

AUSGABE 9/2021

S. 481 - 503

16. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Überlegungen zur Reform der §§ 277 bis 279 StGB
Von Prof. Dr. Frank Zieschang 481

§§ 265c, 265d StGB: Für den Fußball gemacht – aber auf den Fußball nicht anwendbar
Eine ungewollte Strafbarkeitslücke
Von Prof. Dr. Ralf Krack, Osnabrück 486

Strafverfahrensrecht

Tücken der Glaubhaftigkeitsbegutachtung
Gibt es einen Ausweg aus dem Aussage-gegen-Aussage-Dilemma?
Von Johannes Makepeace, München 489

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Otto Lagodny, Zwei Strafrechtswelten, Rechtsvergleichende Betrachtungen und Erfahrungen aus deutscher Sicht in Österreich, 2021
(Akad. Rätin a.Z. Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M., Hannover) 499

Rainer T. Cherkeh/Carsten Momsen/Jan F. Orth (Hrsg.), Handbuch Sportstrafrecht, 2021
(Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Till Pörner, Potsdam) 502

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schönemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Redaktion (international)

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

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Überlegungen zur Reform der §§ 277 bis 279 StGB

Von Prof. Dr. Frank Zieschang, Würzburg

Die Justizministerinnen und Justizminister haben auf ihrer Frühjahrskonferenz am 16. Juni 2021 die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz gebeten, „die Regelungen der §§ 277 bis 279 StGB auch unter Berücksichtigung der nebenstrafrechtlichen Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes und des Schutzes digitaler Nachweise zu überprüfen und einen Gesetzesentwurf zu erarbeiten, der insbesondere eine sachgerechte Gleichstellung des § 277 Var. 2 und 3 StGB mit der Urkundenfälschung nach § 267 StGB herbeiführt und dem Reformbedarf der §§ 277 bis 279 StGB insgesamt Rechnung trägt“.¹ Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob und inwiefern in Bezug auf die derzeitigen strafrechtlichen Regelungen zu den Gesundheitszeugnissen Änderungen notwendig erscheinen.

I. Einleitung

Die Strafvorschriften über die Fälschung von Gesundheitszeugnissen (§ 277 StGB), das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 278 StGB) und den Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 279 StGB) finden sich tatbestandlich identisch bereits im RStGB von 1871. Eine Anpassung erfolgte im Laufe der letzten 150 Jahre lediglich auf der Rechtsfolgenseite.²

Hierbei ist insbesondere anzumerken, dass die §§ 277 bis 279 StGB von der grundlegenden Neugestaltung der Vorschriften zur Urkundenfälschung durch die Strafrechtsangleichungsverordnung des Reichsministers der Justiz vom 29.5.1943³ unberührt blieben. Durch diese Verordnung erhielt § 267 StGB im Grundsatz seine heutige Fassung. Vor allem ist die Urkundenfälschung seit dieser Reform kein zweiaktiges Delikt mehr, sondern es genügt anders als vorher bereits zur Vollendung allein das Herstellen einer unechten Urkunde oder das Verfälschen einer echten Urkunde oder das Gebrauchen einer unechten oder verfälschten Urkunde, während bis 1943 vorausgesetzt war, dass der Täter nicht nur verfälscht oder fälschlich anfertigt, sondern auch von dieser Urkunde Gebrauch macht. Eine einaktige Ausgestaltung hatte bereits der Vorentwurf zum StGB aus dem Jahr 1909 vorgesehen; dies stehe im Einklang mit dem Sprachgebrauch, der „in charakteristischer und zutreffender Weise“ die „Urkun-

denfälschung“ als das Entscheidende betone.⁴ Dagegen ist § 277 StGB bis heute ein zweiaktiges Delikt, das neben der Ausstellung des Gesundheitszeugnisses den Gebrauch voraussetzt. § 278 StGB verlangt das Ausstellen und die Bestimmung zum Gebrauch, bei § 279 StGB genügt der Gebrauch als solcher.

Auch ist die gesetzliche Ausgestaltung in den §§ 277 bis 278 StGB vom Entwurf 1962 unbeeinflusst geblieben. Er hatte vorgeschlagen, § 277 StGB ersatzlos zu streichen, denn diese dem Echtheitsschutz dienende Strafvorschrift für Gesundheitszeugnisse sei entbehrlich.⁵ Folglich war nur noch eine Regelung über unwahre Gesundheitszeugnisse vorgesehen.⁶ Der Gesetzgeber setzte jedoch diese vom Entwurf 1962 präferierte Lösung nicht in geltendes Recht um.

Bevor im Detail auf die Frage eingegangen wird, ob und inwiefern Änderungen bei den §§ 277 bis 279 StGB angebracht erscheinen, lohnt sich noch ein Blick auf die Bedeutung der Vorschriften in der Praxis. In der Strafverfolgungstatistik des Statistischen Bundesamts werden die §§ 277 bis 279 StGB gemeinsam aufgelistet. Hierbei bewegt sich die Anzahl der Verurteilungen bis auf einen Anstieg in den Jahren 2016 und 2017 jeweils im unteren bis mittleren zweistelligen Bereich.⁷ Die Vorschriften haben also in der Praxis ausweislich dieser Daten keine besonders große Bedeutung. Natürlich fehlen bislang exakte Informationen dazu, wie sich die Zahlen in der Corona-Pandemie 2020 und 2021 entwickelt haben. Hier bleiben die statistischen Daten abzuwarten.

Bei § 277 StGB und bei § 279 StGB liegt jeweils die Anzahl der Tatverdächtigen im mittleren zweistelligen Bereich,⁸ bei § 278 StGB im unteren dreistelligen Bereich.⁹ Die Vorschriften haben also auch insoweit keine besonders große praktische Bedeutung, wenn auch im Schrifttum angemerkt

¹ 92. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister v. 16. Juni 2021, Beschlüsse unter TOP II. 21 (Nr. 4).

² Ursprünglich sah § 277 StGB a.F. Gefängnis bis zu einem Jahr vor, § 278 StGB a.F. Gefängnis von einem Monat bis zu zwei Jahren und § 279 StGB a.F. Gefängnis bis zu einem Jahr. Die Vorgängerregelungen dazu finden sich im preußischen StGB von 1851 (§§ 256, 257, 258 prStGB).

³ RGBl. I 1943, S. 339; siehe dazu *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., 2016, S. 6 ff., 16 ff.; *Zieschang*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 13. Aufl. in Vorbereitung für 2022, § 267 Entstehungsgeschichte.

⁴ Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, Besonderer Teil, 1909, S. 791.

⁵ BT-Drs. IV/650, S. 486.

⁶ Es handelt sich um § 309 E 1962; BT-Drs. IV, 650, S. 61.

⁷ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3 für die Jahre 2009 bis 2019. Verurteilte: 2009: 22; 2010: 22; 2011: 26; 2012: 36; 2013: 87; 2014: 58; 2015: 34; 2016: 440; 2017: 558; 2018: 24; 2019: 28. Abgeurteilte: 2009: 38; 2010: 31; 2011: 38; 2012: 57; 2013: 110; 2014: 96; 2015: 46; 2016: 508; 2017: 617; 2018: 34; 2019: 42.

⁸ Für § 277 StGB laut PKS: 2009: 46; 2010: 33; 2011: 50; 2012: 49; 2013: 44; 2014: 30; 2015: 31; 2016: 34; 2017: 41; 2018: 27; 2019: 29. Für § 279 StGB laut PKS: 2009: 29; 2010: 299; 2011: 28; 2012: 176; 2013: 180; 2014: 19; 2015: 72; 2016: 62; 2017: 25; 2018: 32; 2019: 71.

⁹ Laut PKS: 2009: 108; 2010: 105; 2011: 145; 2012: 134; 2013: 116; 2014: 103; 2015: 108; 2016: 123; 2017: 103; 2018: 110; 2019: 93.

wird, „zumindest in der Lebenswirklichkeit“ kämen Fälle des § 278 StGB „zur Genüge“ vor.¹⁰

II. Der Begriff des Gesundheitszeugnisses

In den §§ 277 bis 279 StGB geht es um Gesundheitszeugnisse, sodass zunächst dieser Begriff zu klären ist. Beim Gesundheitszeugnis handelt es sich um eine Urkunde im Sinne des § 267 StGB, die eine Gedankenerklärung zur physischen oder psychischen Verfassung eines Menschen enthält, insofern im Rechtsverkehr zum Beweis geeignet und bestimmt ist, und einen Arzt oder eine andere approbierte Medizinalperson als Aussteller erkennen lässt.¹¹ Die Aussage kann sich sowohl auf den gegenwärtigen oder auch den früheren Gesundheitszustand beziehen, möglich ist zudem, dass es eine Erklärung über den zukünftigen Verlauf des Gesundheitszustands enthält.¹² Auch gesundheitsrelevante tatsächliche Angaben genügen,¹³ etwa zum Zeitpunkt der Untersuchung. Gesundheitszeugnisse sind etwa, sofern die Urkundenvoraussetzungen im Einzelfall vorliegen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen¹⁴ oder Impfscheine.¹⁵ Entgegen der ganz überwiegenden Auffassung¹⁶ können ebenfalls die

Feststellung der Geburt oder des Todes bzw. der Todesursache noch unter den Begriff subsumiert werden, denn auch dann wird noch eine Erklärung über die körperliche Verfassung eines Menschen getroffen.¹⁷ Beweiserhebliche Daten im Sinne des § 269 StGB fallen hingegen vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG nicht unter den Begriff des Gesundheitszeugnisses,¹⁸ sodass zum Beispiel rein digitale Impfausweise nicht von den §§ 277 ff. StGB erfasst werden.

III. Die Fälschung von Gesundheitszeugnissen gemäß § 277 StGB

Die Strafvorschrift des § 277 StGB enthält drei Varianten. In § 277 Var. 1 StGB geht es darum, dass jemand unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson handelt, in der zweiten Variante darum, dass jemand unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Gesundheitszeugnis ausstellt und gebraucht, schließlich in der dritten Variante darum, dass der Täter ein echtes Gesundheitszeugnis verfälscht und gebraucht.

I. § 277 Var. 2 StGB

Betrachtet man zunächst die zweite Variante des § 277 StGB, wird schnell erkennbar, dass es sich in der Konstellation des unberechtigten Ausstellens eines Gesundheitszeugnisses unter dem Namen eines Arztes oder einer anderen approbierten Medizinalperson¹⁹ um nichts anderes handelt, als um das Herstellen einer unechten Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB. Eine Urkunde ist bekanntlich unecht, wenn sie tatsächlich nicht von demjenigen herrührt, der sich aus der Urkunde als Aussteller ergibt.²⁰ Es wird also der Anschein erweckt, ihr Aussteller sei eine andere Person als diejenige, von der sie herrührt.²¹ Handelt damit der Täter unter dem Namen einer approbierten Medizinalperson, ergibt sich diese als Aussteller, obwohl sie es in Wahrheit gar nicht ist, sodass eine unechte Urkunde vorliegt.

Anders als in § 267 StGB genügt nun aber bei § 277 Var. 2 StGB das Herstellen nicht, sondern hinzukommen muss ein Gebrauch gegenüber einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft, wobei der Täter – im Vergleich zu § 267

¹⁰ So *Schumann*, in: Beckmann/Duttge/Gärditz/Hillgruber/Windhöfel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, 2019, S. 483; ähnlich *Gercke*, *MedR* 2008, 592.

¹¹ *Zieschang*, *medstra* 2020, 202.

¹² Siehe OLG Stuttgart NJW 2014, 482 (483); *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 277 Rn. 2; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 277 Rn. 8; *Leifeld*, *NZV* 2013, 422 (423).

¹³ BGHSt 10, 157 (158 f.); OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2006, 6301.

¹⁴ Siehe BGHSt 6, 90 (92); *Zieschang*, *medstra* 2020, 202 (203).

¹⁵ RGSt 24, 284 (285 f.); *Gaede/Krüger*, NJW 2021, 2159 (2163); *Wittig*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 5. Aufl. 2021, § 277 Rn. 2.

¹⁶ Siehe RGSt 65, 78; *Brehmeier-Metz*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 277 Rn. 3; *Erb* (Fn. 12), § 277 Rn. 2; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 68. Aufl. 2021, § 277 Rn. 3; *Gercke*, *MedR* 2008, 592; *Gössel/Dölling*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 52 Rn. 64; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 2; *Hoyer* (Fn. 2), § 277 Rn. 8; *Jäger*, in: Joecks/Jäger, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 13. Aufl. 2021, § 277 Rn. 2; *Kluszczewski*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 17 Rn. 136; *Koch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 4. Aufl. 2017, § 277 Rn. 3; *Heger*, in: Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2018, § 277 Rn. 1; *Maier*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 4; *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 3; *Wittig* (Fn. 15), § 277 Rn. 2.

¹⁷ *Zieschang* (Fn. 3), § 277 Rn. 8 (anders noch die Vorauf.).

¹⁸ *Zieschang* (Fn. 3), § 277 Rn. 9; anders *Erb* (Fn. 12), § 277 Rn. 2; *Wittig* (Fn. 15), § 277 Rn. 2.

¹⁹ Ob jemand Arzt ist, bestimmt sich nach den Approbationsordnungen für Ärzte. Der Begriff „approbierte Medizinalperson“ umfasst alle Personen, die in einem Heilberuf tätig sind, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert; siehe § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB. An diesen Begriffen ist entgegen dem Vorschlag des E 1962 (BT-Drs. IV/650, S. 61, 486) festzuhalten.

²⁰ Siehe etwa OLG Bamberg BeckRS 2013, 1135; OLG München NSTZ-RR 2010, 173; *Jäger* (Fn. 16), § 267 Rn. 57; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 21. Aufl. 2020, § 33 Rn. 6; *Zieschang*, *Ad Legendum* 2020, 73 (78).

²¹ BGHSt 40, 203; siehe etwa auch BGHSt 33, 159 (160); BGHSt 41, 117 (121).

StGB – „lediglich“ mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft wird. Diese Privilegierung ist in mehrfacher Hinsicht widersprüchlich, sodass die jetzige Ausgestaltung des § 277 StGB nicht umsonst kritisiert wird.²² Im Einzelnen:

Es ist nicht stimmig, dass § 267 StGB einaktig ausgestaltet ist, dagegen § 277 StGB nach wie vor zur Vollendung ein zweiaktiges Geschehen verlangt. Wenn man es für die Urkundenfälschung genügen lässt, dass schon das Herstellen einer unechten Urkunde als solches strafbar ist, besteht kein Grund, dies nicht auch in Bezug auf Gesundheitszeugnisse genügen zu lassen, die ja wie gesehen ebenfalls Urkunden im Sinne des § 267 StGB darstellen. Es macht im Unrechtsgehalt keinen Unterschied, ob jemand etwa ein unechtes Arbeitszeugnis herstellt oder ein unechtes Gesundheitszeugnis, beide Fälle sind identisch. Vielmehr ist bislang bei den Reformen im Bereich der §§ 267 ff. StGB schlichtweg versäumt worden, § 277 StGB insofern an § 267 StGB anzugleichen.

Aber auch im Übrigen überzeugt die jetzige Regelung des § 277 Var. 2 StGB nicht. So sieht die Vorschrift eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor, hingegen § 267 StGB Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Es ist indes kein Grund ersichtlich, den Täter des § 277 StGB einer weitaus niedrigeren Freiheitsstrafenandrohung auszusetzen, zumal er neben dem Herstellen einer unechten Urkunde in Form des Gesundheitszeugnisses dieses noch dazu gebraucht, also sogar noch mehr Energie entfaltet als es bei § 267 StGB mit seiner strengeren Strafandrohung überhaupt zur Verwirklichung erforderlich ist. Es handelt sich hierbei um eine sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung des Täters nach § 277 Var. 2 StGB.²³

Auf der anderen Seite ist es nicht verständlich, wenn § 277 StGB auf den Gebrauch zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften eingegrenzt ist. Gerade auch die Corona-Pandemie hat verdeutlicht, dass die Verwendung von Gesundheitszeugnissen auch gegenüber anderen Personen große Bedeutung haben kann. Insoweit ist nur an den Gebrauch von Impfbescheinigungen zu denken, um Einlass in Krankenhäuser, Altenheime, Geschäfte oder Res-

taurants zu erhalten. Die in § 277 StGB vorgesehene Beschränkung ist folglich nicht mehr zeitgemäß. Sie führt darüber hinaus zu sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnissen: Gebraucht nämlich ein Täter das unechte Gesundheitszeugnis gegenüber anderen als Behörden oder Versicherungsgesellschaften, ist § 277 StGB nicht einschlägig. Aber auch § 267 StGB kann dann nicht eingreifen, denn § 277 StGB entfaltet als Privilegierung insofern Sperrwirkung gegenüber § 267 StGB.²⁴ Das führt natürlich zu sinnwidrigen Ergebnissen: Obwohl der Täter eine unechte Urkunde in Form des Gesundheitszeugnisses hergestellt hat und diese sogar nun zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht, verhindert die Sperrwirkung des § 277 StGB eine Bestrafung aus § 267 StGB. Ebenso wenig darf die fehlende Versuchsstrafbarkeit in § 277 StGB durch die Annahme eines strafbaren Versuchs nach §§ 267, 22, 23 StGB umgangen werden.²⁵

In § 277 StGB geht es letztlich in Parallele zu § 267 StGB um Echtheitsschutz. Im Verhältnis gerade aber zu dieser Vorschrift bestehen *de lege lata* die aufgezeigten Widersprüchlichkeiten. Daher sollte § 277 Var. 2 StGB *de lege ferenda* ersatzlos gestrichen werden, wobei das derzeit dort pönalisierte Verhalten dann ohne Weiteres von § 267 StGB erfasst wird.

2. § 277 Var. 3 StGB

Bei der Variante, dass der Täter ein echtes Gesundheitszeugnis verfälscht, handelt es sich um die von § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB geregelte Konstellation des Verfälschens einer echten Urkunde. Die vorhergehenden Überlegungen zu § 277 Var. 2 StGB lassen sich auf diese Konstellation übertragen. Auch hier ist die Zweiaktigkeit des § 277 StGB gegenüber § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB nicht zu erklären, ebenfalls die mit § 277 Var. 3 StGB einhergehende Privilegierung ist nicht stimmig, schließlich ist die Beschränkung des Gebrauchs nur gegenüber Behörden und Versicherungsgesellschaften abzulehnen. Ebenso wie § 277 Var. 2 StGB sachwidrig und überflüssig ist, verhält es sich mit § 277 Var. 3 StGB. Auch dieses Verhalten kann zwanglos über § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB erfasst werden. Ebenfalls diese Variante des § 277 StGB ist ersatzlos zu streichen.

3. § 277 Var. 1 StGB

Etwas schwieriger verhält es sich mit der ersten Variante. Dort geht es darum, dass jemand unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als approbierte Medizinalperson ein Gesundheitszeugnis ausstellt. Es handelt sich also etwa um Fälle, in denen der Täter seinem Namen einen Dokortitel („Dr. med.“) hinzufügt oder seinen Namen mit Briefkopf

²² Vgl. VGH München BeckRS 2020, 44530; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 33 Rn. 26; *Brehmeier-Metz* (Fn. 16), § 277 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 16), § 277 Rn. 1; *Gribbohm*, in: *Jähnkel/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 277 Rn. 1; *Heine/Schuster* (Fn. 16), § 277 Rn. 1; *Hoyer* (Fn. 12), § 277 Rn. 4 ff.; *Jäger* (Fn. 16), § 277 Rn. 1; *Koch* (Fn. 16), § 277 Rn. 2; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2013, § 66 Rn. 40; kritisch bezüglich der Privilegierung in der zweiten und dritten Variante des § 277 StGB gegenüber § 267 StGB *Erb* (Fn. 12), § 277 Rn. 1; *Haft*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 8. Aufl. 2005, S. 212; *Puppe/Schumann* (Fn. 16), § 277 Rn. 9; *Rengier* (Fn. 20), § 38 Rn. 6.

²³ BT-Drs. IV/650, S. 486; siehe auch 92. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister v. 16. Juni 2021, Beschlüsse unter TOP II. 21.

²⁴ *Erb* (Fn. 12), § 277 Rn. 9, 11; *Haft* (Fn. 22), S. 213; *Hoyer* (Fn. 12), § 277 Rn. 5; *Wittig* (Fn. 15), § 277 Rn. 10; *Zieschang* (Fn. 3), § 277 Rn. 40; dagegen den Strafraumen des § 277 StGB für § 267 StGB heranziehend *Fischer* (Fn. 16) § 277 Rn. 11; *Maier* (Fn. 16), § 277 Rn. 12; anders *Puppe/Schumann* (Fn. 16), § 277 Rn. 13, wonach § 267 StGB anwendbar ist.

²⁵ *Zieschang* (Fn. 3), § 277 Rn. 40.

oder Stempel versieht, wodurch der Eindruck erweckt wird, er sei Arzt (etwa „Facharzt für Augenheilkunde“). In diesen Fällen der Verwendung des richtigen Namens kann eine unechte Urkunde vorliegen: Dies ist dann der Fall, wenn eine Identitätstauschung vorliegt, also aus der Urkunde ein Aussteller hervorgeht, der nicht der wahre geistige Urheber ist.²⁶ So stellt derjenige eine unechte Urkunde her, welcher seinen richtigen Namen verwendet, aber aufgrund des Zusatzes „Dr. med.“ im Rechtsverkehr den Eindruck erweckt, eine andere Person sei Aussteller.²⁷ In diesen Fällen des § 277 Var. 1 StGB ist also letztlich wieder § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB einschlägig, sodass in Einklang mit den bisherigen Erläuterungen § 277 Var. 1 StGB überflüssig ist.

Es muss aber in den Fällen des § 277 Var. 1 StGB nicht unbedingt eine unechte Urkunde gegeben sein. Eine Urkunde wird nämlich nicht allein durch die Anmaßung eines akademischen Titels oder einer Berufsbezeichnung, ohne dass damit eine Identitätstauschung einhergeht, unecht.²⁸ Es liegt dann lediglich eine schriftliche Lüge vor, die § 267 StGB nicht erfasst.

Sollte daher § 277 Var. 1 StGB beibehalten werden? Insofern ist zu bedenken, dass die zuletzt erwähnte Konstellation überhaupt nur einen kleinen Teil der Fälle ausmacht, die unter § 277 StGB fallen. Ohnehin hat § 277 StGB wie gesehen bislang in der Praxis keine große Bedeutung erlangt. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass ein solches Verhalten regelmäßig von § 132a StGB erfasst wird, der den Missbrauch von Titeln, Berufsbezeichnungen und Abzeichen pönalisiert, zudem kann im Einzelfall etwa § 263 StGB erfüllt sein. Von daher erscheint es insgesamt vertretbar, auch auf die in § 277 Var. 1 StGB enthaltene Regelung zu verzichten.

4. Zwischenergebnis

§ 277 StGB lässt sich in seiner aktuellen Ausgestaltung nicht widerspruchsfrei in das System der Urkundendelikte einordnen. De lege ferenda sollte daher § 277 StGB ersatzlos aufgehoben werden. Insgesamt kann das dort geregelte Verhalten im Normalfall von § 267 StGB erfasst werden. Sollte dies nicht der Fall sein, ist zudem § 132a StGB zu beachten.

Konsequenz aus der Streichung des § 277 StGB ist dann auch die ersatzlose Aufhebung des § 279 StGB, soweit er den Gebrauch eines Zeugnisses der in § 277 StGB bezeichneten Art unter Strafe stellt.

IV. Das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse gemäß § 278 StGB

Anders als § 277 StGB, der letztlich Echtheitsschutz bezweckt, schützt § 278 StGB die inhaltliche Richtigkeit von

Gesundheitszeugnissen.²⁹ Es geht um eine seitens eines Arztes oder einer anderen approbierten Medizinalperson erfolgende schriftliche Lüge.³⁰ Die Tat ist Sonderdelikt, es gilt § 28 Abs. 1 StGB.³¹

Die Vorschrift ergibt vor dem Hintergrund der Bedeutung von Gesundheitszeugnissen durchaus Sinn. Sie schützt das besondere Vertrauen in die Wahrheitspflicht der mit dem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen betrauten Personen.³²

Nicht zu überzeugen vermag jedoch, dass derzeit nur das Vertrauen von Behörden und Versicherungsgesellschaften geschützt ist. Auch hier hat die Corona-Pandemie hinreichend gezeigt, dass nicht nur sie, sondern auch andere Personen der inhaltlichen Richtigkeit von Gesundheitszeugnissen ein besonderes Vertrauen entgegenbringen, das strafrechtlich zu schützen ist. Ebenfalls etwa Geschäftsinhaber, Krankenhäuser, Altenheime oder Konzertveranstalter sind daher zu schützen. Insofern sollte daher § 278 StGB insgesamt auf den Schutz des Rechtsverkehrs erweitert werden.

Die aktuell in § 279 StGB vorzufindende Regelung zum Gebrauch eines Zeugnisses der in § 278 StGB bezeichneten Art sollte parallel dazu nicht auf Behörden und Versicherungsgesellschaften beschränkt bleiben. Der Fall des Gebrauchs kann in § 278 StGB inkorporiert werden.

Auch erscheint es angesichts des technischen Fortschritts notwendig, in § 278 StGB den Schutz digitaler Gesundheitszeugnisse einzubeziehen, die derzeit von dem Begriff des Gesundheitszeugnisses nach richtigem Verständnis nicht erfasst werden.³³ Insofern ist also § 278 StGB ebenfalls zu erweitern.

Dagegen sollte § 278 StGB de lege ferenda nicht auf Gesundheitszeugnisse über Tiere ausgedehnt werden, wie es der Entwurf 1962 vorgeschlagen hatte, der dies „aus Gründen der seuchen- und gesundheitspolizeilichen Überwachung“ für geboten hielt.³⁴ Es geht bei § 278 StGB eben nicht um die Abwehr von Gesundheitsgefahren, sondern um die Beweiskraft der von approbierten Medizinalpersonen ausgestellten Gesundheitszeugnisse. Zudem spricht der ultima ratio-Gedanke des Strafrechts gegen eine Einbeziehung solcher Zeugnisse. Zu bedenken ist dabei, dass es sich bei § 278 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, das selbst

²⁹ *Brehmeier-Metz* (Fn. 16), § 278 Rn. 1; *Gercke*, *MedR* 2008, 592; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht*, Stand: 1.2.2021, § 278 Rn. 3; *Wittig* (Fn. 15), § 278 Rn. 2; *Wolfslast*, in: *Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, 2011, S. 1121 (1122); *Zieschang*, *medstra* 2020, 202.

³⁰ *OLG Köln BeckRS* 2020, 35493; *Fischer* (Fn. 16), § 278 Rn. 1; *Kindhäuser/Hilgendorf*, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 8. Aufl. 2020, § 278 Rn. 1.

³¹ *Erb* (Fn. 12), § 278 Rn. 2; *Koch* (Fn. 16), § 278 Rn. 1; *Heger* (Fn. 16), § 278 Rn. 1; *Zieschang* (Fn. 3), § 278 Rn. 4.

³² Siehe *OLG Stuttgart BeckRS* 1988, 07498; *Zieschang*, *medstra* 2020, 202.

³³ Siehe bereits den Text bei Fn. 18.

³⁴ *BT-Drs. IV/650*, S. 486.

²⁶ *Zieschang* (Fn. 3), § 277 Rn. 3.

²⁷ *Hoyer* (Fn. 12), § 267 Rn. 59; *Zieschang* (Fn. 3), § 267 Rn. 148.

²⁸ Siehe *RG GA* 55 (1908), 310 (311); *Zieschang* (Fn. 3), § 277 Rn. 3.

bei Ungefährlichkeit im Einzelfall einschlägig ist. Wenn man insofern die Tatbestandsfassung nicht einschränken will,³⁵ ist zumindest eine Überdehnung des Anwendungsbereichs der Norm, indem man sie nunmehr allgemein zur Bekämpfung von Seuchengefahren einsetzt, zu vermeiden.

Zur notwendigen Einschränkung der Norm erscheint es auch sinnvoll, in subjektiver Hinsicht in Bezug auf die Unrichtigkeit des Zeugnisses weiterhin *dolus directus* 2. Grades zu verlangen. Nach wie vor sollte der Versuch nicht unter Strafe gestellt werden. Auch eine mit § 267 Abs. 4 StGB vergleichbare Regelung scheint verzichtbar.

Derzeit sieht § 278 StGB auf Rechtsfolgenseite Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe vor, § 279 StGB in Verbindung mit § 278 StGB Freiheitstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Vor dem Hintergrund, dass die Tat in ihrer Schwere hinter § 348 StGB zurückbleibt, sollte die Freiheitsstrafe nicht wie dort auf maximal fünf Jahre angehoben werden. Um aber Fälle etwa der gewerbsmäßigen Begehung angemessen erfassen zu können, erscheint eine Anhebung der vorgesehenen Freiheitsstrafe in § 278 StGB auf drei Jahre sachgerecht. Vom Unrechtsgehalt bleibt der Gebrauch des Gesundheitszeugnisses dahinter zurück. Hier empfiehlt sich eine maximale Freiheitsstrafe von zwei Jahren.

V. §§ 74 Abs. 2, 75a IfSG

In den §§ 74 Abs. 2, 75a IfSG, eingeführt im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 28.5.2021,³⁶ geht es um die unrichtige Dokumentation oder Bescheinigung insbesondere im Zusammenhang mit einer Schutzimpfung und den Gebrauch derartiger Bescheinigungen und Dokumentationen zur Täuschung im Rechtsverkehr.

Angesichts der nach Streichung des § 277 StGB maßgeblichen §§ 267, 269 StGB und der hier vorgeschlagenen Erweiterung des § 278 StGB, wonach die Norm insbesondere nicht mehr auf den Schutz von Behörden und Versicherungsgesellschaften begrenzt ist, erscheinen diese Vorschriften entbehrlich. Sie sollten daher aufgehoben werden.

VI. Gesetzgebungsvorschlag

Die vorangehenden Überlegungen münden in folgenden Gesetzesvorschlag:

- § 277 StGB wird aufgehoben.
- § 278 StGB lautet:
 - (1) Ärzte oder andere approbierte Medizinalpersonen, welche zur Täuschung im Rechtsverkehr wider besseres Wissen ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen ausstellen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Absatz 1 ist ebenfalls anwendbar auf beweiserhebliche Daten, bei deren Wahrnehmung ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen vorliegen würde.

(3) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr ein ausgestelltes unrichtiges Gesundheitszeugnis der in den Absätzen 1 oder 2 bezeichneten Art gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

- § 279 StGB wird aufgehoben.
- §§ 74 Abs. 2, 75a IfSG werden aufgehoben.

³⁵ Siehe insofern die Erwägungen zu § 267 StGB bei *Zieschang* (Fn. 3), § 267 Rn. 9.

³⁶ BGBl I 2021, S. 1174; dazu kritisch *Gaede/Krüger*, NJW 2021, 2159.

§§ 265c, 265d StGB: Für den Fußball gemacht – aber auf den Fußball nicht anwendbar

Eine ungewollte Strafbarkeitslücke

Von Prof. Dr. Ralf Krack, Osnabrück

Der Gesetzgeber hat die beiden Sportkorruptionsdelikte insbesondere auf den Fußballsport zugeschnitten. Daher überrascht der nachfolgend dargelegte Befund, dass beide Straftatbestände gerade in diesem Bereich keine Anwendung finden können.

I. Einleitung

Die Delikte des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB) und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265d StGB) wurden im Frühjahr 2017 in das StGB aufgenommen und durch eine Strafzumessungsregel für besonders schwere Fälle (§ 265e StGB) sowie eine Erweiterung des Strafanwendungsrechts (§ 5 Nr. 10a StGB) flankiert. Die Einführung der Delikte ist sowohl im Gesetzgebungsverfahren als auch nach Inkrafttreten überwiegend kritisch beurteilt worden.¹ Die Kritik betrifft in erster Linie drei Aspekte. Erstens wird die Strafbarkeit des inkriminierten Verhaltens aufgrund der zweifelhaften Rechtsgutskonzeption in Frage gestellt; das gilt für den abstrakten Vermögensschutz, vor allem aber für die Integrität des Sports.² Zweitens wird der enge Zuschnitt des Interessenschutzes auf solche Beeinträchtigungen kritisiert, die von (zumindest angebahnten) korruptiven Absprachen ausgehen; durch diese Ausgestaltung bleiben vor allem Manipulationen im Individualsport ausgespart.³ Drittens erweisen sich einzelne Elemente der Tatbestandsfassungen als schlecht ausgeführt; das betrifft insbesondere den Sportwettbetrug in § 265c StGB. Teile des Schrifttums halten ihn für so misslungen, dass für § 265c StGB kein oder zumindest kein nennenswerter Anwendungsfall bleibt.⁴

Mittlerweile sind beide Delikte in Aufsätzen, Kommentaren und vier Dissertationen⁵ ausführlich behandelt worden.

¹ Zum Beispiel *Jansen*, GA 2017, 600; *Krack*, ZIS 2016, 540; *Rübenstahl*, JR 2017, 264 und 333; *Satzger*, Jura 2016, 1142; *Sinner*, in: Saliger (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1229.

² Siehe die Nachweise in Fn. 1.

³ *Jansen*, GA 2017, 600 (610); *Krack*, wistra 2017, 289 (290 f).

⁴ *Kellner*, Der Straftatbestand des Sportwettbetrugs, 2020, S. 220 f., 233 f.; *Krack*, wistra 2017, 289 (294 f.); *Stam* NZWiSt 2018, 41 (44). Anderer Ansicht z.B. *Jaleesi*, Die Kriminalisierung von Manipulationen im Sport, Eine Untersuchung zum Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben gem. § 265c und § 265d StGB, 2020, S. 233 ff.; *Perron* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265c Rn. 18.

⁵ *Fischer*, Die Legitimität des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB), Unter besonderer Berücksichtigung des „Rechtsguts“ Integrität des Sports, 2020; *Jaleesi* (Fn. 4); *Kellner* (Fn. 4); *Krudewig*, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben, Eine verfassungsrechtliche und

Vor diesem Hintergrund mag es überraschen, dass erst jetzt ein weiterer wichtiger Aspekt angesprochen wird, der wohl bislang übersehen worden ist.⁶ Er gehört in die oben genannte dritte Kategorie der Kritikpunkte; denn es geht um einen Konstruktionsfehler bei der Abfassung des Normtextes: Manipulationsabreden, die den Fußball- und Golfsport betreffen, unterfallen wegen eines parallelen Ausgestaltungsfehlers der §§ 265c Abs. 5 Nr. 2, 265d Abs. 5 Nr. 2 StGB nicht dem Anwendungsbereich der beiden Delikte.

II. §§ 265c, 265d sind insbesondere auf den Fußballsport zugeschnitten

§§ 265c, 265d StGB sind eine späte Reaktion auf die im Jahr 2005 aufgedeckte Reihe an Spielmanipulationen durch Schiedsrichter und Spieler. Fußballdeutschland fühlte sich damals als Opfer dieser Bestechungsfälle, als dessen Hauptakteur nicht der bestechende Drahtzieher, sondern ein Schiedsrichter aus dem Kreis der Bestochenen wahrgenommen wurde. Mit seinem Namen wird dieser zweite große „Skandal“ im deutschen Fußball noch immer bezeichnet. Den Schiedsrichter lediglich indirekt über den Wettbetrug und nur als Gehilfen bestrafen zu können, hat ein Störgefühl ausgelöst, das in den Folgejahren durch tatsächliche und rechtliche Probleme bei der Schadensfeststellung verstärkt wurde. So kamen § 265c StGB als Vorfelddelikt des § 263 StGB sowie § 265d StGB als Werk von Fußballfans für Fußballfans in das StGB. Diese Ausrichtung auf den Fußballsport zeigt sich nicht nur an der Entstehungsgeschichte. Auch der zweifelhafte Zuschnitt auf Mannschaftssportarten und die Beispielfälle in der Gesetzesbegründung, die teilweise Anlass für die nähere Ausgestaltung waren,⁷ sprechen eine deutliche Sprache – ebenso wie das ministerielle Werbefoto für das Gesetzesvorhaben, das den damaligen Bundesjustizminister vor einem Fußballtor zeigt. Der gesetzgeberische Wille, zwei auf den Fußballsport anwendbare Delikte zu schaffen, ist deutlich zum Ausdruck gekommen und muss als wichtiges Kriterium in den Auslegungsprozess einbezogen werden.

III. §§ 265c, 265d finden jedenfalls auf Fußball- und Golf-sport keine Anwendung

Diese Intention des Gesetzgebers hat jedoch im Gesetzestext keine hinreichende Umsetzung gefunden.

kriminalpolitische Betrachtung der §§ 265c, 265d StGB, 2020.

⁶ Zur Parallelregelung in § 3 Abs. 3 Nr. 2 AntiDopG wird die Thematik durch *Wußler*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 234. Lfg., Stand: Januar 2021, AntiDopG § 3 Rn. 12, gestreift.

⁷ Siehe die beiden Anwendungsbeispiele für das Merkmal „in wettbewerbswidriger Weise“ in § 265d Abs. 1 und Abs. 2 StGB.

Beide Delikte erfassen jeweils in allen vier Tatbeständen (Absätze 1–4) nur solche Korruptionshandlungen, die sich auf einen Wettbewerb des organisierten Sports (§ 265c StGB) oder einen berufssportlichen Wettbewerb (§ 265d StGB) beziehen. In ihrem Absatz 5 enthalten beide Delikte eine Begriffsbestimmung für solche Wettbewerbe. Sie erhellen zwar nicht, welche Aktivitäten als Sport angesehen werden können, führen aber näher aus, welche Sportveranstaltungen diesen Begriffen unterfallen sollen. Für die Anwendbarkeit wird vorausgesetzt, dass bei einer Sportveranstaltung „Regeln einzuhalten sind, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation mit verpflichtender Wirkung für ihre Mitgliedsorganisationen verabschiedet wurden“ (§ 265c Abs. 5 Nr. 2, § 265d Abs. 5 Nr. 2 StGB). Diese Beschreibung der Entscheidungsfindung für die einzuhaltenden Regeln dürfte mit der Situation in den allermeisten Sportarten konform sein. So erfolgt z.B. die Festlegung der Spielregeln im Bereich des Welthandballverbandes IHF durch den Rat, der als Organ des IHF über die Spielregeln entscheidet.⁸

Bei der FIFA als Weltfußballverband entscheidet der Rat als Organ hingegen nur über die Spielregeln für Futsol und Beach-Soccer (Regel 7 Nr. 4 und 5 FIFA-Statuten). Für den klassischen Fußball (Association Football) geht die FIFA einen anderen Weg. Sie erlässt die Regeln nicht selbst. So heißt es in den Statuten unter Regel 7 Nr. 1: „Jeder Mitgliedsverband hat Association Football nach den Spielregeln des IFAB zu spielen. Einzig der IFAB ist befugt, Spielregeln zu erlassen und zu ändern.“ Beim IFAB (International Football Association Board) handelt es sich um einen in Zürich ansässigen Verein nach Schweizer Recht (Art. 1 IFAB-Statuten)⁹. Mitglieder sind die FIFA sowie ihre vier britischen Mitgliedsverbände (Art. 4 Abs. 1 IFAB-Statuten); der IFAB regelt seine Organisation in eigenen Statuten (Regel 7 Nr. 3 FIFA-Statuten). Die Mitglieder der über die Regeln entscheidenden Generalversammlung verfügen über acht Stimmen (vier Stimmen der FIFA sowie je eine Stimme der vier übrigen Mitglieder, Art. 7 Abs. 4 IFAB-Statuten). Dieses System entspricht der Regelfindung im Golf, die (außer bei olympischen Turnieren) nicht durch den Weltgolfverband (IGF), sondern durch zwei vom IGF getrennte Vereinigungen (R&A und USGA) erfolgt. Beide Sportarten sind britischer Herkunft; für die Festlegung der Spielregeln dauert die britische Prägung fort.

Zwar sind die Mitgliedsverbände der FIFA verpflichtet, die so gefundenen Regeln in ihrem Bereich anzuwenden („Die Mitgliedsverbände haben folgende Pflichten: [...] h) die Spielregeln einzuhalten“ – Regel 14 Nr. 1 FIFA-Statuten). Die Spielregeln sind jedoch nicht solche im Sinne der §§ 265c Abs. 5 Nr. 2, 265d Abs. 5 Nr. 2 StGB, die „von“ der FIFA „verabschiedet wurden“. Das Verabschieden von Regeln bedeutet die abschließende eigene Befassung mit der Regelungsmaterie. Wie bei Gesetzen kann eine andere Stelle den Regelungstext entworfen haben. Ferner ist es gängige Praxis, dass die eigene inhaltliche Auseinandersetzung der

Entscheidungsträger mit der Materie in vielen Bereichen deutlich begrenzt ist. Damit hängt die im Duden ausgewiesene umgangssprachliche Bedeutung als „Durchwinken“ zusammen. Das Schaffen der Kompetenz für eine dritte Stelle ist aber keine inhaltliche Entscheidung über die Regelungsmaterie. So werden z.B. Verordnungen, welche die Bundesregierung erlässt, von der Regierung verabschiedet, nicht vom Bundestag, der lediglich in seinem Gesetz die Verordnungsermächtigung geschaffen hat. Ebenso verabschiedet nicht die FIFA die Spielregeln für Association Football. Sie hat in ihren Statuten zwar eine dynamische Verweisung auf die Entscheidungen des IFAB geschaffen; das ist jedoch keine eigene Entscheidungsfindung zu den Spielregeln selbst. Verabschiedet werden die Spielregeln allein durch den IFAB, an dessen Entscheidungsfindung die FIFA über ihre Mitgliedschaft im IFAB lediglich mitwirkt. Ein eigenes Verabschieden der Spielregeln setzt zumindest voraus, dass sich der Sportverband die externe Regelung zu eigen macht.¹⁰ Daran fehlt es jedenfalls bei einer dynamischen Verweisung auf externe Regelwerke. Selbst wenn man eine externe Entscheidung ausnahmsweise ausreichen lassen wollte, falls der Sportverband einen beherrschenden Einfluss auf den Externen ausübt, läge hier ein solcher Fall nicht vor. Denn die Vertreter der FIFA verfügen nicht über die für Entscheidungen des IFAB nötige Dreiviertelmehrheit (Art. 7 Abs. 9 IFAB-Statuten).

Das Gesetz an dieser Stelle („von einer [...] Sportorganisation [...] verabschiedet“) nicht so genau zu nehmen, verbietet sich nicht nur aufgrund der Wortlautgrenze, sondern auch aus systematischen Erwägungen. Denn in § 265c Abs. 5 Nr. 1 StGB differenziert der Gesetzestext sprachlich sehr präzise zwischen der eigenen Tätigkeit von Sportorganisationen („von [...] organisiert“) und den an Dritte übertragenen Aktivitäten, die für die Sportorganisation („in deren Auftrag“) oder zumindest „mit deren Anerkennung“ vorgenommen werden. Unterschiedliche Grade der Beteiligung von Sportverbänden waren dem Gesetzgeber also sehr bewusst. Diese im Rahmen von Nr. 1 gezeigte Differenzierungstiefe muss daher auch für die Auslegung der Nr. 2 Anwendung finden.

Folglich ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, §§ 265c, 265d StGB seinem Regelungswillen entsprechend auszugestalten. Der Wortlaut und die Gesetzessystematik gestatten es nicht, die Delikte auf den Fußballbereich anzuwenden.

IV. Ergebnis

Die Delikte des Sportwettbetrugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben weisen nach der hier vertretenen Ansicht eine erhebliche Lücke auf. Ausgerechnet im Bereich des Fußballsports, auf den die beiden Tatbestände zugeschnitten sind, scheidet ihre Anwendung aus. Das gilt auch für den Golfsport, allerdings mit Ausnahme der olympischen Turniere. Ob es auch andere Sportarten gibt, die auf dieses Modell der ausgelagerten Regelfindung zurückgreifen,

⁸ Art. 12.1, Art. 14.3.10 IHF-Statuten.

⁹ <https://downloads.theifab.com/downloads/ifab-statutes?l=en>.

¹⁰ Für die Parallelregelung in § 3 Abs. 3 Nr. 2 AntiDopG lässt *Wufler* (Fn. 6), AntiDopG § 3 Rn. 12, ebenfalls ausreichen, wenn die Sportorganisation sich eine von einer anderen Stelle entwickelte Regelung zu eigen macht.

muss untersucht werden. Der Gesetzgeber wird sich überlegen müssen, ob er angesichts der geringen praktischen Bedeutung der Normen untätig bleiben oder stattdessen die vielen Kratzer, die seine symbolische Gesetzgebung bekommen hat, auspolieren möchte.

Tücken der Glaubhaftigkeitsbegutachtung

Gibt es einen Ausweg aus dem Aussage-gegen-Aussage-Dilemma?

Von Johannes Makepeace, München*

I. Einleitung

In dieser Zeitschrift erschien vor kurzem ein Beitrag von *Bublitz* zur aussagepsychologischen Glaubhaftigkeitsbegutachtung.¹ Er reiht sich ein in die berechtigte aktuelle Diskussion über die Aussagepsychologie als taugliches Mittel zur Begutachtung von Aussagen im Strafverfahren. Dieser Diskurs ist umso wichtiger, wenn man bedenkt, wie überzeugt die strafrechtliche Praxis von der Aussagepsychologie zu sein scheint. Gemäß der auch von *Bublitz* zitierten Studie von *König* und *Fegert* folgen Richter, wenn sie sich der Sachkunde eines aussagepsychologischen Gutachters bedienen, in ihrer Entscheidung zu 89 % dem Ergebnis der aussagepsychologischen Begutachtung.² In Bayern beträgt nach einer Studie von *Jordan* und *Gresser* die Übereinstimmungsquote 95,4 %, bei Psychiatern sogar 100 %.³

Das unterstreicht ohne Frage den Stellenwert der aussagepsychologischen Begutachtung im Strafverfahren. Ein solcher Einfluss auf die richterliche Entscheidungshoheit ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn die aussagepsychologische Begutachtung tatsächlich bestimmen kann, was sie zu bestimmen verspricht: die Glaubhaftigkeit einer Aussage. Andernfalls besteht die Gefahr, dass „das Gericht auf der Grundlage einer sachlich nicht gerechtfertigten Scheinsicherheit urteilt“⁴ – hängt in Verfahrenskonstellationen, in denen Aussage gegen Aussage steht, eine Verurteilung doch oft allein von der Aussage des mutmaßlichen Opfers ab.⁵

Es soll nicht Ziel dieses Beitrags sein, den Ablauf der aussagepsychologischen Glaubhaftigkeitsbegutachtung im Detail wiederzugeben. Ein solches Unterfangen ist zumindest innerhalb des hiesigen Rahmens nicht zu bewerkstelligen. Auch gibt es reichlich Literatur zur aussagepsychologischen Begutachtung, über die der BGH selbst einen guten Überblick in seiner Grundsatzentscheidung vom 30. Juli 1999

liefert.⁶ Dennoch bedarf es einiger Klarstellungen – auch, um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen.

Letztendlich soll dieser Beitrag zeigen, dass die aussagepsychologische Glaubhaftigkeitsbegutachtung – obgleich sie das Mittel der Wahl in deutschen Strafverfahren zu sein scheint – allein nicht in der Lage ist, in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen ein „nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit [zu garantieren], das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt“.⁷ So wird sich die Frage nach weiteren Beweismitteln stellen, um dem Gebot erschöpfender Beweiswürdigung zu genügen und einer gerechten Entscheidung zumindest näher zu kommen.

II. Glaubhaftigkeit versus Glaubwürdigkeit

Laut BGH behandelt die aussagepsychologische Glaubhaftigkeitsbegutachtung die Frage, „ob auf ein bestimmtes Geschehen bezogene Angaben zutreffen“,⁸ in welchem Ausmaß also eine Aussage einen Sachverhalt korrekt beschreibt.⁹ Im Idealfall sollte am Ende der Begutachtung feststehen, ob die Aussage der Wahrheit entspricht oder nicht. Diesem Ideal wird die Glaubhaftigkeitsbegutachtung aber selten gerecht – und das beansprucht sie auch nicht, obgleich oft Gegenteiliges und Irreführendes zu lesen ist.¹⁰ Denn die Glaubhaftigkeit einer Aussage – und nur diese soll und kann die Aussagepsychologie ermitteln – ist gerade nicht gleichzusetzen mit der objektiven Wahrheit, der „Faktizität eines Sachverhaltes“.¹¹

Mit anderen Worten kann eine Aussage durchaus glaubhaft sein, aber alles andere als der objektiven Wahrheit entsprechen. So kann die Aussage einer Person, sie sei eingesperrt gewesen, durchaus glaubhaft sein, obwohl der Raum tatsächlich nicht verschlossen war, sich die Aussageperson

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in München und Doktorand an der Universität Regensburg.

¹ *Bublitz*, ZIS 2021, 210.

² *König/Fegert*, Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention 12 (2009) 16 (29); siehe auch *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (219); ähnlich bereits *Busse/Volbert*, in: *Greuel/Fabian/Stadler* (Hrsg.), *Psychologie der Zeugenaussage*, 1997, S. 131 (139 f.).

³ *Jordan/Gresser*, *Der Sachverständige* 2014, 71 (75); siehe auch *Gerhold*, ZIS 2020, 431 (432); für Österreich ergab eine ähnliche Studie eine Übereinstimmungsquote von 96,5 %, *Kassab/Gresser*, *Der Sachverständige* 2015, 268 (271).

⁴ *Erb*, in: *Jahn/Kudlich/Streng* (Hrsg.), *Strafrechtspraxis und Reform*, Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, S. 181 (191).

⁵ Vgl. nur BGH NStZ 1993, 35; allgemein zur Rechtsprechung bei Aussage gegen Aussage *Cirener*, in: *Deckers/Köhnken* (Hrsg.), *Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess*, 4. Aufl. 2021, S. 59.

⁶ BGHSt 45, 164; mittlerweile auch in der populärwissenschaftlichen Literatur, z.B. *Steller*, *Nichts als die Wahrheit?*, 2015.

⁷ St. Rspr., BGHSt 58, 212 (215); BGH NStZ-RR 2010, 85.

⁸ BGHSt 45, 164 (167).

⁹ *Köhnken*, in: *Widmaier/Müller/Schlothauer* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 2. Aufl. 2014, § 61 Rn. 1.

¹⁰ Vgl. etwa *Schneider/Frister/Olzen*, *Begutachtung psychischer Störungen*, 4. Aufl. 2020, S. 400: „Beurteilung einer konkreten Aussage als wahr oder unwahr“; *Steller*, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 300 (302); *Volbert/Schemmel/Tamm*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 13 (2019), 108 (113): „Unterscheidung zwischen wahren und erfundenen Aussagen“; missverständlich daher auch BGHSt 45, 164 (167): „Beurteilung, ob die Angaben [...] zutreffen“.

¹¹ *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler*, *Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage*, 1998, S. 27, die von einem „Erlebnishintergrund in der Wachwirklichkeit“ sprechen; deutlich auf S. 49: „Stellungnahmen zur Faktizität [...] sind wissenschaftlich nicht haltbar“.

aber eingeschlossen fühlte. Umgekehrt kann eine Aussage ungläubhaft sein, auch wenn sie objektiv der Wahrheit entspricht: nämlich, wenn eine Aussageperson die übermittelte, eigentlich zutreffende Information irrtümlich – also *subjektiv* – für falsch hält.

Glaubhaftigkeit kann somit höchstens gleichgesetzt werden mit „subjektiver Wahrheit“. Im Strafverfahren ist allerdings allein die objektive Wahrheit entscheidend „als Grundlage für die Verwirklichung von Gerechtigkeit und Rechtsfrieden“. ¹² Da die Aussagepsychologie nicht ermitteln kann, ob eine Aussage objektiv wahr ist, kann das Ergebnis der aussagepsychologischen Begutachtung daher allenfalls als Indiz für den objektiven Wahrheitsgehalt einer Aussage herangezogen werden. ¹³

Auch wenn nach wie vor von *Glaubwürdigkeitsgutachten* zu lesen ist, ¹⁴ dient die aussagepsychologische Begutachtung nicht der Feststellung der „allgemeinen Glaubwürdigkeit“. Die allgemeine Glaubwürdigkeit einer Person – wenn es eine solche überhaupt geben mag – sagt nichts darüber aus, ob sie in der konkreten Situation die Wahrheit spricht. ¹⁵ Denn auch ein „allgemein glaubwürdiger“ Mensch kann lügen, wie ein „allgemein ungläubwürdiger“ (ausnahmsweise) eine zutreffende Aussage machen kann. ¹⁶ Im Strafverfahren gilt gerade nicht das Sprichwort: „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, und wenn er auch [in der konkreten Situation] die Wahrheit spricht“. ¹⁷

¹² Fischer, in: Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 191 (199); v. Heintschel-Heinegg, in: Bockemühl/v. Heintschel-Heinegg/Lang/Nagler (Hrsg.), Festschrift für Ottmar Breidling zum 70. Geburtstag am 15. Februar 2017, 2017, S. 143; jeweils mit Rechtsprechungs nachweis.

¹³ Brause, NStZ 2013, 129 (131); Fischer (Fn. 12), S. 201, der zudem auf einen ansonsten drohenden Konflikt mit Art. 92 GG aufmerksam macht; Ott, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 261 Rn. 116.

¹⁴ Vgl. nur BGH, Beschl. v. 27.11.2019 – 5 StR 557/19; BGH, Beschl. v. 2.7.2020 – 6 StR 104/20; Miebach, NStZ-RR 2018, 36; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 63. Aufl. 2020, § 244 Rn. 74.

¹⁵ Mohnert, Psychologie für Juristen, 2019, § 5 Rn. 201; Volbert/Steller, in: Venzlaff/Dreßing/Bork (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 6. Aufl. 2015, S. 683 (693); kritisch zum persönlichkeitsbezogenen Begriff der allgemeinen Glaubwürdigkeit bereits *Undeutsch*, in: Undeutsch (Hrsg.), Forensische Psychologie, 1967, S. 26 (51 f.): „fiktiv“, „gegenstandslos“, „unbrauchbar“.

¹⁶ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl. 2017, Rn. 1879.

¹⁷ So bereits *Undeutsch* (Fn. 15), S. 52.

III. Hypothesengeleitete Diagnostik

1. Quellen der Unwahrheit

Dass eine Aussage unwahr ist, kann verschiedene Ursachen haben. So kann eine Aussage bewusst unwahr sein; die Aussageperson lügt. Jedoch kann eine Aussage auch dann unwahr sein, wenn sich die Aussageperson irrt (wie im Fall des vermeintlichen Einsperrens) oder sie von der Richtigkeit ihrer Aussage subjektiv überzeugt ist, obwohl sich der Sachverhalt nicht in der beschriebenen Form zugetragen hat. Solche Schein- oder Pseudoerinnerungen (englisch: false memories) können durch suggestive Prozesse entstehen, die entweder von außen auf die Aussageperson einwirken – etwa durch (nicht notwendig absichtliche) suggestive Befragung durch Dritte (Fremdsuggestion) – oder die von der betroffenen Person selbst generiert werden (Autosuggestion). ¹⁸ Zudem kann die Aussageperson schon aufgrund geringer kognitiver Fähigkeiten außerstande sein, zuverlässig zwischen Erlebtem und Fantasie zu unterscheiden; in diesem Fall fehlt es bereits an der Aussagefähigkeit. ¹⁹

Der Aussagebegutachter – entweder der psychologische Sachverständige oder der Richter, wenn er auf die Hinzuziehung eines psychologischen Sachverständigen verzichtet – muss grundsätzlich alle denkbaren Ursachen einer unwahren Aussage in Erwägung ziehen. ²⁰ Erst wenn er diese ausschließt, kann die Glaubhaftigkeit der Aussage positiv festgestellt werden. Bei der aussagepsychologischen Glaubhaftigkeitsbegutachtung geht es also um die Prüfung der Frage, ob eine Aussage anders als durch einen tatsächlichen Erlebnishintergrund (= „subjektive Wahrheit“) zustande gekommen sein kann. ²¹ Volbert formulierte diese Leitfrage der aussagepsychologischen Begutachtung wie folgt:

„Könnte dieser Zeuge mit den gegebenen *individuellen Voraussetzungen* unter den *gegebenen Befragungsbedingungen* und unter Berücksichtigung der im konkreten Fall

¹⁸ Köhnken (Fn. 9), § 61 Rn. 21; ausführlich zur Entstehung von Suggestion *Steller*, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 3. Aufl. 2019, S. 71; Volbert, in: Volbert/Steller (Fn. 10), S. 331.

¹⁹ Schneider/Frister/Olzen (Fn. 10), S. 404; zur Aussagefähigkeit *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 79 ff.

²⁰ Dass sich Richter die Beurteilung der Glaubhaftigkeit in den meisten Verfahren selber zutrauen, belegen mehrere Studien, zu diesen *Barton*, in: Barton/Dubelaar/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“, 2018, S. 199 (201 f.); anders offenbar *Bublitz*, ZIS 2021, 210; dass sie dies dürfen, ergibt sich aus dem Grundsatz, die Aussagewürdigung obliege als „ureigene Aufgabe“ allein dem Tatrichter, siehe nur BGH NStZ-RR 2020, 286; BGH StV 2020, 446; *Cirener* (Fn. 5), S. 60 f.; *Fischer*, NStZ 1994, 1 (2); *Krehl*, in: Hannich (Fn. 13), § 244 Rn. 51.

²¹ Volbert, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2 (2008), 12.

möglichen Einflüsse von Dritten diese spezifische Aussage machen, ohne dass sie auf einem realen Erlebnishintergrund basiert?“²²

2. Von der Nullhypothese zur Lügenhypothese

Von Bedeutung ist vor allem der letzte Halbsatz: „ohne dass die Aussage auf einem realen Erlebnishintergrund basiert“. Ausgangspunkt der aussagepsychologischen Begutachtung ist nämlich die sog. Nullhypothese oder Unwahrhypothese: Es wird zunächst davon ausgegangen, dass der vorgetragene Sachverhalt unwahr ist – aus welchem der genannten Gründe auch immer.²³

Die Nullhypothese ist keine Erfindung des BGH, wie *Bublitz* nahelegt.²⁴ Jenes hypothesengeleitete Vorgehen entspricht einer professionellen (aussage-)psychologischen Diagnostik und dient der Vermeidung einer vorschnellen Parteilichkeit oder einer voreingenommenen Bestätigungsdiagnostik (englisch: confirmation bias).²⁵ Mit dem Zweifelsatz hat die Nullhypothese daher strenggenommen nichts gemein, mag sie auch mit ihm und der Unschuldsvermutung gewissermaßen korrelieren.²⁶

a) Es gibt nicht eine Nullhypothese, sondern viele Subhypothesen

Diese globale Nullhypothese wird nun in einzelne Subhypothesen zu den jeweiligen Aussagequellen unterteilt. So sind zum Beispiel die Subhypothesen aufzustellen, es handle sich um eine bewusst unwahre Aussage (Lügenhypothese) oder eine auf vermeintliche (Schein-)Erinnerungen gestützte Aussage (Suggestionshypothese). Da immer nur die spezifische Aussage einer konkreten Aussageperson begutachtet wird, gibt es kein standardmäßiges „Subhypothesen-Muster“. Vielmehr sind anhand der Umstände des Einzelfalls und der Aktenlage alle in Betracht kommenden Subhypothesen aufzustellen, zu prüfen und gegebenenfalls im Laufe der Begutachtung anzupassen.²⁷ Erst wenn sich alle aufgestellten Subhy-

pothesen mit den gesammelten Fakten nicht mehr in Einklang bringen lassen, kann auch die Nullhypothese insgesamt zurückgewiesen werden. Und erst dann gilt die Alternativhypothese, dass es sich um eine zumindest subjektiv wahre, glaubhafte Aussage handelt.²⁸ Mit anderen Worten: Ausgehend von der Leitfrage, die Aussage entspreche *nicht* einem tatsächlichen Erleben, werden weitere Hypothesen zur Bestätigung dieser Unwahrhypothese gebildet. Finden sie keine Bestätigung, schlägt die Prüfung also fehl, wird die Ausgangshypothese verworfen und kann von einer glaubhaften Aussage ausgegangen werden.²⁹

Wird die Nullhypothese hingegen aufrechterhalten, heißt das nicht automatisch, dass die Aussage tatsächlich unwahr, auf Suggestion beruhend oder erlogen ist.³⁰ Die Unwahrheit der Aussage lässt sich nur nicht mehr ausschließen. In diesem Fall wird letztendlich die von *Volbert* aufgeworfene Leitfrage bejaht: „Ja, der Zeuge *könnte* diese Aussage gemacht haben, ohne dass sie auf einem realen Erlebnishintergrund basiert.“ Ob die Aussage tatsächlich ohne Erlebnishintergrund gemacht wurde, bleibt hingegen in aller Regel unbeantwortet.

b) Das gilt auch für (mutmaßlich) Traumatisierte

Letzteres verkennen unter anderem *Fegert*, *Gerke* und *Rassenhofer*, auf die auch *Bublitz* in seinem Beitrag verweist, die ein „enormes professionelles Unverständnis gegenüber Traumatisierten“ (vor allem Kindern) in der kunstgerechten Anwendung der Nullhypothese sehen.³¹ Unabhängig davon, dass diese Kritik offenbar das methodische Vorgehen mit einer subjektiven Voreingenommenheit der Gutachter verwechselt, die die hypothesengeleitete Diagnostik gerade verhindern soll,³² lassen *Fegert*, *Gerke* und *Rassenhofer* die verfahrensrechtliche Ausgangssituation bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung außer Betracht: Soll die aussagepsychologischen Begutachtung unter Anwendung der Nullhypothese zum Einsatz kommen, steht ja gerade nicht fest, ob es sich bei

²² *Volbert*, in: Kröber/Steller (Hrsg.), *Psychologische Begutachtung im Strafverfahren*, 2. Aufl. 2005, S. 171 (176, *Herzvorhebungen* im Original).

²³ Vgl. BGHSt 45, 164 (167 f.); *Köhnken/Gallwitz*, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), *Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess*, 4. Aufl. 2021, S. 17 (19).

²⁴ *Bublitz*, ZIS 2021, 210 f.

²⁵ *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 25 f.; das verkennt *Jansen*, StV 2000, 224, die offenbar keinen Unterschied darin sieht, ob man anfangs von der Nullhypothese ausgeht oder davon, dass die Aussage glaubhaft ist.

²⁶ *Greuel*, *Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention* 12 (2009) 70 (80 f.); *Volbert*, *Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention* 12 (2009), 52 (55); vgl. auch *Deckers*, in: Deckers/Köhnken (Fn. 18), S. 181 (182); *Mohnert* (Fn. 15), § 5 Rn. 203.

²⁷ Vgl. *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 62; ein (nicht vollständiger) Überblick über weitere in Frage kommenden Subhypothesen findet sich bei *Jansen*, *Zeuge und Aussagepsychologie*, 2. Aufl. 2012, Rn. 377 ff.

²⁸ *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 64.

²⁹ Dieses Vorgehen entspricht dem in den empirischen Wissenschaften etablierten *Popperschen* Falsifikationsprinzip, *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 19; so auch der zutreffende Verweis auf *Popper*, *Die Logik der Forschung*, 1935, bei *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (211).

³⁰ *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 204 f.; *Volbert/Schemmel/Tamm*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 13 (2019), 108 (112); missverständlich hingegen *Wolf*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 13 (2019) S. 136 (137): die Aussage gelte als „nichterlebnisbasiert“.

³¹ *Fegert/Gerke/Rassenhofer*, *Nervenheilkunde* 37 (2018), 525; den Autoren geht es allerdings primär um den Kontext des zivilrechtlichen Kinderschutzes und nicht um das Strafverfahren (ebenda 527).

³² *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (211); siehe zur Gegenkritik auch *Niehaus*, *Praxis der Rechtspsychologie* 28 (2018), 99 (103 ff.); *Steller*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 14 (2020), 188 (191 ff.); *Volbert/Schemmel/Tamm*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 13 (2019), 108 (116 ff.).

den Aussagepersonen um „besonders schwer betroffene Opferzeuginnen und -zeugen“ handelt, die „systematisch schlechter gestellt“ werden könnten.³³ Ob die Aussage erlebnisbezogen ist, soll ja erst ermittelt werden, und zwar mithilfe der aussagepsychologischen Glaubhaftigkeitsbegutachtung.³⁴

c) *Lügenrehypothese und „Undeutsch-Hypothese“*

Der Ausschluss der verschiedenen potentiellen Quellen einer unwahren Aussage, das heißt die Prüfung und letztendlich Verwerfung der einzelnen Subhypothesen, erfolgt anhand unterschiedlicher diagnostischer Methoden.³⁵ Es gibt nicht die eine aussagepsychologische Methode, um alle „Unwahrhypothesen“ gleichermaßen zu verwerfen. Bei der Variante der aussagepsychologischen Begutachtung, für die der BGH 1999 Mindeststandards definierte, handelt es sich um ein Vorgehen allein zur Unterscheidung von erlebnisbezogenen und bewusst wahrheitswidrigen Aussagen, also um eine Methode ausschließlich zur Zurückweisung der Lügenrehypothese. Deren Grundannahme ist, dass sich wahrheitsgemäße, erlebnisbezogene Aussagen in ihrer inhaltlichen Qualität von bewusst wahrheitswidrigen Aussagen unterscheiden. Sie ist auf *Undeutsch* zurückzuführen:

„Aussagen über selbsterlebte faktische Begebenheiten müssen sich von Äußerungen über nicht selbsterlebte Vorgänge unterscheiden durch Unmittelbarkeit, Farbigekeit und Lebendigkeit, sachliche Richtigkeit und psychologische Stimmigkeit, Folgerichtigkeit der Abfolge, Wirklichkeitsnähe, Konkretheit, Detailreichtum, Originalität und – entsprechend der Konkretheit jedes Vorfalles und der individuellen Erlebnisweise eines jeden Beteiligten – individuelles Gepräge.“³⁶

Mit anderen Worten sei es um einiges leichter, die Wahrheit zu sagen als zu lügen, da es schwierig sei, eine Aussage über ein komplexes Geschehen zu erfinden und über längere Zeit

aufrechtzuerhalten. Ein (subjektiv) wahres Geschehen könne aus dem Gedächtnis rekonstruiert und nacherzählt werden, während ein fiktiver Vorfall erst konstruiert und frei erfunden werden müsse.³⁷ Zudem wird angenommen, dass das Lügen ein zielorientiertes Verhalten sei und sich eine lügende Person bemühen werde, nicht als solche wahrgenommen zu werden. Sie werde versuchen, den Eindruck einer erlebnisbasierten Aussage zu erzeugen und daher Verhaltensweisen vermeiden, die ihrer Ansicht nach mit einer wahrheitswidrigen Aussage assoziiert werden könnten. Glaube ein Lügner etwa, dass das Eingestehen von Gedächtnislücken oder Selbstkorrekturen gegen seine Glaubwürdigkeit sprechen, werde er sich während der Aussage bemühen, solche zu vermeiden, obwohl in Wirklichkeit das Gegenteil der Fall sei.³⁸ Eine wahrheitsgemäße Aussage werde daher eher Merkmale enthalten, die mit diesen vermeintlichen Stereotypen nicht vereinbar seien.³⁹

Darauf aufbauend entwickelten *Steller* und *Köhnken* einen Katalog von 19 Realkennzeichen – ursprünglich für die Beurteilung kindlicher Zeugenaussagen –, der von psychologischer Seite weitgehend akzeptiert wird und im deutschen Strafverfahren zum Einsatz kommt.⁴⁰ Anhand dieser soll sich erkennen lassen, ob eine Aussage erlebnisbezogen oder bewusst wahrheitswidrig ist. Denn eine Aussage – so die Theorie – hat eine größere Wahrscheinlichkeit, erlebnisbezogen zu sein, je mehr Realkennzeichen sie enthält.⁴¹

d) *Weniger wichtig: Konstanz und Motivation*

Die kriterienorientierte Aussageanalyse gilt als „Kernstück“ der aussagepsychologischen Begutachtung.⁴² Der Begutachtungsprozess umfasst aber auch eine Konstanz- und Motivationsanalyse, bevor die Lügenrehypothese insgesamt verworfen werden kann:

Während bei der Inhaltsanalyse eine Aussage überprüft wird, werden bei der Konstanzanalyse (wenn vorhanden) zeitlich nachfolgende Aussagen miteinander verglichen und

³³ Vgl. *Fegert/Gerke/Rassenhofer*, *Nervenheilkunde* 37 (2018), 525 (532).

³⁴ So auch *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 29: „Die hierdurch verursachte Zirkularität der Argumentation führt zu einer perfekten Immunisierung der zu prüfenden Hypothesen: Wenn in einer Aussage ausreichend Realkennzeichen gefunden werden, spricht dies gegen die [Lügenrehypothese] und damit für eine Erlebnisgrundlage; ist die Aussage nur bruchstückhaft, widersprüchlich und wenig detailliert, spricht dies für eine Traumatisierung und deshalb ebenfalls für eine Erlebnisgrundlage“; siehe auch *Steller*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 14 (2020), 188 (191, 193); und selbst wenn die zu begutachtende Aussage „subjektiv wahr“ ist, bleibt die „Faktizität des Sachverhalts“, also ein tatsächlich stattgefundenen traumatischer Missbrauch, weiterhin unbeantwortet.

³⁵ *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 34.

³⁶ *Undeutsch* (Fn. 15), S. 125 f.; jedoch insoweit missverständlich, da es eben nicht um die Aufdeckung einer „selbsterlebte[n] faktische[n] Begebenheit“ geht, sondern nur um die Aufdeckung einer subjektiv selbsterlebten Begebenheit.

³⁷ Vgl. BGHSt 45, 164 (170); *Steller* (Fn. 6), S. 45.

³⁸ *Köhnken*, in: *Granhag/Strömwall* (Hrsg.), *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, 2004, S. 41 (49); *Volbert*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2 (2008), 12 (14).

³⁹ *Vrij/Ganis*, in: *Raskin/Honts/Kircher* (Hrsg.), *Credibility Assessment*, 2014, S. 301 (337): „stereotypes of truthfulness“.

⁴⁰ Kritisch hingegen im Ausland, siehe nur *Lamb/Sternberg/Esplin/Hershkowitz/Orbach/Hovav*, *Child Abuse & Neglect* 21 (1997), 255 (256 f.); *Roma/San Martini/Sabatello/Tatarelli/Ferracuti*, *Child Abuse & Neglect* 35 (2011), 613 (614), die zwar die kriterienorientierte Inhaltsanalyse als solche befürworten, aber jeweils einen Katalog von 14 Merkmalen anwenden, da für sie fünf Merkmale (Ausgefallenes, Nebensächliches, Indirektes, Verbesserungen und Erinnerungslücken) nicht zuverlässig genug sind.

⁴¹ Zu den einzelnen Realkennzeichen im Detail *Eisenberg* (Fn. 16), Rn. 1427c; *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 95 ff.

⁴² *Greuel*, *Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention* 12 (2009), 70 (77).

auf Übereinstimmungen, Widersprüche, Ergänzungen und Auslassungen geprüft.⁴³ Dabei wird erwartet, dass Schilderungen eigener Erlebnisse, die zu verschiedenen Zeitpunkten gegeben werden, besser übereinstimmen als solche über lediglich ausgedachte Geschichten. Erlebnisbezogene Erinnerungen haben laut *Undeutsch* den „Charakter der Unverrückbarkeit und der Ausschließlichkeit“.⁴⁴ Werden hohe Übereinstimmungen oder qualifizierte Ergänzungen festgestellt, könne dies also ein weiterer Indikator gegen die Lügenhypothese sein.⁴⁵

Allerdings wird der Konstanzanalyse nicht allzu viel Wert zugesprochen. Weder soll aus der Konstanz einer Aussage automatisch auf ihre (subjektive) Wahrhaftigkeit geschlossen werden dürfen.⁴⁶ Je nach Kompetenz könne eine Aussageperson komplizierte oder einfache Sachverhalte erfinden und konstant reproduzieren.⁴⁷ Noch könne jede Inkonzanz ein Hinweis auf mangelnde Glaubhaftigkeit sein, da Gedächtnisunsicherheiten, spontane Ergänzungen und nachträgliche Präzisierungen im Einzelfall sogar auf den Erlebnisbezug einer Bekundung hinweisen könnten.⁴⁸ Auch ist weitgehend unklar, wie exakt zwei Angaben übereinstimmen müssen, um überhaupt als übereinstimmend gewertet zu werden. Denn konkrete Regeln, wie ein solcher Vergleich vorgenommen werden soll, gibt es nicht, so dass eine klare Grenzziehung selten möglich ist.⁴⁹ Konstanz ist daher lediglich als Mindestanforderung und Ausschlusskriterium zu verstehen.⁵⁰

Hinzu tritt die Motivationsanalyse, die zum Ziel hat, mögliche Motive und Anreize für eine absichtliche Falschbelastung aufzudecken. Anhaltspunkte für potenzielle Belastungsmotive sollen durch Analyse der Beziehung zwischen Zeugen und Beschuldigtem sowie der Konsequenzen für den Zeugen, den Beschuldigten oder Dritte gewonnen werden können.⁵¹ Ergeben sich bei der Rekonstruktion der Entstehungsgeschichte konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Falschbelastungsmotivs, steigen – so der BGH – grundsätzlich die Anforderungen an die Begutachtung sowie die richterliche Beweiswürdigung.⁵²

Allerdings gibt es keine Motive, die typisch sind für eine Falschaussage.⁵³ Denn grundsätzlich können alle Motive, die zu einer Falschaussage beitragen können, auch zu einer zutreffenden Aussage führen. Ärger oder Rache zum Beispiel können für eine Falschaussage sprechen; sie können aber ebenso für eine zutreffende – und durchaus nachvollziehbare – Anschuldigung sprechen.⁵⁴ Zu Recht betonte daher der BGH, dass etwaige Feststellungen von Belastungsmotiven beim Zeugen nicht notwendig zu Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit führen müssen.⁵⁵ Eine Falschaussagemotivation kann unentdeckt bleiben und eine erlebnisbezogene Aussage kann vorliegen, selbst wenn sich ein Belastungsmotiv abzeichnet.⁵⁶ Aus dem Vorhandensein oder Fehlen eines Motivs lassen sich daher keine verlässlichen Schlussfolgerungen ziehen.⁵⁷

3. Suggestion, ein Todesurteil über die Inhaltsanalyse?

Immer mehr in den Fokus gerückt sind auf Suggestion zurückzuführende Aussagen, die nicht gleichgesetzt werden können mit bewusst wahrheitswidrigen Aussagen. Für die Prüfung und Zurückweisung der Suggestionshypothese ist die Inhaltsanalyse daher unstrittig ungeeignet.⁵⁸ Suggestierte Aussagen unterscheiden sich grundsätzlich nicht in ihrer Aussagequalität von erlebnisbezogenen Aussagen. Die beeinflusste Person ist ja von der Richtigkeit ihrer Aussage überzeugt, so dass sie das von ihr geschilderte Geschehen weder bewusst noch unter Aufbringen kognitiver Energie erfinden muss, da es sozusagen in ihr Gedächtnis „implantiert“ wurde und wie eine echte Erinnerung rekonstruierbar ist.⁵⁹ Ein auf Suggestion beruhendes Analysematerial ist „kontaminiert“, sodass eine Analyse anhand der Realkennzeichenanalyse nicht mehr sinnvoll ist.⁶⁰ *Undeutsch* und *Klein* werden deutli-

⁴³ BGHSt 45, 164 (172); *Ott* (Fn. 13), § 261 Rn. 121: „aussageübergreifende Qualitätsmerkmale“.

⁴⁴ *Undeutsch* (Fn. 15), S. 154.

⁴⁵ *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 129; *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 36.

⁴⁶ Vgl. BGH StV 1996, 250.

⁴⁷ Vgl. BGH NSStZ 2015, 602.

⁴⁸ *Deckers*, StV 2017, 50 (54); *Eisenberg* (Fn. 16), Rn. 1483b.

⁴⁹ Vgl. *Offe/Offe*, Praxis der Rechtspsychologie 18 (2008), 97 (104, 112).

⁵⁰ *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 161 f.; *Volbert/Steller* (Fn. 15), S. 692.

⁵¹ BGHSt 45, 164 (175); *Schneider/Frister/Olzen* (Fn. 10), S. 406.

⁵² BGH NSStZ-RR 2003, 206 (208); BGH, Beschl. v. 25.2.2016 – 2 StR 308/15, Rechtsprechungsnachweis bei *Miebach*, NSStZ-RR 2018, 36 (38); siehe auch *Ott* (Fn. 13), § 261 Rn. 123.

⁵³ *Offe/Offe*, in: *Fabian/Nowara/Rode/Werth* (Hrsg.), Rechtspsychologie kontrovers, 1998, S. 80 (89); siehe auch *T. Walter*, Die dunkle Seite von #MeToo, in: *Schweizer Monat*, Juli/August 2020, S. 20 (21).

⁵⁴ *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 173; *Offe/Offe* (Fn. 53), S. 83.

⁵⁵ BGHSt 45, 164 (175).

⁵⁶ *Baumhöfener/Daber/Wenske*, NSStZ 2017, 562 (564); *Häcker/Schwarz*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 5. Aufl. 2021, Rn. 294 ff.

⁵⁷ *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 178; deutlich *Offe*, in: *Deckers/Köhnken* (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2. Aufl. 2014, S. 87 (95, 97): die Motivationsanalyse ist unergiebig zur Beurteilung des Erlebnisbezugs und wird nicht benötigt.

⁵⁸ BGHSt 45, 164 (171 f.); BGH StV 2017, 9 (10); *Häcker/Schwarz* (Fn. 56), Rn. 365 ff.; *Jansen* (Fn. 27), Rn. 440; *Steller*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 14 (2020), 188 (13, 15); *Volbert/Schemmel/Tamm*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 13 (2019), 108 (115 f.).

⁵⁹ *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 143; *Volbert/Steller* (Fn. 15), S. 699 f.

⁶⁰ *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 40 f.

cher: Suggestion führe zu einem Todesurteil über die kriterienorientierte Aussageanalyse.⁶¹

Nach derzeitigem wissenschaftlichem Stand kann die Suggestionshypothese lediglich durch Rekonstruktion der Aussageentstehung und -entwicklung geprüft werden.⁶² Gibt es im Rahmen der Aussagegenese keine Hinweise, die für Suggestion sprechen, unterbleibt in der Regel eine ausgiebige Prüfung der Suggestionshypothese. Meist werden sich jedoch suggestive Einflüsse finden, zum Beispiel bei suggestiven Befragungen durch Familienangehörige, Vernehmungspersonen oder Therapeuten oder durch suggestive Interaktionen zwischen Prozessbegleiter und Opferzeugen, sodass die Suggestionshypothese – „die Aussage ist nicht erlebnisbezogen, weil suggeriert“ – selten entschieden zurückgewiesen werden kann.⁶³

Nach *Greuel* sollen die Grenzen der aussagepsychologischen Begutachtung jedenfalls erreicht sein, wenn suggestive Einflüsse „als naheliegend und wahrscheinlich angenommen werden müssen“, auch wenn damit nicht automatisch feststeht, dass die Einflüsse wirklich eine Suggestion bewirkt haben.⁶⁴ Das sei insbesondere der Fall, wenn suggestive Bedingungen vor der ersten offiziellen Aussage stattgefunden haben. Finden suggestive Beeinflussungen hingegen erst nach „Geburt“ der Aussage statt, lasse sich die Suggestionshypothese zumindest zurückweisen, wenn sich der wesentliche Aussageinhalt gegenüber der Erstaussage nicht entscheidend verändert habe.⁶⁵

Einen Schwellenwert, wann eine Aussage „kaputt suggeriert“ ist, gibt es aber nicht.⁶⁶ Vielmehr soll es dem Gutachter – und letztendlich dem Richter – überlassen bleiben, suggestive Einflüsse für „wahrscheinlich“ oder „naheliegend“ und damit für relevant zu halten. Hält er sie hingegen für lediglich „nicht bedeutsam“⁶⁷ oder „leicht bis mittelgradig potent“⁶⁸, sollen sie unbeachtlich sein.

Das ist zumindest fragwürdig, sät doch bereits die bestehende Möglichkeit „vernünftige Zweifel“ am Wahrheitsgehalt der Aussage.⁶⁹ Hinzu kommen autosuggestive Prozesse

durch intensive Beschäftigung mit der relevanten Thematik, zum Beispiel durch den Konsum von Inhalten, die in Büchern, Filmen und vor allem im Internet präsent sind.⁷⁰ Wenn man bedenkt, wie einfach es heutzutage ist, auf entsprechendes Material zuzugreifen, wird es selten möglich sein, mit Sicherheit auszuschließen, dass die Aussageperson Kenntnis erlangt hat zum Beispiel über bestimmte sexuelle Praktiken, ohne sie selbst erlebt zu haben.

IV. Grenzen und Schwächen der Aussageanalyse

Damit ist schon eine der Schwächen der Aussageanalyse gefunden. Ungeachtet der Probleme, die sich bereits aus dem theoretischen Fundament hypothesengeleiteten Vorgehens ergeben, stößt die aussagepsychologische Begutachtung gerade in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen an ihre methodischen Grenzen. *Köhnken* und *Gallwitz* fassen diese wie folgt zusammen: „Während [...] die Anwendbarkeit dieser Methode unten an eine Grenze stößt, wenn keine verwertbare Aussage vorhanden ist, wird die obere Grenze durch die spezifischen Fähigkeiten und Kenntnisse der Aussageperson markiert“.⁷¹

1. Kein ausreichendes Analysematerial

Die aussagepsychologische Glaubhaftigkeitsbegutachtung setzt selbsterklärend eine begutachtungsfähige Aussage voraus, deren Merkmalsausprägung Aufschlüsse über ihren Wirklichkeitsgehalt ermöglicht.⁷² Wesentlich problematischer ist die Konstellation, in der eine Aussage zwar vorhanden ist, das Aussagematerial für eine Analyse jedoch nicht ausreicht. Denkt man an die *Undeutsch*-Hypothese zurück, muss für die Anwendung der Aussageanalyse mindestens ein einigermaßen komplexer Handlungsablauf vorhanden sein. Denn bei einem nur kurzen, flüchtigen Ereignis, bei dem sich naturgemäß weniger sagen lässt, wird es auch für eine lügende Person ein Leichtes sein, das dann erfundene Geschehen über längere Zeiträume aufrechtzuerhalten.⁷³

Selbst bei einer auf den ersten Blick detailreichen Aussage kommt es für ihre Analyse allein auf den Teil an, der für die Strafbarkeit entscheidend ist: das diagnostisch relevante Kerngeschehen.⁷⁴ Insbesondere in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen mit sexualstrafrechtlichem Bezug wird ein solches aber nur selten in ausreichendem Umfang vorliegen. Denn Sexualdelikten ist oft gemein, dass das Geschehen weitgehend identisch geschildert und das vom mutmaßlichen Opfer behauptete Ereignis selten gänzlich abgestritten wird. Meist geht es allein um das Einvernehmen. Diagnostisch relevant ist dann nur der Teil der Aussage zur fehlenden

⁶¹ *Undeutsch/Klein*, in: Fabian/Nowara/Rode/Werth (Fn. 53), S. 67 (74).

⁶² *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 199; *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 29; *Schneider/Frister/Olzen* (Fn. 10), S. 406; *Steller* (Fn. 18), S. 80; *Volbert* (Fn. 18), S. 338 f.

⁶³ *Häcker/Schwarz* (Fn. 56), Rn. 369; *Volbert*, Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention 12 (2009), 52 (64).

⁶⁴ *Greuel*, Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention 12 (2009), 70 (77).

⁶⁵ *Häcker/Schwarz* (Fn. 56), Rn. 369; *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 29; *Volbert* (Fn. 18), S. 339.

⁶⁶ *Greuel*, in: *Greuel/Fabian/Stadler* (Fn. 2), S. 211 (215).

⁶⁷ *Volbert*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2 (2008), 12 (17).

⁶⁸ *Greuel* (Fn. 66), S. 219.

⁶⁹ Wie schnell eine Befragung unabsichtlich suggestiven Charakter haben kann, zeigen die Beispiele von *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 4. Aufl. 2020, Rn. 949 ff.

⁷⁰ Vgl. auch *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 23; *Volbert/Schemmel/Tamm*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 13 (2019), 108 (114).

⁷¹ *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 41.

⁷² *Friedrichs*, in: *Undeutsch* (Fn. 15), S. 3.

⁷³ Vgl. bereits *Undeutsch* (Fn. 15), S. 159.

⁷⁴ Vgl. BGH StV 2014, 720 (721); BGH NStZ-RR 2003, 332 (333), wenn auch jeweils knapp; *Deckers*, StV 2017, 50 (51); *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 40.

Einvernehmlichkeit bezüglich der behaupteten sexuellen Handlung. Eine solche Aussage genügt aber nur selten dem Mindestumfang, der für eine Glaubhaftigkeitsbegutachtung erforderlich ist.⁷⁵

2. Manipulation, Aktenkenntnis und „Coaching“

Wenig behandelt wurde bislang die Frage, inwiefern die Aussage einer informierten Person noch zulänglich begutachtet werden kann. Denn heutzutage werden die meisten Zeugen wissen, dass sie aussagepsychologisch begutachtet werden.⁷⁶ Es liegt auf der Hand, dass Aussagepersonen zumindest versuchen werden, realkennzeichenreiche Aussagen zu produzieren, damit ihre Aussage (zu Recht oder zu Unrecht) als glaubhaft eingestuft wird.⁷⁷

Damit geht die Frage einher, ob sich Realkennzeichen antrainieren lassen. Die vorhandene Empirie deutet darauf hin, dass ein solches Training möglich und durchaus erfolgversprechend ist.⁷⁸ Untersuchungen haben ergeben, dass wahrheitswidrige, aber „gecoachte“ Aussagen mehr Realkennzeichen enthalten als wahrheitswidrige Aussagen ohne Training, so dass ge-coachte Aussagen kaum von tatsächlich erlebnisbezogenen Aussagen unterschieden werden können.⁷⁹ So konnte in einer Studie mit erwachsenen Teilnehmern ein Gutachter 69 % der „normalen“ Lügner, aber nur 27 % der ge-coachten Lügner als solche identifizieren. Selbst als er darüber informiert wurde, dass einige der Probanden ge-coacht worden waren, stieg bei einer wiederholten Auswertung die Trefferquote (das heißt der Anteil richtiger Identifikationen) bei ge-coachten Lügner lediglich auf 40 %.⁸⁰

Köhnken und *Gallwitz* sehen in einem solchen Coaching eine ähnliche Kontamination der Aussage wie bei einer suggestiven Beeinflussung.⁸¹ Wie Coaching-Einflüsse aufge-

deckt werden sollen oder wie intensiv eine Vorbereitung sein muss, um erfolgreich zu sein, ist noch unklar.⁸² Analog zur Suggestionshypothese wird in Zukunft wohl ein genaueres Augenmerk auf die Aussagegenese geworfen werden müssen. Besteht der Verdacht, dass die Aussageperson angeleitet wurde, kann die Lügenhypothese jedenfalls nicht mehr entschieden zurückgewiesen werden.

Ein mit dem Coaching verwandtes Problem steht im Gesetz: § 406e StPO gewährt dem Verletzten grundsätzlich Akteneinsicht. Steht Aussage gegen Aussage, könnte man meinen, das Akteneinsichtsrecht werde im Sinne der Wahrheitsermittlungspflicht versagt. Kann sich der Opferzeuge mithilfe der Akte auf seine Aussage vorbereiten, ist eine aussagepsychologische Begutachtung in den meisten Fällen nämlich überflüssig und sinnlos. *Eschelbach* geht gar von einem endgültigen Beweisverlust aus.⁸³

So sehen es auch die OLG Hamburg, Schleswig und Düsseldorf, denen zufolge die Akteneinsicht gemäß § 406e Abs. 2 S. 2 StPO nach pflichtgemäßem Ermessen versagt werden muss.⁸⁴ Anders argumentiert hingegen das OLG Braunschweig, das zwar eine Beeinträchtigung der Glaubhaftigkeitsprüfung durchaus erkennt. Dem Kriterium der Aussagekonstanz werde jedoch zu viel Bedeutung beigemessen, so dass die Verletztenrechte unverhältnismäßig beschnitten würden, wenn man die Akteneinsicht versage. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der anwaltliche Beistand des Verletzten zugesichert habe, seinem Mandanten keine Akteninhalte weiterzuleiten.⁸⁵

Auch das Berliner KG lehnt bei Aussage gegen Aussage eine Ermessensreduktion auf null ab. Ursprünglich sollte dies nur in der Berufungsinstanz Geltung beanspruchen: Das Risiko einer präparierten Zeugenaussage aufgrund der erstmals in zweiter Instanz wahrgenommenen Akteneinsicht sei deutlich reduziert.⁸⁶ Mittlerweile haben das KG und zwischenzeitlich der 5. Strafsenat des BGH aber entschieden, dass mit der Akteneinsicht des Verletzten bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen „nicht typischerweise“ eine Entwertung der Konstanzanalyse einhergeht, und zwar auch bei nur einer Tatsacheninstanz.⁸⁷

⁷⁵ Siehe auch *Lederer*, StraFo 2018, 280 (284), und *mein* Beitrag zur Strafbarkeit von Stealthing, *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (15); von einem Dilemma spricht *Rohmann*, Praxis der Rechtspsychologie 27 (2017), 27 (30 f.), der versucht, die Aussageanalyse zumindest für manche Fälle des § 177 StGB zu retten.

⁷⁶ Ein Problem, das sich seit 2017 mit Einführung der psychosozialen Prozessbegleitung (§ 406 g StPO) verschärft hat; *Neuhaus*, StV 2017, 55 (61); *Velten/Greco/Werkmeister*, in: *Wolters* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 406g Rn. 3.

⁷⁷ Vgl. *Eisenberg*, JR 2016, 390 (393 f.); *Schwenn*, StV 2010, 705 (708).

⁷⁸ *Häcker/Schwarz* (Fn. 56), Rn. 412 ff.; *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 139; *Volbert/Steller*, European Psychologist 19 (2014), 207 (212).

⁷⁹ Vgl. *Eschelbach*, in: *Graf* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.7.2021, § 261 Rn. 59.5; *Hohoff*, NStZ 2020, 387 (390); siehe auch mit weiteren Nachweisen *Vrij*, Detecting Lies and Deceit, 2. Aufl. 2008, S. 238.

⁸⁰ Dazu *Vrij/Kneller/Mann*, Legal and Criminological Psychology 5 (2000), 57 (65).

⁸¹ *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 40 f.; nach *Vrij* (Fn. 79), S. 238, wird die Realkennzeichenanalyse durch Coaching zu

einem ineffizienten Instrument der Wahrheitsfindung („inefficient veracity detection tool“).

⁸² Vgl. *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 139.

⁸³ *Eschelbach* (Fn. 79), § 261 Rn. 59.5; *ders.*, in: *Deckers/Köhnken* (Fn. 57), S. 43 (54 f.); siehe auch *Hohoff*, NStZ 2020, 387 (389).

⁸⁴ OLG Hamburg NStZ 2015, 105 (106); Beschl. v. 23.10.2018 – 1 Ws 108/18 = BeckRS 2018, 28084; OLG Schleswig StraFo 2016, 157; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.5.2014 – 1 Ws 196/14 = BeckRS 2016, 1698.

⁸⁵ OLG Braunschweig NStZ 2016, 629 (630 f.); zustimmend *Schöch*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 406e Rn. 12; *ders.*, NStZ 2016, 631 (632).

⁸⁶ KG NStZ 2016, 438 (440).

⁸⁷ KG StV 2019, 181 (183); BGH StV 2017, 146; BGH NStZ 2016, 367.

Richtig daran ist allein, dass Opferanwälte als Organe der Rechtspflege in der Tat gut beraten sind, von einer Weitergabe der Akten abzusehen. Kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass die festgestellten Übereinstimmungen nicht andere Ursachen haben als ein tatsächliches Erleben, muss die Lügenhypothese aufrechterhalten werden – vorausgesetzt sie wird richtig angewendet. So weist das OLG Braunschweig darauf hin, dass es sich doch zu Gunsten des Angeklagten auswirkt, wenn eine festgestellte Konstanz in der Aussage des Verletzten wegen vorheriger Akteneinsicht an Wert verliert. Daher könne die Akteneinsicht auch ohne Weiteres gewährt werden.⁸⁸ Eine solche Auslegung entspricht aber nicht, sondern widerspricht dem Opferschutz, da sie gerade dem wahrheitsgemäß aussagenden Zeugen schadet,⁸⁹ und würde zudem voraussetzen, dass etwaige Manipulationen überhaupt erkannt werden.

V. „Gesunder Menschenverstand“ oder (Schein-)Wissenschaft?

Ungeachtet ihrer bereits theoretischen Limitationen ist entscheidend, ob die Aussagepsychologie in ihrer praktischen Anwendung wirklich hält, was sie verspricht: nämlich zwischen erlebnisbezogenen und bewusst wahrheitswidrigen Aussagen unterscheiden zu können, und zwar mit einem Ausmaß an Genauigkeit, das ihren beliebten Einsatz im Strafverfahren rechtfertigt. Tatsächlich wurde die aussagepsychologische Begutachtung drei Jahrzehnte lang an deutschen Gerichten praktiziert, ohne dass dieser Frage wissenschaftlich nachgegangen worden wäre.⁹⁰ Ursprünglich wurde sogar vertreten, dass sich die aussagepsychologische Begutachtung empirisch nicht überprüfen lasse.⁹¹ *Undeutsch* selbst leitete seine Hypothese aus dem „gesunden Menschenverstand“ ab.⁹² Für das Strafverfahren ist aber entscheidend, welchen Wert das (dann positive) Ergebnis eines aussagepsychologischen Gutachtens hat: „Die Aussage des Zeugen ist glaubhaft.“

1. Eine wissenschaftlich fundierte Methode?

Vertreter der aussagepsychologischen Glaubhaftigkeitsbegutachtung nehmen für sich in Anspruch, dass es sich um ein mittlerweile wissenschaftlich begründetes und empirisch bestätigtes Verfahren handelt.⁹³ Auch die juristische Literatur begnügt sich weitgehend mit dem Hinweis auf die Wissen-

schaftlichkeit der Aussagepsychologie.⁹⁴ Und der BGH machte letztendlich in seinem Grundsatzurteil deutlich, dass auch er die Methode für wissenschaftlich und empirisch belegt ansieht.⁹⁵

Bereits an dieser Stelle ist jedoch klarzustellen, dass es bislang an Studien fehlt, die sich der aussagepsychologischen Glaubhaftigkeitsbegutachtung als Ganzem widmen.⁹⁶ Somit entbehrt die Auffassung, die aussagepsychologische Begutachtung sei *insgesamt* wissenschaftlich begründet, einer empirischen Grundlage.⁹⁷ Vor allem zur Zuverlässigkeit der Aussagegenese als Methode zur Zurückweisung der praktisch durchaus bedeutsamen Suggestionshypothese liegen bislang keine empirischen Nachweise vor.⁹⁸ Wissenschaftlich erforscht wurde lediglich ein kleiner Teilbereich der gesamten aussagepsychologischen Begutachtung: die kriterienorientierte Inhaltsanalyse als eines der „Werkzeuge“ zur Zurückweisung der Lügenhypothese; ein Teilbereich, auf den es laut *Volbert* nur in 5 % aller aussagepsychologisch begutachteten Fälle ankommen soll.⁹⁹

2. Überschaubare Trefferquoten und was sie bedeuten

Bereits die Grundannahme der kriterienorientierten Inhaltsanalyse, die *Undeutsch*-Hypothese, wird teilweise angezweifelt. Nur sieben der insgesamt 19 Realkennzeichen können wohl mehr oder minder als validiert angesehen werden.¹⁰⁰ Ungeachtet dessen soll hier den Trefferquoten (also dem Anteil richtiger Ergebnisse) der aussagepsychologischen Begutachtung, konkret der kriterienorientierten Inhaltsanalyse nachgegangen werden. Die Treffsicherheit einer Methode

⁹⁴ Siehe nur *Heintschel-Heinegg* (Fn. 12), S. 146 f.; *Jansen* (Fn. 27), Rn. 690; *Sander*, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 261 Rn. 81c; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 14), § 244 Rn. 74a.

⁹⁵ BGHSt 45, 164 (170 f.); siehe auch BGH, Beschl. v. 3.5.2019 – 3 StR 462/18: „Die Aussageanalyse, die unter anderem das Vorliegen sogenannter Realkennzeichen untersucht, ist aber Bestandteil eines wissenschaftlich fundierten Glaubhaftigkeitsgutachtens“, insoweit in NStZ-RR 2019, 317 nicht abgedruckt.

⁹⁶ So auch *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (218); *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 45; *Schoon/Briken*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 13 (2019), 125 (126); *Volbert/Steller*, European Psychologist 19 (2014), 207 (217).

⁹⁷ Vgl. aber *Steller*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 14 (2020), 188 (189); *ders.* (Fn. 10), S. 301.

⁹⁸ *Eschelbach* (Fn. 83), S. 58; *Oberlader/Naefgen/Koppehele-Gossel/Quinten/Banse/Schmidt*, Law and Human Behavior 40 (2016), 440 (453); *Wolf*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 13 (2019), 136 (141).

⁹⁹ *Volbert*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2 (2008) S. 12 (18).

¹⁰⁰ Verwiesen sei hier auf die Ergebnisse der Meta-Analysen von *DePaulo/Lindsay/Malone/Muhlenbruck/Charlton/Cooper*, Psychological Bulletin 129 (2003), 74 (91 ff.), und *Vrij* (Fn. 79), S. 228 f.

⁸⁸ OLG Braunschweig NStZ 2016, 629 (630).

⁸⁹ So auch *Daber*, in: Deckers/Köhnken (Fn. 57), S. 169 (175 f.).

⁹⁰ *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 133; *Steller/Volbert*, Praxis der Rechtspsychologie 9 (1999), 46 (77 f.).

⁹¹ *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler* (Fn. 11), S. 133 mit Nachweisen.

⁹² *Undeutsch* (Fn. 15), S. 126.

⁹³ Vgl. nur *Greuel*, Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention 12 (2009), 70 (71); *Schoon/Briken*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 13 (2019), 125 (126); *Steller* (Fn. 10), S. 301 f.

ist immerhin nicht gerade uninteressant, wenn sie in der Praxis eine derart hohe Beliebtheit genießt, geht doch selbst der BGH davon aus, dass die mit der kriterienorientierten Inhaltsanalyse erzielten Ergebnisse „deutlich über dem Zufallsniveau“ liegen.¹⁰¹

Bublitz verweist in seinem Beitrag auf die Meta-Analyse von *Oberlader u.a.* aus dem Jahr 2016 mit Trefferquoten um die 70 %.¹⁰² Diese decken sich weitgehend mit denen der Meta-Analyse von 20 Laborstudien von *Vrij* aus dem Jahr 2008.¹⁰³ Auch wenn diese Trefferquoten aus methodischen Gründen wohl eher nach unten zu korrigieren sind,¹⁰⁴ offenbaren sie, dass die Aussagepsychologie nicht ausreicht, die notwendige richterliche Gewissheit über die Tatbegehung zu gewährleisten.¹⁰⁵

Konkret bedeuten diese Trefferquoten, dass sich mithilfe der kriterienorientierten Inhaltsanalyse zwar sieben von zehn erlebnisbezogenen Aussagen als solche erkennen lassen, und in sieben aus zehn Fällen, in denen der Gutachter zum Ergebnis kommt, die Aussage sei nicht glaubhaft, tatsächlich eine bewusst wahrheitswidrige Aussage vorliegt. Diese Werte besagen aber auch, dass in 30 % der Fälle die Glaubhaftigkeit einer Aussage bejaht wird, obwohl die Aussage tatsächlich bewusst wahrheitswidrig war. Folgt der Richter dem Gutachten – was in den meisten Fällen geschieht –, legt er in drei von zehn Fällen eine bewusste Falschaussage der Verurteilung des tatsächlich unschuldigen Angeklagten zugrunde.

VI. Die Zweifel bleiben

In seinem Beitrag warnt *Bublitz* davor, die Nullhypothese nicht als Beweisregel zu missverstehen, und zwar im Sinne einer „doppelten Anwendung der Unschuldsvermutung“, wenn die Glaubhaftigkeit der zu begutachtenden Aussage nicht nachgewiesen werden kann. Dies ginge zu Lasten der

Betroffenen.¹⁰⁶ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, handelt es sich bei dem Ergebnis der aussagepsychologischen Begutachtung doch ohnehin nur um ein Indiz für den objektiven Wahrheitsgehalt einer Aussage.

Doch spricht, wenn man die Trefferquoten heranzieht – was auch *Bublitz* tut –, durchaus einiges dafür, dass die Aussage *tatsächlich* bewusst wahrheitswidrig ist, wenn der Gutachter die Glaubhaftigkeit der Aussage nicht bejaht: Die Wahrscheinlichkeit, dass die Aussage erfunden ist unter der Bedingung, dass ein negatives Ergebnis („nicht glaubhaft“) vorliegt, liegt nämlich ebenfalls bei 70 %. In praktischer Hinsicht bedeutet dieser Wert, dass ein Richter, wenn er das negative Gutachtenergebnis bei der Begutachtung des Belastungszeugen berücksichtigt, immerhin zu 70 % zu Recht freispricht.

Richtig an der Kritik von *Bublitz* ist, dass in drei von zehn Fällen ein falscher Freispruch ergeht. Einen „Framing-Effekt pro reo“¹⁰⁷ anzunehmen, widerspricht aber dem Grundsatz – nimmt man ihn ernst –, lieber zehn Schuldige laufen zu lassen, als einen Unschuldigen zu verurteilen. Dieser Grundsatz drückt nämlich nur die Anwendung des Zweifelsatzes aus, der zwingend und immer dann greift, wenn bis auf ein negatives Gutachtenergebnis keine weiteren Indizien vorhanden sind, die im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden können. Und er greift selbst dann, wenn man mit *Bublitz* „Gleichrangigkeit“ annimmt, und zwar in dem Sinne, dass nur einem positiven Ergebnis ein Indizwert (dann zu Lasten des Beschuldigten) zukommt, ein negatives Ergebnis (ebenfalls contra reum) als Nullum und gerade nicht als Entlastungsindiz behandelt wird.¹⁰⁸

Unabhängig davon, dass dieser Vorschlag wohl kaum neutral und gerecht ist, bleibt die Frage, auf welcher Grundlage ein Richter sinnvollerweise entscheiden soll, wenn es ihm trotz negativen Ergebnisses untersagt ist, von der Unwahrheit der Aussage auszugehen? Denn selbsterklärend müsste jeder noch so geringe „vernünftige Zweifel“ zu einem Freispruch führen, und zwar sowohl bei Vorliegen eines positiven als auch eines negativen Gutachtenergebnisses. Das gilt zumindest so lange, bis nicht andere Beweismittel oder Indizien diese verbleibenden Zweifel beseitigen.

VII. Ausblick: Gibt es wirklich keine Alternative?

Eine bessere und vor allem zulässige Alternative, der sich ein Richter bedienen kann, um zu erkennen, ob ein Zeuge die Wahrheit spricht, gibt es nicht – auch wenn der Eindruck besteht, Gerichte ließen sich nach wie vor von rein physischen Reaktionen wie Blickkontakt, Erröten, Stottern,

¹⁰¹ BGHSt 45, 164 (171); siehe auch *Köhnken/Gallwitz* (Fn. 23), S. 39; *Volbert/Steller*, *European Psychologist* 19 (2014), 207 (210).

¹⁰² *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (219); *Oberlader/Naefgen/Koppehele-Gossel/Quinten/Banse/Schmidt*, *Law and Human Behavior* 40 (2016), 440 (448, 452).

¹⁰³ *Vrij* (Fn. 79), S. 233 ff.; dass Laborstudien die Lebenswirklichkeit nur eingeschränkt wiedergeben können und daher zu relativieren sind, soll hier nicht vertieft werden; dass aber das Ergebnis einer Studie, bei der kindliche Probanden über das tatsächliche oder erfundene Annähen eines Knopfes berichten sollen, kaum mit einem Fall sexuellen Missbrauchs vergleichbar ist, liegt wohl auf der Hand; so aber die Laborstudie von *Blandon-Gülin/Pezdek/Rogers/Brodie*, *Law and Human Behavior* 29 (2005), 187 (190).

¹⁰⁴ So selbst *Oberlader/Naefgen/Koppehele-Gossel/Quinten/Banse/Schmidt*, *Law and Human Behavior* 40 (2016), 440 (444); *Volbert/Steller*, *European Psychologist* 19 (2014), 207 (210); ein Grund ist die Berücksichtigung von Studien, in denen die Trefferquoten anhand sogenannter Diskriminanzanalysen berechnet wurden.

¹⁰⁵ So auch *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (215, 221).

¹⁰⁶ *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (212 f.); ob es sich wirklich um „Betroffene“ handelt, soll jedoch erst nachgewiesen werden; insofern unterliegt *Bublitz* derselben Fehlannahme wie die Autoren, die die Aussagepsychologie für eine „Zumutung für von sexueller Gewalt Betroffene“ halten, siehe erneut *Fegert/Gerke/Rassenhofer*, *Nervenheilkunde* 37 (2018), 525.

¹⁰⁷ *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (212).

¹⁰⁸ *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (215); widersprüchlich aber wieder auf S. 220.

Schwitzen oder Weinen leiten.¹⁰⁹ Dass solche körperlichen, nonverbalen Reaktionen nicht geeignet sind, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu bestimmen und eine Lüge erkennen zu lassen, wurde mehrfach empirisch nachgewiesen und sollte mittlerweile unstrittig sein.¹¹⁰ Verwiesen sei nur auf die umfassende Meta-Analyse von *DePaulo u.a.*, die anhand von 116 Einzelstudien gezeigt hat, dass es kaum Verhaltensunterschiede zwischen Lügern und Nicht-Lügern gibt.¹¹¹

Heißt das nun, dass sich Täuschungen nicht anhand bloßer Verhaltensweisen erkennen lassen? Ja, sagen *Bond* und *DePaulo*, die in ihrer Meta-Analyse die Ergebnisse von 206 Einzelstudien zusammengefasst haben, bei denen insgesamt 24.483 Probanden gebeten wurden anzugeben, ob sie aufgrund bestimmten Verhaltens der Aussagesperson eine Aussage für erlebnisbezogen oder erlogen hielten. Das Resultat: Die Probanden lagen nur zu etwa 54 % richtig.¹¹²

Und die subjektive Eindrucksbildung, die „Lebenserfahrung und Menschenkenntnis“ der Richter? Auch diese vermögen nicht den Wahrheitsgehalt einer Aussage zu bestimmen – wenn auch gerne auf diese Eigenschaften als naturgegebene Befähigung verwiesen wird, die nur Richtern vorbehalten sei.¹¹³ Im Gegenteil legen auch hier empirische Untersuchungen nahe, dass sich professionelle Aussagebeurteiler maßlos überschätzen, die sich auf ihre Intuition und Erfahrung verlassen.¹¹⁴ So ergab eine Meta-Studie von *Vrij*, dass Aussagebeurteiler wie Polizeibeamte, Staatsanwälte und Richter lediglich eine Trefferquote von zwischen 45 und 60 % im Erkennen von Lügen anhand eigener Erfahrung erzielen können. Im Durchschnitt lagen sie zu 55,91 % richtig. Der für *Vrij* nennenswerte Unterschied zwischen Fachleuten und Laien: Erstere fällen ihre (falschen) Urteile selbstbewusster.¹¹⁵

¹⁰⁹ So ausdrücklich BGHSt 44, 308 (316); zustimmend *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (316); zu Recht kritisch *Häcker/Schwarz* (Fn. 56), Rn. 263 ff.; *Mohnert* (Fn. 15), § 5 Rn. 224, 229; *Schluckebier*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 85), § 261 Rn. 22; *Sommer* (Fn. 69), Rn. 1409; zu Unrecht daher dahingestellt von BGH StV 2020, 446.

¹¹⁰ Zutreffend *Eisenberg* (Fn. 16), Rn. 1458 f., 1462; *Köhnken* (Fn. 9), § 61 Rn. 37; *Sommer* (Fn. 69), Rn. 1004; *Sporer/Köhnken*, in: *Volbert/Steller* (Fn. 10), S. 353 (359 f.).

¹¹¹ *DePaulo/Lindsay/Malone/Muhlenbruck/Charlton/Cooper*, *Psychological Bulletin* 129 (2003), 74 (91 ff.); zustimmend und ergänzend *Köhnken/Kraus/v. Schemm*, in: *Lorei* (Hrsg.), *Polizei & Psychologie*, 2007, S. 361 (367 f.); *Vrij*, in: *Otgaar/Howe* (Hrsg.), *Finding the truth in the courtroom*, 2018, S. 163 (171 f.).

¹¹² *Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 10 (2006), 214 (219, 230); ergänzend *Vrij* (Fn. 111), S. 175 f.

¹¹³ Vgl. nur BGHSt 3, 52 (53); BGH NStZ 2010, 51 (52); BGH NStZ 2005, 394; *Cirener* (Fn. 5), S. 62; zu Recht kritisch *Strate*, in: *Widmaier/Müller/Schlothauer* (Fn. 9), § 27 Rn. 45; mangels entsprechender Ausbildung in der Aussagepsychologie wirken solche Thesen wie Fiktionen, *Eschelbach* (Fn. 79), § 261 Rn. 10.2.

¹¹⁴ *Erb* (Fn. 4), S. 183; *Geipel*, StV 2008, 271 (272).

¹¹⁵ *Vrij* (Fn. 79), S. 147 f., 162 f.

Einen Blick in die Zukunft hat in dieser Zeitschrift jüngst *Gerhold* gewagt: Er vermutet, dass der technische Fortschritt bei künstlicher Intelligenz „in nicht allzu ferner Zukunft“ auf Trefferquoten bei der Erkennung bewusst wahrheitswideriger Aussagen von über 90 % hoffen lässt.¹¹⁶ Während Menschen sich auf das Gesamtbild konzentrieren, wenn sie die Glaubhaftigkeit beurteilen sollen, ist der Vorteil künstlicher Intelligenz, dass sie über die Fähigkeit verfügt, eine Vielzahl nonverbaler und verbaler Signale gleichzeitig und gleichberechtigt anhand von Algorithmen auszuwerten. Das könnte sie im Gegensatz zum Menschen zu einer zuverlässigeren Methode der Glaubhaftigkeitsbegutachtung machen, zumal zu erwarten ist, dass sich die Algorithmen der künstlichen Intelligenz durch erfahrungsbedingtes Selbstlernen immer weiter verbessern.¹¹⁷

Nun steht die Forschung zur künstlichen Intelligenz erst am Anfang. Es wäre zu früh, die jeweiligen Systeme und Softwares heute schon im Gerichtsalltag einzusetzen. Möglicherweise bedarf es eines solchen Blicks in ferne Zukunft aber gar nicht. Abhilfe schaffen könnte nämlich eine Methode, der der BGH wenige Monate vor seiner Entscheidung zu den Mindestanforderungen der aussagepsychologischen Glaubhaftigkeitsbegutachtung eine Abfuhr erteilt hat, die aber in den letzten Jahren eine „Renaissance“ zu erleben scheint: der Polygraf (missverständlich auch als „Lügendetektor“ bekannt).¹¹⁸ Gebetsmühlenartig wiederholt ein Großteil der Literatur die Begründung des BGH, es bestünden zwar (zutreffend) keine rechtlichen Bedenken gegen eine Verwendung des Polygrafen im Strafverfahren, jedoch handle es sich um ein völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO.¹¹⁹ Ob letztere Erwägung in Anbetracht der deutlich höheren Trefferquoten bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung mithilfe des Polygrafen und der eben skizzierten Probleme der Aussagepsychologie seitens der Rechtsprechung revidiert wird, bleibt abzuwarten. Begrüßenswert wäre es.

¹¹⁶ *Gerhold*, ZIS 2020, 431 f., der auf erste Experimente verweist.

¹¹⁷ Vgl. *Gerhold*, ZIS 2020, 431 (432); siehe auch *Rodenbeck*, StV 2020, 479 (480 ff.), der aber einen Einzug künstlicher Intelligenz in deutsche Gerichtssäle „jedenfalls in näherer Zukunft“ nicht erwartet (483).

¹¹⁸ Vgl. dazu nur *Momsen*, KriPoZ 2018, 142; *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607.

¹¹⁹ BGHSt 44, 308 (315 ff.); zustimmend etwa *Drohse*, StV 2018, 827 (829); *Nestler*, JA 2017, 10 (16); *Rodenbeck*, StV 2020, 479 (480 f.).

Buchrezension

Otto Lagodny, Zwei Strafrechtswelten, Rechtsvergleichende Betrachtungen und Erfahrungen aus deutscher Sicht in Österreich, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2021, 244 S., € 59.

Die soziologische Form des Fremdseins ist eine „besondere Wechselwirkungsform“ von Nähe und Distanz erklärte *Georg Simmel* 1908 in seinem „Exkurs über den Fremden“.¹ Damit meinte *Simmel* nicht den Fremden in der Gestalt des „Wandernde[n], der heute kommt und morgen geht“, sondern den Fremden, „der heute kommt und morgen bleibt“.² Dieser verkörpere eine „[wechselwirkende] Einheit von Nähe und Entferntheit“, er gehöre zur einer bestimmten Gruppe, aber seine Position innerhalb der Gruppe sei dadurch bestimmt, dass er nicht von vornherein zu ihr gehört.³ Dieser so bestimmten Form des Fremden kommt nach *Simmel* eine besondere Bedeutung zu. Der Fremde, der heute kommt und morgen bleibt, kann eine „Attitüde ‚des Objektiven‘“ entfalten, die es ihm erlaubt „das Nahverhältnis aus der Vogelperspektive [zu] erleben und [zu] behandeln“.⁴ Er ist nicht festgelegt, sondern beweglich und kann trotz seiner Teilnahme am Gruppengeschehen „von außen“ auf dieses blicken.⁵

Dieser „Blick ‚von außen‘“, der Blick des Fremden, der heute kommt und morgen bleibt, ist *Ottos Lagodnys* Blick auf die „österreichische Strafrechtswelt“ in seinem vor kurzem erschienenen Buch „Zwei Strafrechtswelten“ (S. 31). *Lagodny*, der rechtswissenschaftlich deutsch sozialisiert und in Österreich seit 1999 als Universitätsprofessor tätig ist, bezieht sich auf *Georg Simmel* und bekennt sich ausdrücklich zu jenem teilnehmenden Blick des bleibenden „Fremden“ (S. 30 f.). Damit will er die Vorteile dieser Sicht, wie sie *Simmel* aufzeigt, d.h. Beweglichkeit, Freiheit und Objektivität, in den Dienst der Rechtsvergleichung stellen. Vor allem will er Facetten der österreichischen Rechtskultur aufzeigen, die von Österreichern selbst nicht wahrnehmbar sind. „Sie sind in dieser [österreichischen] Kultur und dieser Geschichte aufgewachsen, haben z.B. die Habsburger Geschichte oder die [...] ‚Pietas Austriaca‘ gleichsam von Kindesbeinen an erlebt und verinnerlicht“ (S. 31). Gerade diese zwei Aspekte haben nach *Lagodny* die österreichische Rechtsordnung erheblich geprägt. Dies leuchte aber seinen österreichischen Gesprächspartnern häufig nicht ein, da sie eben nicht den Blickwinkel des Fremden einnehmen können (S. 31).

Aus der Sicht des Fremden und auf der Basis seiner Alltagserfahrungen in Österreich unternimmt *Lagodny* eine umfassende kulturbezogene Strafrechtsvergleich. Sein treffender Ansatzpunkt ist, dass das Strafrecht im Vergleich zu den übrigen Rechtsgebieten am stärksten mit der Kultur

eines Landes verbunden ist.⁶ Unter Bezugnahme auf *Georg Jellinek* betrachtet er das Strafrecht als den „größte[n] Kulturmesser“ und „Prüfstein“ einer Gesellschaft (S. 34). Es spiegele die Interessen und Werte einer Gesellschaft wider (S. 34). Dies sei darauf zurückzuführen, dass es in besonderer Weise das Produkt historischer Entwicklungen und kultureller Eigenarten ist.⁷ Das Ziel *Lagodnys* ist die Untersuchung der für die Prägung des österreichischen Strafrechts maßgeblichen kulturspezifischen Faktoren sowie die Dokumentation ihres Einflusses in verschiedenen Rechtspraktiken und Vorschriften des gegenwärtigen Straf- und Strafprozessrechts. Die Untersuchung erfolgt mit einem vergleichenden Blick auf entsprechende oder gegenläufige Entwicklungen in Deutschland.

Als Ausgangspunkt wählt *Lagodny* die in Teil 1 aufgeführten Alltagsbeobachtungen in Österreich. Diese werden auf höchst unterhaltsame, erfrischende und zugleich auf eine von Respekt gegenüber den verschiedenen Rechtskulturen geprägte Art erzählt. *Lagodny* berichtet auch auf anekdotische Art, zum Beispiel von höflichen Umgangsformen im österreichischen Alltag, die oft nur behutsame Kritik zulassen, von der besonderen Bedeutung von Titeln, von „übertriebener Korrektheit“ oder vom sog. „Hausverstand“, einer spezifischen Ausprägung des „gesunden Menschenverstands“, der im Land hoch geschätzt sein soll. Auch Aspekte wie das Auftreten der Polizei oder die Rolle der Strafverteidigung gelangen in den Fokus seiner Beobachtungen.

Unter Zusammenführung aller Beobachtungen eines Fremden, der nach Österreich kam und blieb, stellt *Lagodny* dann im zweiten Teil Folgendes fest: Bei der österreichischen Gesellschaft handelt sich um eine „höfische Gesellschaft“ im Sinne des Kulturosoziologen *Norbert Elias* (S. 77 ff.). Die soziale Struktur dieser höfischen Gesellschaft sei das Ergebnis der langen Herrschaft der Habsburger. Ihre Ursprungsform ergibt sich aus Kontrollstrategien des Königs über den hohen Adel. Letzterer wird „verhofft“ (S. 80), d.h. er wird in den Hof eingebunden und dadurch in ein Abhängigkeitsverhältnis zum König gebracht (S. 79). Der König, wie *Lagodny* erklärt, wird zugleich zu einer Vaterfigur, die gütig über den Familien-Staat regiert (S. 86). Mit der höfischen Gesellschaft und der katholischen Tradition des „Erzhauses“ Habsburg hängen dem Beobachter zufolge „Aspekte der Subalternität und des Paternalismus“ zusammen, die als Phänomene im heutigen Österreich wahrnehmbar seien (S. 72). Das Triptychon „Gottvater–Landesvater–Hausvater“ gehöre zur „österreichischen Realverfassung“ (S. 86). Hierin liege auch eine mögliche Erklärung für die fehlende Auseinandersetzung der österreichischen Gesellschaft mit dem Nationalsozialismus und der diesbezüglichen Rolle Österreichs (S. 87).

Auf die lange habsburgische Herrschaft ist nach *Lagodny* auch ein weiteres Merkmal österreichischen (Rechts-)Denkens zurückzuführen, nämlich die Toleranz (S. 87 f.). Mit Bezugnahme auf den aufgeklärten Absolutismus unter Maria

¹ *Simmel*, Soziologie, 10. Aufl. 2021, S. 764 ff.

² *Simmel* (Fn. 1), S. 764.

³ *Simmel* (Fn. 1), S. 765.

⁴ *Simmel* (Fn. 1), S. 766 f.

⁵ *Simmel* (Fn. 1), S. 766; *Lagodny*, Zwei Strafrechtswelten, 2021, S. 31.

⁶ So *Beck*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 65.

⁷ *Hilgendorf*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Fn. 6), S. 15.

Theresia und der „Toleranzgesetzgebung“ unter Joseph II. spricht der Autor von einem österreichischen „Toleranzgedanken“. Dieser führe dazu, dass Widersprüchlichkeiten und Inkonsistenzen nicht als störend (auch im rechtswissenschaftlichen Kontext) empfunden werden (S. 72). Das Toleranzkonzept wird dem deutschen „Prinzipiendenken“ oder „Konsequenz-Denken“ gegenübergestellt. Beide Denkart seien mit dem in Deutschland großen Einfluss von Kant zu erklären (S. 88).

Während das deutsche Rechtsdenken stark durch Kant geprägt sei, werde das österreichische durch Kelsens Rechtslehre bestimmt (S. 121 ff.). In der Einflussnahme von Kelsens „Reiner Rechtslehre“ sieht *Lagodny* neben der langen habsburgischen Tradition und der Bedeutung der katholischen Kirche einen weiteren entscheidenden Prägungsfaktor der österreichischen Rechtsordnung und des österreichischen Rechtsdenkens. Er berichtet davon, dass in der Rechtswissenschaft, vor allem im Bereich des öffentlichen Rechts, die Ansicht Kelsens verbreitet ist, wonach Rechtspolitik strikt von der Rechtswissenschaft sowie ihren Nachbardisziplinen zu trennen sei (S. 122 ff., 129). Die Trennung von Recht, Politik und Nachbarwissenschaften lehnt *Lagodny* nachdrücklich ab. Das Konzept der „Reinheit der Wissenschaft“ sei auf ein Verständnis der Rechtswissenschaft als empirische Wissenschaft zurückzuführen (S. 126). *Lagodny* betont demgegenüber, dass die Rechtswissenschaft keine empirische Disziplin ist, sondern eine „Argumentationswissenschaft“ (S. 129 f.). „Ihr Erkenntnisziel kann nur das jeweils am meisten überzeugende Argument sein.“ (S. 129).

Was die Kooperation der Rechtswissenschaft mit benachbarten Disziplinen betrifft, könnte man auf die Notwendigkeit von Interdisziplinarität nicht treffender hinweisen, als es *Lagodny* tut: „Ohne interdisziplinäres Vorgehen oder jedenfalls die Bereitschaft dazu ist in der Rechtswissenschaft kaum mehr Innovatives zu erwarten“ (S. 134). Der Ausschluss der Interdisziplinarität sei eine Art „Kästchendenken“ (S. 133). Ein solches Kästchendenken diagnostiziert *Lagodny* auch innerhalb der Rechtswissenschaft selbst. Da in Österreich das Ordnungswidrigkeitenrecht dem Verwaltungsrecht zugehört, berichtet der Autor, sei die Betreuung einer Dissertation in diesem Bereich Strafrechtswissenschaftlern ohne entsprechende Lehrbefugnis im Verwaltungsrecht nicht gestattet (S. 60). Gleichwohl erzählt *Lagodny* an späteren Stellen des Buches (Teil 4, S. 212 ff.) von einem größeren Spielraum für interdisziplinäre Vorgehensweisen im Rahmen des österreichischen Jurastudiums als in Deutschland. Er berichtet von der „Offenheit des Studiums“, das nicht von Justizprüfungsämtern reguliert wird (S. 212). Beeindruckt liest man von dem Angebot interdisziplinärer studentischer Diskussionsrunden an der Juristischen Fakultät Salzburgs, bei denen auch die soziologische Analyse von Tischsitten oder sportwissenschaftliche Überlegungen zu Diätplänen zum Gegenstand werden (S. 213). In einem solchem Kontext der „Offenheit“ erscheint fachübergreifende Zusammenarbeit zumindest in der Lehre begünstigt zu sein. Das stark reglementierte und an Prüfungsleistungen orientierte deutsche Jurastudium lässt über das permanente Klausurentraining hinaus weniger Gestaltungsraum zu.

Nachdem *Lagodny* die aus seiner Sicht prägenden Faktoren – Herrschaft der Habsburger, katholische Kirche, die Rechtslehre Kelsens – in Teil 2 benannt und ihre Auswirkungen in bestimmten beobachtbaren Phänomenen wie Paternalismus, Toleranz, fehlende Konfrontation mit der eigenen Verstrickung in den Nationalsozialismus lokalisiert hat, geht er in Teil 3 zu den rechtsvergleichenden Einzelanalysen zum Straf- und Strafprozessrecht über (S. 135 ff.). In diesem Abschnitt konkretisiert *Lagodny* seine zuvor dargestellten Beobachtungen an ausgewählten Beispielen der Gesetzgebung und Rechtspraxis. Dies macht er in unmittelbarem Vergleich mit entsprechenden Regelungen und Rechtsdiskussionen in Deutschland. Der Autor befasst sich vor dem Hintergrund der österreichischen kulturhistorischen Besonderheiten mit einem großen Spektrum von Einzelunterschieden zwischen Deutschland und Österreich, die von der Gerichtssprache über die Vorfeldkriminalisierungstendenzen bis hin zur Gestaltung des Finanzstrafrechts in den zwei Ländern reichen. Aus der Fülle der interessanten Informationen sind einige wichtige Feststellungen und Beobachtungen des Autors hervorzuheben, die in prägnanter Form vor allem in Teil 4 in „persönliche[n] Schlussfolgerungen“ zusammengefasst werden: Das österreichische materielle Strafrecht könne in einigen Hinsichten für das deutsche vorbildlich sein, da es von Toleranz und Solidarität gekennzeichnet sei (S. 225). Hier zeigt sich nach *Lagodny* die Milde der paternalistischen höfischen Gesellschaft. Im österreichischen Strafprozessrecht komme hingegen ihr patriarchalischer Charakter zum Ausdruck: es weise „gar diktatorische Züge“ auf (S. 225).

Als Beispiel für das österreichische Toleranzdenken, das nicht auf Konsequenz und Prinzipien beharrt, nennt *Lagodny* unter anderem die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs (S. 143). Von Solidaritätsdenken ist, worauf *Lagodny* zu Recht hinweist, unter anderem die Notwehrregelung geprägt. Die Notwehr muss nach § 3 des österreichischen StGB „angemessen“ sein. Außerdem erfasst nach § 94 öStGB der Tatbestand des „Imstichlassens eines Verletzten“ ausdrücklich auch das „Imstichlassen“ des verletzten Angreifers. Die deutsche Ersetzung der Angemessenheitsprüfung durch Fallgruppen als sozialetisches Korrektiv zur fehlenden Güterabwägung sowie die deutsche Diskussion, ob ein „Unglücksfall“ im Sinne des § 323c dStGB vorliegt, wenn der Täter nicht rechtswidrig handelt, sind dagegen nach *Lagodny* Ausdrucksformen des unnachgiebigen deutschen Konsequenz-Denkens (S. 153, 157).

Anders als in Bezug auf das materielle Strafrecht zeichnet *Lagodny*, wie bereits erwähnt, ein negatives Bild des österreichischen Strafprozessrechts. Als zentrales Problem nennt er die wenig geschätzte Rolle der Strafverteidigung. Bereits das Gesetz bringe der Strafverteidigung ein Misstrauen entgegen; eine Einstellung, die in der österreichischen Bevölkerung verbreitet sei (S. 195, S. 226). Als Beispiel führt er unter anderem die rechtlichen Einschränkungen bei der Durchführung eines unüberwachten Mandantengesprächs an (S. 185 ff.). Auf eine Geringschätzung der Strafverteidigung deutet auch die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts in der österreichischen Rechtspraxis hin (S. 189 f.). *Lagodny* stellt eine „Reduktion des Strafverteidigers auf einen ‚Verfahrens-

hilfverteidiger“ (S. 191) fest. Die nachrangige Rolle der Strafverteidigung hänge mit der „Übermacht“ der Richterfigur zusammen, die wiederum Ausdruck des patriarchalischen Denkens sei (S. 181, 225 f.).

Lagodny bleibt nicht nur bei einer Gesamtbetrachtung der deutschen und österreichischen Rechtsordnung und des deutschen und österreichischen Rechtsdenkens stehen. Er will aus seinen Betrachtungen auch „[v]erallgemeinerbare Erkenntnisse für die (Straf-)Rechtsvergleiche“ (S. 211 oben) gewinnen. Eine der wichtigsten Erkenntnisse des Autors in diesem Zusammenhang betrifft die Perspektive einer Vereinheitlichung des Strafrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Verschiedenheiten der zwei Rechtskulturen seien so grundlegend, dass eine Vereinheitlichung des österreichischen und deutschen Strafrechts nicht möglich sei: „Wenn zwei historisch so eng verbundene Rechtsordnungen wie die deutsche und die österreichische ihr materielles Strafrecht nicht vereinheitlichen können, um so viel mehr ist es unmöglich, das Strafrecht Italiens und Finnlands zu vereinheitlichen.“ (S. 219). Damit bestätigt *Lagodny* die Richtigkeit der im Vergleich zur Assimilierung bescheideneren Harmonisierungsstrategie der EU im Bereich des Strafrechts. Das Ziel kann nicht die Vereinheitlichung, sondern grundsätzlich lediglich die Annäherung der nationalen Rechtsordnungen sein.⁸

Lagodnys kultursoziologische Rechtsvergleichung zeigt aber nicht nur die Grenzen einer Rechtsvereinheitlichung auf, sondern verdeutlicht auch die Probleme eines unreflektierten rechtspolitischen Imports (legal transplants).⁹ „In Österreich würde sich mit dem deutschen StGB nicht viel ändern, weil in Österreich ein völlig anderes Vorverständnis der Rechtswissenschaften besteht“, erklärt der Autor. „Vor allem“, so *Lagodny* weiter, „haben die handelnden Menschen und Organe ein ganz anderes Selbstverständnis“ (S. 219). Seine Beobachtungen und Ausführungen bekräftigen die eher untergeordnete Rolle der Sprache bei der Prägung einer Rechtskultur, wie bereits aus dem Kontext der Rechtskreislehre bekannt ist.¹⁰ Sprachgleichheit bedeutet nicht Rechtsgleichheit,¹¹ wie auch nicht denselben Denkstil. *Lagodnys* Ausführungen zu den unterschiedlichen Rechtsdenkmustern in Deutschland und Österreich stellen zugleich eine mittelbare Absage an Vorstellungen einer das Denken überhaupt determinierenden Rolle der Sprache dar, wie die radikale linguistische Relativitätstheorie sie vertritt.¹²

Insgesamt stellt *Lagodnys* Werk „Zwei Strafrechtswelten“ eine beeindruckende rechtsvergleichende Untersuchung dar, die trotz ihrer Tiefgründigkeit nicht nur für Juristen, sondern auch für Laien gut zugänglich bleibt. Das Buch zeichnet sich durch einen angenehmen Stil, feinen Humor sowie mutige

und sachliche Kritik aus. *Lagodny* zeigt, dass auch Fachbücher unterhaltsam sein können. Es ist nicht übertrieben zu sagen: Hat man einmal mit der Lektüre des Buches begonnen, wird man von ihr gefangen und will das Buch nicht mehr weglegen. Das Werk lässt sich außerdem als Vorbild souveräner kulturbezogener Strafrechtsvergleiche betrachten, die sich nicht als „beste“ Vorgehensweise versteht: „Die hier vorgenommene [Vergleichung] ist keineswegs ein Muster für ‚die idealtypische‘ Methode. Die gibt es nämlich nicht, genauso wenig wie es ‚die idealtypische‘ empirische Methode gibt“, schreibt der Autor (S. 210). Zudem werden Fach- und Allgemeinwissen auf höchst produktive Weise vermittelt. Für mich war die Lektüre sogar von besonderem Gewinn, da meine eigene Sicht auf die deutsche Strafrechtswissenschaft klarer geworden ist. Zunächst akademisch in Griechenland sozialisiert und dann nach Deutschland übersiedelt, verstehe ich nach über zehn Jahren Tätigkeit in diesem Feld sehr gut, was *Lagodny* mit dem „Blick des Fremden“ meint. Da ich zudem vier Jahre im deutsch-österreichischen Grenzgebiet gelebt habe, konnte ich gerade auch einige der alltäglichen Beobachtungen und Schilderungen des Autors gut nachvollziehen.

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

⁸ Vgl. Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 9 Rn. 28.

⁹ Dazu Brand, JuS 2003, 1082 (1087).

¹⁰ Dazu Brand, JuS 2003, 1082 (1089).

¹¹ Brand, JuS 2003, 1082 (1089).

¹² Zur Thematik der linguistischen Relativität im Recht Stefanopoulou, in: Bülow/Bung/Harnisch/Wernsmann (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, 2016, S. 49.

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

Rainer T. Cherkeh/Carsten Momsen/Jan F. Orth (Hrsg.), Handbuch Sportstrafrecht, C.H. Beck Verlag, München, 2021, 413 S., € 119.

I. Allgemeines zum Werk und der Bedeutung des Sportstrafrechts

Das Sportrecht befindet sich seit vielen Jahren auf dem Vormarsch und erfreut sich stetig zunehmender Beliebtheit im Kreise der Juristen. Dies mündete unter anderem in der Einführung einer eigenen Fachanwaltschaft. Auch der Bestand an sportrechtlicher Literatur wächst zunehmend, was sich unter anderem im Erscheinen von Fachzeitschriften, Schriftenreihen sowie Handbüchern manifestiert. Diesem Reigen tritt nun das in Fachkreisen lang ersehnte „Handbuch Sportstrafrecht“ der Herausgeber Cherkeh, Momsen und Orth bei. Das Handbuch nimmt eine Teilmaterie des Sportrechts in den Fokus, die nicht erst seit Einführung des Anti-Doping-Gesetzes (2015) und der §§ 265c, 265d, § 265e StGB (2017) eine beachtliche Rolle im Strafrecht spielt. Nicht zuletzt dieser Bedeutungsgewinn legt die Publikation eines entsprechenden Erläuterungswerkes mehr als nahe. Die Herausgeber dieses neuen Handbuches verfügen dank ihrer jahrelangen Forschung sowie praktischen Tätigkeit über eine herausragende Expertise auf diesem Gebiet und waren daher prädestiniert für die federführende Konzeption und Ausarbeitung eines solchen Mediums. Entsprechend hoch waren allerdings auch die Erwartungen an die nunmehr erschienene Debütauflage, welche auf den insgesamt 413 Seiten jedoch keinesfalls enttäuscht werden. Ein erlesener Kreis von zehn Autorinnen und Autoren aus Praxis und Wissenschaft bearbeitet die sportstrafrechtliche Materie auf durchgehend hohem Niveau und berücksichtigt entsprechende Literatur und Rechtsprechung bis einschließlich Juli 2020 (S. V).

Der Begriff des Sportstrafrechts soll dabei jedoch nicht in die Irre führen, denn es handelt sich inhaltlich nur an den wenigsten Stellen um Strafrecht im engeren Sinne (S. V). Vielmehr bildet diese Materie weit überwiegend den Gegenstand von Verbands- bzw. Vereinsrecht und ist somit letztlich zivilrechtlicher Natur. Herausgeber Orth bezeichnet den Begriff des Sportstrafrechts im Werk selbst daher auch als Neologismus, der zwei völlig unterschiedliche Systeme zusammenfasse (2. Kap. Rn. 1). So beinhalte er einerseits die Verhängung einer staatlichen Kriminalstrafe für Betätigungen, die zumindest mittelbar im Zusammenhang mit dem Sport stehen, vor allem aber erfasse er das im Verband verankerte Sanktionssystem, d.h. die sogenannte Strafe im Sport (2. Kap. Rn. 1). Das Sportstrafrecht verkörpert insofern eine Schnittmenge diverser materieller Rechtsgebiete und insbesondere auch des Verfahrensrechts. Genau an dieser Stelle liegen die Herausforderung und der Reiz dieses Rechtsgebietes zugleich. Dieses zu beherrschen, verlangt den Erwerb fundierter Kenntnisse im Privat-, Straf-, Verfahrens- und Verwaltungsrecht, gewährt aus genau diesem Grunde jedoch auch Einblick in die nahezu gesamte Bandbreite der Rechtswissenschaft.

II. Aufbau und inhaltlicher Umfang sowie ausgewählte Inhalte

Das nunmehr erschienene Handbuch versteht sich nach dem Ansinnen der Herausgeber in erster Linie als Erläuterungswerk für Praktiker, die in ihrer täglichen Arbeit mit der sportrechtlichen Materie befasst sind (S. V). Dies sollte jedoch keinesfalls zu dem Schluss führen, dass Juristen, die diesem Rechtsgebiet aus der wissenschaftlichen Perspektive begegnen, das Handbuch getrost bei Seite legen könnten. Auch sie werden an vielen Stellen des Werkes fündig, was nicht zuletzt auch der Expertise vieler Bearbeiterinnen und Bearbeiter aus Forschung und Lehre zu verdanken ist.

In seinem Aufbau und der Struktur wird das Handbuch von der Intention getragen, die Schnittstellen des Sportstrafrechts aufzuhellen (S. V) und somit letztlich den Zugang zu dieser breit gefächerten Materie zu erleichtern. Da bei den jeweils in Rede stehenden Fallkonstellationen eine Vielzahl verschiedener Rechtsgebiete tangiert ist, erfolgt die Darstellung nach einer Einführung (1. Kap.) und dem Aufarbeiten der organisationsrechtlichen Grundlagen (2. Kap.) in Gestalt eines phänomenologischen Aufbaus anhand derjenigen Verhaltensweisen, die die in Rede stehenden Sanktionen jeweils auslösen (S. V). In diesem Hauptteil untergliedert sich die Bearbeitung in fünf Kapitel, welche von der Verhängung und Überprüfung von Strafen im Sport (3. Kap.), dem Strafrecht im engeren Sinne bzw. der Ordentlichen Gerichtsbarkeit (4. Kap.), über das Zusammenspiel und die Wechselwirkungen zwischen staatlichem und verbandsrechtlichem Verfahren (5. Kap.) sowie den verschiedenen vorläufigen Rechtsschutzformen (6. Kap.) bis hin zu den Folgesachen (7. Kap.) reichen. Thematisch kann es daher in vier Teilgebiete untergliedert werden: das staatliche sowie verbandsrechtliche Strafrecht, das Sanktionenrecht und das Verfahrensrecht. Letzteres bildet, aufgrund seines fragmentierten und verschachtelten Charakters (S. V), einen wesentlichen Schwerpunkt der Bearbeitung. So werden in den Kapiteln fünf und sechs ausschließlich prozessrechtliche Aspekte behandelt, während in den Kapiteln eins bis vier zwar nicht mehrheitlich, aber doch auch prozessuale Erläuterungen enthalten sind. Dies führt allerdings nicht dazu, dass die materiellrechtlichen Fragestellungen des Sportstrafrechts in Ihrer Darstellung zu kurz geraten. Auch an diesen Stellen finden sich vielmehr ausführliche Passagen, die Rechtsanwendern und Rechtswissenschaftlern umfassende Kenntnisse vermitteln.

Dies gilt namentlich etwa für die Frage, wie das staatliche Strafrecht im Hinblick auf mögliche Strafbarkeiten wegen Körperverletzungsdelikten bei Einwirkungshandlungen eines Sportlers auf seinen Gegner reagieren solle (4. Kap., Rn. 159 ff.). In diesem Kontext streiten bis heute die sog. tatbestandsausschließende Lösung einerseits (4. Kap. Rn. 162 ff.) sowie die Rechtfertigungslösung andererseits (4. Kap. Rn. 165) um ihren Vorrang, wobei nach wie vor keiner Ansicht der entscheidende Durchbruch gelungen ist. Nicht nur die Lektüre dieses Abschnitts, sondern vielmehr das gesamte von *Momsen, Vaudlet* und *Wußler* verfasste vierte Kapitel „Strafrecht/Ordentliche Gerichtsbarkeit“ kann insbesondere den am Strafrecht im engeren Sinne interessierten Juristen wärmstens

empfohlen werden. Neben den oben bereits erwähnten Körperverletzungsdelikten werden in Grundzügen zudem mögliche Strafbarkeitskonstellationen im Sponsoring und der Hospitality (4. Kap. Rn. 260 ff.) sowie die rechtliche Sanktionierung von Compliance-Verstößen (4. Kap. Rn. 275 ff.), vor allem aber die strafrechtliche Würdigung des Manipulations- und Korruptionsgeschehens im Sport (4. Kap. Rn. 170 ff.) sowie des Dopings (4. Kap. Rn. 6 ff.) behandelt. Letzterer Gegenstand bildet einen Schwerpunkt dieses Kapitels. Autorin *Vaudlet* gliedert ihre Ausführungen überzeugend nach den jeweiligen Handlungsweisen, an die der strafrechtliche Vorwurf angeknüpft wird und untersucht hierbei zunächst die Konstellationen des Eigen- (4. Kap. Rn. 13 ff.) sowie Fremddopings (4. Kap. Rn. 50 ff.), auf die neben etwaigen Strafvorschriften im AntiDopG auch die Körperverletzungsdelikte des StGB sowie im Einzelfall die nebenstrafrechtlichen Vorschriften des BtMG oder AMG Anwendung finden können. Anschließend folgen Ausführungen zu entsprechenden Vorbereitungshandlungen (4. Kap. Rn. 99 ff.) und strafrechtlichen Begleiterscheinungen des Dopings, namentlich der Betrug (4. Kap. Rn. 125 ff.) und die Urkundenfälschung (4. Kap. Rn. 150 ff.).

Seitens des Schrifttums besonders kritisch begleitet wurden die 2017 in das StGB eingefügten §§ 265c ff. StGB, welche dem Sportwettbetrug sowie der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe auf strafrechtlicher Ebene begegnen sollen.¹ Auch *Momsen* schließt sich in seinen Ausführungen im Handbuch den Kritikern an, indem er diese Normen als strafrechtliche Sonderregeln für den Sport tituliert, wobei letztlich unklar bleibe, wodurch sich eine solche Sonderbehandlung rechtfertigen lasse (4. Kap. Rn. 172). Zudem seien sowohl die tatbestandlichen Anforderungen an die Personen, welche Trainern in ihrem Einfluss gleichgestellt sein sollen, als auch der im Gesetz gewählte Sportbegriff allgemein zu unbestimmt, was erhebliche Spannungen mit Blick auf das verfassungsrechtlich verankerte Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG erzeuge (4. Kap. Rn. 174 und 177). Bearbeiterin *Vaudlet* spart auch hinsichtlich des § 265d StGB nicht an Kritik, wobei sie diesbezüglich insbesondere die Tatbestandseinschränkung auf berufssportliche Wettbewerbe in den Mittelpunkt stellt. Ob ein solcher Grad an Professionalisierung vorliege, hänge vielmehr von Zufällen ab (4. Kap. Rn. 223). Die Einschränkung stehe vor allem aber im Widerspruch zur gesetzgeberischen Intention, da sie den Bereich des Amateursports nicht erfasse, obwohl die Norm gerade den Schutz der Integrität des Sportes bezwecken soll (4. Kap. Rn. 224).

Wer sich demgegenüber näher mit dem Verbandssanktionenrecht, d.h. der Verhängung von Strafen im Sport beschäftigen möchte, wird hierbei in den von Mitherausgeber *Orth* verfassten Abschnitten fündig. So skizziert der Autor gleichermaßen verständlich wie umfangreich die organisationsrecht-

lichen Grundlagen des Sports (2. Kap. Rn. 102 ff.), welche insbesondere durch die sog. Verbandspyramide (2. Kap. Rn. 130 ff.) und das sog. Ein-Platz-Prinzip (2. Kap. Rn. 153 ff.) gekennzeichnet sind. Diese Strukturen haben erhebliche Auswirkungen auf die Möglichkeit der Verhängung von Verbandsstrafen. Eine wesentliche Bedeutung kommt an dieser Stelle der einheitlichen Regelgeltung innerhalb eines Sportbetriebes zu (2. Kap. Rn. 164 ff.). Da sich die Regelungsgewalt eines Verbandes nämlich stets nur auf seine unmittelbaren Mitglieder erstreckt und etwa die einzelnen Sportler nur mittelbare Mitglieder der übergeordneten Verbände werden (2. Kap. Rn. 168), stellt sich die Frage, wie eine Regeldurchgeltung von oben nach unten innerhalb der Verbandspyramide rechtlich zu erzielen ist. *Orth* stellt an dieser Stelle umfassend die hierzu vertretenen Lösungsansätze dar (2. Kap. Rn. 169 ff.), die sich grundsätzlich in Korporationsmodelle (2. Kap. Rn. 170 f.) und den Regelanerkennungsvertrag (2. Kap. Rn. 172 ff.) unterteilen lassen. Der Autor kommt dabei zu Recht zu dem Schluss, dass letzterem mittlerweile die größte praktische Bedeutung zukommt (2. Kap. Rn. 169). Demgegenüber verlören die Korporationsmodelle zunehmend an Anklang. Zutreffend stellt der *Verf.* fest, dass sich die an dieser Stelle einst vertretenen Ansätze der Regeldurchgeltung kraft unmittelbarer Verbandsmitgliedschaft oder die Umsetzungsverpflichtung kraft Satzung im heutigen organisierten Sport als völlig impraktikabel erwiesen haben und daher nicht mehr ernsthaft diskutiert werden (2. Kap. Rn. 170). Wenngleich *Orth* für das Modell der dynamischen (Satzungs-)Verweisung gewisse Sympathien zu hegen scheint, empfiehlt er ein solches Modell dem Praktiker nicht, da auch diese korporationsrechtliche Lösung nicht die Zustimmung der h.M. finde, die eine solche Lösung für unwirksam halte (2. Kap. Rn. 171). Das Mittel der Wahl bilde somit vielmehr der Regelanerkennungsvertrag, welcher in mannigfaltiger Gestalt im Sport zu finden sei (2. Kap. Rn. 173) und unlängst auch den Segen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung erhalten habe (2. Kap. Rn. 172). Seine Wirksamkeit bemesse sich nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts (2. Kap., Rn. 174 ff.).

III. Zusammenfassung

Das Handbuch hält in jeder Hinsicht das, was es verspricht. Es bietet einen Leitfaden durch die gesamte Materie des Sportstrafrechts und arbeitet dabei umfassend die verschiedensten Facetten dieses Rechtsgebiets auf. Dabei gelingt der nicht leicht zu bewältigende Spagat, eine breit gefächerte Querschnittsmaterie kompakt sowie verständlich darzustellen und dem interessierten Leser somit einen schnellen und zugleich strukturierten Zugang zu diesem Rechtsgebiet zu ermöglichen. Die Lektüre des Handbuches bietet dabei den unterschiedlichsten Lesern einen Mehrwert. So ermöglicht es dem Neuling, schnell auf diesem Rechtsgebiet Fuß zu fassen, gleichwohl bietet es auch für Fortgeschrittene die Möglichkeit, ihre Kenntnisse zu vertiefen. Dem Werk wohnt daher das Potential zu einem neuen Standardwerk inne. Wer im Sportstrafrecht „unterwegs“ ist oder dies künftig sein möchte, sollte auf das Handbuch nicht nur zurückgreifen, er wird in Zukunft auch schwerlich auf dieses verzichten können.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Till Pörner, Potsdam

¹ Vgl hierzu stellvertretend für eine Vielzahl von Publikationen etwa die Aufsätze von *Bohn*, KriPoZ 2017, 88; *Krack*, ZIS 2016, 540; *Reinhart*, SpuRt 2016, 235; *Stam*, NZWiSt 2018, 41. Ganz aktuell und kritisch in dieser Ausgabe *Krack*, ZIS 2021, 486.