etwa *Schroth*, JuS 1992, 476 (477 ff.); *Fisch*, Strafbarkeitsausschluss durch berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag, 2000, S. 167 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 18 Rn. 9; *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 215; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 157; dagegen *Hellmann*, Die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 172 ff.; *Disput*, Die (mutmaßliche) Zustimmung des Rechtsgutsträgers und deren Auswirkungen auf die Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestandes, 2009, S. 174 ff.; *Jakobs* (Fn. 62), 12. Abschn. Rn. 18. Richtig bemerkt *Hotz*, JuS 2019, 8 (13), dass das Standard-Beispiel, an dem die Anwendbarkeit des § 679 BGB erörtert wird, in der ein Treupflichtiger aus dem ihm anvertrauten Vermögen eines Unterhaltspflichtigen dessen Schuld bezahlt, schon deshalb nicht passt, weil § 679 Alt. 2 BGB nur einen Ersatzanspruch begründet, mit dem aber kein Recht zum Eingriff in das anvertraute Vermögen notwendig einhergeht.

<sup>65</sup> Die Ähnlichkeit zwischen § 679 BGB und § 34 StGB wird etwa betont bei *Hellmann* (Fn. 64), S. 179; *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 18 Rn. 9; *Sternberg-Lieben* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 55.

<sup>66</sup> Vgl. jedenfalls für Fälle, in denen das behördliche Ermessen nicht auf Null reduziert ist, *Bergmann*, in: Staudinger, BGB, §§ 677–704, Neubearbeitung 2015, § 679 Rn. 19, Vor § 677 Rn. 285; *Hotz*, JuS 2019, 8 (13); siehe auch *Dornis*, in: Erman, BGB, Kommentar, 16. Aufl. 2020, § 679 Rn. 4; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 5 Rn. 27. Die Strukturgleichheit betont auch, inhaltlich allerdings zu apodiktisch, LG Magdeburg, Urt. v. 11.6.2009 – 11 O 2106/08, Rn. 32 ff.

<sup>67</sup> Im Ergebnis auch *Hellmann* (Fn. 64), S. 179 f.; *Hirsch*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 137; im Grundsatz wohl auch *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 215 (anders aber für § 679 Alt. 2 BGB). Anders *Hotz*, JuS 2019, 8

Eine mutmaßliche Einwilligung kommt also nur in Betracht, soweit für einen entsprechenden Willen des Berechtigten tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der Berechtigte bereits in vorherige vergleichbare Übersprayingen eingewilligt hat.

### 3. Notwehr

Zu erwägen wäre schließlich eine Rechtfertigung nach § 32 StGB (Notwehr bzw. Nothilfe). Nach herrschender Meinung kann das „scharfe Schwert“ des Notwehrrechts allerdings nur gegen den Angreifer, nicht hingegen gegen Dritte gewendet werden. Das gilt auch, wenn eine Sache dieses Dritten für den Angriff genutzt wird.<sup>68</sup> Damit das Notwehrrecht nach h.M. anwendbar wäre, müsste man den Eigentümer der besprühten Wand also als Angreifer sehen. Bei schlichter Untätigkeit kommt lediglich ein Angriff durch Unterlassen in Betracht,<sup>69</sup> dessen Anforderungen streitig sind.

Fordert man für einen Angriff durch Unterlassen eine Garantenstellung,<sup>70</sup> müssten deren Voraussetzungen vorliegen. Hier wäre zu erwägen, ob aus der Sachherrschaft über die besprayed Wand eine Garantenstellung erwachsen könnte. Anerkannt ist eine Garantenstellung aus Sachherrschaft etwa in Bezug auf Gefahren, die aus herunterfallenden Dachziegeln oder ähnlichen Mängeln des baulichen Zustandes resultieren.<sup>71</sup> Inwieweit diese Pflicht bei einer eigenverantwortlichen Gefahrschaffung durch Dritte einzuschränken ist,<sup>72</sup> kann hier offenbleiben, da die Garantenstellung der Herrschaft über eine Gefahrenquelle nur dann begründet werden kann, wenn der Zusammenhang zwischen Quelle und Gefahr stark genug ist. Die bloße Eigenschaft eines Gegenstandes, mit

---

(12 f.), der zwar fordert, dass das Handeln des Geschäftsführers ohne Auftrag dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen muss, allerdings die Abwägungsregeln des Notstands nicht übernehmen will und von einer gleichrangigen Anwendung von Notstand und § 679 BGB ausgeht; ihm folgend *Rengier* (Fn. 60), § 23 Rn. 63.

<sup>68</sup> Fallbeispiel bei *Kindhäuser/Zimmermann*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2020, § 16 Rn. 28: „P will dem O die Vase des Q auf den Kopf schlagen; bei der Abwehr geht die Vase zu Bruch.“

<sup>69</sup> Ein solcher ist nach ganz h.M. möglich, vgl. nur *Rönnau/Hohn*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 59), § 32 Rn. 101 f. m.w.N.

<sup>70</sup> *Erb*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 71; *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 15 Rn. 11 ff.; *Rengier* (Fn. 60), § 18 Rn. 17; *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 11.

<sup>71</sup> *Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 59), § 13 Rn. 47 m.w.N.

<sup>72</sup> Vgl. dazu *Gaede* (Fn. 71), § 13 Rn. 47; *Weigend*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier*, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 57; *Stein*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 13 Rn. 28; *Freund*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 70), § 13 Rn. 153 ff.

Graffiti versehen werden zu können, genügt dafür nicht.<sup>73</sup> Eine Garantenstellung des Eingriffsopfers scheidet somit aus.

Eine weniger restriktive Auffassung begnügt sich für einen Angriff durch Unterlassen mit einer „Rechtspflicht zum Handeln“<sup>74</sup>, die jedenfalls das Niveau des § 323c erreicht,<sup>75</sup> was hier nicht der Fall ist.<sup>76</sup> Nicht genügen sollen zudem rein vertragliche Pflichten,<sup>77</sup> so dass mögliche Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter zur Entfernung nicht ausreichen.<sup>78</sup> Eine Rechtfertigung nach § 32 StGB ist damit ebenfalls ausgeschlossen.

## IV. Defensivnotstand (§ 228 BGB)

Das Übersprühen bestehender Graffiti könnte allerdings nach § 228 BGB gerechtfertigt sein. Dies setzt zunächst eine Notstandslage, also eine durch eine Sache (nämlich das bereits besprühte Objekt) drohende Gefahr voraus (1.). Die Notstandshandlung (das Übersprühen) müsste zur Abwendung erforderlich sein und der dadurch bewirkte Schaden dürfte nicht außer Verhältnis zu der abgewendeten Gefahr stehen (2.).

### 1. Notstandslage

a) Damit § 228 BGB die Tathandlung rechtfertigen kann, müsste zunächst eine Gefahr im Sinne der Norm vorliegen. Das hängt maßgeblich vom Inhalt der übersprühten Graffiti ab. Ein Hakenkreuz als Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation (§ 86a StGB) stellt jedenfalls eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar, das gilt ebenso für volksverhetzende Inhalte (§ 130 StGB). Bei Schimpfwörtern wird man zu differenzieren haben. Bloße Unflätigkeiten stellen keine Gefahr dar, da die Beleidigung (§ 185 StGB), die in ihrer Verwendung liegen soll<sup>79</sup>, sich erst aus

---

<sup>73</sup> Vgl. im Ergebnis etwa *Weber*, in: *Herzberg* (Hrsg.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, 1985, S. 83 (89 ff.); *Weigend* (Fn. 72), § 13 Rn. 57; *Stein* (Fn. 72), § 13 Rn. 28; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 68. Aufl. 2021, § 13 Rn. 63; *Steinmetz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 86a Rn. 19; *Sternberg-Lieben* (Fn. 59), § 86a Rn. 6.

<sup>74</sup> *BayObLG NJW* 1963, 824 (825); *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2004, § 8 Rn. 18; *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 59), § 32 Rn. 33.

<sup>75</sup> *Rönnau* (Fn. 59), § 32 Rn. 101, 103

<sup>76</sup> Zu den Anforderungen an einen Unglücksfall bzw. die gemeine Gefahr oder Not siehe nur *Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 15), § 323c Rn. 6 ff.

<sup>77</sup> *Kindhäuser* (Fn. 74), § 32 Rn. 34 m.w.N.

<sup>78</sup> Ein solcher Anspruch wird angenommen von *AG Berlin-Charlottenburg NJW-RR* 2007, 1024; *AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg NJW-RR* 2008, 1039. Vgl. spezifisch für Berlin allerdings auch § 9 Abs. 3 S. 1 *BauO Bln*, nach dem „Farbschmierereien“ verunstaltend seien und entfernt werden müssen.

<sup>79</sup> *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 21. Aufl. 2020, § 29 Rn. 26.

der Verbindung mit einer bestimmten Person ergibt.<sup>80</sup> Bei Erkennbarkeit der gemeinten Person liegt hingegen auch hierin eine Gefahr i.S.d. § 228 BGB.

Einschränkungen für eine Rechtfertigung könnten sich allerdings ergeben, sofern man für eine Notstandslage eine Gefahr für ein Individualrechtsgut verlangt.<sup>81</sup> Eine Notstandslage läge daher bei Graffiti mit Hakenkreuzen und anderen NS-Kennzeichen nicht vor, da § 86a StGB nach h.M. die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland<sup>82</sup>, mithin kein Individualrechtsgut schützt. In Graffiti, die volksverhetzende (§ 130 StGB) Aussagen enthalten, ist jedenfalls auch ein Angriff auf die Menschenwürde zu sehen<sup>83</sup>, sodass der Anwendungsbereich des § 228 BGB hier aufgrund des Bezugs zu einem Individualrechtsgut eröffnet ist.

Die Auffassung, die den Notstand auf den Schutz von Individualrechtsgütern restringiert, stützt sich vor allem darauf, dass der Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit allein Aufgabe des Staates sei.<sup>84</sup> Ergänzend wird in diesem Zusammenhang auch auf den geringen Grad der Gefährdung hingewiesen: Die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik wird durch die Verwendung eines Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation nur abstrakt gefährdet.<sup>85</sup> Bei abstrakten Gefahren für Allgemeinrechtsgüter sei das „Interesse des Staats am Unterbleiben abstrakter Gefährdungen [...] so gering“, dass „die Hinderung dieser Gefährdungen durch einen Privaten wegen der damit verbundenen Verwischung der Kompetenzen per Saldo kein wesentlich überwiegendes Interesse wahrte“.<sup>86</sup> Mit dem Begriff der „Verwischung der Kompetenzen“ wird wiederum der Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr aufgegriffen; zugleich wird aus der Bezugnahme auf das überwiegende Interesse aber auch deut-

lich, dass die Subsidiarität privater Gefahrenabwehr dogmatisch nicht in der Notstandslage, sondern bei den Anforderungen an die Notstandshandlung, nämlich einerseits der Erforderlichkeit und andererseits der Güterabwägung bzw. der Angemessenheit (§ 34 S. 2 StGB), zu verorten ist (siehe unten 3.). Dementsprechend lehnt die h.M. eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Notstandsregelungen auf Individualrechtsgüter ab und bejaht eine Notstandslage auch bei Gefahren für Rechtsgüter der Allgemeinheit (Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren durch den Betäubungsmittelhandel<sup>87</sup>, Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs<sup>88</sup> oder des Luftverkehrs<sup>89</sup>).<sup>90</sup> Diese Auffassung wurde jüngst durch eine Entscheidung des OLG Naumburg bestätigt, wonach auch drohende Verstöße gegen das Tierschutzgesetz eine Notstandslage i.S.d. § 34 StGB begründen können.<sup>91</sup> Eine Gefahr i.S.d. § 228 BGB liegt daher insbesondere auch bei Graffiti vor, mit denen gegen §§ 86a, 130 StGB verstoßen wird.

b) Eine Notstandslage i.S.d. in § 228 BGB normierten Defensivnotstands<sup>92</sup> setzt außerdem voraus, dass die abzuwehrende Gefahr „durch“ eine Sache droht. Das ist insoweit fraglich, als bisweilen vertreten wird, dass eine, wenn auch minimale, Verantwortlichkeit des Eigentümers für die Gefahr zu fordern ist. Bei *Jakobs* etwa heißt es, dass eine „nur äußerliche Verbindung mit einer Herrschaftssphäre ohne Verantwortlichkeit“ einen Defensivnotstand nicht begründen könne. Als Beispiel nennt er das Eindringen Erwachsener auf ein Grundstück, von dem aus die Eindringlinge Feuerwerkskörper werfen. Gegenüber dem Eigentümer des Grundstücks sei dann nicht von einem Defensivnotstand auszugehen.<sup>93</sup> *Pawlik* fasst die Problematik unter Bezugnahme auf dieses Beispiel so, dass ein Defensivnotstand nicht vorliege, wenn der

<sup>80</sup> Vgl. *Regge/Pegel*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 18), § 185 Rn. 30.

<sup>81</sup> *Frister* (Fn. 70), Kap. 17 Rn. 2, 6; *Hoyer*, in: *Wolter* (Fn. 72), § 34 Rn. 9 ff.; differenzierend *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 59), § 34 Rn. 22.

<sup>82</sup> *Steinmetz* (Fn. 73), § 86a Rn. 1; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 59), § 86a Rn. 2; *Zöller*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 86a Rn. 1; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 39), § 86a Rn. 1; umfassend und kritisch zur Legitimation der Norm *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 267 ff.

<sup>83</sup> *Schäfer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 73), § 130 Rn. 3 ff.; *Stein*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 9. Aufl. 2017, § 130 Rn. 4; *Knauer*, *ZStW* 126 (2014), 305 (330 f.); anders *Sternberg-Lieben/Schüttenhelm*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), § 130 Rn. 1a.

<sup>84</sup> *Frister* (Fn. 70), § 16 Rn. 6; vgl. auch *Hoyer* (Fn. 81), § 34 Rn. 9.

<sup>85</sup> *Zöller* (Fn. 82), § 86a Rn. 1; *Steinmetz* (Fn. 73), § 86a Rn. 2; *Paeffgen* (Fn. 82), § 86a Rn. 2.

<sup>86</sup> *Jakobs* (Fn. 62), 13. Abschn. Rn. 11; vgl. auch *S. Bock*, *ZStW* 131 (2019), 555 (566), die darauf abstellt, dass Gefährdungen von Allgemeinrechtsgütern für den Einzelnen weniger spürbar sind.

<sup>87</sup> BGH *NStZ* 1988, 558 (559).

<sup>88</sup> OLG Frankfurt a.M. *NStZ-RR* 1996, 136.

<sup>89</sup> OLG Düsseldorf *NStZ* 2006, 243 (244).

<sup>90</sup> *Zieschang*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 59), § 34 Rn. 49, 53 f.; *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 72; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), § 34 Rn. 10 f.; nur für den Defensiv- nicht aber Aggressivnotstand auch *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 10), § 34 Rn. 50 und 17.

<sup>91</sup> OLG Naumburg *NStZ* 2018, 472. Anmerkungen und Besprechungsaufsätze zu oder anlässlich der Entscheidung von *Hotz*, *NJW* 2018, 2066; *Scheuerl/Glock*, *NStZ* 2018, 448; *Dehne-Niemann/Greisner*, *GA* 2019, 205; *Bock*, *ZStW* 131 (2019), 555; *Felde/Ort*, *ZJS* 2018, 468; *Dietlein*, in: *Beckmann/Duttge/Gärditz/Hillgruber/Windhöfel* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, 2019, S. 187; *Renzikowski*, ebenda, S. 355; *Stam*, in: *Stam/Werkmeister* (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, 2019, S. 171; mit Fokus auf § 32 StGB auch *Greco*, *JZ* 2019, 390; *Reinbacher*, *ZIS* 2019, 509.

<sup>92</sup> Über die direkt von § 228 BGB erfassten Fälle der Sachgefahr hinaus ist bekanntlich streitig, wie dessen Grundgedanke auf Fälle übertragen werden kann, in denen die Gefahr nicht von Sachen, sondern von Personen ausgeht, vgl. dazu *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 20 ff.

<sup>93</sup> *Jakobs* (Fn. 62), 13. Abschn. Rn. 47.

Rechtskreis des Eigentümers von Dritten missbraucht werde. Der Defensivnotstand rechtfertigt sich bei Fehlen einer Verantwortlichkeit grundsätzlich aus der Konnexität zwischen Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung.<sup>94</sup> In Fällen des Missbrauchs durch Dritte könne aber nicht davon die Rede sein, dass das Eingriffsoffer „den legitimen ‚Preis‘ für seinen eigenen Freiheitsgebrauch zahlen“ würde.<sup>95</sup>

Fraglich ist allerdings, ob die in diesem Beispiel dargestellte Situation mit der hier relevanten vergleichbar ist. Denn dort geht es weniger um den Zustand von Sachen, als mehr um die Gefahren, die von gegenwärtigem menschlichen Verhalten ausgehen. Für Gefahren, die direkt aus dem Zustand einer Sache hervorgehen, kann hingegen, wie bei der Legitimation der Verantwortung des Eigentümers als Zustandsstörer im Polizeirecht, die aus dem Eigentum folgende Verpflichtung bzw. seine Sozialbindung in Anschlag gebracht werden.<sup>96</sup> Entscheidend dürfte hier also sein, wie eng das Verhältnis von Gefahr und Sache ist, wie auch *Jakobs'* Ausdruck von der „äußerlichen Verbindung“ betont. In der zivilrechtlichen Literatur zu § 228 BGB wird insoweit unterschieden zwischen mittelbaren und unmittelbaren Gefahren der Sache.<sup>97</sup> Unabhängig von den Schwierigkeiten, die die Unterscheidung mit sich bringt,<sup>98</sup> kann man aber jedenfalls dann, wenn die Gefahr im äußeren Erscheinungsbild einer Sache selbst besteht, von einer Gefährdung „durch“ die Sache ausgehen.<sup>99</sup> Eine Notstandslage i.S.d. § 228 BGB liegt daher vor.

<sup>94</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 323 ff.; ähnlich auch *Frisch*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 425 (428 ff.).

<sup>95</sup> *Pawlik* (Fn. 94), S. 324.

<sup>96</sup> Vgl. *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, 2014, S. 299 ff., 343 ff.; vgl. zu § 18 Abs. 1 OBG NRW *Wittreck*, in: Möstl/Kugelman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2020, § 18 Rn. 4. Kritisch zu *Pawlik* und eine Zuständigkeit des Eigentümers der Sache auch bei Missbrauch durch Dritte bejahend *Köhler*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 257 (267 ff.).

<sup>97</sup> Zum Streit siehe etwa *Reppen*, in: Staudinger, BGB, §§ 164–240, Neubearbeitung 2019, § 228 Rn. 17 ff.

<sup>98</sup> Vgl. zur Schwierigkeit, das Merkmal „durch“ auszulegen, etwa *Wagner*, in: Erman (Fn. 66), § 228 Rn. 4: „Abgrenzungsschwierigkeiten liegen in der Natur der Sache, überlagert von Zurechnungsfragen, zumal bloße Kausalitätsüberlegungen meist nicht überzeugen“.

<sup>99</sup> Jedenfalls bei Graffiti kann auch nicht zwischen der besprühten Sache und ihrer Gestaltung unterschieden werden. Eine Trennung zwischen einem Aufkleber und beklebter Wand nimmt das AG Limburg, BeckRS 2015, 1692, vor.

## 2. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Notstandshandlung

Die Handlung (das Übersprühen) ist gerechtfertigt, wenn sie erforderlich ist und der dadurch verursachte Schaden des Sacheigentümers nicht außer Verhältnis zu der abgewendeten Gefahr steht (§ 228 S. 1 BGB).

a) Die Erforderlichkeit der Notstandshandlung wird von *Gerhold* insofern bezweifelt, als aufgrund des Vorrangs behördlicher Gefahrenabwehr nur solche Maßnahmen erforderlich seien, mit denen die Gefahr für die Übergangszeit bis zu einer behördlichen Entscheidung abgewendet werde. Für diese Übergangszeit gebe es aber mildere Mittel, nämlich etwa Überkleben oder Übersprühen mit wasserlöslichen Farben.<sup>100</sup> Mit diesem Einwand wird die bereits im Rahmen der Notstandslage (s.o. 1. a) thematisierte Subsidiarität der privaten Gefahrenabwehr aufgegriffen: Die Einschaltung der Behörden<sup>101</sup> stellt sich insoweit als ein aus der Sicht des Eigentümers milderes Mittel dar.<sup>102</sup> Allerdings ist dabei zugleich zu berücksichtigen, dass die auf der Sache befindlichen Graffiti bereits aktuelle Rechtsverletzungen darstellen, die bis zu einem behördlichen Eingreifen zunächst einmal fortbestehen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die von *Gerhold* genannten Handlungsalternativen in gleicher Weise wie das Übersprühen geeignet sind, die Rechtsverletzung für die Übergangszeit bis zum behördlichen Eingreifen zu beseitigen.<sup>103</sup> Diese Frage lässt sich nicht pauschal beantworten, so dass die Erforderlichkeit der Notstandshandlung insoweit von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Dabei wird u.a. zu berücksichtigen sein, ob und wann nach bisherigen Erfahrungen eine behördliche Reaktion erfolgt und wie regengeschützt die besprayed Stelle ist.

Nicht abzustellen ist hingegen auf eine Reinigung der Wand durch den Notstandstäter. Diese Handlung wäre zwar ebenso geeignet wie ein Übersprayen. Schon für Fälle des Aggressivnotstands allerdings sind solche Maßnahmen nicht in die Erforderlichkeitsbewertung miteinzubeziehen, die den Notstandstäter zwingen, eigene Mittel in gegenüber den Kosten für das Eingriffsoffer unverhältnismäßiger Höhe aufzuwenden.<sup>104</sup> Diesen Maßstab wird man aufgrund des Vorliegens eines Defensivnotstands, bei dem die Gefahr eher dem Eingriffsoffer als dem Notstandstäter zuzurechnen ist, zudem

<sup>100</sup> *Gerhold*, StV 2020, 213 (216).

<sup>101</sup> Außer Acht bleiben soll nach h.M. die Möglichkeit, den Eigentümer selbst zu benachrichtigen und um seine Einwilligung zu bitten, da der Notstand kein minus, sondern ein aliud zur Einwilligung sei, vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 16 Rn. 24; *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 20.

<sup>102</sup> Zur Einbeziehung staatlicher Gefahrenabwehr in die Erforderlichkeitsprüfung siehe etwa *Wilenmann* (Fn. 96), S. 427 f.; *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 20; *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 58.

<sup>103</sup> Zur Auswahl zwischen mehreren Handlungsmöglichkeiten, die in Milde und Geeignetheit divergieren, siehe *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 20a; *Engländer* (Fn. 90), § 34 Rn. 22.

<sup>104</sup> Für den Aggressivnotstand *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 125 f.; *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 63; *Engländer* (Fn. 90), § 34 Rn. 21.

noch weiter absenken müssen. Da den hohen Reinigungskosten bei nicht-wasserlöslichen Graffiti nur ein geringer zusätzlicher Wertverlust bei bereits (rechtswidrig) besprühten Wänden gegenübersteht, ist der Notstandstäter hier also nicht gehalten, die Wand auf eigene Kosten professionell zu reinigen bzw. reinigen zu lassen. Anders stellt sich die Sachlage aber dar, wenn das rechtswidrige Graffiti mit wasserlöslicher Farbe aufgetragen wurde: In diesen Fällen ist dem Notstandstäter regelmäßig zuzumuten, das Graffiti zu entfernen, anstatt es zu übersprachen. Auch rechtswidrige Aufkleber dürften regelmäßig mit mildereren Mitteln zu entfernen sein als durch das Übersprühen mit nicht-wasserlöslicher Farbe.<sup>105</sup>

b) Soweit die Notstandshandlung nach den obigen Ausführungen als erforderlich angesehen werden kann, stellt sich die Frage nach ihrer Verhältnismäßigkeit. Nach dem Abwägungsmaßstab des § 228 BGB reicht es aus, dass der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht. Dabei sollen allgemeine, d.h. vom jeweiligen Fall gelöste, Erwägungen zum staatlichen Gewaltmonopol und dem Vorrang der behördlichen Gefahrenabwehr zunächst zurückgestellt werden (siehe unten 3.). Stattdessen sind in die Abwägung vor allem das Gewicht der betroffenen Rechtsgüter sowie der ihnen drohende Schaden einzustellen. Für das Gewicht der betroffenen Rechtsgüter kann, sofern deren Verletzung strafbewehrt ist, der Strafrahmen der sie schützenden Delikte als Indiz herangezogen werden.<sup>106</sup> Der Strafrahmen des § 303 StGB reicht bis zu einer möglichen Freiheitsstrafe von zwei Jahren; der des § 86a StGB bis zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren. Die Strafrahmen der einzelnen Absätze des § 130 StGB sind unterschiedlich hoch, lassen aber jeweils eine Höchststrafe von mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe zu. Bei einfachen Beleidigungen (§ 185 StGB) ist hingegen eine Freiheitsstrafe von einem Jahr als Höchststrafe vorgesehen. In den unterschiedlichen Strafrahmen spiegelt sich dabei einerseits der Rang des Rechtsguts, andererseits aber auch der Grad der drohenden Gefahr wider, soweit es sich bei den §§ 86a, 130 StGB um Gefährdungsdelikte handelt. Der Umstand, dass die von diesen Tatbeständen geschützten Rechtsgüter nicht unmittelbar gefährdet werden, lässt daher nicht die Schlussfolgerung zu, dass die Eigentumsverletzung gegenüber der bloßen Gefährdung des öffentlichen Friedens (§ 130 StGB) bzw. der verfassungsmäßigen Ordnung (§ 86a StGB) schwerer zu gewichten ist. Der Vergleich der Strafrahmen deutet vielmehr auf das Gegenteil hin. Demgegenüber dürfte das Übersprühen beleidigender Äußerungen (§ 185 StGB) nach diesem abstrakten Maßstab tendenziell eher nicht gerechtfertigt sein.

<sup>105</sup> AG Limburg, BeckRS 2015, 1692.

<sup>106</sup> Um mehr als ein Indiz kann es sich schon deshalb nicht handeln, weil viele Rechtsgüter nicht generell vor jeder Bedrohung geschützt sind, sondern nur bestimmte Verletzungsweisen bestraft werden, siehe *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 16 Rn. 29. Zur Relevanz des Gesichtspunkts als Indiz siehe nur ebenda, Rn. 28 f.; *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 138; *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 71; *Hoyer* (Fn. 81), § 34 Rn. 59; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 37), § 34 Rn. 18; sehr zurückhaltend *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 43.

Darüber hinaus sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Umfang des durch die Gefahr drohenden Schadens und das Ausmaß der Eigentumsverletzung zu berücksichtigen. In Bezug auf Letztere geht es dabei nicht um die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands, denn an dessen Erhaltung besteht kein legitimes Interesse, sondern es geht allein um das Interesse daran, dass auf die Sache keine weitere Farbe aufgebracht wird. Da die Sache durch das bereits bestehende Graffiti aber bereits verunstaltet ist, wird die in dem Übersprühen liegende Eigentumsverletzung als weniger schwerwiegend anzusehen sein als bei einer in Bezug auf ihr äußeres Erscheinungsbild noch unversehrten Sache. Dieser Aspekt könnte insbesondere beim Übersprühen beleidigender Aufschriften dazu führen, dass die darin liegende Eigentumsverletzung nicht außer Verhältnis zu der dadurch unterbundenen Ehrverletzung liegt. Auf der anderen Seite sind auch Konstellationen denkbar, in denen ein Übersprühen aufgrund eines deutlichen Überwiegens der Eigentümerinteressen rechtswidrig ist. Das kann etwa bei Tatobjekten mit einem hohen kulturellen Wert der Fall sein. Hier dürfte zumeist eine Strafbarkeit nach § 304 in Betracht kommen,<sup>107</sup> über dessen Strafrahmen von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe sich bereits der Ausgangspunkt der vorzunehmenden Abwägung verschiebt (s.o.). Besteht z.B. die Gefahr, ein Kunstwerk durch Übersprühen der bereits aufgetragenen Farbe irreparabel zu beschädigen, stünde die Notstandshandlung außer Verhältnis zu der Eigentumsverletzung und eine Rechtfertigung nach § 228 BGB wäre zu verneinen.

### 3. Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr

a) Nach den bisherigen Ausführungen sind daher insbesondere bei gegen §§ 86a, 130 StGB verstoßenden Graffiti Konstellationen denkbar, in denen deren Übersprühen gerechtfertigt werden kann. Einer solchen Rechtfertigung könnte allerdings der bereits angesprochene Vorrang der staatlichen gegenüber der auf Notrechte gestützten privaten Gefahrenabwehr entgegenstehen. Ein solcher Vorrang ließe sich einerseits mit der Sorge begründen, dass von Privaten ausgehende Notstandshandlungen im vermeintlich öffentlichen Interesse das Vertrauen in die Friedensfunktion des Rechts erodieren ließen, die sich in der grundsätzlichen Zuständigkeit des Staates zur Gefahrenabwehr („staatliches Gewaltmonopol“) zeige.<sup>108</sup> Dem entspricht eine dogmatische Verortung

<sup>107</sup> Eine Strafbarkeit nach § 304 kommt allerdings entgegen OLG Hamburg NStZ 2015, 37 (39 f.), nicht schon beim Besprühen von S-Bahn-Waggons in Betracht, zu Recht dagegen etwa *Jäger*, JA 2014, 549 (550 f.).

<sup>108</sup> In diese Richtung formuliert bei *Dietlein* (Fn. 91), S. 190: „Verkannt werden nicht zuletzt die Gefährdungen für das staatliche Gewaltmonopol, wie sie mit der zunehmenden Akzeptanz privater Gewalt als Mittel der ‚Rechtsdurchsetzung‘ einhergehen.“; siehe auch *S. Bock*, ZStW 131 (2018), 555 (570, 573); Zentrierung des Topos Gewaltmonopol auch bei *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (450 f.).

im Rahmen der Interessenabwägung.<sup>109</sup> Die „normative Bewertung der Tat“ dürfte sich dann nicht nur „auf das Erhaltungs- und Schutzgut sowie die jeweiligen Gefährdungsaspekte beziehen. Vielmehr müssen die Wertungen der Rechtsordnung im Allgemeinen in die Betrachtung einfließen.“<sup>110</sup> Steht man einer solchen Begründung über das staatliche Gewaltmonopol zu Recht kritisch gegenüber<sup>111</sup>, so kann der Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr andererseits auch aus der Idee der Freiheitsgewährleistung durch institutionelle Organisation hergeleitet werden. So begründet *Pawlik* ausgehend von der hegelschen Rechtsphilosophie<sup>112</sup> die Subsidiarität privater Gefahrenabwehr damit, dass die zur Gefahrenabwehr berufenen Behörden an ein gesetzliches Rahmenprogramm gebunden seien, das sich über Regelungen zur Zulässigkeit verschiedener Eingriffe bereits als Vermittlung der betroffenen Rechtspositionen darstellt.<sup>113</sup> Das Problem wird insoweit bei der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB verortet,<sup>114</sup> da es hier nicht allein um eine Abwägung kommensurabler Interessen gehe, sondern der Primat der Institutionen einer solchen Abwägung entzogen sei und schon begrifflich nicht von einem Notstand die Rede sein könne, wo ein Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr existiere.<sup>115</sup>

b) Die Verankerung dieses Vorrangs in der Angemessenheitsklausel wirft für den Defensivnotstand allerdings das Problem auf, dass § 228 BGB keine dem § 34 S. 2 StGB entsprechende Angemessenheitsklausel enthält. Im häufiger erörterten Parallellfall des § 904 BGB, der ebenfalls keine solche Klausel enthält, geht die h.M. davon aus, dass das Erfordernis der Angemessenheit aus § 34 S. 2 StGB in § 904 BGB hineingelesen werden kann.<sup>116</sup> Dem steht allerdings das verfassungsrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) entgegen, dessen Anwendungsbereich auch Rechtfertigungs-

gründe umfasst,<sup>117</sup> und zwar nicht nur die genuin strafrechtlichen Normen, sondern auch die Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten, die das Unrecht einer tatbestandsmäßigen Handlung ausschließen.<sup>118</sup> Damit bleibt für § 228 BGB allein der Ausweg, den Vorrang behördlicher Gefahrenabwehr in einer der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen zu lozieren, nämlich entweder der Erforderlichkeit<sup>119</sup> oder – den Stimmen, die diesen Punkt in der Güterabwägung verorten, entsprechend – der Verhältnismäßigkeit. Unabhängig von der dogmatischen Verankerung ist aber jedenfalls zu beachten, dass der Vorrang behördlicher Gefahrenabwehr nicht einfach in den üblichen Prüfungskriterien (gleiche Eignung bei milderer Eingriffsintensität) bzw. der allgemeinen Güterabwägung aufgeht.

c) Erkennt man den Vorrang der behördlichen Gefahrenabwehr als Einschränkung einer Rechtfertigung nach § 228 BGB an, so stellt sich die Frage nach der Reichweite dieser Einschränkung.<sup>120</sup>

aa) Nach einer verbreiteten Ansicht wird eine Rechtfertigung durch Notstand auf Situationen beschränkt, in denen unverzügliches Handeln geboten sei; könne die Gefahr hingegen erst in weiter Zukunft in einen Schaden umschlagen, sei die behördliche Gefahrenabwehr vorrangig und eine Rechtfertigung ausgeschlossen.<sup>121</sup> Eine Rechtfertigung bleibe demnach auf Fälle beschränkt, in denen das staatliche Eingreifen zu spät käme und die daraus resultierenden Folgen schlechthin unerträglich erschienen. Dies sei etwa anzunehmen, wenn einem erkennbar betrunkenen Autofahrer, der im Begriff ist, sich an das Steuer seines Fahrzeugs zu setzen, die Fahrzeugschlüssel weggenommen würden, um eine Trunken-

<sup>109</sup> *Perron* (Fn. 90), § 34 Rn. 40 f.; *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (569 ff., 574 f.); *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 16 Rn. 93; *Hoyer* (Fn. 81), § 34 Rn. 100 ff.

<sup>110</sup> *Dietlein* (Fn. 91), S. 197.

<sup>111</sup> *Pawlik* (Fn. 94), S. 227 Fn. 211; *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (213 f.).

<sup>112</sup> Im Unterschied zu *Hegel* verortet *Pawlik* den Notstand allerdings nicht als Institut der Moralität (vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 127), sondern der Sittlichkeit, siehe dazu *Pawlik* (Fn. 94), S. 105 ff.

<sup>113</sup> *Pawlik* (Fn. 94), S. 219 f., 226 ff.

<sup>114</sup> Im Ergebnis auch *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (212 f.); *Rengier* (Fn. 60), § 19 Rn. 57; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 68), § 17 Rn. 38; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 117; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 33 IV. 3. d. (S. 364).

<sup>115</sup> *Pawlik* (Fn. 94), S. 185 f.

<sup>116</sup> *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 123 mit Fn. 585; *Jakobs* (Fn. 62) 13. Abschn. Rn. 6 mit Fn. 17; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 68), § 17 Rn. 44. Ausdrücklich wird die Angemessenheit auch für den Defensivnotstand gefordert bei *Frister* (Fn. 70), Kap. 17 Rn. 30 f.; *Renzikowski* (Fn. 91), S. 362; *Engländer* (Fn. 90), § 34 Rn. 52.

<sup>117</sup> *Schmitz*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 70), § 1 Rn. 14; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 66; *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 62 ff.; *Stam*, JR 2017, 557 (558 f.); anders aber *Roxin/Greco* (Fn. 21), § 5 Rn. 42.

<sup>118</sup> Für eine Erstreckung des Art. 103 Abs. 2 GG auf außerstrafrechtliche Rechtfertigungsgründe etwa *Rönnau* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 64; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 59), Vor § 32 Rn. 67; *Stam*, JR 2017, 557 (559 f.); dagegen sprechen sich *Hirsch* (Fn. 67) Vor § 32 Rn. 39; *Jäger*, in: *Wolter* (Fn. 72), § 1 Rn. 55, für eine Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG nur für strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe aus.

<sup>119</sup> In diesem Sinne *Wilenmann* (Fn. 96), S. 426 ff. Ohne nähere Bestimmung wird der Vorrang behördlicher Gefahrenabwehr als Problem der Erforderlichkeit behandelt bei *Dennhardt*, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 1.8.2020, § 228 Rn. 8. Vgl. dazu, dass die Subsidiarität privater Gefahrenabwehr und die als Effizienz verstandene Erforderlichkeit nicht deckungsgleich ineinander aufgehen, auch *Pawlik* (Fn. 94), S. 228 f. Fn. 213; *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, 2017, S. 184 f.; *Stam* (Fn. 91), S. 171 (184), der richtig hervorhebt, dass Verfahrenssicherungen gerade ein Gegengewicht zu einer reinen Effektivitätsbetrachtung darstellen.

<sup>120</sup> *Pawlik* (Fn. 94), S. 220; *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (213 f.).

<sup>121</sup> *Renzikowski* (Fn. 91), S. 363 f.; *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (568, 570 f.).

heitsfahrt und die Folgen eines daraus resultierenden Unfalls zu verhindern.<sup>122</sup>

Demgegenüber bestehen bei Graffiti mit rechtswidrigen bzw. strafbaren Inhalten Zweifel, ob ein unverzügliches Handeln des Notstandstäters nach diesem Maßstab geboten ist. Mit *Wilenmann* kann man sagen: „Dauergefährdung und Dauerverletzungen, die keine intensive Verletzung verursachen, sind durch institutionelle Mittel zu beseitigen. Beispiel: Sind Beleidigungen auf einer Sache zu lesen (z.B.: beleidigende Graffiti), so ist die Polizei dafür zuständig, die Verletzung zu beenden.“<sup>123</sup> Neben Beleidigungen gilt dies angesichts des eher diffusen Rechtsguts des § 86a StGB grundsätzlich auch für kommentarlose Hakenkreuz-Graffiti. Insofern wäre ein Beharren auf dem Vorrang der behördlichen Gefahrenabwehr auch in diesem Fall nicht mit schlechthin unerträglich schweren Folgen verbunden, sondern bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als dass die Hakenkreuzgraffitis bestehen bleiben, bis die zuständige Behörde deren Entfernung erfolgreich durchgesetzt hat. Das – grundsätzlich legitime (s.o. 2. a) – Interesse an einer schnelleren Beseitigung vermag eine ausnahmsweise Durchbrechung der Subsidiarität der privaten Gefahrenabwehr nicht zu rechtfertigen. Fälle der Volksverhetzung, in denen auch die Menschenwürde betroffen ist,<sup>124</sup> können allerdings nicht mehr als wenig intensive Verletzungen angesehen werden. Prangen diese öffentlich wahrnehmbar an einer Hausfassade, ist es dem Bürger unzumutbar, den Schriftzug bis zum Eingreifen der Behörden zu dulden.<sup>125</sup>

bb) Der Subsidiarität der privaten Gefahrenabwehr wird jedoch auch für Fälle des § 86a StGB die Grundlage entzogen, wenn die zur Abwehr der Gefahr berufenen staatlichen Organe untätig bleiben. Dementsprechend wird der grundsätzliche Vorrang der staatlichen Gefahrenabwehr durch die weitere Ausnahme durchbrochen, dass die zuständigen Behörden ihre Aufgabe nicht pflichtgemäß wahrnehmen und sich der rechtswidrige Zustand dauerhaft verfestigt.<sup>126</sup> Dass eine Rechtfertigung durch Notstand in derartigen Konstellationen zulässig sein muss, hat das OLG Naumburg kürzlich überzeugend dargelegt: Ist eine Einschaltung der Behörden von vornherein aussichtslos, weil dort keine ernsthafte Bereitschaft zum Einschreiten vorhanden ist, bleibt § 34 StGB anwendbar, um ein Eindringen in Stallanlagen zur Dokumentation von Verstößen gegen das Tierschutzgesetz zu rechtfertigen.<sup>127</sup> Ein Festhalten am Vorrang der staatlichen Gefahrenabwehr liefe in derartigen Fällen auf die Legitimation eines

rechtswidrigen Dauerzustandes hinaus, der seinerseits die Gefahr birgt, dass das Rechtsbewusstsein in der Bevölkerung erodiert.<sup>128</sup>

Für das Übersprühen von Graffiti mit volksverhetzenden und anderen strafbaren Inhalten ergibt sich daraus die Konsequenz, dass eine Rechtfertigung nach § 228 BGB nur unter der Voraussetzung in Betracht kommt, dass die zuständigen Behörden ihrer Aufgabe zur Gefahrenabwehr nicht nachkommen und die strafbaren Inhalte über einen längeren Zeitraum wahrnehmbar bleiben. Da ein Einschreiten nur unter dieser Voraussetzung möglich ist, setzt eine Rechtfertigung daher in der Regel eine vorherige Anzeige der betreffenden Straftat bei der Polizei voraus; erst wenn diese folgenlos bleibt, kann ein Übersprühen nach § 228 BGB gerechtfertigt werden.

d) Gegen die Anwendung der Notstandsregelungen bei einem behördlichen Vollzugsdefizit ist kürzlich eingewandt worden, dass der Täter sich insoweit nicht auf Notstandsregelungen berufen könne, weil er nur bei der drohenden Verletzung eigener Rechte einen Anspruch auf behördliches Einschreiten habe, ihm aber kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch zustehe.<sup>129</sup> Konzipiert wird die Notstandsbefugnis zugunsten von Rechtsgütern der Allgemeinheit also als eine Art Geschäftsführung ohne Auftrag für den Staat: Sei dieser in tatsächlicher Sicht nicht handlungsfähig, dürfe der Bürger in seinem mutmaßlichen Willen handeln; seine Befassung mit dem Problem, und sei sie auch rechtswidrig, sei aber hinzunehmen.

Fraglich ist allerdings, ob das *argumentum a minore ad maius* greift, wonach derjenige, der keinen Anspruch auf Gesetzesvollzug bzw. behördliches Einschreiten hat, sich erst recht auch nicht auf eine Notstandsbefugnis stützen darf. Das Fehlen eines solchen gefahrenabwehrrechtlichen Anspruchs ist nämlich nicht identisch mit der Frage nach dem Ausschluss des Strafunrechts. Dies zeigt gerade die Konzeption der Fallkonstellation als Geschäftsführung ohne Auftrag. „Geschäftsherr“ ist in diesen Fällen nicht der einzelne Beamte, sondern der Staat oder – bildlich gesprochen – die Rechtsordnung als Ganze. Der einer Geschäftsführung durch den Täter entgegenstehende Wille des einzelnen Beamten muss dabei nicht als in jedem Fall maßgeblich angesehen werden; dies gilt insbesondere und jedenfalls dann, wenn ein entsprechender Verwaltungsakt nichtig (§ 44 Abs. 1 VwVfG) wäre.<sup>130</sup>

<sup>122</sup> *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 183 unter Hinweis auf OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1996, 136; siehe auch OLG Koblenz NJW 1963, 1991; *Stam* (Fn. 91), S. 171 (184); *Renzikowski* (Fn. 91), S. 363; *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (570 f.).

<sup>123</sup> *Wilenmann* (Fn. 96), S. 429.

<sup>124</sup> S.o. Fn. 83.

<sup>125</sup> Vgl. *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 183, der eine Notstandsbefugnis auch bei einer besonders groben Misshandlung von Tieren oder dem Verteilen von Pornographie an Kinder annimmt.

<sup>126</sup> *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 184.

<sup>127</sup> OLG Naumburg NJW 2018, 2064 (2065).

<sup>128</sup> *Erb* (Fn. 70), § 34 Rn. 184.

<sup>129</sup> *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (570 ff.).

<sup>130</sup> *Pawlik* (Fn. 94), S. 230 f. Fn. 216; *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (214). Die Kritik an diesem Kriterium von *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (572 mit Fn. 95), dass der Klageweg mangels Gesetzesvollziehungsanspruchs gerade nicht eröffnet sei und die Nichtigkeit des Verwaltungsakts daher nicht herangezogen werden könne, übersieht nach dem im Text Ausgeführten, dass es nicht darum geht, einen Anspruch auf Einschreiten herzuleiten, sondern dass jedenfalls ein nichtiger Verwaltungsakt die grundsätzliche bestehende „Geschäftsführungsbefugnis“ nicht ausschließen kann, siehe *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (214 f.): „Ob die [...] Behörden die Angeklagten beschieden haben

Ob diese Anforderungen bei einer erfolglosen Befassung der Behörde im Einzelfall erreicht sind, kann nur nach den Umständen des jeweiligen Falls beurteilt werden.

#### V. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das Übersprühen von Graffiti mit rechtswidrigen bzw. strafbaren Inhalten (§§ 86a, 130, 185 StGB) unter bestimmten Voraussetzungen kein strafbares Unrecht darstellt. Geringfügige Veränderungen des äußeren Erscheinungsbildes können bereits die Erheblichkeitsschwelle des Tatbestands verfehlen (II.), was insbesondere für nicht substanzverletzende und leicht wasserlösliche Farbe<sup>131</sup> und bereits großflächig besprühte Tatobjekte gilt. Soweit der Tatbestand erfüllt ist, kommt insbesondere beim Übersprühen von nach §§ 86a, 130 StGB strafbaren Inhalten eine Rechtfertigung nach § 228 BGB in Betracht; dies setzt allerdings für Inhalte nach § 86a StGB voraus, dass die zuständigen Behörden trotz Anzeige keine Maßnahmen ergriffen haben, um auf die Entfernung der Graffiti hinzuwirken, und sich damit ein dauerhafter rechtswidriger Zustand verfestigt hat. Soweit die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nicht gegeben sind, wird die Schuld angesichts des geringen Erfolgsunrechts und der Rechtfertigungsnähe jedenfalls dann gering sein, wenn an der Fassade keine neuen Substanzverletzungen zurückbleiben. Damit erscheint eine Anwendung des § 153 StPO in derartigen Fällen naheliegend, was dem Ergebnis der eingangs genannten Verfahren entspricht.

---

und ihre Einschreitensunwilligkeit dadurch äußerlich kundgetan haben oder sich schlicht untätig verhalten haben, ist ohne Belang.“

<sup>131</sup> Gegen deren Tatbestandsmäßigkeit auch Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags WD 7 – 080/07, Entfernen verfassungsfeindlicher Symbole von Eigentum Dritter, 2007, S. 8; *Conrad* (Fn. 2), S. 373 (375); *Zaczyk* (Fn. 15), § 303 Rn. 24a.

# Quo vadis Verbandssanktionenrecht?

## Eine Stellungnahme im Anschluss an die Äußerungen des Bundesrates und der Bundesregierung zum Regierungsentwurf eines Verbandssanktionengesetzes

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. **Theresa Schweiger**, München\*

### I. Einführung

Die Diskussion um ein deutsches Unternehmensstrafrecht, die ihre Anfänge schon kurz nach Ende des Zweiten Weltkrieges nahm und ihren Höhepunkt im letzten Jahrzehnt mit der Veröffentlichung diverser Gesetzesentwürfe fand,<sup>1</sup> scheint sich langsam dem Ende zuzuneigen. Mittlerweile existiert ein Regierungsentwurf zur Einführung eines „Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten“ (im Folgenden: VerSanG-E),<sup>2</sup> dem ein bereits viel diskutierter Referentenentwurf vorausging. Auch wenn die Neuregelung eines Sanktionsrechts für Verbände als Teil der Rechtsstaatsoffensive der aktuellen Regierung im Koalitionsvertrag explizit vereinbart wurde,<sup>3</sup> so ist die Schnelligkeit, mit der die Verabschiedung des Gesetzes vorangetrieben wird – gerade auch mit Blick auf die derzeitige Corona-Pandemie –, doch bemerkenswert.<sup>4</sup>

Dieser Beitrag möchte nicht die – insbesondere aus anwaltlicher und unternehmerischer Sicht – bereits hinlänglich dargestellten Kritikpunkte am geplanten VerSanG-E erneut aufrollen,<sup>5</sup> sondern – freilich unter entsprechender Einbezie-

lung dieser – in erster Linie auf den im Gesetzgebungsprozess noch umsetzbaren Änderungsbedarf des Regierungsentwurfes eingehen. Besonderen Anlass hierzu geben die zum Teil erstaunlich kritischen Verlautbarungen aus der Länderkammer des Parlamentes, wobei insbesondere die auf eine (Gesamt-)Ablehnung des Gesetzesentwurfes abzielenden Empfehlungen der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse von Anfang September 2020<sup>6</sup> für Hellhörigkeit gesorgt haben.<sup>7</sup> So genüge der „unter offener Missachtung der Länder“ vorangetriebene Gesetzesentwurf „den Anforderungen an ein effektives und für die Verfolgungsbehörden handhabbares Unternehmenssanktionenrecht nicht“ und begegne „rechtsstaatlichen Bedenken“.<sup>8</sup> Der zehn Tage später im Plenum gefasste Beschluss des Bundesrates<sup>9</sup> folgt den Empfehlungen der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse in dieser Härte zwar nicht, hält jedoch an einigen zentralen Änderungspunkten fest und formuliert entsprechende Prüfungsaufträge mit Blick auf das weitere Gesetzgebungsverfahren. Ende Oktober äußerte sich schließlich auch die Bundesregierung zu der Beschlussfassung des Bundesrates,<sup>10</sup> sodass mittlerweile drei offizielle Dokumente zur Beurteilung des Gesetzesvorhabens in der Form des Regierungsentwurfes existieren.

Dies gibt Anlass zu einer Bestandsaufnahme, die einen möglichen Ausblick auf das gibt, was schon bald gesetzliche Realität sein könnte. Hierfür werden im Folgenden die zentralen Kritikpunkte mit den entsprechenden Vorschlägen und Bewertungen der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse, des Bundesratsplenums sowie der Bundesregierung vorgestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen (II.). Anschließend soll dieser Beitrag zum Anlass genommen werden, sich – wie schon so viele Praktiker zuvor<sup>11</sup> – für eine Änderung

\* Die Verf. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Frank Saliger) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>1</sup> Für eine kurze Darstellung der geschichtlichen Entwicklung siehe Korte, NZWiSt 2018, 393. Zu den wichtigsten Entwürfen der letzten Jahre zählen der NRW-Entwurf aus dem Jahr 2013, der Entwurf des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen e.V. (BUJ) aus dem Jahr 2014, der Gesetzgebungsvorschlag für eine Änderung der §§ 30, 130 OWiG des Deutschen Instituts für Compliance aus dem Jahr 2016, der Kölner Entwurf aus dem Jahr 2017, die Frankfurter Thesen aus dem Jahr 2018 sowie der Münchner Entwurf aus dem Jahr 2019.

<sup>2</sup> Im Folgenden zitiert als BR-Drs. 440/20. Das VerSanG-E ist dabei Art. 1 des „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“, das neben der Einführung des VerSanG-E u.a. auch Änderungen des GVG und der StPO enthält. Im Folgenden wird der Begriff des Unternehmens synonym für den des Verbandes verwandt.

<sup>3</sup> Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 126.

<sup>4</sup> Bereits im August 2019 kursierte in Fachkreisen ein nicht offiziell veröffentlichter Referentenentwurf (damals noch mit dem Titel: „Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität“), der den Verbänden mit einer Stellungnahmefrist von vier (!) Tagen am 12.6.2020 in seiner offiziellen Version vom 20.4.2020 zugeleitet wurde. Am 16.6.2020 beschloss das Kabinett den jetzigen Regierungsentwurf.

<sup>5</sup> Vgl. hierfür (teilweise noch zum Referentenentwurf, der aber nur in wenigen Teilen vom jetzigen Regierungsentwurf abweicht) beispielhaft die Stellungnahme des DAV, NZG 2020, 298; Bittmann, ZWH 2020, 157; Brouwer, AG 2019,

920; Caracas, CCZ 2020, 331; Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215; Knauer, NSZ 2020, 441; Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223; F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169; Ströhm, ZIP 2020, 105; in Teilen: Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger, NZG 2020, 848; Prierer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166.

<sup>6</sup> BR-Drs. 440/1/20.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. Anger, Handelsblatt v. 8.9.2020, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/bundesrat-laender-wollen-unternehmenssanktionen-stoppen/26164586.html?ticket=ST-1980316-RFWHi5L62lrrDaf3SFsb-ap4> (3.2.2021).

<sup>8</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 1, 3, 26.

<sup>9</sup> BR-Drs. 440/20.

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 151–155.

<sup>11</sup> Siehe z.B. die Stellungnahme des DAV, NZG 2020, 298 (303 ff.); Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215 (218 ff.); Kainer/Feinauer, NZA 2020, 363 (364 ff.); Knauer, NSZ 2020, 441 (444 ff.); Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (226 ff.); Prierer/Ritzenhoff, WiJ 2019,

der Vorschriften zu den verbandsinternen Untersuchungen (§§ 16–18 VerSanG-E) im laufenden Gesetzgebungsverfahren starkzumachen (III.). Denn von der Kritik des Bundesrates und seinen Ausschüssen ist dieser Bereich erstaunlicherweise nahezu verschont geblieben. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit zum Bearbeitungsstand und Änderungsbedarf des Gesetzes (IV.).

## II. Die Kritikpunkte des Bundesrates im Einzelnen

Im Folgenden werden die wichtigsten von den Rechts- und Wirtschaftsausschüssen vorgebrachten Kritikpunkte nacheinander vorgestellt, mit den Entgegnungen des Bundestagsplenums und der Bundesregierung abgeglichen<sup>12</sup> und schließlich aus Sicht der *Verfasserin* bewertet.

### 1. Beschränkung des Anwendungsbereiches auf wirtschaftlich tätige Verbände (§ 1 VerSanG-E)

Im Regierungsentwurf ist in § 1 VerSanG-E der Anwendungsbereich des Gesetzes auf Verbände beschränkt, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Begründet wird diese Beschränkung damit, dass die gewinnorientierte Teilnahme an einem auf Wettbewerb ausgerichteten Markt das Risiko der Begehung von Straftaten aus dem Unternehmen heraus erhöhe und die Sanktionierung solcher wirtschaftlich tätigen Verbände andere regulatorische Rahmenbedingungen erfordere, z.B. mit Blick auf eine umsatzbezogene Sanktionshöhe, die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen und die Schaffung von Regelungen zu verbandsinternen Untersuchungen. Zudem seien Verbände, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei, regelmäßig in hohem Maße durch ehrenamtliches Engagement gekennzeichnet und dienten insbesondere gemeinnützigen Zwecken, weshalb den Strafverfolgungsbehörden größtmögliche Entscheidungsflexibilität durch die bestehende Anwendbarkeit des OWiG und dem dort verankerten Opportunitätsprinzip eingeräumt werden solle.<sup>13</sup>

Die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse des Bundesrates widersprechen einer solchen Begrenzung, da es eben auch in nicht-wirtschaftlich tätigen Verbänden relevante Verbandstaten gebe. Es müsse für alle Verbände ein Gleichlauf dahingehend gelten, dass eine volldeliktische Straftat als Verbandstat immer zur Anwendung des VerSanG-E führe und es nur bei einer Aufsichtspflichtverletzung i.S.d. § 130 OWiG bei der Anwendung des OWiG bleibe. Zudem würden so auftretende Abgrenzungsprobleme zwischen einem schon wirtschaftlich tätigen Verband und einem noch unwirtschaft-

lich agierenden Verband zu Beginn eines Verfahrens vermieden werden.<sup>14</sup>

Weder im Plenum des Bundesrates noch bei der Bundesregierung findet der Vorschlag einer Erweiterung auf nicht-wirtschaftlich tätige Verbände Anklang. Diese Entscheidung ist insofern zu begrüßen, als damit vielfach ideelle Verbände als sog. kleine Verbände<sup>15</sup> aus dem Anwendungsbereich des VerSanG-E herausfallen, die richtigerweise weiterhin nur nach den §§ 30, 130 OWiG beurteilt werden sollten. Denn die Konzeption des VerSanG-E verfolgt in weiten Teilen ein sog. Anreizmodell,<sup>16</sup> welches die Verbände zur Installation von Compliance-Maßnahmen und Aufklärungsmithilfe im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen im Gegenzug für Sanktionsmilderungen ermutigen soll. Kleinen Unternehmen, Stiftungen und Vereinen fehlen jedoch in der Regel die finanziellen, personellen und organisatorischen Mittel, um entsprechende Compliance-Strukturen zu entwickeln oder interne Durchsuchungen durchführen zu lassen.<sup>17</sup> Mit Blick auf die Einführung des Legalitätsprinzips im VerSanG-E ist es deshalb ein zu befürwortendes Anliegen, kleine Verbände von vornherein aus dem System von Anreiz und Belohnung herauszunehmen.<sup>18</sup>

Kontraintuitiv ist jedoch das Kriterium der wirtschaftlichen Tätigkeit, um den Anwendungsbereich des VerSanG-E entsprechend zu begrenzen. Denn es gibt sehr wohl auch nicht-wirtschaftlich tätige Verbände, die finanziell und personell stark aufgestellt sind und insofern demselben Risiko der Begehung von Verbandstaten ausgesetzt sind wie wirtschaftlich tätige Verbände. Will man eine Ungleichbehandlung vermeiden, so kommt es entscheidend darauf an, nur die Verbände mit den Folgen der Einführung des Legalitätsprinzips zu belasten, die auch in der Lage sind, den durch das VerSanG-E gesetzten Anreizen zur künftigen Vermeidung von Verbandstaten durch Compliance-Strukturen folgen zu

<sup>14</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 8 f.

<sup>15</sup> Die Europäische Kommission versteht hierunter Unternehmen mit bis zu 49 Mitarbeitern und einem – bezogen auf den durchschnittlichen Jahresumsatz (bzw. Bilanzsumme) der letzten drei Geschäftsjahre vor der Zuwiderhandlung – Jahresumsatz von höchstens 10 Mio. Euro oder einer Bilanzsumme von maximal 10 Mio. Euro, Art. 2 Abs. 2 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, EU ABI. Nr. L 124, S. 36, 39.

<sup>16</sup> Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 1, 46, 82, 84, 92 f., 97 f.

<sup>17</sup> Köllner/Mück, NZI 2016, 311 (314).

<sup>18</sup> Die tatbestandliche Herausnahme von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) fordern – neben vielen Praktikern – sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundestagsplenum, BR-Drs. 440/1/20, S. 4; BR-Drs. 440/20 (B), S. 1. Lehmkuhl, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance – Status quo und Status futurus, 2021, S. 165 (168 ff.) hält den geplanten Ausschluss von nicht gewinnorientierten Verbänden aus dem Anwendungsbereich des VerSanG-E dagegen für hinderlich mit Blick auf eine angestrebte Compliance-Förderung.

166; F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (178 ff.); Ströhm, ZIP 2020, 105 (109 f.).

<sup>12</sup> Nicht jeder Kritikpunkt der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse wurde vom Bundestagsplenum (und in der Folge auch nicht von der Bundesregierung aufgegriffen), sodass teilweise nur die Kritik der Ausschüsse beleuchtet werden konnte.

<sup>13</sup> BR-Drs. 440/20, S. 67 f.

können. Anders formuliert: Nicht die wirtschaftliche Tätigkeit des Verbandes ist entscheidend, sondern seine wirtschaftliche Stärke. Vorzugswürdig ist deshalb eine Regelung, wie sie der Münchner Entwurf<sup>19</sup> in seinem § 1 Abs. 2 S. 2 vorsieht: Danach werden gemeinnützige Stiftungen mit einem Stiftungsvermögen unter 5 Mio. Euro, nicht wirtschaftliche Vereine mit einem Vereinsvermögen unter 2 Mio. Euro sowie wirtschaftlich tätige Verbände mit nicht mehr als 49 Beschäftigten und einem – bezogen auf den durchschnittlichen Jahresumsatz (bzw. Bilanzsumme) der letzten drei Geschäftsjahre vor der Zuwiderhandlung – Jahresumsatz von höchstens 10 Mio. Euro oder einer Bilanzsumme von maximal 10 Mio. Euro<sup>20</sup> aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausgenommen. Diese Verbände sind zwar wirtschaftlich tätig, ihre wirtschaftliche Relevanz ist jedoch verhältnismäßig gering und trägt insofern nicht das Bedürfnis einer Berücksichtigung nach dem VerSanG-E.<sup>21</sup>

Die Entscheidung zur Herausnahme kleiner Verbände bereits auf Tatbestandsebene gewinnt auch gegenüber dem Vorschlag, den Interessen von kleinen Verbänden erst strafprozessual durch Einstellungsmöglichkeiten Rechnung zu tragen.<sup>22</sup> Denn die finanziellen, personellen und organisatorischen Nachteile gegenüber größeren Verbänden bedingen, dass kleine Verbände in höherem Maße gleich zu Beginn eines Verfahrens die Rechtssicherheit benötigen, dass sie nur den Schaden aus der Individualität zu kompensieren und nicht u.U. auch für eine hinzu tretende Verbandsgeldsanktion einzustehen haben.<sup>23</sup>

### 2. Auslandserstreckung nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E

Mit der Regelung des § 2 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E wird der Anwendungsbereich der Sanktionierung von Verbänden im Vergleich zur geltenden Rechtslage (§§ 30, 5 OWiG) erheblich erweitert. Begründet wird dies im Regierungsentwurf damit, dass Unternehmen sich bislang einer Sanktionierung nach deutschem Recht dadurch entziehen konnten, dass sie im Ausland nur ausländische Mitarbeiter und keine Deut-

schen einsetzten, da insoweit die Grenzen des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB überschritten sind.<sup>24</sup>

Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum kritisieren diese Regelung als zu weitgehend: Das grundsätzliche Bedürfnis zur Schließung der bisherigen Regelungslücke wird zwar anerkannt, allerdings wird unter Berücksichtigung des einzuführenden Legalitätsprinzips zugleich mit einer erheblichen Überlastung der deutschen Strafverfolgungsbehörden gerechnet. Als Kompromiss wird die Erweiterung der Anforderungen an das Merkmal des „Sitzes im Inland“ vorgeschlagen, z.B. durch das Erfordernis eines wesentlichen Geschäftsbetriebes oder des Eintritts eines erheblichen Schadens im Inland.<sup>25</sup> Die Bundesregierung dagegen hält eine Änderung mit Blick auf die weitreichenden Einstellungsmöglichkeiten der §§ 153c StPO, 38 VerSanG-E nicht für geboten, verschließt sich einer nochmaligen Prüfung der Vorgaben aber auch nicht vollständig.<sup>26</sup>

Was ist nun von der Regelung zu halten? Zunächst ist das mit der Erweiterung geplante Ziel, im Ausland begangene Verbandsverfehlungen, die deutsche private, staatliche und/oder wirtschaftliche Interessen beeinträchtigen, ebenso verfolgen zu können, legitim und nachvollziehbar.<sup>27</sup> Die Orientierung an dem Leitsatz, wonach der Schutz deutscher Rechtsgüter nicht durch eine Verlagerung von Aufsichts- und Kontrollzuständigkeiten ins Ausland unterlaufen werden darf, übernahm bereits der NRW-Entwurf<sup>28</sup> und wird auch im Münchener Entwurf<sup>29</sup> aufgegriffen. Ein weiteres Argument für die weitgehende Erstreckung auf Auslandstaten ist der Wettbewerbsnachteil, mit dem sich international tätige deutsche Unternehmen konfrontiert sehen, wenn sie sich im Ausland mit dem Verfolgungs- und Ahndungsregime ausländischer Strafverfolgungsbehörden auseinandersetzen müssen, anstatt nach inländischen Vorgaben sanktioniert zu werden.<sup>30</sup>

All diese Überlegungen stützen die derzeitige Ausgestaltung des § 2 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E. Zwar sind die Bedenken, dass es durch die Neuregelung zu einer erheblichen (Über-)Belastung der deutschen Justiz kommen kann,<sup>31</sup> nicht ungerechtfertigt; für Abmilderung sorgen allerdings die weitgehenden Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153c StPO, 38

<sup>19</sup> Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber (Hrsg.), Münchener Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2019, S. 11, 45 f.

<sup>20</sup> Das ist die Definition der Europäischen Kommission von „kleinen Verbänden“, vgl. Fn. 15.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu *Podolski*, LTO v. 5.9.2019, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/familienunternehmen-verbandssanktionen-gesetz-kritik-muenchen/> (3.2.2021).

Weiter möglich bleibt natürlich eine Ahndung nach den §§ 130, 30 OWiG.

<sup>22</sup> So der Vorschlag von *Spörl*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und Verbraucherschutz, S. 13 ff., abrufbar unter

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020\\_Stellungnahme\\_MPI-Freiburg\\_RegE\\_Integritaet-Wirtschaft.pdf?blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020_Stellungnahme_MPI-Freiburg_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf?blob=publicationFile&v=3) (3.2.2021).

<sup>23</sup> So schon die Begründung der Verf. des Münchener Entwurfs (Fn. 19), S. 46.

<sup>24</sup> BR-Drs. 440/20, S. 72.

<sup>25</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 11 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 2 f.

<sup>26</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 152.

<sup>27</sup> Das Bedürfnis einer Erweiterung mangels empirischer Belege dagegen ablehnend *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215 (216).

<sup>28</sup> § 2 Abs. 3 NRW-Entwurf mit entsprechender Begründung auf S. 8, 48 f., abrufbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI16-127.pdf> (3.2.2021).

<sup>29</sup> § 1 Abs. 3 des Münchener Entwurfs (Fn. 19) mit Begründung auf S. 47.

<sup>30</sup> So bereits der Kölner Entwurf, *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1 (9); die Argumentation wird auch im Münchener Entwurf (Fn. 19), S. 47, aufgegriffen.

<sup>31</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 11 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 2 f.; *Knauer*, NStZ 2020, 441 (443); in die Richtung auch *Ströhm*, ZIP 2020, 105 (106).

VerSanG-E, die sowohl den Fall im Ausland zu erwartender Sanktionierung (§ 38 Abs. 1, Abs. 3 VerSanG-E) als auch den Fall im Ausland bereits rechtskräftig erfolgter Sanktionierung (§ 38 Abs. 5 VerSanG-E i.V.m. § 153c Abs. 2 StPO) erfassen und zugleich einer ungerechtfertigten Doppelverfolgung vorbeugen. Die Gefahr einer „Abtretung der Strafverfolgung an das Ausland“ oder eines generellen Vortritts ausländischer Reaktion sieht die *Verfasserin* durch die geplante Neuregelung jedenfalls nicht.<sup>32</sup> Denn sie ist das Ergebnis einer rechtlich zulässigen Abwägung zwischen inländischem Sanktionierungsinteresse und angemessener Belastung der deutschen Justizbehörden, die nur dann zu Gunsten eines verfahrensökonomischen Absehens von Verfolgung ausfällt, wenn der Sanktionierungszweck bereits durch die im Ausland verhängten Sanktionen als erfüllt anzusehen ist.<sup>33</sup>

### 3. Regelung des besonders schweren Falles in § 3 Abs. 2 VerSanG-E

Bislang ermöglicht § 3 Abs. 2 VerSanG-E die gerichtliche Feststellung eines besonders schweren Falles, insbesondere dann, wenn es sich um ein von einer Leitungsperson begangenes Verbrechen handelt (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E) oder eine hochrangige Leitungsperson oder mehrere Leitungspersonen eine Verbandstat begehen, der bereits andere Verbandstaten vorausgegangen sind (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG-E). Der Regierungsentwurf begründet die Auswahl dieser benannten Regelbeispiele mit den in solchen Fällen im Unternehmen vorzufindenden Umständen, die allesamt gegen den Verband sprächen, nämlich bei Nr. 1 die hohe Bedeutung der Verbandstat und bei Nr. 2 die besondere Schwere der Tat durch eine verfestigte Struktur oder Organisation bzw. ein verfestigtes Geschäftsgebaren.<sup>34</sup> Rechtsfolgen des Vorliegens eines besonders schweren Falles sind der Ausschluss der Möglichkeit des Absehens von der Verfolgung wegen Geringfügigkeit nach § 35 Abs. 1 VerSanG-E, die Verlängerung der Vollstreckungsverjährung nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E sowie die Erhöhung der Tilgungsfrist von Eintragungen im Verbandssanktionenregister nach § 57 Abs. 2 Nr. 1 lit. a VerSanG-E.

Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Plenum im Bundesrat sprechen sich zu Recht für eine Streichung der Vorschrift aus, denn sie ist nicht nur systemwidrig, sondern steht auch im Widerspruch zur ratio legis eines Sanktionenrechts für Verbände.<sup>35</sup> So ist bereits der Umstand, dass der Feststellung eines besonders schweren Falles für den Sanktionsrahmen keine Relevanz zukommt, also nicht wie im Strafgesetzbuch den gesetzlichen Sanktionsrahmen verschiebt, atypisch. Denn klassischerweise hat eine Erfassung besonders schwerer Fälle als Strafzumessungsregel allein Bedeutung für das Maß der Rechtsfolge. Neben diesem Systembruch entbehrt die Regelung auch jeglichen praktischen Bedürfnisses, da sie dem selbst gesetzten

Ziel des Entwurfes, auf kriminogene Verbandsstrukturen zu reagieren und einer „kriminellen Verbandsattitüde“<sup>36</sup> vorzubeugen, nicht gerecht wird. Denn weder die Schwere der Verbandstat noch die Position oder Anzahl der Täter sind ein taugliches Indiz für über die Schuld des Individualtäters hinausgehende Umstände, die dem Verband vorzuwerfen sind und eine entsprechende Sanktionierung rechtfertigen. Der Entwurfsverfasser begründet die Notwendigkeit eines eigenständigen Sanktionsrechts für Verbände doch selbst damit, dass Verbände nicht die durch eine arbeitsteilige Organisation begünstigte Verantwortungsdiffusion zu eigenen Vorteilen ausnutzen und vom Fehlverhalten der eigenen Mitarbeiter profitieren sollen.<sup>37</sup> Darüber, ob dies tatsächlich der Fall ist, sagt aber allein die Tatsache, dass es sich bei der Verbandstat um ein Verbrechen handelt oder eine hochrangige Leitungsperson<sup>38</sup> gehandelt hat, nichts – jedenfalls nichts Entscheidendes – aus.<sup>39</sup> Insofern ist es zu begrüßen, dass die Bundesregierung die Streichung der Vorschrift im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen wird.<sup>40</sup>

### 4. Begrenzte Einstellungsmöglichkeit des § 35 VerSanG-E wegen Geringfügigkeit

§ 35 VerSanG-E sieht in Anlehnung an § 153 StPO das Absehen von der Verfolgung wegen Geringfügigkeit vor, wobei sich die Geringfügigkeit nicht auf die Schuld bezieht, sondern auf die Bedeutung der Verbandstat sowie die Schwere und das Ausmaß eines möglichen Unterlassens angemessener Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten.<sup>41</sup> Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Plenum des Bundesrates sehen an dieser Stelle Regelungsbedarf:<sup>42</sup> So soll insbesondere das Geringfügigkeitskriterium ersetzt werden durch Fallgruppen, in denen der Aufwand einer Verfolgung außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Dieses Missverhältnis soll gegeben sein, wenn 1. der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Bereich individueller Verantwortung liegt, 2. der Verband personell oder wirtschaftlich weitgehend mit den Tätern der Verbandstat identisch ist und eine Sanktionierung des Täters neben einer Ahndung der Täter der Verbandstat nicht erforderlich scheint, 3. den Verband durch die Verbandstat Folgen getroffen haben, die so schwer sind, dass ein öffentliches Interesse die Verfolgung nicht gebietet oder 4. der Verband kein Betriebsvermögen und keinen eigenen

<sup>32</sup> So aber *Spörl* in ihrer Stellungnahme (Fn. 22), S. 21.

<sup>33</sup> Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 112.

<sup>34</sup> BR-Drs. 440/20, S. 75 f.

<sup>35</sup> Vgl. zum Folgenden BR-Drs. 440/1/20, S. 9 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 8.

<sup>36</sup> BR-Drs. 440/20, S. 48, unter Verweis auf *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 22 ff.

<sup>37</sup> BR-Drs. 440/20, S. 46, 48.

<sup>38</sup> Ein weiterer berechtigter Kritikpunkt ist der, dass mangels Definition unklar bleibt, was genau eine „hochrangige Leitungsperson“ sein soll, vgl. BR-Drs. 440/1/20, S. 9; BR-Drs. 440/20 (B), S. 8.

<sup>39</sup> Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum verankern die Kriterien deshalb auch richtigerweise bei der Einstellungsvorschrift des § 35 VerSanG-E (dazu sogleich unter 4.).

<sup>40</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 153.

<sup>41</sup> BR-Drs. 440/20, S. 111.

<sup>42</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 5 f., 10; BR-Drs. 440/20 (B), S. 5 f., 8 f.

Geschäftsbetrieb aufweist und daher eine Sanktionierung nicht erforderlich erscheint. Die Bundesregierung hat sich zu einer entsprechenden Überprüfung der Vorschrift bereit erklärt.<sup>43</sup>

Der Vorschlag des Bundesrates ist grundsätzlich zu begrüßen, denn er trägt der notwendig eigenständigen Legitimation einer Verbandsanktionierung Rechnung, die in der Verantwortungsübernahme des Verbandes für das schuldhaft Handelnde seiner Mitglieder zu sehen ist. Die Verantwortungsübernahme resultiert dabei entweder aus der Zurechnung fremden Fehlverhaltens, das Pflichten, die den Verband betreffen, verletzt und/oder zu einer Bereicherung des Verbandes führt, oder aus einem vorwerfbaren Organisations- oder Überwachungsmangel.<sup>44</sup> Dieser Legitimationszusammenhang besteht jedoch nicht mehr bei Taten, die allein dem individuellen Interesse des Täters dienen und sich mangels kollektiven Fehlsinns als Exzesstaten darstellen, sowie bei Taten, bei denen neben dem Schuldvorwurf an den Individualtäter kein darüber hinausgehender Vorwurf auszumachen ist, der eine zusätzliche Verantwortungsübernahme des Verbandes rechtfertigen würde.

Da in den beiden ersten vom Bundesrat benannten Fallgruppen (oben 1. und 2.) bereits der erforderliche Zurechnungsgrund und damit die Berechtigung für eine eigene Verbandsverantwortlichkeit fehlt, wäre es systematisch zu befürworten, für diese Fälle einen tatbestandlichen Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes vorzusehen, wie dies beispielsweise der Münchner Entwurf in seinem § 4 für (Exzess-)Taten ohne relevanten Verbandsbezug macht.<sup>45</sup> Überlegenswert wäre im Regierungsentwurf insofern eine entsprechende Erweiterung des bestehenden § 5 VerSanG-E. Für die beiden anderen Fallkonstellationen (oben 3. und 4.) sollte es bei der vom Bundesrat vorgeschlagenen Einstellungsmöglichkeit über § 35 VerSanG-E bleiben, da bei ihnen nicht schon die innere Berechtigung zur grundsätzlichen Verfolgbarkeit fehlt, sondern erst eine Abwägung zwischen dem Ermittlungsaufwand und der Bedeutung der Sache zu einem fehlenden Verfolgungsbedürfnis führt.

### 5. Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit, § 3 VerSanG-E

Bezüglich der Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit lassen sich zwei gesonderte Kritikpunkte ausmachen, nämlich einmal die Tatsache, dass dem Bestehen angemessener Compliance-Strukturen keine tatbestandsausschließende Wirkung zukommt (a), sowie andererseits der Vorwurf, dass in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E derzeit nicht auf eine eigene Verantwortlichkeit der Leitungspersonen abgestellt wird (b).

a) Die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse kritisieren, dass das auch im geltenden Recht der §§ 30, 130 OWiG vorzufindende Zurechnungsmodell (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E) zu einer Sanktionierung des Verbandes führe, ohne dass es

überhaupt auf irgendein eigenes, zusätzliches (Organisations-) Verschulden des Unternehmens ankomme.<sup>46</sup> Dieses seit jeher bestehende Legitimationsdefizit des Zurechnungsmodells, das jedoch dem Europäischen Modell entspricht und sich insofern bewährt hat,<sup>47</sup> ist mit guten Argumenten nicht von der Hand zu weisen.<sup>48</sup> Ob die Auflösung dieser Unzulänglichkeit in der tatbestandsausschließenden Wirkung von bereits vor der Tat bestehenden Compliance-Management-Systemen (im Folgenden CMS) als eine Art Gegenbeweis des vorgeworfenen Organisationsmangels zu suchen ist, bleibt mit folgenden Überlegungen jedoch fraglich: So zeigt ja gerade das Vorliegen (des Anfangsverdachts) einer Verbandstat, dass das für deren Verhinderung vorgesehene CMS letztlich fehlgeschlagen bzw. gescheitert ist. Wenn man des Weiteren in Rechnung stellt, dass die spezialpräventiven Zwecke, die auch der Regierungsentwurf bei der Begründung des Gesetzes verfolgt<sup>49</sup> und die der Ausarbeitung und Implementierung von CMS im Allgemeinen zugeschrieben werden, aus kriminologischer Sicht nicht hinreichend belegt sind,<sup>50</sup> dann verliert der zunächst einleuchtende Vorschlag eines Tatbestandsausschlusses recht schnell seine Strahlkraft. Selbst in den Vereinigten Staaten, die bezüglich der Sanktionierung von Unternehmen einem nahezu ausschließlich spezialpräventiven Ansatz folgen,<sup>51</sup> führt das Vorhandensein von CMS nach den Regelungen in den allgemeinen Leitlinien (Justice Manual), den Strafzumessungsregeln (Sentencing Guidelines) für US-Justizbehörden sowie dem 2019 aktualisierten Leitfaden zur Bewertung von CMS lediglich zum Verzicht auf eine Anklage oder zu (erheblichen) Strafmildierungen.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 12. Mit diesem Vorwurf auch *Bittmann*, ZWH 2020, 157 (158); *Brouwer*, AG 2019, 920 (921); *Knauer*, NStZ 2020, 441 (442 f.).

<sup>47</sup> Vgl. hierzu die Begründung im Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 38 unter Verweis auf Art. 3 des Zweiten Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 19.6.1997, EG ABl. Nr. C 221/11 (13).

<sup>48</sup> Wenngleich das Zurechnungsmodell mit folgender Überlegung aus dem Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 51, legitimierbar ist: „Grund der originären Verbandsverantwortlichkeit in Abs. 1 ist die fehlerhafte kollektive Sinnsetzung, die in der individuellen Anknüpfungstat der Repräsentanten zum Ausdruck kommt (quasi als ‚Zurechnung‘). Denn die Leitungsperson verwirklicht in der Anknüpfungstat nicht nur individuellen (straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen), sondern als Repräsentant zugleich kollektiven Fehlsinn.“

<sup>49</sup> Vgl. z.B. BR-Drs. 440/20, S. 82, 85.

<sup>50</sup> Hierzu ausführlich *Köbel*, in: Rotsch (Fn. 18), S. 139 (145 ff.); *ders.*, NZWiSt 2018, 407 (409 f.).

<sup>51</sup> So verfolgt die dortige Verbandsstrafbarkeit fast ausschließlich das Ziel, den Verband zu einem „good corporate citizen“ zu machen und weitere Straftaten zu verhindern, vgl. insoweit die Begründung des Kölner Entwurfs (Fn. 30), der diesem Ansatz auch in weiten Teilen folgt.

<sup>52</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Pasewaldt/Wick*, LTO v. 27.5.2019, abrufbar unter

<sup>43</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 152.

<sup>44</sup> *Bittmann*, ZWH 2020, 157 (159), spricht insoweit von „organisierter Verantwortungslosigkeit“; *Knauer*, NStZ 2020, 441 (443), von „organisierter Unverantwortlichkeit“.

<sup>45</sup> Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 13, 54 ff.

Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, das Vorhandensein und/oder Installieren von angemessenen CMS ausschließlich als bemessungsrelevante Kriterien zu berücksichtigen, so wie dies auch bereits in § 15 Abs. 3 Nr. 6 und Nr. 7 VerSanG-E vorgesehen ist.<sup>53</sup> Um die (zweifelsohne) bestehenden Schwächen des Zurechnungsmodells als Legitimierung einer eigenständigen Verbandssanktionierung etwas abzumildern, sollte in die Begründung zur Einstellungsmöglichkeit des § 35 VerSanG-E allerdings die Anweisung aufgenommen werden, dass das Bestehen oder Nichtbestehen angemessener CMS das Ermessen mit Blick auf eine Verfahrenseinstellung entscheidend lenkt.<sup>54</sup>

Als problematisch in diesem Zusammenhang zu bewerten bleibt, dass der Regierungsentwurf nicht nur überhaupt keine Mindeststandards für CMS setzt, sondern sogar explizit auf eine Definition von Compliance-Maßnahmen verzichtet.<sup>55</sup> Sollen aber – wie im Koalitionsvertrag festgelegt<sup>56</sup> – nachvollziehbare Zumessungsregeln für die Verbandssanktion geschaffen werden, dann ist zumindest eine Darstellung der wichtigsten Compliance-Elemente vorzunehmen, um den Verbänden eine entsprechend rechtssichere Orientierung zu bieten. Dies gilt in besonderem Maße für kleinere und mittelständische Unternehmen, die – anders als europa- oder weltweit agierende Unternehmen, die sich ohnehin schon an internationalen Standards ausrichten – auf handlungsleitende Gesetzesvorgaben angewiesen sind. Ein genehmer Vorteil in der konkreteren Erläuterung von tauglichen CMS bestünde zudem in der Unterstützung der Gerichte bei der Formu-

lierung von Compliance-Weisungen gem. § 13 Abs. 2 VerSanG-E.<sup>57</sup>

b) Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Plenum im Bundesrat bemängeln, dass bezüglich der Verbandsverantwortlichkeit in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E nicht auf eine eigene Verantwortlichkeit der Leitungspersonen abgestellt wird. Denn nach der bisherigen Begründung im Regierungsentwurf<sup>58</sup> ist es ausreichend, dass das Unterlassen von Vorkehrungen (allein) objektiv pflichtwidrig erfolgt, ohne dass die Leitungspersonen die Aufsichtsmaßnahmen vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen haben müssen; für die Verbandsverantwortlichkeit wird hinsichtlich des Verschuldens vielmehr allein an die begangene Verbandstat der Nicht-Leitungsperson angeknüpft.<sup>59</sup>

Diese Kritik ist völlig berechtigt,<sup>60</sup> stellt die geplante Regelung doch eine erhebliche Abweichung von der derzeitigen Rechtslage nach dem OWiG dar: Dort regelt § 130 OWiG als eigener Tatbestand die Aufsichtspflichtverletzung von Leitungspersonen in Betrieben und Unternehmen, was über § 30 OWiG auch zu einer Bebußung des Verbandes führen kann. Erforderlich hierfür ist jedoch nach absolut herrschender Meinung, dass die Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit des § 130 OWiG volldeliktisch und damit schuldhaft verwirklicht hat.<sup>61</sup> Überträgt man diesen Grundsatz konsequent auf den der Vorschrift des § 130 OWiG nachgebildeten § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, so muss die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung von erforderlichen und zumutbaren Organisations- oder Aufsichtspflichten zur Voraussetzung einer Haftung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E gemacht werden. Diese Forderung ist mit Blick auf das Schuldprinzip, das nach dem BVerfG insoweit auch für juristische Verbände gilt,<sup>62</sup> sogar verfassungsrechtlich geboten.<sup>63</sup> Andernfalls würde mit der Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E eine rein objektive Gefährdungshaftung geschaffen:<sup>64</sup> Denn wenn eine Straftat im Unternehmensbezug begangen werden konnte, dann wird in der Regel auch der objektive Vorwurf getätigt werden können, dass entsprechende Aufsichtslücken bestanden.<sup>65</sup> Faktisch würde damit über § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E die Forderung nach einer fehlerfreien Compli-

<https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/usa-justizministerium-compliance-management-system-anforderung-leitfaden-straftverfolgung-unternehmen/> (3.2.2021).

<sup>53</sup> Die Implementation dieser beiden Ziffern als Bemessungstatbestände geht auf die Panzerhaubitzen-Entscheidung des BGH v. 9.5.2017 zurück, in welcher erstmals die bußgeldmindernde Wirkung von Compliance-Management-Systemen (CMS) explizit ausgesprochen wurde, BGH, NZWiSt 2018, 379, und wird positiv bewertet, vgl. F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (177).

<sup>54</sup> In eine ähnliche Richtung Brouwer, AG 2019, 920 (921). Der Münchner Entwurf (Fn. 19) regelt eine diesbezügliche Einstellung sowohl für das Ermittlungsverfahren (§ 25 S. 2) als auch für das Zwischenverfahren und die Hauptverhandlung (§ 11 Abs. 1), S. 62, 77. Ähnliche Regelungen enthalten § 5 NRW-Entwurf (Fn. 28), S. 9, 53 ff.; § 14 Abs. 6 Kölner Entwurf (Fn. 30), 1 (4), sowie § 18 Abs. 1 S. 1 öVbVG (österreichisches Verbandsverantwortlichkeitsgesetz).

<sup>55</sup> Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 75; dies befürwortend Baur/Holle, AG 2019, 186 (188f.), wohl um den Gerichten in Einzelfällen und gerade mit Blick auf kleinere Unternehmen größtmöglichen Handlungsspielraum zu lassen. Kritisch dagegen Pritt-witz/Zink, in: Rotsch (Fn. 18), S. 251 (268); F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (171); Ströhmman, ZIP 2020, 105 (108).

<sup>56</sup> Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 126.

<sup>57</sup> Teicke, CCZ 2019, 298 (305). Hilfreich wäre dies auch für den nach § 13 Abs. 2 VerSanG-E einzusetzenden Monitor, der die Anweisungen des Gerichts überwachen soll.

<sup>58</sup> Siehe BR-Drs. 440/20, S. 74 f.

<sup>59</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 13 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 3 f.

<sup>60</sup> Ebenfalls kritisch Brouwer, AG 2019, 920 (921); Knauer, NStZ 2020, 441 (442 f.); Szesny/Stelten, ZRP 2020, 130; Bittmann, ZWH 2020, 157 (158 f.).

<sup>61</sup> Vgl. statt vieler Rogall, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 88 m.w.N.

<sup>62</sup> Siehe dazu BVerfG NJW 1967, 195 (197); BVerfG NJW-RR 2007, 860 (861).

<sup>63</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 13 ff.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 3 f.

<sup>64</sup> Brouwer, AG 2019, 920 (921).

<sup>65</sup> Stellungnahme DAV, NZG 2020, 298 (300).

ance-Organisation eingeführt,<sup>66</sup> die den Weg für eine quasi an keine Bedingungen geknüpfte und damit uferlose Zurechnung von relevanten Verfehlungen im Unternehmen bereiten würde.

Dass insoweit eine Anpassung der Vorschrift – oder jedenfalls ein entsprechender Hinweis zur Auslegung in der Gesetzesbegründung – zu erfolgen hat, sieht wohl auch die Bundesregierung, die in ihrer Stellungnahme eine entsprechende Prüfung des Begehrens zugesagt hat.<sup>67</sup>

### 6. Regelung des § 5 Nr. 2 VerSanG: Ausschluss von Verbandssanktionen bei Immunität

§ 5 VerSanG-E ist § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG nachgebildet und schließt die Verhängung einer Verbandssanktion in bestimmten Gründen aus. Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum wenden sich gegen den Ausschlussgrund in § 5 Nr. 2 VerSanG-E, nach welchem die Immunität des Täters der Verbandstat dazu führt, dass eine Verbandssanktion nicht verhängt werden kann. Begründet wird dies damit, dass es sich bei der Immunität des Täters um ein persönlich wirkendes Verfolgungshindernis handele, weshalb nicht ersichtlich sei, warum dies zum Ausschluss der Verhängung einer Verbandssanktion gegen den Verband führen solle. Denn auch für den Mittäter oder Teilnehmer einer Tat bliebe diese trotz der Immunität des (Mit-)Täters immer rechtswidrig und schuldhaft.<sup>68</sup>

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag einer Streichung des § 5 Nr. 2 VerSanG-E mit dem schlichten Verweis auf die geltende Rechtslage in § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG und die Bedeutung der Immunität nach Art. 46 Abs. 2 GG ab.<sup>69</sup> Im Ergebnis ist dem zuzustimmen, wenngleich die Begründung etwas dürftig ausfällt. Richtig ist, dass § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG als geltendes Recht die Verhängung einer Geldbuße versagt, wenn hinsichtlich der Anknüpfungstat rechtliche Verfolgungshindernisse, zu denen die Immunität nach Art. 46 Abs. 2 GG zählt, vorliegen.<sup>70</sup> Begründet wird dies mit dem strafähnlichen Charakter der Verbandsgeldbuße, weshalb die strafrechtlichen Verfolgungshindernisse im Verfahren nach dem OWiG gleichermaßen Anwendung finden müssen.<sup>71</sup>

Nachvollziehbar wird dieses Ergebnis im Verhältnis zur Behandlung von Mittäterschaft und Teilnahme jedoch erst, wenn man den entscheidenden Unterschied in der rechtlichen Begründung für die jeweilige Haftung von Täter/Teilnehmer einerseits und Verband andererseits bedenkt: Denn während die Strafbarkeit eines Mittäters oder Teilnehmers nur mit Blick auf einen Teil der eigenen Deliktsbegehung von einer Zurechnung des Mit- oder Haupttäterbeitrags nach §§ 25 Abs. 2, 26, 27 StGB abhängt, so bedarf die Verbandssanktio-

nierung nach der geplanten Regelung des § 3 Abs. 1 VerSanG-E der Gesamtzurechnung einer volldeliktischen Tat,<sup>72</sup> die der Verband nun mal als untaugliches Handlungssubjekt selbst nicht ausfüllen kann. Der Vorwurf, der dem Verband gemacht wird und der dann auch die Zurechnung begründet, ist also, anders als bei Mittäterschaft oder Teilnahme, keine im persönlichen Verantwortungsbereich liegende Bedingung, sondern schlichtweg ein durch arbeitsteilige Organisation bedingtes Verantwortungsvakuum. Die Voraussetzung einer (verfolgbaren) Tat bildet aus verfassungsrechtlichen Gründen das entscheidende und notwendige Zurechnungskriterium; denn würde man auch rechtlich nicht verfolgbare Taten als Anknüpfungspunkt ausreichen lassen, dann könnten Verbände völlig losgelöst von einem (straf-)rechtlich relevanten Vorwurf sanktioniert werden.

### 7. Haftung bei Rechtsnachfolge, § 6 VerSanG-E

Die Ausgestaltung der Haftung des Rechtsnachfolgers in § 6 VerSanG-E entspricht der bisherigen Regelung des § 30 Abs. 2a S. 1 OWiG, wonach auch gegen den oder die Rechtsnachfolger im Fall einer Gesamtrechtsnachfolge oder partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung nach § 123 Abs. 1 UmwG Verbandssanktionen bei Vorliegen einer Verbandstat verhängt werden können. Nicht übernommen wurde dagegen – und das ist die Kritik der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse sowie des Bundesratsplenums<sup>73</sup> – die Vorschrift des § 30 Abs. 2a S. 2 OWiG, nach der die Geldbuße in den Fällen der Rechtsnachfolge den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen darf. Zwar sei in der Begründung des Regierungsentwurfes niedergelegt, dass die verhängte Verbandssanktion aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht die gegenüber dem Rechtsvorgänger nach §§ 9, 15 VerSanG-E angemessene Sanktion übersteigen solle;<sup>74</sup> warum diese Begrenzung dann aber nicht auch ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen werde, sei nicht nachvollziehbar.<sup>75</sup>

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag einer entsprechenden Erweiterung des § 6 VerSanG-E unter Hinweis auf die Gefahr von Umgehungskonstruktionen, bei denen Vermögenswerte im Zusammenhang mit der Rechtsnachfolge übertragen werden, um die Wirtschaftskraft des Rechtsvorgängers zu schwächen, ab.<sup>76</sup> Gemeint sind mit den Umgehungskonstruktionen wohl die Gestaltungsmöglichkeiten, die sog. asset deals versprechen, bei denen sich der Rechtsträger einzelner wesentlicher Vermögensgegenstände zugunsten eines Erwerbers entledigt.<sup>77</sup> Will der Gesetzgeber eine künftige Umgehung der Haftung durch solche Konstrukte verhindern, so muss dies jedoch nicht unter Versagung des Wunsches des Bundesrates, eine Regelung analog § 30 Abs. 2a

<sup>66</sup> Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (224).

<sup>67</sup> BT-Drs. 23568, S. 152.

<sup>68</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 20 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 9.

<sup>69</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 153.

<sup>70</sup> Rogall (Fn. 61), § 30 Rn. 190.

<sup>71</sup> Meyberg, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stand: 1.10.2020, § 30 Rn. 62.

<sup>72</sup> BR-Drs. 440/20, S. 74.

<sup>73</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 21; BR-Drs. 440/20 (B), S. 10.

<sup>74</sup> Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 77.

<sup>75</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 21; BR-Drs. 440/20 (B), S. 10.

<sup>76</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 153.

<sup>77</sup> Zu dieser Regelungslücke Mühlhoff, NZWiSt 2013, 321 (327); Rogall (Fn. 61), § 30 Rn. 58.

S. 2 OWiG in den Gesetzestext aufzunehmen, geschehen. Denkbar wäre es, wie es der Münchner Entwurf in seinem § 15 Abs. 2 vorschlägt,<sup>78</sup> asset deals als Form der Einzelrechtsnachfolge explizit unter das Regime des § 6 VerSanG-E zu stellen.

#### 8. Sanktionsrahmen des § 9 Abs. 2 VerSanG-E

In Anlehnung an § 81 Abs. 4 S. 2 GWB entspricht das Höchstmaß der Verbandsgeldsanktion bei vorsätzlichen Verbandsstaten einem Betrag von 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes, § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VerSanG-E. Laut der Begründung des Regierungsentwurfes soll die Einführung dieser umsatzbezogenen Sanktionsobergrenze gewährleisten, dass auch gegenüber umsatzstarken Verbänden eine ausreichend empfindliche Geldsanktion verhängt werden kann.<sup>79</sup> Dies sei aus Gerechtigkeitserwägungen geboten, da selbst nach Erhöhung des Bußgeldrahmens auf 10 Mio. Euro (§ 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 OWiG) die Präventivwirkung für Unternehmen mit Milliardenumsätzen und entsprechenden Gewinnen weiterhin deutlich schwächer ausgeprägt sein könne als für kleinere Unternehmen.<sup>80</sup>

Warum lediglich die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse diese Regelung missbilligen und die Mehrheit im Bundesrat den Vorschlag gutzuheißen scheint, verwundert in Anbetracht der erheblichen und mannigfaltigen Kritik, die dieser Vorschrift bereits im Referentenentwurf entgegengebracht wurde,<sup>81</sup> schon. Da sich die vor allem von der Praxis bemängelten Punkte in großen Teilen mit denen der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse decken, werden diese im Folgenden zusammenfassend als eine Art Gesamtkritik dargestellt:

Zunächst sei die Heraufsetzung des Sanktionsrahmens auf bis zu 10 % des weltweiten Konzernumsatzes bei Verbänden mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als einhundert Millionen Euro gerade auch im Vergleich zu den Rechtsordnungen anderer Länder unverhältnismäßig hoch.<sup>82</sup> Zwar stelle es eine grundsätzlich nachvollziehbare Überlegung dar, an die Geschäftszahlen eines Unternehmens anzuknüpfen, wenn man eine empfindliche Sanktionierung herbeiführen wolle; allerdings könne die Anknüpfung an den Umsatz als Bezugsgröße – auch bei sehr großen Unternehmen – zu Sanktionshöhen existenzbedrohenden Ausmaßes führen. Denn allein der Umsatz sage noch nichts über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens aus: So gebe es Unternehmen mit typischerweise größerer Umsatz-Gewinn-Differenz, die ebenso wie Unternehmen mit geringer Marge im Verhältnis zu Unternehmen mit großer Marge unverhältnismäßig benachteiligt würden.<sup>83</sup> Verstärkt würde dieser

Effekt durch die Einbeziehung des weltweiten Konzernumsatzes durch § 9 Abs. 2 S. 2 VerSanG-E in die Bemessungsgrundlage der Sanktionshöhe für ein konzernangehöriges Unternehmen.<sup>84</sup> Dieses unbefriedigende Ergebnis resultiere aus der kontraintuitiven Ausrichtung der Verbandsgeldsanktionshöhe an den Regeln des Kartellrechts und dort insbesondere dem § 81 Abs. 4 S. 2 GWB. Denn das GWB bezwecke mit der Sicherung des freien Marktwettbewerbs eine ganz andere Schutzrichtung als das Verbandssanktionengesetz.<sup>85</sup> So könne man im Kartellbußgeldrecht die am Konzernumsatz orientierte Bemessung als die logische Konsequenz der bußgeldrechtlichen Verantwortungserstreckung auf die Muttergesellschaft ansehen. Im Hinblick auf die Konzeption der Verbandsverantwortlichkeit im VerSanG-E leuchte dies jedoch nicht ein, denn warum solle bei der Sanktionierung an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von verbundenen Konzerngesellschaften angeknüpft werden, deren Tätigkeit mit der Verbandsstat möglicherweise in keinem Zusammenhang stehe?<sup>86</sup> Die fehlende Differenzierung des Sanktionsrahmens zwischen schweren und leichten Verbandsstraftaten führe zu einer weiteren Härte, die die Gefahr einer tendenziell unverhältnismäßigen Sanktionierung noch erhöhe.<sup>87</sup> Zu völlig inakzeptablen Ergebnissen führe letztlich die Kombination aus Verbandsgeldsanktion und paralleler Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB, was einerseits eine Verschärfung zu den kartellrechtlichen Spezialnormen darstelle, da bei diesen in der umsatzbezogenen Bestimmung der Sanktionsobergrenze ein abschöpfender Bußgeldteil bereits pauschaliert inbegriffen sei,<sup>88</sup> und andererseits eine erhebliche Abweichung vom bislang geltenden Recht mit sich bringe; denn während die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG neben einem Ahndungsteil bereits einen abschöpfenden Teil inkludiere,<sup>89</sup> finden die Einziehungsregeln im Anwendungsbereich des VerSanG-E neben der Verhängung einer Verbandsanktion Anwendung.<sup>90</sup>

Mit dieser umfassenden Kritik sollte sich im fortlaufenden Gesetzgebungsverfahren auseinandergesetzt werden, denn die derzeitige Regelung gerät mit dem Ziel, ein ausbalanciertes Verhältnis zwischen der abschreckenden Wirkung und der auf Besserung der Unternehmensorganisation abzie-

*Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (225); *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (176 f.).

<sup>84</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 22; Stellungnahme DAV, NZG, 298 (301); ähnlich *Ströhmman*, ZIP 2020, 105 (107); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (225).

<sup>85</sup> *Knauer*, NStZ 2020, 441 (443).

<sup>86</sup> *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (225).

<sup>87</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 22.

<sup>88</sup> *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (176 f.), auch mit Bsp. dazu, wie bereits derzeit der hohe Abschöpfungsteil, z.B. bei VW, Porsche und Audi den Großteil der Geldbuße ausmacht.

<sup>89</sup> Siehe hierzu *Rogall* (Fn. 61), § 30 Rn. 136 ff.

<sup>90</sup> Vgl. BR-Drs. 440/1/20, S. 22; *Knauer*, NStZ 2020, 441 (444); *Ströhmman*, ZIP 2020, 105 (107).

<sup>78</sup> Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 20, 64.

<sup>79</sup> BR-Drs. 440/20, S. 81.

<sup>80</sup> BR-Drs. 440/20, S. 81.

<sup>81</sup> Vgl. auszugswise die Stellungnahme DAV, NZG, 298 (301); *Brouwer*, AG 2019, 920 (922); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (225); *Ströhmman*, ZIP 2020, 105 (109).

<sup>82</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 22.

<sup>83</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 22. Vgl. auch *Knauer*, NStZ 2020, 441 (443); *Brouwer*, AG 2019, 920 (922); *Nienaber/*

lenden Wirkung zu erreichen, in beträchtlichen Konflikt.<sup>91</sup> Für den Fall, dass trotz der Kritik an der derzeitigen Regelung festgehalten wird, sollte jedenfalls an die Möglichkeiten gedacht werden, die Sanktionsobergrenze des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VerSanG-E insgesamt zu senken, bei der Bemessungsgrundlage auf den tatbezogenen anstatt den konzernbezogenen Umsatz abzustellen und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verbandes bei der Sanktionsbemessung stärker als bisher zu berücksichtigen.<sup>92</sup>

Eine andere Möglichkeit bestünde freilich darin, sich vom umsatzorientierten Geldsummensystem insgesamt zu verabschieden und stattdessen ein Tagessatzsystem mit Höchstgrenzen einzuführen, so wie es bspw. der Münchner Entwurf in seinem § 7 vorsieht.<sup>93</sup> Der Vorteil gegenüber einem Geldsummensystem bestünde darin, dass ein Tagessatzsystem durch die Berücksichtigung von Schwere, Intensität und Wirkungskreis der jeweiligen Verbandstat eine verlässliche Abbildung des Maßes der Verbandsschuld ermöglichen würde, während dies bei einem Geldsummensystem, das sich an den wirtschaftlichen Verhältnissen des Verbandes orientiert, schlichtweg nicht möglich ist.<sup>94</sup> In der Zusammenschau mit einem ausdifferenzierten Sanktionsbemessungskatalog (vgl. z.B. § 8 des Münchner Entwurfs) wäre auf diese Weise eine äußerst flexible Handhabung bei der Sanktionierung von Verbandsverfehlungen denkbar, die auch den besonderen Belangen kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) Rechnung tragen würde.<sup>95</sup> Mit Blick auf den Sanktionsrahmen sollte an der bewährten Staffelung nach vorsätzlicher und fahrlässiger Verbandsverfehlung festgehalten, die Höchstgrenzen aber deutlich angehoben werden, um der fehlenden Aufteilung der Verbandsgeldsanktion in einen Ahndungs- und Abschöpfungsteil, wie dies bisher im Rahmen des § 30 OWiG geltendes Recht war, gerecht zu werden.<sup>96</sup> Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Einziehungsregeln nach §§ 73 ff. StGB neben der Verhängung der Verbandsgeldsanktion Anwendung finden, sollte bezüglich der Sanktionsober-

grenzen jedenfalls ein maßvollerer Weg<sup>97</sup> beschritten werden als bisher angedacht ist.

### 9. Zahlungsaufgabe des § 12 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG-E und § 36 Abs. 1 S. 1 VerSanG-E

In §§ 12 Abs. 2, 36 Abs. 1 S. 1 VerSanG-E ist die Möglichkeit geregelt, dem Verband bei einer Verwarnung mit Sanktionsvorbehalt nach § 12 VerSanG-E oder beim Absehen von der Verfolgung nach § 36 VerSanG-E Auflagen zu erteilen. Anders als bei den vergleichbaren Regelungen in §§ 56b Abs. 2 Nr. 2, 59a Abs. 2 Nr. 3 StGB, § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO ist jedoch die Möglichkeit der Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung nicht vorgesehen. Begründet wird dies im Regierungsentwurf mit dem pauschalen Verweis auf die „wiederholt geäußerte Kritik an der intransparenten Zuweisung von Geldauflagen durch die Justiz“.<sup>98</sup>

Dies wird zu Recht von den Rechts- und Wirtschaftsausschüssen bemängelt, da weder mitgeteilt wird, woher genau diese Kritik stammt, noch, warum sie für richtig gehalten wird.<sup>99</sup> Solange die im Regierungsentwurf angeführte Kritik nicht über eine bloße Behauptung hinausgeht und der erfahrungsgemäß positive Einfluss, den Zahlungen an gemeinnützige Einrichtung sowohl auf die Akzeptanz von aufgabenbewehrten Einstellungsentscheidungen der Justiz als auch auf das öffentliche Verfolgungsinteresse haben,<sup>100</sup> nicht empirisch widerlegt ist, spricht argumentativ nichts gegen die Aufnahme von Zahlungsaufgaben an gemeinnützige Institutionen.<sup>101</sup> Im Gegenteil, ohne weitergehende Erklärung bliebe der Gesetzgeber eine Begründung für die explizite Ausnahme derartiger Auflagen schuldig.

### 10. Die öffentliche Bekanntmachung, § 14 VerSanG-E

§ 14 VerSanG-E sieht die Möglichkeit vor, die Verurteilung bekanntzumachen, wenn es eine große Anzahl von Geschädigten gibt. Ausweislich des Regierungsentwurfes ist es nicht das Ziel, den betroffenen Verband durch die Bekanntmachung an den Pranger zu stellen, sondern ausschließlich die von der Verbandstat betroffenen Personen über die für sie relevanten Tatsachen zu informieren.<sup>102</sup>

Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum halten die Vorschrift für nicht erforderlich, impraktikabel und mit Blick auf die faktisch gegebene Gefahr einer Prangerwirkung auch für unangemessen, sodass die Norm zu streichen sei.<sup>103</sup> Diese Kritik deckt sich mit

<sup>91</sup> Die Zweigleisigkeit der Verbandsgeldsanktion in Form von Präventivwirkung und Abschreckungseffekt betont der Regierungsentwurf auch, siehe BR-Drs. 440/20, S. 81. *Ransiek*, in: Rotsch (Fn. 18), S. 273 (278 ff.) warnt derweil vor zu großen Hoffnungen in die Präventivwirkung von Sanktionsandrohungen.

<sup>92</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 22.

<sup>93</sup> Ebenfalls ein Tagessatzsystem befürwortend bzw. anwendend § 6 NRW-Entwurf (Fn. 28), S. 10, 57; §§ 4, 5 öVbVG (österreichisches Verbandsverantwortlichkeitsgesetz).

<sup>94</sup> Vgl. Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 39.

<sup>95</sup> Die insgesamt bessere Berücksichtigung von KMU verlangen – neben der Beratungspraxis – sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum, BR-Drs. 440/1/20, S. 4; BR-Drs. 440/20 (B), S. 1.

<sup>96</sup> Vgl. Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 58. Da die Einziehungsregeln der §§ 73 ff. StGB nun isoliert neben der Verhängung der Verbandsgeldsanktion Anwendung finden, muss der bisherige Ahndungsteil der Sanktionierung entsprechend angehoben werden.

<sup>97</sup> Ein Beispiel hierfür gibt § 7 Abs. 1 des Münchner Entwurfs (Fn. 19), S. 14, 59.

<sup>98</sup> BR-Drs. 440/20, S. 85, 111.

<sup>99</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 23.

<sup>100</sup> Vgl. BR-Drs. 440/1/20, S. 23.

<sup>101</sup> So sehen auch der NRW-Entwurf (Fn. 28) in § 8 Abs. 2 Nr. 2 und der Münchner Entwurf (Fn. 19) in § 12 Abs. 2 lit. c die Zahlung an gemeinnützige Organisationen als Form der Auflage vor. Ähnlich *Lehmkuhl* (Fn. 18), S. 165 (177 f.).

<sup>102</sup> BR-Drs. 440/20, S. 54, 85 f.

<sup>103</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 24 ff.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 10 ff.

vielen ablehnenden Stimmen aus der Praxis:<sup>104</sup> Die Norm sei überflüssig, da dem Informationsbedürfnis der Verbraucher mit den im Einziehungsrecht verankerten Mitteilungspflichten nach §§ 1111 Abs. 4, 459i Abs. 1 S. 2 StPO bereits genügend Rechnung getragen werde und es ohnehin nur schwer nachvollziehbar sei, dass Geschädigte in einer hochgradig digitalisierten und bestens vernetzten Welt nicht über ausreichende Kenntnis zur Geltendmachung möglicher Ansprüche verfügten. Eine Bekanntmachung hätte vor diesem Hintergrund nur noch den Zweck, den Verband öffentlich bloßzustellen, was das Risiko nicht kalkulierbarer Reputationschäden mit sich brächte, die auch an der Verbandstat völlig unbeteiligte Gesellschafter, Anteilseigner und Beschäftigte eines Verbandes treffen würden. Schließlich sei die Norm zu unbestimmt („große Zahl von Geschädigten“) und gerate mit ihrem proklamierten Informationszweck in Wertungswidersprüche, wenn in der Entwurfsbegründung auf Bekanntmachungsregelungen in anderen Gesetzen Bezug genommen werde (§§ 50a BörsG, 123 WpHG, 12 UWG, 200 Abs. 2 S. 1 StGB), die nahezu ausschließlich sanktionierenden Charakter aufwiesen. Dass der Gesetzgeber § 14 VerSanG-E sogar selbst nicht nur als Nebenfolge, sondern als eine weitere Sanktionierung im Sinne eines „namings and shamings“ ansehe, belege schließlich der in § 18 S. 2 VerSanG-E vorgesehene Ausschluss der Möglichkeit der Bekanntmachung für den Fall der erfolgreichen Durchführung verbandsinterner Untersuchungen nach § 17 Abs. 1 VerSanG-E; denn die Durchführung verbandsinterner Untersuchungen habe schlichtweg keinerlei Auswirkung auf den Informationsbedarf der Verbraucher.

Diese Kritik ist insofern berechtigt, als der Gesetzgeber sich im laufenden Gesetzgebungsverfahren entscheiden muss, ob er aus § 14 VerSanG-E mehr als ein reines Informationsinstrument machen will und mit der öffentlichen Bekanntmachung eine dritte Form der Verbandssanktionierung<sup>105</sup> schafft. In diesem Fall sollte er entsprechend Farbe bekennen und in die Gesetzesbegründung das aufnehmen, worauf die Entlehnung des § 14 VerSanG-E aus Vorschriften mit ähnlicher Ausrichtung und die Regelung in § 18 S. 2 VerSanG-E bereits hingewiesen haben: Dass die Bekanntmachung dem

Verband als eine Art öffentlicher Tadel seine Verantwortungsübernahme vor Augen führen soll.<sup>106</sup> Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und im Sinne der Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes sollte das Kriterium der „großen Zahl von Geschädigten“ ersetzt werden durch ein allgemeineres Merkmal, das dem Zweck der Vorschrift gerechter wird. So könnte in Anlehnung an die Vorschriften zur Zulassung der Berufung und Revision in §§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO, die auf die „grundsätzliche Bedeutung“ der Rechtssache abstellen, ein „grundsätzliches Interesse der Öffentlichkeit“ als Bekanntmachungsvoraussetzung etabliert werden, das als Rechtsbegriff mit weitergehenden Kriterien auszufüllen wäre. Zu denken wäre hier an den Umfang des eingetretenen Schadens, die geographische Bedeutung, die Wiederholungsfahr, die Konsequenzen für Kunden und natürlich auch an die Zahl der Geschädigten.<sup>107</sup> Zusätzlich wäre es möglich, den Ausschluss einer Bekanntmachung oder zumindest eine entsprechende Ermessenslenkung für den Fall vorzusehen, dass der Verband den Schaden bereits wiedergutmacht<sup>108</sup> und/oder sich in öffentlicher Form entschuldigt hat.<sup>109</sup>

Sollte im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens stattdessen an dem alleinigen Informationszweck der Vorschrift festgehalten werden, so müsste die Begründung, die auf Bekanntmachungsvorschriften mit Sanktionscharakter verweist, konsequenterweise angepasst und § 18 S. 2 VerSanG-E gestrichen werden. In praxi hätte eine solche Vorschrift neben den bereits vorhandenen Regelungen in §§ 1111, 459i StPO vermutlich keine besondere Anwendungsrelevanz, da die ins Ermessen des Gerichtes gestellte Entscheidung über eine Bekanntmachung sich weiterhin am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren müsste. Dies hätte zur Folge, dass bei einer Vielzahl von Verfahren die Option der Bekanntmachung von vornherein entfielen: Denn in aufsehenerregenden Großverfahren bestünde mit Blick auf die bereits ausreichende Medienberichterstattung in der Regel schon kein Bedürfnis,<sup>110</sup> während bei unbedeutenderen Verfahren, die möglicherweise nur eine kleine Region oder Stadt betreffen, die vorzunehmende Interessenabwägung zwischen Information der Verbraucher und Folgen für den Verband erfahrungsgemäß zugunsten des Verbandes und gegen eine Bekanntmachung ausfiele. Als Koloss auf tönernen Füßen sollte man das Vorhaben dann besser gleich begraben.

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zu Protokoll gegeben, dass sie dem Grunde nach an der Vorschrift festhält, die genauere Ausgestaltung der Kriterien aber prüfen

<sup>104</sup> Siehe nur die Stellungnahmen der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., S. 25 ff., abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06192020\\_Stellungnahme\\_WisteV\\_RegE\\_Integritaet-Wirtschaft.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06192020_Stellungnahme_WisteV_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (3.2.2021), und der Strafverteidigervereinigungen, S. 23 ff., abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020\\_Stellungnahme\\_OrgaBuero-Strafverteidiger\\_RegE\\_Integritaet-Wirtschaft.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020_Stellungnahme_OrgaBuero-Strafverteidiger_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (3.2.2021); F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (176, 182); Ströhm, ZIP 2020, 105 (107).

<sup>105</sup> Mit welcher Begründung Spörl in ihrer Stellungnahme (Fn. 22), S. 18, die derzeitige Regelung in § 14 VerSanG-E noch als Nebenfolge und nicht als „Verbandssanktion im engeren Sinne“ einstuft, bleibt unklar.

<sup>106</sup> Diesen Ansatz verfolgt auch der Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 65.

<sup>107</sup> Vgl. zu diesen Kriterien bereits Ströhm, ZIP 2020, 105 (107).

<sup>108</sup> Für den Fall der Wiedergutmachung sieht auch schon der Regierungsentwurf die Möglichkeit des Ausschlusses vor, BR-Drs. 440/20, S. 86.

<sup>109</sup> So der Vorschlag des Münchner Entwurfs (Fn. 19) in § 17 Abs. 1 S. 2, S. 21, 65.

<sup>110</sup> Dies erkennt auch der Regierungsentwurf an, vgl. BR-Drs. 440/20, S. 86.

wird,<sup>111</sup> sodass abzuwarten bleibt, ob und inwieweit sich der Gesetzgeber der mannigfaltigen Kritik annehmen wird.

### *11. Weitgehende Übertragung der StPO auf das Sanktionsverfahren, und Ausschluss bestimmter Ermittlungsmaßnahmen, § 24 VerSanG-E*

§ 24 VerSanG-E erklärt in seinem Abs. 1 die Vorschriften der StPO und des GVG insoweit für anwendbar, wie das VerSanG-E nicht explizite Sondervorschriften oder Abweichungen benennt. Eine solche Sondervorschrift stellt § 24 Abs. 2 VerSanG-E dar, der den Ausschluss bestimmter Ermittlungsmaßnahmen, die in das Post- und Fernmeldegeheimnis eingreifen, regelt. Die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse sowie das Bundesratsplenum stellen sich einerseits entschieden gegen eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des Strafverfahrens, die ihrer Ansicht nach zu überlangen und komplexen Verfahren mit einer unverhältnismäßigen Belastung der Justiz führen würde.<sup>112</sup> Andererseits halten sie, so denn die generelle Geltung der StPO angeordnet würde, den geplanten Ausschluss bestimmter Ermittlungsbefugnisse in § 24 Abs. 2 VerSanG-E mit Blick auf das Legalitätsprinzip für nicht geboten.<sup>113</sup>

Die Bundesregierung folgt diesen Überlegungen in beiderlei Hinsicht nicht<sup>114</sup> und dies auch zu Recht. Denn die erheblichen Neuanforderungen und Pflichten, die das VerSanG-E an Verbände stellt, müssen mit einem Mehr an Rechten auf der Verfahrensseite ausgeglichen werden. So ist es in Anbetracht der strafrechtsähnlichen Qualität<sup>115</sup> der vorgesehenen Verbandssanktionen und der zu erwartenden Komplexität der Verfahren nicht nur naheliegend, sondern sogar geboten, die Regeln der StPO zur Anwendung gelangen zu lassen. Mit der StPO steht eine ausgeklügelte Verfahrensordnung zur Verfügung, die sich über Jahrzehnte bewährt hat<sup>116</sup> und mit der die deutsche Strafjustiz vertraut ist.<sup>117</sup> Würde man ein Sonderverfahren für die Sanktionierung von Verbänden einführen, so hätte dies den Nachteil, dass gegen den Verband und die natürliche(n) Person(en) unterschiedliche Prozesse zu führen wären, was die Strafverfolgungsbehörden nicht ent-, sondern zusätzlich belasten würde.<sup>118</sup> Richtig ist zwar, dass sich aus der organschaftlichen Verfasstheit eines Verbandes nicht alle Vorgaben der StPO eins zu eins auf das Verbandssanktionenverfahren übertragen lassen. Dies hat der

Entwurfsverfasser aber auch erkannt und entsprechende Sonderregeln in den §§ 23-53 VerSanG-E verankert.<sup>119</sup>

Der weitergehende Vorschlag, den in § 24 Abs. 2 VerSanG-E vorgesehenen Ausschluss bestimmter Ermittlungsbefugnisse im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu streichen, missachtet den auch im Verfahren gegen Verbände geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Denn die Anordnung beispielsweise einer Telekommunikations- oder Wohnraumüberwachung hätte Grundrechtsrelevanz für eine unbestimmte Vielzahl von Personen, sodass derartige Maßnahmen richtigerweise nur im Verfahren wegen der Verbandstat gegen einzelne Beschuldigte verhängt werden können.<sup>120</sup> Einer Verwertbarkeit der aus Maßnahmen gegen Individualbeschuldigte erlangten Erkenntnisse im Verfahren gegen den Verband steht dies freilich nicht entgegen.<sup>121</sup>

### *12. Auskunftsverweigerungsrecht des Vertreters des Verbandes, § 33 VerSanG-E*

Mit der Regelung des § 33 VerSanG-E nimmt der Entwurfsverfasser die in § 27 VerSanG-E vorgesehene Beschuldigtenstellung des Verbandes ernst und gewährt den gesetzlichen Vertretern ein einfachgesetzliches Schweigerecht, das – mit Ausnahme des § 134 StPO – analog den Regeln über die Vernehmung des Beschuldigten in §§ 133 ff. StPO ausgestaltet ist.

Die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse sowie das Bundesratsplenum setzen sich für eine Streichung der Vorschrift ein, da diese die Effektivität der Strafverfolgung nicht unerheblich beeinträchtigt.<sup>122</sup> Der Gesetzgeber habe selbst eingeräumt, dass die Regelung verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten sei,<sup>123</sup> weshalb nicht nachvollziehbar sei, warum das Strafverfolgungsinteresse des Staates im Verhältnis zu der einem Verband drohenden Verbandsgeldsanktion zurücktreten müsse. Denn ein an § 52 Abs. 1 StPO erinnerndes Näheverhältnis des Vertreters zu dem von ihm vertretenen Verband liege jedenfalls nicht vor. Ungeklärt sei überdies, inwiefern sich das Schweigerecht des Verbandes mit der Regelung in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E verträge.

Die Bundesregierung lehnt eine Streichung mit der Erklärung ab, dass die Regelung nicht die Strafverfolgung behindere, sondern Ausdruck eines fairen Verfahrens sei.<sup>124</sup> Dies ist im Ergebnis richtig, bedarf jedoch einer genaueren Erläuterung: Hintergrund der Problematik ist die bis heute nicht endgültig geklärte Frage der Geltung des nemo-tenetur-Prinzips für Verbände. Das BVerfG lehnt eine Übertragung auf juristische Personen (bislang) ab, da der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit in der Menschenwürde wurzele, die

<sup>111</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 154.

<sup>112</sup> BR-Drs. 440/1/20, 27 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 14 f.

<sup>113</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 29; BR-Drs. 440/20 (B), S. 15.

<sup>114</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 154.

<sup>115</sup> Der Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 66, spricht von einer dritten Spur neben dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, die in Anbetracht der erheblichen Belastungen für den Verband strafverfahrensnah auszugestalten ist.

<sup>116</sup> So sieht es auch der Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 66.

<sup>117</sup> So schon die Begründung des Regierungsentwurfes BR-Drs. 440/20, S. 55.

<sup>118</sup> BR-Drs. 440/20, S. 55.

<sup>119</sup> Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 56 f. Inwieweit diese Sonderregelungen sinnvoll und ausschöpfend sind, kann und soll in diesem Beitrag nicht erörtert werden.

<sup>120</sup> BR-Drs. 440/20, S. 104. Vgl. auch die ähnliche Regelung im Münchner Entwurf (Fn. 19) in § 28 Abs. 3, S. 26, 80.

<sup>121</sup> Der Münchner Entwurf (Fn. 19) regelt dies explizit in § 28 Abs. 4.

<sup>122</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 29 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 15 f.

<sup>123</sup> Vgl. BT-Drs. 440/20, S. 109.

<sup>124</sup> BT-Drs. 19/23568, S. 154.

ihrem Wesen nach nur natürlichen Personen zugeschrieben werde.<sup>125</sup> Der EuGH<sup>126</sup> und der EGMR haben sich in dieser Rechtsfrage noch nicht eindeutig positioniert, wenngleich der EGMR den *nemo-tenetur*-Grundsatz als prozessuales Verteidigungsrecht einordnet, das er aus dem *fair-trial*-Prinzip des Art. 6 Abs. 1 EMRK ableitet, das auch für juristische Personen gilt.<sup>127</sup> In der Literatur ist die Idee, den *nemo-tenetur*-Grundsatz nicht aus den Grundrechten abzuleiten, sondern als prozessuale Garantie anzusehen, die aus dem Rechtsstaatsprinzip resultiert, aufgegriffen und überzeugend befürwortet worden.<sup>128</sup> Da der Beitrag an dieser Stelle eine tiefergehende Auseinandersetzung mit der Problematik nicht leisten kann, ist mit der Hypothese zu arbeiten, dass es nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, die Selbstbelastungsfreiheit mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten *fair-trial*-Prinzip zu begründen. In Anbetracht dessen ist die Entscheidung der Bundesregierung für ein Schweigerecht des Verbands(vertreter) als legitim zu bewerten und stellt auch die folgerichtige Konsequenz der Einräumung der strafprozessualen Beschuldigtenstellung dar.<sup>129</sup>

Das Schweigerecht kann nach § 33 Abs. 1 VerSanG-E lediglich von den gesetzlichen Vertretern des Verbandes ausgeübt werden, da diese den Verband nach § 28 Abs. 1 VerSanG-E im Verbandssanktionsverfahren vertreten und insofern in die Beschuldigtenrolle schlüpfen.<sup>130</sup> Überlegenswert wäre es an dieser Stelle, das Schweigerecht – so wie dies auch § 17 Abs. 1 öVbVG (österreichisches Verbandsverantwortlichkeitsgesetz) vorsieht – auf sämtliche Leitungspersonen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E zu erstrecken; denn die Verbandsverantwortlichkeit in § 3 Abs. 1 VerSanG-E knüpft als Zurechnungsgrund nicht an das Fehlverhalten der gesetzlichen Vertreter, sondern an das der Leitungspersonen an.<sup>131</sup>

Der Einwand des Bundesrates, dass völlig ungeklärt sei, inwieweit das Schweigerecht einer ununterbrochenen und uneingeschränkten Zusammenarbeit i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E entgegenstehe, ist berechtigt,<sup>132</sup> soll an dieser Stelle aber nicht weiter erörtert werden,<sup>133</sup> da die *Verfasserin*

ohnehin für eine erhebliche Neugestaltung der Regelung zu den verbandsinternen Untersuchungen eintritt (unten III.).

### III. Aufruf zur Überarbeitung der Vorschriften zu den verbandsinternen Untersuchungen, §§ 16–18 VerSanG-E

In Anbetracht dessen, dass es ein besonderes Anliegen der Regierung war, mit der erstmaligen gesetzlichen Festlegung von Vorgaben für „internal investigations“ Rechtssicherheit zu schaffen,<sup>134</sup> die Vorschriften der §§ 16–18 VerSanG-E zu verbandsinternen Untersuchungen aber zu den am meisten kritisierten im Rahmen des Gesetzgebungsvorhabens gehören,<sup>135</sup> will dieser Beitrag nicht auf eine entsprechende Stellungnahme verzichten. Im Zentrum der Kritik stehen die Vorschrift des § 17 Abs. 1 VerSanG-E, die den Milderungsbonus des § 18 S. 1 VerSanG-E im Fall erfolgreich durchgeführter Untersuchungen an detaillierte Voraussetzungen knüpft, sowie die geplanten Änderungen im Beschlagnahmerecht der §§ 97, 160a StPO. Im Folgenden soll eine kritische Begutachtung der als neuralgisch angesehenen Punkte unter Anbietung entsprechender Lösungsmöglichkeiten erfolgen.

#### 1. Der wesentliche Aufklärungsbeitrag, § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E

§ 17 I Nr. 1 VerSanG-E benennt die erste Voraussetzung verbandsinterner Untersuchungen. Danach muss der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte wesentlich dazu beigetragen haben, dass die Verbandstat und die Verbandsverantwortlichkeit aufgeklärt werden konnte. Zu Recht wird die Unbestimmtheit der Vorschrift kritisiert,<sup>136</sup> da seitens des Entwurfsverfassers nicht näher erläutert wird, ab wann ein Aufklärungsbeitrag wesentlich ist. In der Gesetzesbegründung ist allein der – letztlich selbsterklärende – Hinweis zu finden, dass ein wesentlicher Aufklärungsbeitrag jedenfalls dann nicht mehr vorliegen kann, wenn die Verfolgungsbehörde den Sachverhalt bereits selbst vollständig aufgeklärt hat.<sup>137</sup> Die fehlende Konturierung birgt das Problem, dass ein Verband dem erheblichen Druck einer selbständigen Ermittlungsarbeit unterworfen und die staatliche Aufklärungspflicht unzulässig auf Private übertragen wird. Zwar wird in den Gesetzesmaterialien klargestellt, dass die Staatsanwaltschaft Herrin des Verfahrens zu bleiben hat;<sup>138</sup> wo genau jedoch die Grenzen zu verlaufen haben, wird nicht erläutert. Kann der

<sup>125</sup> BVerfG NJW 2017, 1841 (1843 f.).

<sup>126</sup> Vgl. hierzu die Okrem-Entscheidung, in der der EuGH juristischen Personen immerhin ein teilweises Schweigerecht bei der Gefahr der Selbstbelastung zugestanden hat, EuGH BeckRS 2004, 71022 Rn. 28 ff.

<sup>127</sup> EGMR, Urt. v. 27.9.2011 – 43509/08 (Menarini Diagnostics S.R.L./Italy), Rn. 45.

<sup>128</sup> Dannecker, ZStW Bd. (2015), 370 (389 ff.).

<sup>129</sup> Auch § 18 Abs. 1 NRW-Entwurf (Fn. 28) und § 17 Abs. 1 öVbVG gewähren dem Verband ein weitreichendes Schweigerecht.

<sup>130</sup> So auch § 17 Abs. 1 des Kölner Entwurfs (Fn. 30), 1 (4), und § 22 S. 2 Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 23, 71.

<sup>131</sup> Brouwer, AG 2019, 920 (923); DAV, NZG 2020, 298 (303); Knauer, NStZ 2020, 441 (450).

<sup>132</sup> Die Frage ist nicht wirklich geklärt, vgl. Knauer, NStZ 2020, 441 (450).

<sup>133</sup> Sondern unten unter III. 4.

<sup>134</sup> Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 126.

<sup>135</sup> Siehe nur die Stellungnahme des DAV, NZG 2020, 298 (303 ff.); Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215 (218 f.); Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger, NZG 2020, 848; Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (226 ff.); Priewer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166; F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (178 ff.); Ströhmman, ZIP 2020, 105 (109 f.).

<sup>136</sup> Vgl. Bittmann, ZWH 2020, 157 (160); Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215 (218); Knauer, NStZ 2020, 441 (445 f.); Ströhmman, ZIP 2020, 105 (110).

<sup>137</sup> BR-Drs. 440/20, S. 94.

<sup>138</sup> BR-Drs. 440/20, S. 94.

Verband z.B. noch einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag leisten, wenn bereits ein Whistleblower den relevanten Sachverhalt an die Behörden herangetragen hat?<sup>139</sup> Und liegt ein wesentlicher Aufklärungsbeitrag auch dann noch vor, wenn die Mitarbeiterbefragungen zu keinem Ergebnis geführt haben, da zentrale Personen ihre Aussage verweigert haben?<sup>140</sup>

In den Vereinigten Staaten ist der Maßstab für eine umfassende Aufklärungsleistung dagegen in den sog. U.S. Sentencing Guidelines dargelegt und konkretisiert.<sup>141</sup> So kommt es entscheidend darauf an, ob die Strafverfolgungsbehörden durch das seitens des Verbandes zur Verfügung gestellte Material in die Lage versetzt werden, Art und Umfang des Vorwurfes sowie die verantwortlichen Personen zu identifizieren. Selbst wenn aber eine umfassende Sachverhaltsaufklärung nicht möglich ist, z.B. weil Mitarbeiter die Aussage verweigern, dann führt dies nach den Sentencing Guidelines nicht zwangsläufig zur Sanktionierung oder dem Ausschluss von Milderungsgründen; denn die US-amerikanischen Vorgaben anerkennen, dass die fehlende Kooperationsbereitschaft von Einzelnen nicht automatisch mit einer fehlenden Kooperationsbereitschaft des gesamten Unternehmens gleichzusetzen ist.<sup>142</sup>

Der starke Einfluss insbesondere der amerikanischen Jurisdiktion auf die deutsche Unternehmenslandschaft wird in der Entwurfsbegründung als ein wesentlicher Grund für die gesetzliche Fixierung verbandsinterner Untersuchungen genannt.<sup>143</sup> Wenn das US-amerikanische Modell schon als Blaupause dient, dann sollte man es indes auch so kopieren, dass seine zentralen Grundlagen nicht verloren gehen. Wünschenswert wäre es, dass der Gesetzgeber entweder bereits im Gesetzestext selbst oder jedenfalls in der Begründung konkretisierende Umstände benennt, die seiner Ansicht nach einen relevanten Aufklärungsbeitrag konstituieren.

## 2. Das Trennungsprinzip zwischen Verteidigung und Untersuchungsleitern, § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E

§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E bezweckt die funktionale Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung, um möglichen Konflikten, die sich aus einer Verbindung von Strafverteidigung und verbandsinterner Untersuchung ergeben können, vorzubeugen.<sup>144</sup> Die Kritik, die dieser Vorschrift entgegengebracht wird, basiert nicht ausschließlich, aber doch in wesentlichen Teilen auf dem Entsetzen der Strafverteidigerriege über das Verständnis, das der Gesetzgeber von

ihrem Berufsbild zu haben scheint: So schwäche eine Verbindung von Verteidigung und interner Untersuchung die Glaubwürdigkeit des Ergebnisses verbandsinterner Untersuchungen und nur die Trennung beider Institute könne die Eigenständigkeit des Untersuchungsführers und damit einen Vertrauensvorschluss bei den Verfolgungsbehörden sichern.<sup>145</sup> Die Empörung vieler Strafverteidiger und der Anwaltschaft ist nachvollziehbar,<sup>146</sup> legen die Äußerungen in der Gesetzesbegründung zweifellos ein fragwürdiges Bild moderner (Unternehmens-)Verteidigung nahe, das so sicherlich nicht allgemeingültig, in jedem Fall aber antiquiert ist. Denn in praxi ist die ordnungsgemäße Durchführung verbandsinterner Untersuchungen regelmäßig bereits essentieller Bestandteil erfolgreicher Verteidigungsstrategie, die zunehmend auf Kooperation statt auf Konfrontation setzt.<sup>147</sup> Da die Durchführung interner Untersuchungen nicht nur strafrechtlich motiviert ist, sondern auch der Klärung gesellschaftsrechtlicher, arbeitsrechtlicher und haftungsrechtlicher Fragen im Verband dient,<sup>148</sup> führt meist eine dritte, fachkundige Partei und nicht der Verteidiger diese durch. Die Sorge vor möglichem Konfliktpotential zwischen Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung erscheint vor diesem Hintergrund nicht nur unberechtigt, sondern wirkt zuletzt auch artifiziell, weil Unternehmensverteidiger und Untersuchungsführer für ein- und denselben Auftraggeber tätig sind und dementsprechend demselben Interessenskanon unterliegen. Selbst wenn man dies alles anders sähe, läge in der erwünschten Unabhängigkeit des Untersuchungsführers keine taugliche Begründung für eine Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung, da die materielle Wahrheitserforschung unstrittig eine Aufgabe der staatlichen Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte ist und zu bleiben hat.<sup>149</sup> Dies bedeutet, dass die Untersuchungsergebnisse von der Staatsanwaltschaft und den Strafgerichten ohnehin vollumfänglich überprüft werden müssen.

Dass es durchaus sinnvoll sein kann, Verteidigung und interne Untersuchung nicht voneinander zu trennen, zeigt ein Vergleich mit der Rechtslage in den Vereinigten Staaten:<sup>150</sup> Kooperiert dort ein Unternehmen mit der Criminal Division des Department of Justice, besteht in zeitlicher Abfolge eine klare Trennung zwischen Aufklärungs- und Verteidigungsphase: In der Aufklärungsphase stellt das Unternehmen über

<sup>139</sup> Zum entsprechenden Konflikt mit der EU-Whistleblower-Richtlinie *Brouwer*, AG 2019, 920, (923); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (227).

<sup>140</sup> Zu dem Problem ausführlich unten III. 5.

<sup>141</sup> U.S. Sentencing Guidelines Chapter 8 C 2.5 (g), Commentary (note 13); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (229).

<sup>142</sup> U.S. Sentencing Guidelines Chapter 8 C 2.5 (g), Commentary (note 13); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (229). Im Ergebnis zustimmend *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215 (218).

<sup>143</sup> BR-Drs. 440/20, S. 92.

<sup>144</sup> BR-Drs. 440/20, S. 94.

<sup>145</sup> BR-Drs. 440/20, S. 94. Dieser Ansicht ohne empirischen Beleg folgend *Spörl*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts (Fn. 22), S. 16.

<sup>146</sup> Siehe nur *DAV*, NZG 2020, 298 (298, 303); *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215 (218 f.); *Knauer*, NStZ 2020, 441 (447 f.); *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 2019, 166; *Teicke*, CCZ 2019, 298 (300); *Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger*, NZG 2020, 848 (852).

<sup>147</sup> *Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger*, NZG 2020, 848 (852); *Knauer*, NStZ 2020, 441 (447); *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 2019, 166 (169).

<sup>148</sup> *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 2019, 166 (169), sprechen insoweit von einem „mehrdimensionalen Raum“.

<sup>149</sup> *Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger*, NZG 2020, 848 (852).

<sup>150</sup> Vgl. zum Ganzen *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 2019, 166 (172).

seine untersuchenden Rechtsanwälte strukturiert Sachverhaltsinformationen zur Verfügung; sobald die Sachverhaltsaufklärung weitgehend abgeschlossen ist, fordert das Department of Justice die Rechtsanwälte des Unternehmens – dieselben, die auch die Untersuchung durchgeführt haben und den Sachverhalt daher genau kennen – auf, die Verteidigungsargumente vorzubringen. Geschützt wird dieser Vorgang durch das sog. Attorney-Client-Privilege, wonach Unternehmen und beauftragte Berufsträger im Rahmen der Aufarbeitung des Sachverhaltes ausreichenden Schutz vor Durchsicht und Beschlagnahme genießen.<sup>151</sup>

Die Knüpfung des Milderungsbonus in § 18 S. 1 VerSanG-E an das strikte Trennungsgebot sollte schließlich vor dem Hintergrund, dass die separate Beauftragung von Verteidigung und Untersuchungsführer<sup>152</sup> zu einer doppelten Kostenbelastung in den Verbänden führt,<sup>153</sup> nochmals überdacht werden. Die Kostenlast mag für große Konzerne tragbar sein, kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) könnten dadurch jedoch in erhebliche finanzielle Bedrängnis gebracht werden.

Sollte der Gesetzgeber dennoch am Trennungsprinzip festhalten wollen, dann muss dem Verteidiger zumindest der Zugriff bzw. die Teilnahme an der Zusammenarbeit des Untersuchungsführers mit der Strafverfolgungsbehörde gestattet sein;<sup>154</sup> denn andernfalls wäre der Verteidiger von der Kommunikation zwischen seinem Mandanten und den Strafverfolgungsbehörden ausgeschlossen.<sup>155</sup> Die Begründung des Gesetzesentwurfes ist diesbezüglich nicht eindeutig:<sup>156</sup> So ist die Lesart, nach der ein gegenseitiger Austausch nicht völlig ausgeschlossen ist, möglich,<sup>157</sup> andererseits will der Entwurf aber den „unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung“<sup>158</sup> zugunsten der Verteidigung untersagen.

Eine materielle Trennung in Form eines gänzlichen Kommunikationsverbotes würde jedenfalls mit dem Recht auf effektive Verteidigung kollidieren, denn so bestünde bis zum Abschluss der Ermittlungen (§ 24 Abs. 1 VerSanG i.V.m. §§ 147 Abs. 2 S. 1, 169a StPO) ein informationelles Ungleichgewicht zwischen Verteidigung und staatlichen Ermittlungsbehörden, das mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar ist.<sup>159</sup>

### 3. Die geplanten Änderungen im Beschlagnahmerecht, §§ 97, 160a StPO

Da die geplante Änderung der Beschlagnahmenvorschriften erhebliche Bedeutung mit Blick auf die Dokumente und Unterlagen interner Untersuchungen hat, soll auch zu diesem Vorhaben in der gebotenen Kürze Stellung bezogen werden.

Der Entwurf sieht eine Novellierung der §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 160a Abs. 5 StPO vor. So soll § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO dahingehend konkretisiert werden, dass das Erfordernis eines Vertrauensverhältnisses des Beschuldigten mit dem Berufsgeheimnisträger analog den Nr. 1 und Nr. 2 auch für Nr. 3 gilt. Mit dieser Neufassung, die verfassungsrechtlich schon durch das BVerfG durch sein Urteil im Jones-Day-Verfahren abgesegnet wurde,<sup>160</sup> wäre künftig Voraussetzung für eine Beschlagnahmefreiheit, dass die entsprechenden Gegenstände dem geschützten Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Berufsgeheimnisträger zugerechnet werden können. Problematisch ist, dass der Regierungsentwurf vage dahingehend bleibt, was er genau unter diesem Vertrauensverhältnis versteht, das die Beschlagnahmefreiheit auslöst.<sup>161</sup> Dabei hat die Reichweite des Begriffs nicht nur Bedeutung für die Beschlagnahmefähigkeit von internem Untersuchungsmaterial, sondern auch von Unterlagen, die aus einem sonstigen Beratungsverhältnis des betroffenen Unternehmens mit einer Kanzlei stammen.<sup>162</sup> Einerseits könnte man davon ausgehen, dass der Entwurfsverfasser ein weites Verständnis verfolgt, wenn er schreibt: „Ein solches Verhältnis besteht etwa bei Unterlagen, die der Vorbereitung der Verteidigung dienen oder bei Unterlagen, die einem Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer vom Beschuldigten im Hinblick auf eine bestimmte Beratungstätigkeit übergeben werden.“<sup>163</sup> Klar ist damit, dass jedenfalls alle Unterlagen – auch solche einer internen Untersuchung – beschlagnahmefrei sind, sofern sie originär aus einem Verteidigungsverhältnis stammen. Dies war auch der bisherige status quo. Was ist aber mit Dokumenten aus internen Untersuchungen, die bereits vor

<sup>151</sup> F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (173); siehe hierzu auch Momsen, in: Rotsch (Fn. 18), S. 185 (201 ff.); Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (229 f.). Zum Folgeproblem der Beschlagnahmefähigkeit von internen Untersuchungsunterlagen sogleich unter III. 3.

<sup>152</sup> Zwar können Verteidiger und Untersuchungsführer nach der Entwurfsbegründung aus derselben Kanzlei stammen, BR-Drs. 440/20, S. 95; dies mindert die Mehrkosten aber auch nicht. Momsen (Fn. 151), S. 185 (197 f.) geht mit Blick auf die Regelungen des anwaltlichen Berufsrechts sogar davon aus, dass künftig insgesamt drei verschiedene Kanzleien beauftragt werden müssen.

<sup>153</sup> Knauer, NStZ 2020, 441 (452); F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (179); Szesny/Stelten, ZRP 2020, 130 (131).

<sup>154</sup> Der Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 30, regelt dies in § 34 Abs. 6.

<sup>155</sup> Vgl. Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger, NZG 2020, 848 (852). Der Münchener Entwurf (Fn. 19), umgeht diese Problematik infolge der Trennung durch die Vorschrift des § 34 Abs. 6.

<sup>156</sup> Vgl. zum Ganzen Priewer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166 (169 f.).

<sup>157</sup> So spricht der Regierungsentwurf nur von funktionaler Trennung, BR-Drs. 440/20, S. 94.

<sup>158</sup> BR-Drs. 440/20, S. 95.

<sup>159</sup> Priewer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166 (170); ähnlich Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (228).

<sup>160</sup> BVerfG NJW 2018, 2385.

<sup>161</sup> Zu dem Problem schon Knauer, NStZ 2020, 441 (451). Ähnliche Bedenken äußernd Momsen (Fn. 151), S. 185 (199 ff.).

<sup>162</sup> Der DAV gibt in seiner Stellungnahme hierfür das Beispiel der Beschlagnahme der Dokumentation der Beratungstätigkeit einer öffentlich-rechtlich spezialisierten Sozietät für ein Unternehmen im Zusammenhang umweltrechtlicher Genehmigungsaufgaben (NZG 2020, 298 [305]).

<sup>163</sup> BR-Drs. 440/20, S. 132.

oder auch nach der Einleitung eines Sanktionsverfahrens außerhalb oder parallel zu einem Verteidigungsverhältnis durchgeführt wurden? Wenn man den Entwurfsverfasser beim Wort nimmt, müssten auch diese Unterlagen beschlagnahmefrei sein, da sie einem Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer im Hinblick auf eine bestimmte Beratungstätigkeit (nämlich der Identifizierung möglicher verbandsinterner Verstöße) übergeben wurden.

Allerdings scheint der Gesetzgeber es doch nicht ganz so einfach gemeint zu haben, wenn er weiter ausführt: „Aufzeichnungen über Befragungen im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen sind daher nur vor der Beschlagnahme geschützt, wenn sie dem geschützten Vertrauensverhältnis zuzuordnen sind.“<sup>164</sup> Gibt es also doch Beratungstätigkeiten, die den Anforderungen an ein Vertrauensverhältnis nicht gerecht werden? Offensichtlich ja, denn die Begründung geht weiter wie folgt: „Allerdings hat das Unternehmen bei Sanktionsverfahren nach dem VerSanG die Rechte eines Beschuldigten, so dass die Aufzeichnung über Befragungen von Leitungspersonen der Nummer 2 unterfallen. Nicht unter Nummer 2 fiel jedoch eine Sachverhaltsaufklärung, die vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung stattfindet oder anderen Zielen dient, zum Beispiel der internen Compliance [...]“<sup>165</sup> Der Entwurfsverfasser bezieht also allein die Aufzeichnung über Befragungen von Leitungspersonen in sein Verständnis des Vertrauensverhältnisses ein, alle anderen Aufzeichnungen werden zur Beschlagnahme freigegeben. Damit scheint der zuallererst zitierte Satz aus der Gesetzesbegründung obsolet geworden zu sein, sodass die Regelung durchaus so verstanden werden kann, dass mit der Regelung zukünftig alle Unterlagen, die im Rahmen der internen Untersuchung hergestellt werden, einem Beschlagnahmeverbot entzogen sind.<sup>166</sup> Dieses Ergebnis würde dann nicht nur für Unterlagen aus internen Untersuchungen gelten, sondern auch für solche aus anderen Beratungsverhältnissen, denn: „Aufzeichnungen aus anderen Verfahren unterfallen ebenfalls nicht dem Beschlagnahmeschutz.“<sup>167</sup>

Vor diesem Hintergrund scheint die in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG angelegte funktionale Trennung von Verteidigung und internem Untersuchungsführer<sup>168</sup> noch einmal in einem ganz besonderen Licht: Denn erst hierdurch ist ein uneingeschränkter strafprozessualer Zugriff auf alle Untersuchungs-

unterlagen gesichert.<sup>169</sup> Dass diese Regelung zu weitgehend ist und mit bewährten Grundsätzen bricht, wird besonders deutlich durch die Begründung, die der Entwurfsverfasser im Rahmen der geplanten Änderung des § 160a Abs. 5 StPO gibt: „Ein absolutes Beschlagnahmeverbot wäre nicht mit den Erfordernissen einer effektiven Strafverfolgung vereinbar. [...] Die Tätigkeit von Rechtsanwälten muss – anders als die Tätigkeit von Verteidigern – nicht in ihrer Gesamtheit und nicht absolut geschützt werden. Auch die Stellung der Rechtsanwaltschaft als Organ der Rechtspflege gebietet keinen absoluten Schutz.“<sup>170</sup> Die Vertraulichkeit der anwaltlichen Mandatsbeziehung, immerhin ein wesentlicher Pfeiler der rechtsstaatlich gesicherten Funktion des Institutes der Anwaltschaft, derart feilzubieten, bereitet intuitiv nicht nur Juristen Unwohlsein. Und zu welchem Zwecke? Um möglicherweise an Erkenntnisse zu gelangen, die sanktionsbewehrte Vorfälle in Unternehmen – wohlgerne: unerheblich welchen Schweregrades – offenlegen. Staatliches Einschreiten mit Maß und Vernunft sieht anders aus. Es offenbart sich an dieser Stelle – wie schon zuvor mit Blick auf die Verteidigung<sup>171</sup> – ein höchst irritierendes Verständnis der Legislativorgane von der deutschen Anwaltschaft.<sup>172</sup> Es ist zwar richtig, dass ohne eine derart weite Beschränkung des Beschlagnahmeschutzes die Möglichkeit bestünde, dass ein gutgläubiger Rechtsanwalt benutzt wird, um bestimmte Gegenstände in einem sog. „safehouse“ der Strafverfolgung zu entziehen.<sup>173</sup> Dass dies vereinzelt tatsächlich auch passieren würde, ist nicht auszuschließen, ist für sich genommen aber keine ausreichende Rechtfertigung, um die gesamte Anwaltschaft von vornherein mit einem Misstrauensvotum zu belegen. Denn schließlich ist der Rechtsanwalt, neben seiner Funktion als Berater und Vertreter seines Mandanten (§ 3 BRAO), auch weiterhin ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.<sup>174</sup>

Zu befürworten wäre es stattdessen, für alle Unterlagen und Ergebnisse einer internen Untersuchung ein generelles Beschlagnahmeverbot auszusprechen, unabhängig davon, ob es sich um ein Verteidigungsmandat oder ein sonstiges Mandat handelt. So sehen es auch der Münchner<sup>175</sup> sowie der Kölner Entwurf<sup>176</sup> vor. Dass nur ein umfassendes Beschlagnahmeverbot praxisgerecht ist, zeigt schließlich folgende Überlegung:<sup>177</sup> Das Aufsichtsorgan eines Verbandes ist bei Anhaltspunkten von Fehlverhalten aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive gehalten, umfassende interne Ermittlungen

<sup>164</sup> BR-Drs. 440/20, S. 132.

<sup>165</sup> BR-Drs. 440/20, S. 132.

<sup>166</sup> So sieht es jedenfalls der DAV in seiner Stellungnahme, NZG 2020, 298 (305). Im Ergebnis gehen auch *Kainer/Feinauer*, NZA 2020, 363 (367), und *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (181), hiervon aus. Dagegen *Szesny/Stelten*, ZRP 2020, 130 (133 f.).

<sup>167</sup> BR-Drs. 440/20, S. 132. Dies soll insbesondere auch dann gelten, wenn der von der Beschlagnahme betroffene Verband den Berufsgeheimnisträger nicht mandatiert hat, sondern z.B. die Konzernobergesellschaft, und die Aufzeichnungen auch nicht im Vorfeld der Mandatierung erfolgt sind.

<sup>168</sup> Siehe dazu oben III. 2.

<sup>169</sup> DAV, NZG 2020, 298 (303); *Knauer*, NStZ 2020, 441 (451); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (228).

<sup>170</sup> BR-Drs. 440/20, S. 133 f.

<sup>171</sup> S.o. III. 2.

<sup>172</sup> Mit deutlicher Kritik auch der DAV, NZG 2020, 298 (305 f.).

<sup>173</sup> So die Sorge des Entwurfsverfassers, BR-Drs. 440/20, S. 134.

<sup>174</sup> BR-Drs. 229/10, S. 3; BT-Drs. 17/2637, S. 6.

<sup>175</sup> § 38 S. 1 Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 32.

<sup>176</sup> § 18 Abs. 2 Kölner Entwurf (Fn. 30), 1 (4).

<sup>177</sup> Diesen Zielkonflikt offengelegt haben bereits *Brouwer*, AG 2019, 920 (924); *Ströhmman*, ZIP 2020, 105 (111).

dahingehend anzustellen, ob mögliche Regressansprüche zugunsten des Verbandes bestehen und in einem Schadenersatzprozess geltend gemacht werden können.<sup>178</sup> Wenn diese Unterlagen aber der Beschlagnahme unterliegen, trägt das Aufsichtsorgan durch seine Untersuchung möglicherweise zu einer erheblichen Schwächung der Verteidigungsposition des Unternehmens bei, was offensichtlich nicht im Unternehmensinteresse liegt. Dass in der Konsequenz das Aufsichtsorgan angehalten sein wird, eigene Ermittlungen zunächst zu unterlassen, um dem Unternehmen unter Umständen nicht noch mehr Schaden zuzufügen, kann nicht das gewollte Ergebnis sein und stünde im Widerspruch zum erklärten Ziel des Entwurfsverfassers, die Rechtssicherheit und das Vertrauen in den Rechtsstaat zu erhöhen sowie den Ruf der deutschen Wirtschaft zu stärken.<sup>179</sup>

Zu guter Letzt würde die Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen aus internen Untersuchungen genau das Gegenteil dessen bewirken, was der Gesetzgeber erreichen möchte. Denn ein Unternehmen wird nur dann uneingeschränkt bereit sein, unklare Sachverhalte nachhaltig und gründlich aufzuklären, wenn es dabei nicht Gefahr läuft, sich dadurch erst sein eigenes sanktionsrechtliches Grab zu schaufeln.<sup>180</sup> Vor diesem Hintergrund bleibt zu hoffen, dass der Bundestag im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens noch einmal lenkend eingreift und eine entsprechende Regelung zur Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen aus internen Untersuchungen neben den Neuerungen der §§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, 160a Abs. 5 StPO einführt.<sup>181</sup>

#### 4. Das Erfordernis ununterbrochener und uneingeschränkter Zusammenarbeit, § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E

§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E fordert zur Erlangung des Milderungsbonus in § 18 S. 1 VerSanG-E die ununterbrochene und uneingeschränkte Zusammenarbeit des Verbandes mit den Verfolgungsbehörden. Auch diese Vorschrift ist das Ziel vielfältiger Kritik geworden: So sei mit Blick auf die engen Voraussetzungen in § 17 Abs. 1 Nr. 1, 4 und 5 VerSanG-E bereits ihre Notwendigkeit fragwürdig,<sup>182</sup> jedenfalls forcieren sie aber unzählige weitere Unsicherheiten. So sei weiterhin

<sup>178</sup> Verstößt bspw. der Vorstand einer AG gegen seine Legalitätspflichten, macht er sich nach § 93 Abs. 2 AktG schadenersatzpflichtig, was vom Aufsichtsrat festzustellen wäre, vgl. hierzu die wegweisende ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH NJW 1997, 1926.

<sup>179</sup> BR-Drs. 440/20, S. 46, 132.

<sup>180</sup> F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (173).

<sup>181</sup> Damit könnten dann zwar die Staatsanwaltschaften jegliche sonstige Anwaltskommunikation beschlagnahmen, die weder aus einem Verteidigermandat noch aus einer internen Untersuchung resultiert. Dennoch wäre in der Praxis nicht unentwegt mit Durchsuchungen in Anwaltskanzleien zu rechnen, da die Anforderungen mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für die Staatsanwaltschaften weiter hoch sein werden, vgl. Prierer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166 (168).

<sup>182</sup> So die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse, BR-Drs. 440/1/20, S. 27.

nicht klar, ab wann genau die Pflicht zur Kooperation begründet werde.<sup>183</sup> Der Regierungsentwurf stellt diesbezüglich nur fest, dass eine Anzeigepflicht oder eine Verpflichtung zur sofortigen Mitteilung der Ergebnisse einer internen Untersuchung nicht besteht, es sei denn, die Verfolgungsbehörden treten im Laufe ihrer Ermittlungen selbst an den Verband heran; in diesem Fall hat eine unverzügliche Kooperation zu erfolgen.<sup>184</sup>

Da der Zeitpunkt der Offenlegung für die Festlegung des Umfangs der Sanktionsmilderung von Bedeutung ist,<sup>185</sup> wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber im laufenden Gesetzgebungsverfahren hierzu weitere klarstellende Erwägungen vornimmt. So sollte deutlich gemacht werden, bis wann eine Kooperation noch unverzüglich ist. Zwar führt die Entwurfsbegründung hierzu aus, dass eine Kooperation dann unverzüglich sei, wenn der Verband über sie innerhalb kurzer Frist entscheide.<sup>186</sup> Mit dieser Erläuterung wurde allerdings nur ein unbestimmter Rechtsbegriff durch eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel ersetzt. Sinnvoll wäre es, wenn dieselben Maßstäbe, die für eine informierte Entscheidung bei der in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankerten Business Judgment Rule gelten, Anwendung finden würden.<sup>187</sup> Denn es muss dem Aufsichtsorgan des Verbandes möglich sein, sich zunächst einen wenigstens groben Überblick über die Berechtigung der Tatvorwürfe zu verschaffen, ohne Gefahr zu laufen, der Strafmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG verlustig zu gehen.<sup>188</sup> Denn meistens weiß die Unternehmensleitung nicht genau, was vorgefallen ist und muss sich zunächst einen ersten Eindruck von dem Sachverhalt verschaffen, um zu prüfen, ob der Ansatz bereitwilliger Kooperation oder streitiger Verteidigung gewählt werden sollte. Dabei sollte die Auslegung der Kooperationsbedingungen zwischen Unternehmen und Strafverfolgungsbehörden nicht zu eng erfolgen, denn ansonsten würde dem Unternehmen faktisch die Wahlfreiheit genommen und es in die Kooperation gedrängt werden.<sup>189</sup>

#### 5. Der fair-trial-Grundsatz bei Mitarbeiterbefragungen, § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E und Plädoyer für eine Differenzierung verschiedener Arten verbandsinterner Untersuchungen

Die Bemühung, über § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E den fair-trial-Grundsatz bei Mitarbeiterbefragungen durch die Gewährung eines Aussageverweigerungsrechts und der Notwendigkeit einer entsprechenden Belehrung gesetzlich zu verankern,<sup>190</sup> ist im Grunde begrüßenswert. Denn die hier zweifels-

<sup>183</sup> Knauer, NSTZ 2020, 441 (446). Kritisch auch Brouwer, AG 2019, 920 (923); Szesny/Stelten, ZRP 2020, 130 (131); Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215 (219).

<sup>184</sup> BR-Drs. 440/20, S. 95.

<sup>185</sup> BR-Drs. 440/20, S. 95.

<sup>186</sup> BR-Drs. 440/20, S. 95.

<sup>187</sup> Knauer, NSTZ 2020, 441 (446).

<sup>188</sup> BR-Drs. 440/1/20, S. 27.

<sup>189</sup> Teicke, CCZ 2019, 298 (304).

<sup>190</sup> BR-Drs. 440/20, S. 96. Teicke, CCZ 2019, 298 (303), hält die Belehrungsanforderungen dagegen für überzogen und kontraproduktiv, da die Belehrung jedenfalls bei rein infor-

ohne stattfindende Verlagerung staatlicher Aufgaben auf den Verband fordert im Mindestmaß die Einhaltung rechtsstaatlicher Standards auch gegenüber den Mitarbeitern. Gleichzeitig muss in diesem Zusammenhang aber auch der Grundsatz gelten, dass das Unternehmen für den Fall fehlender Aussagebereitschaft seiner Mitarbeiter nicht die Konsequenzen in Form des Verlustes der Milderungsmöglichkeit tragen kann. Denn wenn das Unternehmen mit der Befragung von Mitarbeitern unter Einhaltung von Belehrungspflichten schon in die Rolle der Strafverfolgungsbehörden schlüpft, dann darf die aus der Möglichkeit einer Aussageverweigerung folgende Ergebnisoffenheit der Befragung nicht zulasten des Unternehmens gehen. Zwar ist dem Entwurf aus Sicht der *Verfasserin* derzeit nicht explizit zu entnehmen, dass die Folge einer (wohl eher theoretischen) Aussageverweigerung sämtlicher Mitarbeiter stets der Verlust der Milderungsoption ist,<sup>191</sup> dennoch sollte eine derartige Lesart deutlicher in die Begründung aufgenommen werden. Denn die Milderung nach § 17 VerSanG ist derzeit ausdrücklich daran geknüpft, dass der Verband tatsächlich zur Sachverhaltsaufklärung beiträgt.<sup>192</sup> Die Möglichkeit, dass die Befragung der Mitarbeiter keinen nennenswerten Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leistet,<sup>193</sup> würde aber ebenso bestehen, wenn die Staatsanwaltschaft die Befragung selbst durchführen würde, sodass dieses Risiko nicht zum Nachteil des kooperierenden Unternehmens gereichen kann.

In diesem Zusammenhang wird die Bedeutung einer Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von internen Untersuchungen klar, für die sich dieser Beitrag starkmachen möchte: Denn es besteht ein qualitativer Unterschied zwischen einer internen Untersuchung, die das Unternehmen in erster Linie durchführt, um gesellschaftsrechtlichen Pflichten nachzukommen,<sup>194</sup> und zwischen einer internen Untersu-

---

matorischen Befragungen abschreckend wirken könnte. Dies mag zwar sein, es stellt sich dann allerdings die Frage, ob dem Untersuchungsführer die Aufgabe aufgebürdet werden soll, den Übergang von informatorischer Befragung zu „Vernehmung“ selbst zu erkennen und festzulegen. Nach *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361 (1367), decke sich diese Befürchtung schon gar nicht mit den praktischen Erfahrungen.

<sup>191</sup> So bereits *Knauer*, NSTZ 2020, 441 (449). Dagegen der *DAV*, NZG 2020, 298 (304). *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (180).

<sup>192</sup> BR-Drs. 440/20, S. 93 f.

<sup>193</sup> *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361 (1367), weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass von dem Aussageverweigerungsrecht bislang in der Praxis nicht häufig Gebrauch gemacht wird. Es ist also davon auszugehen, dass es nur äußerst selten passieren wird, dass die Mitarbeiterbefragungen zu nahezu keinem Erkenntnisgewinn führen. A.A. *Naber/Ahrens*, CCZ 2020, 36 (37).

<sup>194</sup> In seinem Neubürger-Urteil stellte das LG München I damals fest, dass die Sorgfalts- und Leitungspflicht des Vorstands (§§ 73 Abs. 1, 93 AktG), die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates (§ 111 AktG) bzw. die korrespondierenden Pflichten des GmbH-Geschäftsführers (§ 43 GmbHG) dazu verpflichten, Verstöße im Unternehmen *aufzuklären*, *abzu-*

schung, die auf einer Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden zum Zweck der Vermeidung einer Verbandssanktionierung fußt. Insoweit wäre es sinnvoll, eine regulatorische Trennung zwischen beiden Arten interner Untersuchungen vorzunehmen, wie es beispielsweise der Münchner Entwurf vorschlägt: Während in § 33 Abs. 2 die verschiedenen Arten interner Untersuchungen vorgestellt werden,<sup>195</sup> bestimmt § 33 Abs. 3, dass lediglich für die unabhängigen und mit den Strafverfolgungsbehörden abgestimmten Untersuchungen die besonderen Regelungen der §§ 34 ff. gelten, die u.a. Stellung zu Mitarbeiterbefragungen beziehen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass auch nur in den Untersuchungen, in denen das Unternehmen mit staatlichen Aufgaben belastet wird, die besonders strengen rechtsstaatlichen Anforderungen in Form von Aussageverweigerungsrechten und Belehrungspflichten gelten. Für interne Untersuchungen, die in erster Linie der gesellschaftsinternen Aufklärung und möglichen Vorbereitung von Schadensersatzprozessen dienen, sind dagegen andere Regelungsmodelle denkbar, in denen dem Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen Rechnung getragen werden kann. In Betracht kämen hier z.B. klar definierte Amnestieregelungen als Verzicht auf Schadensersatzforderungen und Kündigung im Falle einer Mitwirkung, allerdings nur solange, wie kein unzulässiger Druck ausgeübt wird.<sup>196</sup> Sinnvoll könnte es freilich sein, ähnliche Freizeichnungsverabredungen auch im Rahmen einer staatsanwaltlich begleiteten Untersuchung zu treffen.

Naturngemäß ist auch diese Lösung nicht frei von Fehleranfälligkeit. So ist es nicht ausgeschlossen, dass derselbe Mitarbeiter im Rahmen einer staatsanwaltlich begleiteten Untersuchung von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht und nur in einer (früher oder später stattfindenden) unternehmensinternen Untersuchung aufgrund einer Amnestievereinbarung entsprechende Angaben tätigt. Dann wäre es dem Verband jedoch möglich (und im Zweifel auch zu raten), die auf diesem Wege erfahrenen Angaben (sei es im Rahmen einer staatsanwaltlich beaufsichtigten Untersuchung oder als Teil der Unternehmensverteidigung) freiwillig herauszugeben und zum Gegenstand eines sanktionsrechtlichen Verfahrens zu machen.

---

*stellen* und *zu ahnden*, LG München NZG 2014, 345 (347); vgl. dazu auch *Fleischer*, NZG 2014, 321 (324). Allgemein zur Aufklärungspflicht der Geschäftsleitung *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71 (72).

<sup>195</sup> Rein interne Aufklärungsversuche des Unternehmens unter Zuhilfenahme der dortigen Mitarbeiter; Aufklärungsmaßnahmen unter Zuhilfenahme externer Experten; unabhängige und mit den Strafverfolgungsbehörden abgestimmte Untersuchungen.

<sup>196</sup> Ausführlicher hierzu *Knauer*, ZWH 2012, 84; *ders./Gaul*, NSTZ 2013, 192; *ders./Buhlmann*, AnwBl 2010, 393; *Teicke*, CCZ 2019, 298 (303). Grundsätzlich bleibt der Mitarbeiter aber aufgrund seiner Loyalitäts- und Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber zur Auskunft verpflichtet, vgl. *Mengel*, NZA 2017, 1494 (1498 f.); *Krug/Skoupil*, NJW 2017, 2374 (2375) m.w.N.

Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber sich für eine entsprechende Änderung der bisherigen Regeln zu den internen Untersuchungen nach §§ 17 ff. VerSanG offen zeigt oder nicht, wäre es aus rechtsstaatlichen Gründen wünschenswert, dem Befragten ein Beweisverwertungsverbot, das auch im Verhältnis zu den Strafverfolgungsbehörden gilt, für den Fall zur Seite zu stellen, dass eine Belehrung nach § 55 StPO (analog) unterblieben ist.<sup>197</sup>

#### 6. Fazit: Aufruf zur Überarbeitung der Regeln zu den verbandsinternen Untersuchungen

Wie die voranstehenden Ausführungen zeigen, besteht umfassender Nachbesserungsbedarf mit Blick auf die Vorgaben zu den verbandsinternen Untersuchungen. Derzeit sind die Anforderungen an eine mit dem Milderungsbonus des § 18 S. 1 VerSanG-E belohnte interne Untersuchung für die Verbände derart hoch und unkonkret, dass es nahezu unmöglich erscheint, den Voraussetzungen überhaupt gerecht zu werden. Darüber hinaus lässt der Entwurf einen konkreten und rechts-sicheren Rahmen für Verbände vermissen, indem er keinerlei Vorgaben dazu enthält, nach welchen Maßstäben eine interne Untersuchung und die entsprechende Kooperation mit den Verfolgungsbehörden überhaupt zu erfolgen hat.<sup>198</sup> Dass den voraussetzungsreichen Anforderungen auf Tatbestandsseite noch nicht einmal eine gebundene Entscheidung auf der Rechtsfolgende gegenübersteht, tut ihr Übriges.

Es sollte in Erwägung gezogen werden, das starre Korsett zu lösen und in ein flexibleres Gewand zu schlüpfen, indem man das bereits in § 15 Abs. 3 Nr. 2 VerSanG-E vorgesehene Sanktionsbemessungskriterium weiter stärkt. Dabei sollte das Ermessen der Gerichte umso mehr gelenkt werden, je intensiver die Aufklärungsbemühungen des Verbandes sind, wobei auch eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht zu kommen hat. Modell kann insoweit der Münchner Entwurf stehen, dessen Vorschlag zur sinnvollen Ausdifferenzierung zwischen den unterschiedlichen Arten verbandsinterner Untersuchungen einen weiteren erwägenswerten Aspekt bereithält.

#### VI. Fazit zum Bearbeitungsstand und Änderungsbedarf des Gesetzes

Zwar ist mit einer umfassenden Überarbeitung des Entwurfes realistisch nicht mehr zu rechnen, dennoch bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber im laufenden Gesetzgebungsverfahren noch einmal an ein paar Stellschrauben drehen wird. Dabei sollten Augenmaß und Verhältnismäßigkeit die Leitprinzipien sein, denn auch wenn die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, die Erhöhung des Vertrauens in den Rechtsstaat und die Stärkung des Rufs der deutschen Wirtschaft legitime Ziele des Gesetzesvorhabens sind,<sup>199</sup> so sollte der Mittelstand als Rückgrat der deutschen Wirtschaft nicht über Gebühr mit Anforderungen an Compliance-Strukturen und interne Untersuchungen belastet werden. Der Schutz insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) vor existenzbedrohenden Sanktionen und kostenintensiven Vorkehrungsmaßnahmen wird umso bedeutender, je umfassender verbandsinterne Verfehlungen von Mitarbeitern unabhängig von ihrem Schweregrad dem Ermittlungszwang der Strafverfolgungsbehörden ausgesetzt sind. Dies gilt nicht zuletzt mit der notwendigen Besinnung darauf, dass das gewählte Zurechnungsmodell als Begründungsansatz für Verbandssanktionen einer dogmatischen Grundsatzkritik bis heute nicht vollends standzuhalten vermag.

---

<sup>197</sup> Dies stellt der Münchner Entwurf (Fn. 19) explizit in § 35 Abs. 2 S. 3 klar. Für ein Beweisverwertungsverbot auch *Knauer*, NStZ 2020, 441 (447). Für ein Beweisverwertungsverbot in der Form eines Verwendungsverbotes siehe auch die Stellungnahme des *DAV*, NZG 2020, 298 (304), und *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (229), die insoweit auf eine US-amerikanische Entscheidung (*United States vs. Conolly*, No. 16-CR-370 [CM]) Bezug nehmen, nach der ein Verwertungsverbot immer dann anzunehmen sei, wenn der Mitarbeiter Aussagen in einer internen Untersuchung getätigt habe, die insgesamt dem Staat zuzurechnen sei. Denkbar wäre alternativ auch die Einführung einer Widerspruchslösung, vgl. dazu *Moosmayer/Petrasch*, ZHR 504 (533 ff.).

<sup>198</sup> *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (179).

---

<sup>199</sup> BR-Drs. 440/20, S. 46.