

1/2022

S. 1-139

17. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Schuldbegriff und soziale Exklusion

Von Prof. Dr. Bruno Tadeu Buonicore, Brasília

1

Grundvoraussetzungen gemeinschaftlicher Organisation im Strafrecht

Von Dr. Andrés Falcone, LL.M. (Regensburg), Buenos Aires

13

Der dolus alternativus

Von Dr. Yao Li, Potsdam

27

Aussagedelikte und Dolmetscher

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam

35

Der Mann als einziger tauglicher Täter exhibitionistischer Handlungen nach § 183 StGB

Von Richter am Amtsgericht Dr. Christian van Endern, Oberhausen

41

Gegen Personen des politischen Lebens gerichtete Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung: Welches Rechtsgut wird durch § 188 StGB geschützt?

Von Dr. Christian Rühls, Bochum

51

Verbales Verwenden? Zur Auslegung der Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 8.4.2020 – 3 StR 5/20 = NStZ 2021, 229

Von Dr. Dr. Philipp-Alexander Hirsch, Dipl.-Jur. Matthias Dölling, Göttingen

68

Das Verhältnis von Eigentums- und Vermögensdelikten als ein Problem des allgemeinen Gleichheitssatzes Zugleich: Plädoyer für die Aufgabe des „wirtschaftlichen“ Vermögens- und Schadensbegriffs

Von Dr. Sören Lichtenthäler, Wiesbaden

77

Die Strafbarkeit der Kandidaten-Bestechung

Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 1.6.2021 – 6 StR 119/21

Von Prof. Dr. Till Zimmermann, Trier

89

Die Vernachlässigung strafrechtlicher Wertungen in der Bekämpfung der Corona-Pandemie

Von Prof. Dr. Volker Erb, Mainz

95

Unterlassene Hilfeleistung gegenüber Covid-19-Patienten über die Landesgrenze hinaus?

Von Privatdozentin Dr. Dorothea Magnus, LL.M. (San Diego, Kalifornien), Hamburg

106

Acerca del discurso científico-jurídico

O: ¿Qué puede y debe hacer un recensor?

De Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

113

Herausgeber

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Michael Hegmanns

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhlí

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Anne Schneider

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn

Prof. Dr. Frank Zimmermann

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

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

| |
|--|
| Herausgeber |
| Prof. Dr. Andreas Hoyer |
| Prof. Dr. Thomas Rotsch |
| Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn |
| Schriftleitung |
| Prof. Dr. Thomas Rotsch |
| Redaktion (national) |
| Prof. Dr. Michael Heghmanns |
| Prof. Dr. Dr. Milan Kuhlí |
| Prof. Dr. Holm Putzke |
| Prof. Dr. Thomas Rotsch |
| Prof. Dr. Anne Schneider |
| Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn |
| Prof. Dr. Frank Zimmermann |
| 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 |
| Prof. Dr. Thomas Rotsch |
| Lektorat fremdsprachiger Beiträge |
| Noelia Nuñez |
| Eneas Romero |
| Jaime Winter Etcheberry |
| Internetauftritt |
| René Grellert |
| ISSN |
| 1863-6470 |

1/2022

S. 1-139

17. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

AUFSÄTZE (FORTS.)

Strafrecht (Forts.)

Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit von Anstaltsleitern bei vollzugsöffnenden Entscheidungen im Strafvollzug

Von Prof. Dr. Ineke Regina Pruin, Bern

116

Grenzen des Rechtsschutzes bei der akzessorischen Rechtshilfe in der Schweiz
Theorie vs. Realität

Von RA Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL.M. (London), St. Gallen,
RAin PD Dr. iur. Madeleine Camprubi, Zürich

127

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Eric Hilgendorf (Hrsg.), Das Schuldprinzip im deutsch-chinesischen Vergleich, Beiträge der vierten
Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands in Hangzhou vom 8. bis 12. September
2017, 2019

(Prof. Dr. Johannes Kaspar, Augsburg)

136

Schuldbegriff und soziale Exklusion

Von Prof. Dr. Bruno Tadeu Buonicore, Brasília*

Der vorliegende Beitrag wird sich schwerpunktmäßig mit der Frage beschäftigen, inwiefern der sozial exkludierte Staatsbürger aufgrund einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung so bestraft werden darf, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre. Wenn der von einer strafrechtlichen Norm Betroffene keinen konkreten Zugang zu positiven, fundamentalen, in der Verfassung vorgesehenen Grundrechten wie Gesundheit, Bildung, Kultur, Arbeit, Qualitätslebensmitteln, sanitärer Grundversorgung, Sicherung, Qualitätsunterkunft usw. hat, wäre es überhaupt gerecht, dass diese konkreten Bedingungen nicht von der Strafrechtsdogmatik in Betracht gezogen werden? Der Zweck dieses Artikels ist es, diese Bedingungen auf der Ebene des strafrechtlichen Schuldbegriffs zu bearbeiten, und zwar in Auseinandersetzung mit dem Ansatz von Klaus Günther.

This article will focus on the question to what extent the socially excluded citizen – here called sub-citizen – may be punished on the basis of an act contrary to the constitutional law, as if he were a concrete citizen? If the victim of criminal norm does not have concrete access to positive, fundamental, constitutionally provided basic rights such as health, education, culture, work, quality food, basic sanitation, security, quality shelter, etc., would it be at all just that these concrete conditions are not considered by the criminal law dogmatics of the crime? The purpose of this article is to deal with these conditions at the level of the criminal concept of guilt, in discussion with Klaus Günther's approach.

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag wird sich schwerpunktmäßig mit der Frage beschäftigen, inwiefern der sozial exkludierte Staatsbürger aufgrund einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung bestraft werden darf, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre. Wenn der von einer strafrechtlichen Norm Betroffene keinen konkreten Zugang zu positiven, fundamentalen, in der Verfassung vorgesehenen Grundrechten wie Gesundheit, Bildung, Kultur, Arbeit, Qualitätslebensmitteln, sanitärer Grundversorgung, Sicherung, Qualitätsunterkunft usw. hat, wäre es überhaupt gerecht, dass diese konkreten Bedingungen nicht von der Strafrechtsdogmatik des Verbrechens auf der Ebene strafrechtlicher Schuld in Betracht gezogen werden? Es handelt sich um eine Überlegung zur Rolle des sozial-exkludierten Staatsbürgers im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Schuldbegriff.

Wir gehen grundsätzlich davon aus, dass die im Rahmen der Theorie der kommunikativen Freiheit Günthers entwickelte Vorstellung,¹ der Staatsbürger dürfe deswegen legiti-

merweise Gegenstand des strafrechtlichen Schuldvorwurfs sein, weil ihm die kommunikative Freiheit zur „politischen Teilnahme an demokratischen Verfahren der Meinungs- und Willensbildung über die Setzung von Rechtsnormen“² zukomme, sich keineswegs im Kontext sozialer Exklusion reproduzieren lässt. Während die Freiheit zur politischen Teilnahme als subjektives Recht innerhalb der sog. deliberativen Demokratie auf formale und abstrakte Weise dem Staatsbürger zwar zugeschrieben wird, weist aber die soziale Realität besondere Merkmale auf, die einen alternativen theoretischen Ansatz erfordern – soziale Inklusion gilt unseres Erachtens als Möglichkeitsbedingung der politischen Teilnahme an demokratischen Verfahren und damit als Voraussetzung individueller Freiheit und strafrechtlicher Schuld.

In diesem Sinne werden hier folgende Thesen zur Diskussion gestellt: 1. Es muss im Kontext sozialer Exklusion bei der Rechtfertigung eines strafrechtlichen Eingriffs ein deutlicher normativer Unterschied zwischen bloß formaler und konkreter Staatsbürgerschaft bestehen; 2. die formale Operation der Zuschreibung der sog. kommunikativen Freiheit als abstraktes Merkmal des Staatsbürgers, die den strafrechtlichen Vorwurf des Individuums rechtfertigt, soll durch eine konkrete Operation *materieller Anerkennung* ersetzt werden; 3. wenn ein bloß formaler Staatsbürger vom Staat bestraft wird, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre, stellt sich die Frage nach der Gerechtigkeit eines solchen Vorgehens im Rahmen der Strafrechtsdogmatik. Hintergrund ist die mögliche Unverhältnismäßigkeit zwischen Pflichten und Rechten im Staat-Bürger-Verhältnis; 4. wenn ein formaler, aber keineswegs konkreter bzw. materieller Staatsbürger eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung begeht, dann ist der Staat aufgrund seiner defizitären materiellen Anerkennung mitverantwortlich für das Verbrechen, da ein bloß formaler Staatsbürger nicht legitimerweise vom Strafrecht behandelt werden darf, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre – die materiellen sozialen Bedingungen, die den bloß formalen vom konkreten Staatsbürger trennen, müssen von der Strafrechtsdogmatik in Betracht gezogen werden und zwar auf der Ebene des Schuldbegriffs.

Als zentrale theoretische Basis für die Konstruktion dient die Theorie des „sub-citizen“ in der sog. „Latin American peripheral modernity“ des brasilianischen Rechtswissenschaftlers Marcelo Neves, und zwar im Zusammenhang mit Axel Honneths Perspektive der materiellen Anerkennung, die eine „soziale Deutung“ der individuellen Freiheit des Staatsbürgers liefert.

II. Die Theorie der kommunikativen Freiheit bei Günther und ihre Folge für die strafrechtliche Schuld

In Anschluss an Merkels Zurechnungslehre³ verwendet Günther den grundlegenden Ausgangspunkt, dass es einen internen Zusammenhang zwischen der die strafrechtliche

* Der Verfasser ist Professor beim Centro Universitário de Brasília – CEUB (Brasilien).

¹ Dazu siehe Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005, S. 3 ff. Ähnlich die Konstruktion von Kindhäuser, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 761.

² Günther (Fn. 1), S. 245.

³ Vgl. Günther (Fn. 1), S. 5–37.

Verantwortung legitimierenden Fähigkeit zur Normbefolgung und der demokratischen Legitimation der Rechtsordnung bzw. des Strafrechtssystems gibt.⁴ *Günther* vertritt auf diese Weise die Existenz einer normativen Verbindung zwischen der Geltung strafrechtlicher Normen und der Rechtfertigung der schuldbasierten Individualisation ihrer Verletzung im Kontext des demokratischen Rechtsstaats.⁵ Die Brücke zwischen der personalen Verantwortung im Strafrecht (Anerkennung der Möglichkeit des Subjekts zur Normbefolgung) und der legitimen Herstellung von Normen (Anerkennung der Möglichkeit des Subjekts zur Normsetzung) wird von *Günther* anhand des Begriffs der deliberativen Person gebaut.⁶ Unter deliberativer Person wird bei *Günther* der Staatsbürger verstanden,⁷ der als „Träger des Rechts auf politische Teilnahme an demokratischen Verfahren der Meinungs- und Willensbildung über die Setzung von Rechtsnormen“ innerhalb der sog. deliberativen Demokratie anzuerkennen ist.⁸

Im Rahmen des demokratischen Verfahrens ist die Geltung bzw. die Verbindlichkeit des Rechts „von öffentlichen Diskursen und Entscheidungsverfahren abhängig [...], an denen alle Staatsbürger das Recht haben teilzunehmen“.⁹ Daraus stammt das zentrale Argument der Theorie der kommunikativen Freiheit als Grundlage strafrechtlicher Schuld bei *Günther*: Der rechtswidrig handelnde Täter ist als deliberative Person nicht nur als der Adressat (Rechtsperson), sondern auch als der Autor (Staatsbürger) strafrechtlicher Normen selbst anzusehen¹⁰ – der Autor der rechtswidrigen Handlung ist anhand der Institutionalisierung des demokratischen Verfahrens potenziell auch der Autor der strafrechtlichen Norm, die er durch diese Handlung verletzt hat. Das ist nach *Günther* der Grund der Zurechnung seiner personalen Verantwortung: „Vielmehr gründet sich die Normbefolgungspflicht ja gerade auf das gegenüber jeder positiv geltenden Norm weiterhin bestehende Recht und auf die Möglichkeit, die ablehnende Stellungnahme im demokratischen Verfahren zur Geltung zu bringen, also die Staatsbürgerrolle effektiv wahrzunehmen.“¹¹

In diesem Sinne erörtert *Günther*: „Die Legitimation [der strafrechtlichen Verantwortung bzw. Schuld] muss von der Art sein, dass die individuell verantwortlichen Rechtspersonen von der Rolle des Normadressaten in die Rolle eines Staatsbürgers wechseln können, in welcher sie sich an der Herstellung legitimer Rechtsnormen beteiligen.“¹² Dies deutet darauf hin, dass bei *Günther* Autor und Adressat strafrechtlicher Normen zwei konstitutive Charakteristika der

deliberativen Person sind, die dem rechtswidrig handelnden Täter zugeschrieben werden.¹³

Daraus folgt, dass die deliberative Person nicht nur das generelle Recht auf Teilnahme an dem demokratischen Verfahren, sondern auch die generelle Pflicht hat, die anhand eines demokratischen Verfahrens hergestellten Normen zu befolgen, da diese Normen „Verbindlichkeit“ gegenüber der deliberativen Person als Rechtsperson (Normadressat) „beanspruchen“.¹⁴ Beide Rollen der deliberativen Personen im gesetzlichen demokratischen Verfahren – als (aktive) Staatsbürger und als (passive) Rechtspersonen – hängen innerlich mit ihrer Fähigkeit zusammen, „sich von Handlungen und Äußerungen zu distanzieren und kritisch Stellung nehmen zu können“.¹⁵

Die deliberative Person – als Adressat und Autor strafrechtlicher Normen – kann „sowohl gegenüber fremden Äußerungen und Handlungen als auch gegenüber den eigenen sich kritisch verhalten. Kritisch nenne ich eine Stellungnahme dann, wenn sie auf Gründe gestützt wird. Eine Person, der die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme zugeschrieben wird, kann also den kognitiven Akt der begründeten Stellungnahme zu Äußerungen und Handlungen vollziehen.“ Weiter heißt es bei *Günther*: „Außerdem ist sie imstande, den von ihr jeweils akzeptierten Gründen zu folgen, also einen volitiven Akt zu vollziehen. Gründe sind dadurch definiert, dass sie eine Person zur Änderung ihrer Äußerung und Handlungen motivieren können.“¹⁶ Beide Akte, also die Motivation der Handlung und auch die Handlung an sich (Änderung in der Außenwelt), gehören *Günther* zufolge zur Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme der deliberativen Person als Rechtfertigung der strafrechtlichen Schuld.¹⁷

Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme (oder „deliberative Fähigkeit“¹⁸) bedeutet in diesem Kontext Fähigkeit zur Normbefolgung und folglich Fähigkeit zur Schuld, da *Günther* die Möglichkeit des Täters als Staatsbürger voraussetzt, an dem Akt der Herstellung der von ihm verletzten Norm im demokratischen Verfahren teilnehmen zu können und das Verfahren selbst kritisieren zu können – wer den Inhalt einer Norm schon bei ihrer Herstellung kritisieren kann, ist *Günther* zufolge auch imstande, 1. seine eigenen Akte gegenüber dieser Norm zu kritisieren („Gründe“); 2. diese Norm zu befolgen und 3. für die Verletzung dieser Norm verantwortlich gemacht zu werden. So kann man die zur Grundlage strafrechtlicher Schuld führende Rechtfertigungskette bei *Günther* zusammenfassend betrachten. Es ist dann festzuhal-

⁴ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 245 und S. 253.

⁵ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 245 ff.

⁶ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 253.

⁷ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 248 f. Zur komplexen Beziehung der Begriffe „deliberative Person“, „Staatsbürger“ und „Rechtsperson“ siehe S. 253–254.

⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 245. Dazu siehe *ders.*, Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), 143.

⁹ *Günther* (Fn. 1), S. 245.

¹⁰ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 249.

¹¹ *Günther* (Fn. 1), S. 254.

¹² *Günther* (Fn. 1), S. 1.

¹³ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 245 ff.

¹⁴ *Günther* (Fn. 1), S. 251.

¹⁵ *Günther* (Fn. 1), S. 246, 248.

¹⁶ *Günther* (Fn. 1), S. 246. Zur Selbstausslegung der Staatsbürger, also zur Möglichkeit kritischer Stellungnahme der Staatsbürger gegenüber ihren eigenen Handlungen siehe *Günther*, in: Forst (Hrsg.), Sozialphilosophie und Kritik, 2009, S. 286; *ders.*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 1, 1998, S. 319.

¹⁷ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 246 ff.

¹⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 249.

ten, dass die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme deliberativer Personen bei *Günther* den Inhalt der Schuld selbst ausmacht: „Die Pflicht zur Befolgung des Rechts setzt beim Adressaten voraus, dass er die Fähigkeit besitzt, kritisch zu seinen eigenen Handlungen und Äußerungen Stellung zu nehmen [...]. Der Adressat kann wählen, ob er der Norm folgt und aus welchen Gründen er dies tut [...]“¹⁹ – das ist sozusagen das „Anders-handeln-Können“ *Günthers*.

Um die Fähigkeit zur Normbefolgung der deliberativen Person (Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme) jedoch zu ergänzen, wird sie mit zwei weiteren Elementen verknüpft. Das erste Element ist die Fähigkeit, „an Argumentationen teilnehmen zu können“. Da die Gründe sich in diesem Kontext aus Argumentationen „über strittige Geltungsansprüche von expliziten oder impliziten Äußerungen“²⁰ ergeben, gibt es keine begründete kritische Stellungnahme ohne die Teilnahmemöglichkeit an einem intersubjektiven Argumentationsraum bzw. öffentlichen Diskurs – die deliberative Person „kann ihre Stellungnahme auf Gründe stützen, die sie in der Rolle eines zumindest virtuellen Diskursteilnehmers überprüfen kann, sie kann den von ihr akzeptierten Gründen handelnd folgen und auf diese Weise zum zurechnungsfähigen Autor ihrer Äußerungen und Handlungen werden [...]“²¹ Das zweite Element besteht darin, dass die deliberative Person sich als eine „hervorbringende Quelle ihrer Handlung und Äußerungen selbst [betrachten] und von Dritten auch so behandelt“ werden muss. Die kritische Stellungnahme der deliberativen Person muss als die subjektive Quelle und Ursache ihrer Handlungen und Äußerungen bezeichnet werden. Im Hinblick darauf wird die „Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme“ nach *Günther* zum „Zurechnungsgrund“ der Handlung – sie wird zur kommunikativen Freiheit als Grundlage der Schuld gemacht: „Wenn die Zuschreibung der Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme unter anderem die Funktion hat, Äußerungen und Handlungen auf eine Person als ihren Autor zurückzuführen, dann lässt sich diese Fähigkeit als kommunikative Freiheit bezeichnen.“²² Im Folgenden ist die kommunikative Freiheit der deliberativen Person als Folge einer nicht-utilitaristischen Zuschreibungsoperation²³ bei *Günther* (in Entgegensetzung zum Funktionalismus von Roxin und Jakobs) zu analysieren.

Die deliberative Demokratie rechnet mit der unverzichtbaren Voraussetzung der Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme ihrer Teilnehmer. Eine solche Fähigkeit setzt ihrer-

seits die Existenz des demokratischen Verfahrens als Möglichkeitsbedingung voraus. So besteht bei *Günther* keine deliberative Demokratie ohne kommunikative Freiheit und keine kommunikative Freiheit ohne deliberative Demokratie. Es handelt sich bei diesem Bezugsrahmen um eine zirkuläre Zuschreibungsoperation der individuellen Freiheit bzw. der Fähigkeit zur Normbefolgung: „Demokratische Verfahren setzen eine deliberative Person voraus und reproduzieren sich im allgemeinen Gebrauch der einer deliberativen Person zugeschriebenen Fähigkeiten.“²⁴ In diesem Zusammenhang werden die deliberativen Personen als Autoren der Norm insofern bezeichnet, als sie an einem „öffentlichen Wettbewerb“ (dem demokratischen Verfahren) teilnehmen können, in dessen Rahmen ihre kritischen Stellungnahmen „gegenüber Normvorschlägen“ anderer Teilnehmer des intersubjektiven bzw. kommunikativen Verfahrens „argumentativ überprüft werden können“.²⁵

Obwohl das demokratische Verfahren in diesem Kontext als eine Art der Manifestation des öffentlichen Diskurses betrachtet werden kann („Demokratische Verfahren ermöglichen zwar die differenzierte Behandlung von Geltungsansprüchen und die argumentative Überprüfung von Gründen für oder gegen einen erhobenen Geltungsanspruch“), ist es nicht mit den Diskursen „identisch“: „Im Unterschied zu Diskursen sind demokratische Verfahren so organisiert, dass sie innerhalb von befristeter Zeit Mehrheitsentscheidungen über die positive Geltung von Rechtsnormen ermöglichen.“ Das hat zur Folge, dass die kommunikative Freiheit bzw. die Fähigkeit zur Normbefolgung auch dann zugeschrieben werden darf, wenn die deliberative Person keine konkrete Stellung gegenüber der Herstellung der Norm genommen hat, und auch wenn ihre Stellungnahme „durch bessere Gründe“ abgelehnt wird: „Rechtsnormen gelten also auch für solche Personen, die nicht kritisch Stellung genommen haben und für solche, die trotz ihrer kritischen Stellungnahme nicht überzeugt worden sind.“²⁶ Es geht um das spezifische Merkmal deliberativer Personen innerhalb der demokratischen Prozedur: Sie sind als Staatsbürger zu begreifen, die „ihre Teilnahme an Argumentationen in der Form eines subjektiven Rechts auf politische Teilnahme an rechtlich institutionalisierten Prozeduren der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung ausüben.“²⁷

Daher hat die deliberative Person – als Staatsbürger – nicht die Pflicht, die „ihr zugeschriebene Fähigkeit der kritischen Stellungnahme“, also die ihr zugeschriebene kommunikative Freiheit faktisch anzuwenden, aber sie hat als Rechtsperson dennoch die Pflicht, die Normen zu befolgen, da die Geltung des Rechts sich „nicht auf die [konkrete] zustimmende oder ablehnende Stellungnahme eines jeden einzelnen Staatsbürgers“, sondern „nur auf das verfahrensmäßi-

¹⁹ *Günther* (Fn. 1), S. 251 f.

²⁰ *Günther* (Fn. 1), S. 246 f.

²¹ *Günther* (Fn. 1), S. 248.

²² *Günther* (Fn. 1), S. 247 f. Hierzu *ders.*, in: Koller/Varga/Weinberger (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, Ungarisch-österreichisches Symposium der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990, 1992, S. 58 ff.

²³ Zu den gebotenen Zuschreibungsoperationen bei *Günther*: „In einem emphatischen, materiellen Sinne sind Zuschreibungen geboten, wenn es legitimierende Gründe dafür gibt, eine Regel festzusetzen, die eine Zuschreibung gebietet.“ *Günther* (Fn. 16 – Lüderssen), S. 342.

²⁴ *Günther* (Fn. 1), S. 248.

²⁵ *Günther* (Fn. 1), S. 248–249.

²⁶ *Günther* (Fn. 1), S. 249, 252.

²⁷ *Günther* (Fn. 1), S. 250, 252. In diese Richtung, zur Differenzierung mithilfe des rousseauistischen Modells der „Selbstgesetzgebung“ siehe S. 254.

ge Zustandekommen der Norm überhaupt“ gründet.²⁸ Anders formuliert: Die Pflicht zur Normbefolgung der deliberativen Person als Rechtsperson lässt sich mit einem subjektiven Recht (oder einer Möglichkeit) auf Teilnahme an dem Rechtssetzungsprozess durch die deliberative Person als Staatsbürger verbinden, nicht aber mit der konkreten Anwendung dieses Rechts.²⁹ Die Pflicht jeglicher deliberativen Person, die strafrechtliche Norm zu befolgen, gründet sich „nur auf sein gleiches Recht zur öffentlichen Ausübung seiner Kritikfähigkeit und auf die rechtlich institutionalisierte Prozedur, in der dieses Recht wirksam ausgeübt werden kann“ – das subjektive Recht „auf Ausübung dieser Fähigkeit“³⁰ begründet das „Etwas-für-das-Unrecht-Können“ bei *Günther*.

Daraus folgt, dass die Fähigkeit zur Normbefolgung im Strafrecht (das „Etwas-für-das-Unrecht-Können“) bei *Günther* jedem Staatsbürger als die positive Seite der individuellen Freiheit und als Begründung der strafrechtlichen Schuld abstrakt und generalisierend zugeschrieben wird.³¹ Die zugeschriebene Fähigkeit des Staatsbürgers, an demokratischen Verfahren potenziell teilnehmen zu können, gilt dabei als die Fähigkeit zur Schuld selbst – es gibt bei *Günther* eine flächendeckende Identifikation zwischen dem subjektiven Recht auf politische Teilnahme (als potenzielle Fähigkeit jedes Staatsbürgers) einerseits und der Zuschreibung individueller Freiheit als Rechtfertigung strafrechtlicher Schuld im Rahmen der deliberativen Demokratie andererseits.

Wenn eine ethische Perspektive im Hintergrund des Schuldbegriffs *Günthers* festgestellt werden kann, betrifft es sicherlich die Diskursethik. Auf deutliche Weise bemüht sich *Günther* um eine Distanzierung von den traditionellen Vorstellungen des ethischen Vorwurfs, von der moralischen Selbstbestimmung und vom sittlichen Tadeln (Voraussetzungen, die aus der Subjektphilosophie kommen), also um eine vollkommene Distanzierung der Rechtsperson von der moralischen Person.³² Es kann dazu jedoch nicht behauptet werden, dass die Konstruktion *Günthers* sich auf keine ethische Perspektive gründet. Im Gegenteil: *Günthers* Begriff beruht auf einem ganz besonderen ethischen Ansatz: der von *Habermas* und *Apel* entwickelten Diskursethik, einer Art prozeduraler Ethik.³³

Wenn das finalistische „Anders-handeln-Können“ durch das auf der reflexiven Kritikfähigkeit des Straftäters beruhenden

de „Anders-gegenüber-der-Norm-wählen-Können“³⁴ ersetzt wird, enttranszendentalisiert *Günther* zwar die strafrechtliche Zurechnungsoperation mit Erfolg; die strafrechtliche Schuld bleibt jedoch eine normative Negation der Nicht-Vermeidung eines vermeidbaren Unrechts, die sich auf die „Verpflichtung“ des Täters, das „Unrecht zu vermeiden“³⁵ (ein deontologisches Postulat), gründet. Diese Negation ist bei *Günther* dennoch nicht mit materiellen Perspektiven über das Unrecht oder irgendeinem materiellen Wert zu verbinden, sondern mit der formalen Prozedur der deliberativen Demokratie selbst. Die normative Negation bzw. normative Schuld ist in diesem Zusammenhang deswegen legitim, weil eine positive Norm durch einen Täter als deliberative Person verletzt wurde, der die potenzielle Möglichkeit hatte, an dem Herstellungsverfahren dieser Norm teilzunehmen.³⁶

Daraus folgt bei *Günther*: 1.: Die Verpflichtung des Einzelnen ist an die positive Norm als Folge einer demokratischen Prozedur, einer Art öffentlichen Diskurses, gebunden; 2.: die mit der Verpflichtung gebundene Fähigkeit der Vermeidung der Verletzung der positiven Norm wird wiederum anhand dieser demokratischen Prozedur dem Staatsbürger selbst zugeschrieben; 3.: die Negation der Verletzung der positiven Norm (Schuld) wird dadurch gerechtfertigt, dass der Autor der Verletzung aktiv an dieser demokratischen Prozedur teilnehmen konnte. Mit anderen Worten: Der rechtswidrig handelnde Täter bricht einen normativen bzw. kommunikativen Vertrag, an dem er auf irgendeine Weise hätte teilnehmen können. In diesem präzisen Sinne kann man einsehen, dass der habermasianische Gedanke einer diskursethischen Perspektive die Grundlage von *Günthers* Zusammenhang zwischen Normherstellung und -befolgung ausmacht: „Jeder, der ernsthaft die Versuche unternimmt, an einer Argumentation teilzunehmen, läßt sich implizit auf allgemeine pragmatische Voraussetzungen ein, die einen normativen Gehalt haben.“³⁷

Dies verdeutlicht *Günthers* Entscheidung für eine prozedurale Diskursethik auf der ethischen Ebene des Schuldbegriffs. Im Rahmen eines solchen Schuldbegriffs fällt die Rechtfertigung der Befolgungspflicht mit der prozeduralen Form der deliberativen Demokratie als einer qualifizierten Art von öffentlichem Diskurs zusammen. Der deontologische Aspekt der Konstruktion *Günthers* ergibt sich aus einer diskurstheoretischen Deutung der Gerechtigkeit, wobei als gerechte Zurechnung das begriffen wird, was anhand des demokratischen Verfahrens in kommunikativer Weise deliberiert wird.

Der bedeutsame Punkt der Diskursethik in ihrer Spannung mit der sog. „monologischen“³⁸ Perspektive der kantischen Tradition „ist die Ersetzung der reflexiven Prüfung moralischer Maximen nach der Vorgabe des kategorischen Imperativs durch eine argumentative Einlösung der Geltungsansprüche

²⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 250 f. Hierzu *Kindhäuser* (Fn. 1), S. 769–772.

²⁹ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 250 f. In diesem Sinne: „In einer pluralistischen Gesellschaft beruhen Normen jedoch nicht auf übereinstimmenden Vernunftschlüssen aller Bürger, sondern sie resultieren aus einem Meinungsbildungsprozess, der durch Mehrheitsentscheidung abgebrochen wird.“ *Kindhäuser* (Fn. 1), S. 769 f.

³⁰ *Günther* (Fn. 1), S. 251.

³¹ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 246 ff.

³² Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 2 und 248 ff.

³³ Vgl. *Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, S. 11 ff und 119 ff; *Apel*, Diskurs und Verantwortung, 1990, S. 270 ff. Dazu siehe *Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, 1993, S. 161 ff.

³⁴ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 251 f.

³⁵ *Günther* (Fn. 1), S. 252 f.

³⁶ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 255.

³⁷ *Habermas* (Fn. 33), S. 12–13.

³⁸ *Habermas* (Fn. 33), S. 156

che moralischer Normen in einem praktischen Diskurs“.³⁹ *Habermas* strebt eine jenseits des „Individualismus“⁴⁰ intersubjektiv konstruierte Ethik an, in der der kategorische Imperativ Kants durch das „Verfahren der Argumentation“ zwischen Subjekten ersetzt wird.⁴¹

Das hat zur Folge, dass *Günthers* Begründung der dem Schuldbegriff zugehörigen strafrechtlichen Befolgungspflicht, das Unrecht zu vermeiden, nicht *monologisch* aus der individuellen Subjektivität herauskommen soll, sondern aus dem intersubjektiven Raum der Kommunikation zwischen Individuen. Es geht schließlich um eine kommunikative, intersubjektive und reflexive Deutung der Ethik, in der die Argumentation den Maßstab angibt: „[...] wenn man sich klar macht, dass Diskurse, in denen ja problematische Geltungsansprüche als Hypothesen behandelt werden, eine Art reflexiv gewordenen kommunikativen Handels darstellen. So ist der normative Gehalt von Argumentationsvoraussetzungen den Präsuppositionen des verständigungsorientierten Handels, auf denen Diskurse gleichsam aufsitzen, bloß entlehnt.“⁴²

Die Grundlage der strafrechtlichen normativen Schuld, also die Normbefolgungspflicht des Straftäters, knüpft sich *Günther* zufolge „an die Fähigkeit der Rechtsperson zur kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen Äußerungen und Handlungen. So wie die deliberative Person in der Rolle des Staatsbürgers gegen eine Norm öffentlich Stellung nehmen kann, verfügt sie auch als Rechtsperson über die generelle Fähigkeit der kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen Handlungsplänen.“⁴³ Die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme der deliberativen Person über ihre eigenen Handlungen und Äußerungen, was die strafrechtliche Schuld begründet, hängt innerlich mit der Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme der deliberativen Person als Staatsbürger gegenüber Normen zusammen. Das lässt sich so verstehen, dass die zugeschriebene Fähigkeit der deliberativen Person als Staatsbürger (als Autor der Norm) in diesem Kontext die Zuschreibungsoperation der Fähigkeit der deliberativen Person als Rechtsperson (Adressat der Norm) rechtfertigt.⁴⁴

Aus der Fähigkeit der deliberativen Person zur kritischen Stellungnahme – als Adressat der Norm – folgt für das Verständnis der Zurechnung einer rechtswidrigen Tat bei *Günther* zweierlei: 1. Die rechtswidrige Handlung ist nur dann der Strafrechtsordnung zuzurechnen, wenn die Rechtsperson „die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber eigenen und fremden Äußerungen und Handlungen hatte“. In diesem Fall wird die Handlung in der Strafrechtsordnung so behandelt, „als ob ihr Ursprung nur im Gebrauch dieser Fähigkeit läge“. 2. „Die Pflicht“ zur Unrechtsvermeidung ist im Strafrecht nur dann zu rechtfertigen, wenn die Rechtsperson „die

Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber eigenen und fremden Äußerungen und Handlungen hatte“.⁴⁵

So gilt die jedem Staatsbürger verallgemeinernd zugeschriebene Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme als „das allgemeine Kriterium für die Zurechnungsfähigkeit der Rechtsperson“ als deliberative Person.⁴⁶ Die formelle und generelle Zuschreibung der Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme ist in diesem Zusammenhang als die positive Seite der individuellen Freiheit des Straftäters (das „Etwas-Für-das-Unrecht-Können“) zu begreifen. Ebenso lässt sich diese Zuschreibungsoperation als Begründung der strafrechtlichen Normbefolgungspflicht und Inhalt der Schuld verstehen.⁴⁷ In diesem präzisen Sinne schreibt *Günther*: „Mit dem Recht auf Teilnahme an demokratischen Verfahren der Normsetzung und der Möglichkeit jedes einzelnen, seine ablehnende Stellungnahme in solchen Verfahren zur Geltung zu bringen, darf der Rechtsperson zugemutet werden, in ihrem Handeln die Norm zu befolgen und Unrecht zu vermeiden.“⁴⁸

In Bezug auf die dem Schuldbegriff zugehörige negative Seite der individuellen Freiheit als Begrenzung strafrechtlicher Schuld sind es bei *Günther* die „Staatsbürger selbst, die diesen Weg beschreiten“ müssen.⁴⁹ Für die Begründung strafrechtlicher Schuld (positive Seite individueller Freiheit) wird nach der Möglichkeit der individuellen Freiheit als Gegenstand strafrechtlicher Schuld selbst gefragt (Welche Art individueller Freiheit soll der Gegenstand strafrechtlicher Schuld sein?), während die Frage nach der Begrenzung strafrechtlicher Schuld (negative Seite individueller Freiheit) lautet: Wann ist das Maß der individuellen Freiheit des Straftäters – unter besonderen Bedingungen (in Ausnahmefällen) – unzureichend, um einen Schuldvorwurf zu begründen, wenn dem Straftäter die positive Seite individueller Freiheit auf generelle Weise zugeschrieben wird? Es geht dabei um die Abgrenzung der Bedingungen, unter denen der Schuldvorwurf zurückgewiesen werden kann, also um die Festlegung von Exkulpationsregeln oder Schuldausschlussgründen i.w.S.: Zurechnungsfähigkeit i.e.S., Verbotsirrtum,⁵⁰ entschuldigendem Notstand, Notwehrexzess⁵¹ und Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens.⁵²

Alle diese Kriterien für die strafrechtliche Zurechnung als Antwort auf die Frage nach der negativen Seite individueller

³⁹ *Forst*, in: Brunkhorst/Kreide/Lafont (Hrsg.), *Habermas-Handbuch*, 2009, S. 306

⁴⁰ *Habermas* (Fn. 33), S. 166

⁴¹ *Habermas* (Fn. 33), S. 12.

⁴² *Habermas* (Fn. 33), S. 17.

⁴³ *Günther* (Fn. 1), S. 254.

⁴⁴ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 254 ff.

⁴⁵ *Günther* (Fn. 1), S. 254 f.

⁴⁶ *Günther* (Fn. 1), S. 255 f.

⁴⁷ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 255 ff.

⁴⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 255.

⁴⁹ *Günther* (Fn. 1), S. 256.

⁵⁰ Dazu instruktiv *Rudolphi*, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969; *Roos*, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung*, 2000, S. 359 ff.; *Löw*, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, 2001.

⁵¹ Dazu instruktiv *Motsch*, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, S. 29 ff.; *Fischer*, *Die straflose Notwehrüberschreitung*, 1971, S. 37 ff.

⁵² Dazu instruktiv *Momsen*, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, S. 36 ff.

Freiheit sind *Günther* zufolge durch die Staatsbürger selbst „im Weg der demokratischen Gesetzgebung“ festzulegen. Die strafrechtliche Bedeutung der negativen Seite der individuellen Freiheit als Begrenzung strafrechtlicher Schuld bzw. Zurechnung wird in diesem theoretischen Panorama (wie es bei der positiven Seite individueller Freiheit der Fall ist) anhand der Prozedur des demokratischen Verfahrens als qualifizierter öffentlicher Diskurs deliberativer Personen erzeugt.⁵³

III. Problematisierung und die Kritik von Marcelo Neves

Hier soll die zirkuläre theoretische Voraussetzung *Günthers* problematisiert werden, die besagt, dass der deliberative Staatsbürger diejenige kommunikative Freiheit bereits besitzt, die die Zuschreibungsoperation der kommunikativen Freiheit als Rechtfertigung strafrechtlicher Schuld aber erst legitimiert. Die intersubjektiv-reflexive Perspektive der Diskurstheorie nimmt in diesem Sinne eine verdoppelte Annahme/Zuschreibung bezüglich der individuellen Freiheit vor: Man schreibt zu/nimmt an, dass das Mitglied (Staatsbürger) der Sprachgemeinschaft (deliberativer Demokratie) dasjenige Potenzial zur kritischen Stellungnahme (kommunikativer Freiheit) bereits besitzt, das wiederum die Zuschreibungs- bzw. Annahmeoperation hinsichtlich des Potenzials zur kritischen Stellungnahme als Begründung der strafrechtlichen Schuld erst rechtfertigt.

Das bedeutet, dass *Günther* in seiner Konstruktion eine formale Art der Staatsbürgerschaft als Rechtfertigung strafrechtlicher Zurechnung voraussetzt, in der den Staatsbürgern folgende konstitutive Merkmale auf formale Weise zugeschrieben werden: 1. Fähigkeit zur Teilnahme an dem deliberativen, demokratischen Verfahren der Gesetzgebung; und 2. Zugang zu den positiven, sozialen Staatsleistungen. Das zweite Merkmal ist eine Voraussetzung der Konkretisierung des ersten. In Anbetracht dessen, dass innerhalb der „sozialpolitischen Bedingungen der aktuellen Demokratien die demokratisch-deliberative Rechtfertigung des Strafrechts selbst problematisch ist“,⁵⁴ lässt sich bereits der erste Punkt in Frage stellen: „Der populistische, technokratische und parteiische Kontext“,⁵⁵ „in dem die Gesetze hergestellt werden, macht die Idee, dass sie das Ergebnis einer rationalen, spontanen und inklusiven Deliberation der Staatsbürger sind,

schwer zu verteidigen“.⁵⁶ Die Rolle der Staatsbürger bei der demokratischen Deliberation (Voraussetzung der habermasianischen Diskurstheorie) ist in der Tat oft gering im Vergleich zu dem, was auf idealisierte Weise dem Staatsbürger zugeschrieben wird.⁵⁷ Das Argument *Günthers*, dass die Normbefolgungspflicht des Straftäters nicht auf seiner konkreten Teilnahme an der demokratischen Deliberation über die verletzte Norm basiert, sondern allein an das subjektive Recht und somit an die potentielle Möglichkeit dieser Teilnahme geknüpft ist,⁵⁸ kann jedenfalls als Antwort auf dieses Problem angesehen werden.

In Bezug auf den zweiten Punkt sind der in der Diskurstheorie vorausgesetzte Staatsbürgerbegriff und die mit ihm verknüpfte reflexiv-intersubjektive (formale) Idee individueller Freiheit jedoch noch problematischer,⁵⁹ da sie die Rolle des sozial-exkludierten Staatsbürgers im Kontext des sozialen Rechtsstaats umfassen – Punkt 2 ist Möglichkeitsbedingung der Fähigkeit des Punktes 1. Unter sozialer Exklusion wird hier der Zustand von Staatsbürgern verstanden, die keinen tatsächlichen materiellen Zugang zu positiven Staatsleistungen haben: „Der Exkludierte wird dadurch definiert, dass er unter Bedingungen von Ungleichheit in seiner Beziehung zum deliberativen Bürger lebt, sowie unter Bedingungen eingeschränkter materieller Freiheit, während die Schwierigkeiten des Zugangs zu bestimmten Rechten und Gütern (Bildung, Gesundheit, Kultur, Sozialisierung usw.) die freie Verwirklichung seiner Persönlichkeit und seiner Interaktion mit Dritten begrenzen.“⁶⁰ Hierdurch lässt sich *Günthers* Verweis auf den *potenziellen Zustand* in der Form eines subjektiven Rechts nicht als Antwort auf die Konkretisierung bzw. Nicht-Konkretisierung positiver Sozialleistungen verstehen, da die Verfassung⁶¹ einen demokratischen und sozialen

⁵³ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 256 f.

⁵⁴ Unsere Übersetzung, in verbis: „[...] en las condiciones socio-políticas de las democracias actuales la justificación democrática del castigo es en sí misma problemática.“ *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 13.

⁵⁵ Unsere Übersetzung, in verbis: „populista, tecnocrático y partitocrático“, *Silva Sánchez*, in: Teruelo (Hrsg.), *Estudios penales en homenaje al Professor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, S. 717. Zur Kritik an *Günthers* Schuldbegriff siehe *Pawlik*, FAZ v. 14.3.2005, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/rezensionen/sachbuch/der-buerger-moechte-bestaft-werden-1215032.html> (23.9.2021); *Cigüela Sola*, *Isonomía* 43 (2015), 136; *Feijoo Sánchez*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 15 (2012), S. 111.

⁵⁶ Unsere Übersetzung, in verbis: „[...] en el que se elaboran las leyes dificulta conceptualizar el resultado como algo surgido de una deliberación racional, inclusiva y espontánea de los ciudadanos.“ *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 13.

⁵⁷ „Auch auf der Ebene der kommunikativen Erfordernisse kann man eine unüberwindbare Kluft zwischen den deliberativen Staatsbürgern und den vielen realen Staatsbürgern feststellen.“ Unsere Übersetzung, in verbis: „[...] también en el plano de las exigencias comunicativas encontramos una insuperable distancia entre el ciudadano deliberativo y muchos ciudadanos reales.“ *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 15.

⁵⁸ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 245.

⁵⁹ Vgl. *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 14.

⁶⁰ Unsere Übersetzung, in verbis: „Así las cosas, el excluido se define precisamente por vivir en condiciones de desigualdad en su relación con el ciudadano deliberativo, como también en condiciones de libertad material restringida, en tanto las dificultades para acceder a determinados derechos y bienes (educación, sanidad, cultura, socialización, etc.) limitan la realización libre de su personalidad y su interacción con terceros.“ *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 15.

⁶¹ Wenn wir uns auf die Verfassung beziehen, geht es sowohl um die deutsche als auch um die brasilianische Verfassung, die einen demokratischen und sozialen Rechtsstaat instituierten.

Rechtsstaat instituiert, der nicht nur das formale subjektive Recht, sondern auch die Materialisierung⁶² positiver Staatsleistungen bezüglich der Staatsbürgerschaftsvorstellung verlangt: Damit die Staatsbürgerschaft sich als Voraussetzung der Pflicht des Individuums (d.h. die Normbefolgungspflicht im Strafrecht) verstehen lässt, muss es unbedingt um eine materielle Staatsbürgerschaft gehen! Und dies setzt eine normative Wechselbeziehung zwischen Pflichten und Rechten des Einzelnen einerseits und Pflichten und Rechten des Staates andererseits voraus.⁶³

Die individuelle Freiheit als Grundlage strafrechtlicher Schuld im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates muss so konzipiert werden, dass sie sich mit einer materiellen Vorstellung von Staatsbürgerschaft verbinden lässt. Die individuelle Freiheit als Voraussetzung der Fähigkeit zur politischen Teilnahme des Staatsbürgers am demokratischen Verfahren und somit als Begründung strafrechtlicher Schuld im demokratischen und sozialen Rechtsstaat muss materiell sein.

Der brasilianische Rechtswissenschaftler *Marcelo Neves* geht grundsätzlich davon aus, dass sich die Anerkennung des Einzelnen als konkreter Staatsbürger im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates in der sog. „Latin American peripheral modernity“⁶⁴ nicht mit der formalen Bestimmung bzw. Voraussetzung des positiven Rechts identifizieren lässt.⁶⁵ Es gebe in der „Latin American peripheral modernity“ hingegen sogar die Tendenz, dass die materielle Anerkennung des Individuums als Staatsbürger – mit dem Zugang zu allen in der Verfassung vorgesehenen Grundrechten – in Wirklichkeit nicht vorhanden ist: „One of the most problematic variables in the difficulty of the identity construction of the sphere(s) of legality in Latin American peripheral modernity is the generalization of relations of sub-integration and super-integration. In this case, inclusion is not realized as simultaneous access to and dependence on positive law.“⁶⁶

In Bezug auf die „sub-integration“ haben die sog. „sub-citizens“ – als bloße formale Staatsbürger – zwar die Befolgungspflicht gegenüber den staatlichen Normen, aber keinen materiellen Zugang zu den fundamental-sozialen Staatsleistungen: „On the side of the sub-integrated, concrete relations are generalized in which they do not have access to the benefits of the legal ordering, but depend on their uncertain prescriptions [...]. Nevertheless, they lack the real conditions to exercise their constitutionally declared fundamental rights, and are not liberated from the demands and responsibilities imposed by the coercive state apparatus, radically subjecting

them to its punitive structures [...]. For the sub-integrated, the constitutional apparatuses have relevance almost exclusively in their restrictive effects on liberties.“⁶⁷ Einerseits leiden die „sub-citizens“ in Lateinamerika unter unzureichendem Zugang zu den positiven Grundrechten; andererseits bleiben sie aber den Pflichten, Verantwortlichkeiten und restriktiven Freiheitsstrafen untergeordnet: Die „sub-citizens“ sind de facto keine konkreten Staatsbürger, aber haben die im positiven Recht vorgesehene formale Staatsbürgerschaft, die ihnen alle die üblichen Pflichten eines Staatsbürgers auferlegt.⁶⁸ „Die in verschiedenen Graden und Hinsichten marginalisierten Unterschichten (d.h. der größte Teil der Bevölkerung) werden als Verpflichtete, Angeklagte usw. in das System integriert, nicht als Berechtigte, Kläger usw.; sie sind zwar von ihm [Rechtssystem] abhängig, ohne aber Zugang (im positiven Sinne) zu dessen Leistungen zu haben.“⁶⁹

Es gibt in diesem Fall eine deutliche Asymmetrie zwischen Rechten und Pflichten von Staatsbürgern in ihrer normativen Beziehung mit dem Staat. Eine solche Asymmetrie bewirkt unseres Erachtens die Ungerechtigkeit der staatlichen Bestrafung des Einzelnen, eine ungerechte Verantwortlichkeit des Individuums als Straftäter. Die Theorie der kommunikativen Freiheit *Günthers* wird in diesem Kontext dadurch problematisiert, dass die „sub-citizens“ doch als deliberative Staatsbürger angesehen werden, obwohl sie nicht als konkrete Staatsbürger anerkannt werden können. Da der formale Bürger anhand der Zuschreibungsoperation von individueller Freiheit so behandelt wird, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre, kann die Theorie *Günthers* der konkreten Situation der „sub-citizens“ nicht gerecht werden.

Die kommunikative Freiheit des deliberativen Bürgers ist im Fall der „sub-citizens“ in Lateinamerika nichts anderes als eine bloße Illusion, ebenso wie die Gleichheit zwischen den Bürgern: „Die Institutionalisierung der Kommunikationsfreiheit und erst recht der Gedanke von Gleichheit vor dem Gesetz werden illusorisch, fasst man ins Auge, dass breite Sektoren der Bevölkerung *sozial behindert* sind, sich positiv in das Verfassungssystem zu integrieren.“⁷⁰ Daher ist die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme der deliberativen Bürger nichts weiter als eine formale Annahme, die bei den „sub-citizens“ nicht materiell und positiv feststellbar ist. Fakt ist, dass die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme von Staatsbürgern, die konkret keinen Zugang zu fundamentalen Grundrechten wie Lebensmittelkonsum, Gesundheit, Arbeit, Kultur usw. haben, vom Staat nicht formal zugeschrieben werden kann bzw. darf.

In diese Richtung geht die auf Basis einer empirischen Untersuchung in miserablen Regionen in Lateinamerika in-

⁶² In dem Sinne, dass der demokratische und soziale Rechtsstaat ein materieller Rechtsstaat ist, siehe instruktiv *Ladeur*, Die Verwaltung 2001, 59 f.

⁶³ Dazu siehe *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 18.

⁶⁴ *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125 (130 ff.).

⁶⁵ Vgl. *Neves*, in: Souza/Sinder (Hrsg.), *Imagining Brazil*, 2007, S. 68 f.

⁶⁶ *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125 (141).

⁶⁷ *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125 (141).

⁶⁸ Vgl. *Neves*, *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37 (2014), 163 (182).

⁶⁹ *Neves*, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, 1991, S. 94.

⁷⁰ *Neves* (Fn. 70), S. 95 f. In diese Richtung siehe die Kritik von *Luhmann*, in: Rosenfeld/Arato (Hrsg.), *Habermas on law and democracy*, 1998, S. 157 ff.

strukturelle Stellungnahme des peruanischen Psychoanalytikers *Rabanal*, demzufolge es einen Zusammenhang zwischen materieller Armut und der Unfähigkeit zur Entwicklung einer autonomen Persönlichkeit gibt:⁷¹ Wer keinen konkreten Zugang zu positiven Grundrechten wie Gesundheit, Lebensmittelkonsum, Arbeit, Kultur usw. hat, kann die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber sich selbst und gegenüber anderen nicht richtig entwickeln. Um solche Fähigkeiten zu entfalten, müssten vielmehr die materiellen positiven Staatsleistungen konkret vorhanden sein. So würde es sich hier nicht mehr um eine rein formale Zuschreibungsoperation hinsichtlich der individuellen Freiheit des Staatsbürgers handeln, sondern um eine materielle und positive Anerkennung der individuellen Freiheit durch den Staat. Das heißt: materielle Freiheit statt formaler Freiheit als Voraussetzung strafrechtlicher Verantwortung bzw. Zurechnung – das fasst im Kern den theoretischen Vorschlag der vorliegenden Untersuchung zusammen.

IV. Freiheit und Anerkennung bei Honneth

Honneth nimmt in seinem Werk „Das Recht der Freiheit“ den Standpunkt ein, die individuelle Freiheit sei der normative Kern und das axiologische Ziel der Gerechtigkeit in der Moderne.⁷² In seiner Gerechtigkeitstheorie vertritt er die Auffassung, die entscheidende Voraussetzung für die Konkretisierung menschlicher Selbstbestimmung sei der historische Prozess wechselseitiger *Anerkennung*.⁷³ Um den Begriff der individuellen Freiheit in modernen Gesellschaften konkurrieren im Grunde drei verschiedene interpretative Modelle: negative Idee, reflexive Idee und soziale Idee.⁷⁴ Die zwei ersten Ideen sind *Honneth* zufolge nichts weiter als bloß formale Konzeptionen individueller Freiheit, die nur durch die soziale Idee realisiert werden können. Erst die soziale Idee könne materielle Bedingungen für die Konkretisierung individueller Freiheit im Rahmen einer institutionellen Verankerung von Anerkennungsverhältnissen schaffen.⁷⁵

Der Freiheitsbegriff bei *Honneth* gewinnt Konturen durch eine normative Rekonstruktion immanenter, gerechtfertigter Werte der historischen Entwicklung moderner Gesellschaften.⁷⁶ Im Kern solcher Werte befinden sich intersubjektive

Beziehungen wechselseitiger Anerkennung. Die sozialetische Wesentlichkeit dieser Beziehungen überwindet sowohl die bloß formale, negative Idee als auch die reflexive Idee individueller Freiheit etwa bei *Habermas*.⁷⁷

Die negative Idee der individuellen Freiheit hängt mit der liberalen Gerechtigkeitsvorstellung zusammen, die dem Subjekt eine gegenüber der Staatsgewalt rechtlich geschützte Sphäre einräumt. Die Idee einer solchen Sphäre läuft aber auf eine bloß formale Betrachtungsweise der individuellen Freiheit hinaus. Für die Realisierung von Freiheit reicht sie nicht aus, weil sich Selbstbestimmung und Finalität des Handelns damit nicht erfüllen lassen. Aus einer externen Perspektive des Subjekts übersieht man die für die Idee individueller Freiheit wesentlichen subjektiven Elemente der Intentionalität, der Motivation und des unabhängig von Kausalprozessen vorhandenen Verhaltenszwecks.⁷⁸

Die anhand der negativen Idee verstandene individuelle Freiheit liefert ein Interpretationsmuster, das die individuelle Selbstsetzung der Finalität des Handelns nicht ermöglicht. Auf solche Weise wird die Möglichkeit von Selbstbestimmung in bloß formaler Weise angenommen und einer externen Kausalitätskette unterworfen. Die negative Idee liefert ein Erklärungsmodell, das das Verhältnis von Individuum und Norm auf einen negativen Aspekt beschränkt. Das heißt, es ermöglicht zwar ein Verständnis des Individuums als Adressat der Norm, aber nicht als Urheber. Nach *Honneth* bedeutet dies für die Rechtfertigung der Rechtsordnung eine pathologische Asymmetrie.⁷⁹

Mit der reflexiven Idee wird die individuelle Freiheit mit der subjektiven Betrachtung der Selbstbestimmung gefüllt, und zwar so, dass die Verwirklichungsmöglichkeit des durch seine Selbstfinalität bestimmten, menschlichen Willens vorausgesetzt wird. Erst damit könnte man autonomes von heteronomem Verhalten unterscheiden. In einer ersten Phase bezieht sich die reflexive Idee jedoch auf die interne Beziehung des Subjekts mit sich selbst, wobei vorausgesetzt wird, dass das Verhalten des Individuums ein Produkt nur seiner eigenen Motivation ist.⁸⁰ Diese monologische Verständnisphase der individuellen Freiheit anhand der reflexiven Idee wird im Rahmen einer intersubjektiven Umformulierung anschließend überwunden.⁸¹

⁷¹ Vgl. *Rabanal*, *Überleben im Slum*, 1990, S. 29 ff.

⁷² Siehe hierzu *Honneth*, *Das Recht der Freiheit*, Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit, 2011, S. 38: „[...] nicht der Wille der Gemeinschaft, nicht die natürliche Ordnung, sondern die individuelle Freiheit bildet den normativen Grundstein aller Gerechtigkeitsvorstellung.“

⁷³ Hierzu *Honneth* (Fn. 73), S. 35 ff., S. 122 ff. und S. 81–86.

⁷⁴ *Honneth* (Fn. 73), S. 43

⁷⁵ *Honneth* (Fn. 73), S. 124: „[...] was es für den einzelnen heißt, über individuelle Freiheit zu verfügen, impliziert notwendigerweise, die existierenden Institutionen zu benennen, in denen er in der normativ geregelten Interaktion mit anderen die Erfahrung der Anerkennung machen kann.“, siehe auch S. 86 und S. 122 ff.

⁷⁶ Der methodologische Weg von *Honneths* Gerechtigkeitstheorie ist wohl bezeichnend für die Sozialphilosophie der Frankfurter Schule. Bei *Honneth* handelt es sich weder um

eine soziologische Methodik im Sinne einer bloß empirischen Deskription sozialer Tatsachen noch um eine philosophische Methodik im Sinne der Annahme metaphysischer Ideale. Es handelt sich vielmehr um eine soziale Tatsache, die eine historisch immanente Normativität trägt. Das ist im Grunde genommen die von *Honneth* entworfene Lösung zur Überwindung der Kluft zwischen Sein und Sollen. Siehe hierzu *Honneth* (Fn. 73), S. 230.

⁷⁷ *Honneth* (Fn. 73), S. 69 ff., 81 ff., 119 ff. und S. 221 ff.

⁷⁸ *Honneth* (Fn. 73), S. 56 f., 129 ff.

⁷⁹ *Honneth* (Fn. 73), S. 56 f., 129 ff. und S. 221 ff. Nach *Honneth* sind Hobbes, Locke und Sartre bedeutende Autoren bei der Konstruktion dieser Sichtweise.

⁸⁰ *Honneth* (Fn. 73), S. 58 ff.

⁸¹ Hierzu sind nach *Honneth* Aristoteles, Rousseau und Kant bedeutende Autoren. Bei der Umgestaltung der Intersubjek-

Entsteht aus der negativen Idee der individuellen Freiheit ein *Subjektivitätsmangel*, so kann auch gesagt werden, dass die monologische Phase der reflexiven Idee einen *Objektivitätsmangel* hervorbringt. Die intersubjektive Phase der reflexiven Idee holt die Objektivität der individuellen Freiheit wieder zurück, da die reflexive Idee den Raum der internen Subjektivität als vorgegebenes Element hinterlässt und dann durch das kommunikative Handeln des Subjekts innerhalb einer Sprachgemeinschaft erzeugt wird, das Intersubjektivität voraussetzt.⁸² Die gesellschaftliche Institution des Diskurses wird in dieser Konzeption als eine Operation dargestellt, aus der die Bedeutung individueller Freiheit hervorgeht und ohne die die Vorstellung von Selbstbestimmung nicht möglich wäre. So wird der Versuch unternommen, das Individuum nicht nur als Normadressat, sondern auch als Normautor zu begreifen.⁸³

Obwohl diese zweite Phase der reflexiven Idee schon auf eine soziale Idee individueller Freiheit abzielt, verbleibt sie in einem reflexiven Raum als bloß formale Konzeption, ohne ausreichende Bedingungen für die Konkretisierung individueller Freiheit verschaffen zu können. Dabei wird die konkrete Intersubjektivitätsoperation in der Konstruktion der Bedeutung individueller Freiheit tatsächlich noch nicht realisiert. In dieser Hinsicht kann man sagen, dass die kommunikative Interpretation der reflexiven Idee eine rein formale, eine sozusagen nur angenommene Intersubjektivität darstellt.⁸⁴ Da die formale Konzeption keine nicht-instrumentalisierbare historische Normativität bzw. Ethik anzubieten vermag, liefert sie noch nicht die angemessene Basis für die hier erstrebte sozialetische Grundlage der strafrechtlichen Schuld.

Honneth pointiert genau in diesem Sinne, dass die Diskurstheorie nicht imstande ist, die Bedeutung individueller Freiheit konkret zu verwirklichen, weil ihr eine historische Konkretion fehlt. Die Idee, dass die Bedeutung individueller Freiheit im Rahmen eines innerhalb einer Sprachgemeinschaft produzierten Diskurses erfasst werden könnte, ist eine

tivität spielen *Apel* und *Habermas* eine bedeutende Rolle. Es ist zu betonen, dass die beiden Autoren durch die sog. sprachphilosophische Wende zutiefst beeinflusst wurden. Zur individuellen Freiheit und ihren Prozess von Detranszendentalisierung siehe *Honneth* (Fn. 73), S. 69: „Was bislang die Leistung eines einsamen, auf sich selbst bezogenen Subjekts sein sollte, wird durch eine solche sprachphilosophische Wende als eine kommunikative Hervorbringung der Mitglieder einer Sprachgemeinschaft interpretiert.“ Siehe auch S. 58 ff.; dazu: *Apel*, *Transformation der Philosophie, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*, 1973; *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, 1983.

⁸² *Honneth* (Fn. 73), S. 69 und S. 81 ff.

⁸³ *Honneth* (Fn. 73), S. 81.

⁸⁴ Vgl. die Kritik von *Honneth* (Fn. 73), S. 69: „Wir werden allerdings später sehen, dass auch eine solche Erweiterung des ‚Ich‘ zum ‚Wir‘ der Selbstgesetzgebung noch nicht ausreicht, um den Gedanken einer intersubjektiven Freiheit tatsächlich in seinem vollen Umfang zu fassen.“ Siehe hierzu auch S. 81 ff., 119 ff. und S. 221 ff.

bloß formale, sie trägt eine unzureichende historische Normativität für die institutionelle Konkretisierung individueller Freiheit.⁸⁵ In der Tat kann die individuelle Freiheit eine verfahrensübergreifende Objektivität nur durch die soziale Idee beanspruchen. Solche Objektivität wird durch historisch institutionalisierte, intersubjektive Beziehungen wechselseitiger Anerkennung geschaffen.

Nicht der Diskurs erzeugt die Bedeutung der individuellen Freiheit, sondern historische Beziehungen wechselseitiger Anerkennung tun dies.⁸⁶ Das Verständnis individueller Freiheit als ein Produkt konkreter, intersubjektiver Beziehungen wechselseitiger Anerkennung mit im Laufe der historischen Entwicklung moderner Gesellschaften aufgebaute sozialetische Gehalt durchbricht die formale Zirkularität des Diskurses. Die durch den normativen Schuldbegriff erforderliche individuelle Selbstbestimmung kann Objektivität nur aus einer solch historisch institutionalisierten Bewegung schaffen.⁸⁷ Da die beiden anderen Sichtweisen individueller Freiheit (negative und reflexive) bloß formale Ideen darstellen, bezeichnet sie *Honneth* als parasitär, weil sie Pathologien erzeugen, die nicht nur die Realisierung der individuellen Freiheit verhindern, sondern auch ihre Bedeutung als ethischen Kern der sozialen Gerechtigkeitsvorstellung verfälschen.⁸⁸ In der Tat sind diese beiden Ideen individueller Freiheit nichts weiter als Annahmen/Zuschreibungen, die eine erkenntnistheoretisch fundierte Überwindung prozeduraler Freiheitskonzeptionen nicht ermöglichen.

Honneth füllt mit seiner sozialen Idee der individuellen Freiheit den intersubjektiven, kommunikativen Prozess mit historischen und normativen Elementen (die ethische Beziehung wechselseitiger *Anerkennung*), die den einer Sprachgemeinschaft eigenen deliberativen Gestaltungsspielraum des Freiheitsbegriffs einschränkt.

V. Folge auf der Ebene strafrechtlicher Schuldlehre

Bei der positiven Seite der individuellen Freiheit handelt es sich um die Frage nach der Fähigkeit des Täters zur Normbefolgung i.w.S. (das „Etwas-für-das-Unrecht-Können“), die den strafrechtlichen Schuldvorwurf als *Negation* des materi-

⁸⁵ Hierzu wieder *Honneth* (Fn. 73), S. 78: „Der ‚Diskurs‘ wird in der Diskurstheorie entweder als transzendentes Geschehen oder als Metainstitution, nie aber als partikuläre Institution in der Vielzahl ihrer sozialen Erscheinung verstanden; es fehlt der Entschluss zur historischen Konkretion, der zur kommunikationstheoretischen Ausgangsthese noch hinzutreten müsste, um von ihr aus einen Einblick in die institutionellen Grundlagen der Freiheit zu gewinnen. Daher hat der Ansatz von *Apel* und *Habermas*, obwohl alles in ihm darauf verweist, die Schwelle zu einem sozialen Begriff der Freiheit nicht nehmen können.“

⁸⁶ *Honneth* (Fn. 73), S. 81 ff., 119 ff. und S. 221 ff.

⁸⁷ An dieser Stelle sei betont, dass es das Anliegen der vorliegenden Untersuchung ist, ein Begründungsmodell zu finden, dass es schafft, objektive individuelle Freiheit zu erreichen, ohne dass eine Instrumentalisierung oder Objektivierung des Subjekts notwendig oder sogar möglich wäre.

⁸⁸ *Honneth* (Fn. 73), S. 221

ellen Unrechts rechtfertigt. Die Fähigkeit des Straftäters als Staatsbürger, sich gegenüber strafrechtlichen Normen kritisch zu verhalten, hängt hier im Gegensatz zu *Günther* nicht von einer formalen Zuschreibungsoperation ab, sondern von einer materiellen Anerkennungsoperation, die sich an die Vorstellung des konkreten Staatsbürgers anknüpft. Die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme wird hier anhand von staatlich vermittelten materiellen Beziehungen wechselseitiger Anerkennung erst produziert. Das bedeutet: Der Staat erzeugt die Fähigkeit zur Normbefolgung bzw. die Fähigkeit, das Unrecht zu vermeiden, in individualisierter und materieller Weise durch seine positiven Leistungen (soziale Bedingungen, z.B. Gesundheit, Lebensmittel, Arbeit, Kultur, Bildung, Sozialisierung, usw.). Erst dadurch ist ein demokratischer und sozialer Staat befugt, einem konkret anerkannten Täter eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung individuell vorzuwerfen.

Der Schutz individueller Freiheit wird hier als der Leitwert des Strafrechts verstanden. In dieser Linie bedeutet das materielle Unrecht die Nicht-Anerkennung der individuellen Freiheit durch einen vom Staat anerkannten Bürger. Als Folge erlangt der strafrechtliche Vorwurf bzw. die normative Schuld – in Anschluss an die hegelsche Straftheorie⁸⁹ – die Bedeutung einer Negation der Nicht-Anerkennung der individuellen Freiheit: Die strafrechtliche Schuld setzt Anerkennung individueller Freiheit sowohl auf der Seite des Straftäters (individuelle Freiheit als *Voraussetzung* strafrechtlicher Schuld) als auch auf der Seite des vom Strafrecht geschützten Wertes voraus. Der Wert wird sodann anhand der Negation seiner Verletzung gefördert (Anerkennung individueller Freiheit als *Ziel* strafrechtlicher Schuld).

Die positive Seite der individuellen Freiheit, die die strafrechtliche Schuld begründet, ist die anhand wechselseitiger und institutionalisierter Anerkennung erreichte materielle, individualisierte, konkretisierte und positive soziale Freiheit im Sinne *Honneths*, die die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme des Straftäters als konkreter Staatsbürger in der Form der Anerkennungsfähigkeit des Anerkannten ermöglicht („Etwas-für-das-Unrecht-Können“ als „Den-Anderen-als-Staatsbürger-Anerkennen-Können“). Die Möglichkeit der Indetermination des Verhaltens des Straftäters in Bezug auf das Unrecht entspringt erst der Konkretisierung seiner individuellen Freiheit durch soziale Anerkennung. Keine Strafe ohne Schuld – *nulla poena sine culpa* – heißt hier keine Strafe ohne Anerkennung – *nulla poena sine recognitio*, da es für uns keine Schuld ohne materielle Anerkennung gibt.

Nach der Beantwortung der Frage, welche Art individueller Freiheit der Gegenstand strafrechtlicher Schuld sein soll (positive Seite individueller Freiheit), wenden wir uns der Analyse des Maßes dieser Freiheit (negative Seite individueller Freiheit) zu. Dabei geht es um die Analyse der sog. Exkulpationsregeln bzw. Schuldaußschließungsgründe i.w.S., in deren Kontext das Maß der individuellen Freiheit des Straftäters in Ausnahmefällen als unzureichend für einen Schuld-

vorwurf oder zumindest für einen vollen Schuldvorwurf erscheint.

Es gibt Errungenschaften in der Geschichte des Strafrechts, die die Förderung des sozialemischen Zwecks der Anerkennung individueller Freiheit und somit der Nicht-Objektivierung des Individuums gebieten. Diese sind in unserem Kontext vor allem die Zurechnungsfähigkeit i.e.S., der Verbotsirrtum, der entschuldigende Notstand, der Notwehr-exzess und die Unzumutbarkeit. Trotz des Leitwertes dieser Prinzipien können dem Richter jedoch weder Kalküle noch Formeln zur Verifikation des exakten Maßes von individueller Freiheit angeboten werden. Da die individuelle Freiheit, die die strafrechtliche Schuld voraussetzt, keine subjektive, sondern eine intersubjektiv konstruierte Realität darstellt, handelt es sich hier vielmehr um die Anwendung von historisch materialisierten *sozialemischen Standards*, die den Schutz und die Anerkennung der individuellen Freiheit fördern. In der Geschichte der Verbrechenslehre geht es um die Entwicklung dogmatischer Kriterien, die die Richtung des Schutzes der individuellen Freiheit kontinuierlich zeigen. Die Etablierung unterschiedlicher Exkulpationsregeln in der Strafrechtsdogmatik gilt in diesem Zusammenhang als die Berücksichtigung bestimmter Bedingungen bei der Analyse der Straftat, unter denen das Vorhandensein eines Schuldvorwurfs bzw. vollen Schuldvorwurfs einen größeren Verstoß gegen die individuelle Freiheit darstellt als das Unrecht an sich.

Diese *sozialemischen Standards* sind im Rahmen der intersubjektiven Spannung wechselseitiger Anerkennung zwischen den Staatsbürgern in einer historischen Perspektive zu konstruieren; sie besitzen eine materielle Natur bzw. materiellen Inhalt und begründen historische *points of no return* für die Strafrechtsdogmatik. Diese sozialemischen Standards können nicht durch die sog. präventive Politisierung des Strafrechts relativiert werden. Sie sind gegenüber der Prävention gegensätzliche Werte, gelten als ein normativer Raum von Unverfügbarkeit für die Kriminalpolitik und sind eine sozialemische Garantie des Individuums gegenüber dem positiven Recht und der Kriminalpolitik. Für die praktische Prüfung der strafrechtlichen Schuld im Einzelfall haben die bisherigen Ausführungen die folgende Konsequenz: Die funktionalen Bedürfnisse, die den Grundgedanken der Generalprävention ausmachen, sind aufgrund ihrer instrumentellen Natur (bezüglich des Subjekts) kein gültiges Kriterium für die Prüfung der Exkulpationsregeln bzw. des Grades des Schuldvorwurfs in der Rechtsanwendung.

Der hier erbrachte theoretische Vorschlag für das Verständnis des strafrechtlichen Schuldbegriffs hat die praktisch-dogmatische Folge, dass der Staat die Mitverantwortung (Co-Verantwortung) für das Unrecht trägt, wenn er dem Straftäter die Konkretisierung von individueller Freiheit im positiven und sozialen Sinne nicht ermöglicht.⁹⁰ Dann ist ein Ausschluss oder zumindest eine Verringerung der Intensität des strafrechtlichen Schuldvorwurfs geboten. Da die Fähigkeit des Täters – als Staatsbürger – zur kritischen Stellungnahme

⁸⁹ Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 99.

⁹⁰ In diese Richtung siehe *Tadros*, *Journal of Value Inquiry* 43 (2009), 391.

in Bezug auf sein eigenes Verhalten und gegenüber den strafrechtlichen Normen nicht jedem Staatsbürger formell und verallgemeinernd zugeschrieben werden darf, sondern vom Staat auf materielle, individualisierte und positive Weise anerkannt werden soll, ist der Staat im Fall eines Anerkennungsdefizits des Straftäters als konkreter Staatsbürger (Mangel an der Würde entsprechenden sozialen Bedingungen wie Gesundheit, Lebensmittel, Arbeit, Kultur, Bildung, Sozialisation, usw.) nicht legitimiert, den strafrechtlichen Schuldvorwurf oder einen vollen strafrechtlichen Schuldvorwurf vorzunehmen. Es fehlt dabei die materielle individuelle Freiheit, die die strafrechtliche Schuld erst begründet. Genau in diesem Sinne erörtert *Cigüela Sola* in einer kritischen Auseinandersetzung mit den Ausführungen *Günthers*, dass ein exkludierender Staat in einer Demokratie auch dann nicht legitimiert ist, einen Schuldvorwurf gegen den exkludierten Staatsbürger (formalen aber keineswegs konkreten Staatsbürger) zu erheben, wenn dieser ein tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelnder Täter ist.⁹¹

Da es einen internen Zusammenhang zwischen der materiellen Anerkennung der individuellen Freiheit des Straftäters als konkreter Staatsbürger und der Anerkennung der Fähigkeit des Straftäters zur kritischen Stellungnahme bzw. Fähigkeit zur Schuld gibt, verliert die strafrechtliche Schuld dann ihre Begründung im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates, wenn der tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelnde Täter unter einem Anerkennungsdefizit in Bezug auf die positiven und sozialen Leistungen leidet. Ebenso wie die Existenz der materiellen Anerkennung auf der positiven Seite der individuellen Freiheit epistemologisch zugänglich ist, lässt sich die Nicht-Existenz einer solchen Anerkennung – auf der negativen Seite der individuellen Freiheit – epistemologisch nachvollziehen: Das eventuelle Scheitern des Staates, seinen in der Verfassung vorgesehenen sozialen Pflichten gegenüber dem Straftäter nachzugehen, lässt sich empirisch feststellen.

Das genannte soziale Scheitern rechtfertigt die Mitverantwortung des Staates für das Unrecht bei mangelnder Anerkennung des Straftäters. Es handelt sich um eine Konstellation, in der der Staat die Fähigkeit des Täters zur kritischen Stellungnahme in Bezug auf sein eigenes Verhalten und gegenüber den strafrechtlichen Normen (der Inhalt der strafrechtlichen Schuld als das „Den-Anderen-als-Staatsbürger-Anerkennen-Können“), also die schuldbegründende materielle individuelle Freiheit in der Tat nicht anerkennt. Anders formuliert: Im Zuge eines Anerkennungsdefizits produziert nicht der Staat anhand seiner Institutionen die Indeterminationsmöglichkeit des Straftäters (materielle Freiheit) gegenüber dem Unrecht, die er kraft Verfassung produzieren sollte und die die Individualisierung der Verantwortlichkeit für das Unrecht erst ermöglichen würde.

Die Mitverantwortung des Staates für das Unrecht aufgrund des materiellen Anerkennungsdefizits des Straftäters bekommt im lateinamerikanischen Kontext ein zusätzliches Gewicht, da in Lateinamerika und den dortigen Neudemokra-

ten bzw. „peripheral modernity“⁹² die Asymmetrie zwischen staatlicher Förderung und dem Grad des strafrechtlichen Eingriffs sehr groß ist. Man kann in diesem Kontext von einem „maximalen Strafrecht“ einerseits und einem „minimalen Sozialstaat“ andererseits sprechen.⁹³ Nun wird hier genau das Gegenteil vorgeschlagen: ein minimales Strafrecht bei maximalem Sozialstaat. Wenn staatliche Sozialleistungen fehlen, erzeugt die genannte Asymmetrie wiederum eine weitere Asymmetrie zwischen Rechten und Pflichten im Verhältnis Staat und Individuum, also eine Hyper-Verantwortung des Individuums oder eine Hyper-Individualisierung der Verantwortung für das Unrecht. Dadurch entsteht nichts weniger als ein Freiheitsdefizit im Strafrechtssystem des demokratischen und sozialen Rechtsstaates – ein Defizit, das sich mithilfe eines funktionalen (Roxin/Jakobs) oder prozeduralen (Günther) Schuldbegriffs nicht beseitigen lässt. Die präventionszentrierte Perspektive erweitert sogar diese ungerechte Asymmetrie – ungerecht, weil die individuelle Freiheit weder entwickelt noch gefördert wird.

Das Anerkennungsdefizit kann schließlich zu einem vollumfänglichen Ausschluss des strafrechtlichen Unrechtsvorwurfs oder zu einer Reduzierung seines Grades führen. Die so getroffenen judikativen Entscheidungen müssen auf Basis einer empirischen Analyse über die konkreten sozialen Bedingungen des Straftäters begründet werden: Je größer der Mangel an würdigen sozialen Bedingungen wie Gesundheit, Zugänglichkeit zu Lebensmitteln, Arbeit, Kultur, Bildung, Sozialisation usw. ist, desto geringer soll der Grad des strafrechtlichen Vorwurfs wegen der tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung sein. Eine solche empirische Analyse soll noch einen Vergleich zwischen Grad und Art des Anerkennungsdefizits des Straftäters einerseits und dem Grad der *Offensivität*⁹⁴ der Handlung und der Art des durch die verletzte Norm geschützten Rechtsgutes andererseits ziehen.

VI. Konkretes Beispiel zur dogmatischen Auseinandersetzung mit Günthers Ansatz

Nehmen wir folgenden Sachverhalt als konkretes Beispiel zur dogmatischen Problematisierung des Schuldbegriffs bei *Günther*: Der Täter A ist ein junger Mann (23 Jahre alt), der seit seiner Geburt in einem marginalisierten Gebiet (sog. Favela) der Stadt Rio de Janeiro in Brasilien wohnt. Er hat trotz seines Status als formaler Staatsbürger seit der Geburt keinen materiellen Zugang zu den in der Verfassung vorgesehenen positiven Staatsleistungen wie z.B. Gesundheit,

⁹² *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125.

⁹³ Vgl. *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125 (130 ff.).

⁹⁴ Zum sog. Offensivitätsprinzip siehe *Mantovani*, Diritto penale, 2013, S. 208; *Mantovani*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 2/1997, 313; *D’Avila*, Ofensividade em direito penal, 2009, S. 76 f; *Grosso/Pelissero/Petrini/Pisa*, Manuale di diritto penale, 2013, S. 52–64; *Cadoppi/Veneziani*, Elementi di diritto penale, 2004, S. 83–94; *Ramacci*, Corso di diritto penale, 2007, S. 85–96; *Manna*, Corso di diritto penale, 2012, S. 63–67.

⁹¹ Vgl. *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 16.

Bildung, Kultur, Qualitätslebensmittel, sanitärer Grundversorgung, Qualitätsverkehrsmittel, Sicherung, Qualitätsunterkunft usw. Der Täter begeht den Diebstahl eines Autos in der Stadt Rio de Janeiro. Er handelte tatbestandsmäßig, rechtswidrig und auch ohne irgendeine der übrigen Schuldausschließungsgründe oder Entschuldigungsgründe (Zurechnungsunfähigkeit; Verbotsirrtum; entschuldigenden Notstand; Notwehrexzess; Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens).

Es lässt sich hier fragen: Inwiefern ist die Theorie der kommunikativen Freiheit *Günthers* in der Lage, diese konkrete Situation in all ihrer sozialen Komplexität aufzufassen und eine innerhalb des demokratischen und sozialen Rechtsstaats gerechte Lösung zu bieten? Da die Theorie *Günthers* bei der Zuschreibungsoperation von individueller Freiheit die materiellen sozialen Bedingungen des Täters nicht in Betracht zieht, kann sie unseres Erachtens diese konkrete Situation in all ihren Einzelheiten nicht betrachten und folglich nicht angemessen lösen. Dem Schuldbegriff *Günthers* gemäß würde der Täter in der Qualität eines formalen Staatsbürgers als ein deliberativer Bürger verstanden, der konsequenterweise die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber sich selbst und gegenüber den anderen besitzt. Die Lösung für den vorliegenden Sachverhalt nach der Theorie *Günthers* wäre die folgende: Der Täter A würde aufgrund seiner vollkommenen Autonomie bzw. Schuldfähigkeit als deliberativer Staatsbürger (Konsequenz der Voraussetzung bzw. Zuschreibung einer intakten Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme) gänzlich und allein (ohne die Mitverantwortung des Staats für das Unrecht) für die tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung verantwortlich gemacht.

Da *Günther* den fundamentalen Unterschied zwischen dem bloß formalen und dem konkreten Staatsbürger nicht berücksichtigt – die Existenz der „sub-citizens“ ist bei ihm in der Tat überhaupt kein Thema –, würde der Täter so behandelt, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre und dann ebenso vom Staat bestraft. Obwohl der Täter deutlich zur Gruppe der sog. „sub-citizens“ im Sinne von *Neves* gehört, erreicht der Schuldbegriff *Günthers* seine konkrete soziale Realität nicht. Hier wird die Auffassung vertreten, dass ein Schuldbegriff im Rahmen der strafrechtlichen Dogmatik entwickelt werden muss, der die konkrete soziale Situation von Tätern dieser Art umfasst. Das Phänomen der „sub-citizens“ gilt heutzutage als eine Realität nicht nur in Lateinamerika, sondern weltweit im Kontext der sog. neuen Demokratie und auch im Rahmen der neuen Immigrationswelle in Europa. Das Strafrecht des demokratischen und sozialen Rechtsstaates muss in diesem Szenario eine echte positive und materielle, statt eine bloße formale individuelle Freiheit als Begründung bzw. Legitimation der Zurechnung voraussetzen. Das Strafrecht als „Sollen“ darf diese Aspekte der sozialen Realität („Sein“) im Sinne einer gerechtfertigten Zurechnung im Kontext des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht übersehen.

VII. Fazit

Schließlich ist die Hauptidee des vorliegenden Beitrags folgendermaßen zusammenzufassen: der Vorschlag einer erkenntnistheoretisch erreichbaren (intersubjektiven) und gleichzeitig nicht bloß prozeduralen Perspektive der individuellen Freiheit, die mit der Rechtfertigung der strafrechtlichen Schuld im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats zusammenhängt. Mit anderen Worten: Wir schlagen (im Gegensatz zu *Günther*) eine materielle Anerkennungsethik statt einer formellen Diskursethik als normative Voraussetzung der strafrechtlichen Schuld im Kontext des demokratischen und sozialen Rechtsstaats vor, indem ein asymmetrisches Verhältnis zwischen den (strafrechtlichen) Pflichten und den (sozialen) Rechten des Staatsbürgers gegenüber dem Staat als nicht gerechtfertigt angesehen wird.

Grundvoraussetzungen gemeinschaftlicher Organisation im Strafrecht

Von Dr. Andrés Falcone, LL.M. (Regensburg), Buenos Aires

In dieser Zeitschrift erschien im Jahr 2020 ein Aufsatz von *mir*, der für eine Rückkehr zum dogmatischen Grundsatz der strengen Akzessorietät plädiert.¹ Wenig später folgte eine Erwiderung von *Pepe Schladitz*, die sich hauptsächlich auf die dogmatischen Schwierigkeiten konzentriert, die meine Auffassung mit sich bringe.² Das Ziel dieses neuen Beitrages besteht darin, die dogmatische Kritik von *Schladitz* zu entkräften und ferner meine Lösung in ein Gesamtkonzept der Beteiligungslehre zu integrieren.

I. Alleinzurechnungssubjekt oder Gemeinschaftlichkeit?

1. Den Bürger trifft die Pflicht, bei der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustands der Freiheitlichkeit, von dem er profitiert, mitzuwirken.³ Dieser Zustand ist insofern wirklichkeitsmächtig, als die Bürger sich bei ihrer Lebensplanung auf ihn verlassen können.⁴ Allerdings ist diese staatsrechtliche Pflicht noch so abstrakt, dass erst die verschiedenen Rechtsbereiche ihr die notwendigen Konturen verleihen.⁵ So fordert etwa sowohl das bürgerliche Recht als auch das Strafrecht, dass die Bürger wechselseitig ihre Eigentumspositionen achten. Nun sind die Mittel, die dem Staat zur Durchsetzung dieser Forderung zur Verfügung stehen, verschiedene: Schadensersatz oder Strafe, je nachdem, ob private Interessen im Vordergrund stehen oder denjenigen der ganzen Gemeinschaft gleichgeordnet sind.⁶ Was das Strafrecht angeht, wird

der Bürger durch die Strafanwendung für die Tat ex tunc verantwortlich gemacht und damit die verletzte Gültigkeit der Rechtsnorm – in der Form einer Verhaltensnorm – und mittelbar auch die Durchsetzungskraft der ganzen Rechtsordnung ex nunc wiederhergestellt.⁷

Die Aufgabe des Strafrichters ist es, einen Konflikt, der in der Vergangenheit aufgetreten ist, zu beurteilen und die Verantwortlichkeit dafür zu bestimmen.⁸ Es gibt dabei nur vier mögliche Ergebnisse: 1. Das Opfer ist verantwortlich für seine eigene Beeinträchtigung, 2. eine andere Person ist allein dafür verantwortlich, 3. die Tat muss mehreren Personen zugeschrieben werden oder 4. es geht um ein bloßes Naturgeschehen, ein unglückliches Ereignis, für das keine Person die Verantwortung trägt.⁹ Um eines dieser Ergebnisse zu erreichen, prüft die h.M. zunächst, ob ein Rechtsgut beeinträchtigt wurde, ob also ein zu missbilligender Erfolg – dessen Überprüfung im Tatbestand formell-explicit gefordert sein kann oder auch nicht – eingetreten ist,¹⁰ und sodann, ob dieser Erfolg auf eine zu missbilligende willkürliche Körperbewegung – oder im Falle der Unterlassung: ihr Fehlen – zurückzuführen ist.¹¹ Die so beschriebene Handlung und der Erfolg sind nach h.M. die beiden konstitutiven Momente des (vollständigen) Unrechtsbegriffes.¹² Demgegenüber plädieren andere Verfasser – mit Recht – für eine ex post-Beschreibung, die beide Unrechtsmomente vereinigt.¹³ Die Hauptfrage

¹ *Falcone*, ZIS, 2020, 212.

² *Schladitz*, ZIS 2020, 498.

³ Nachweise bei *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (217).

⁴ Nach *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 282, erfüllt die Rechtsordnung ihre Aufgabe der Freiheitssicherung nur, wenn sie „wirklichkeitsgestaltende Kraft besitzt“. Ähnlich ist es für *Sturma*, Philosophie der Person, 1997, S. 352, eine wesentliche Bedingung personaler Existenz, dass Personen fähig sind, „ihre Gegenwart in die Vergangenheit und Zukunft zu erweitern und im Verständnis dieser Erweiterungen ihr Leben praktisch auszugestalten“. Dazu *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 89: „Indem die Rechtsgemeinschaft den Straftäter für die Verletzung seiner Verpflichtung, sich an der Aufrechterhaltung eines Zustandes der Rechtlichkeit zu beteiligen, bestraft, bekräftigt sie ihren Willen, dem Grundsatz von der Gleichheit aller Rechtsunterworfenen auch weiterhin zu realer Wirksamkeit zu verhelfen.“ Siehe auch *ders.*, in: *Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng* (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 985 (992 f.).

⁵ Den Bürger trifft unmittelbare Verantwortlichkeit für das staatliche Gemeinwohl nur im Rahmen der konkreten Aufgaben seiner gesellschaftlichen Rollen, *Depenheuer*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 55, 1996, S. 90 (107 ff.). Siehe auch *Gerhardt*, Partizipation, 2007, S. 343: „Das Gesetz repräsentiert die Verhaltenserwartung einer institutionellen Gemeinschaft.“

⁶ Insofern setzt die Strafe eine „Entprivatisierung“ des Konflikts zwischen Beteiligten und Opfer voraus. So *Appel*, Ver-

fassung und Strafe, 1998, S. 448 ff. Doch mit Recht meint *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 91, dass keineswegs die Belange, um derentwillen dem Täter jene Pflicht auferlegt wird, ihrerseits ebenfalls durchgängig solche der Allgemeinheit seien. In diesem Sinne wäre die Frage nach dem Legitimationsgrund der Mitwirkungspflicht von der Frage nach der pflichtentheoretischen Struktur des Verbrechensbegriffes unabhängig. Siehe auch *Renzikowski*, GA, 2007, 561 (568).

⁷ Nachweise bei *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (214).

⁸ Näher *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 325 ff.; *ders.* (Fn. 4 – FS Neumann), S. 991 ff.

⁹ *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 28 ff.

¹⁰ Dass auch die sog. Tätigkeitsdelikte einen Erfolg im verbrechensbegrifflichen Sinne haben, soll außer Frage stehen, siehe hierzu ausführlich *Walter*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327.

¹¹ Nachweise bei *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (214).

¹² Statt vieler *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 1: „Jede menschliche Handlung, im guten wie im schlechten, unterliegt zwei verschiedenen Wertaspekten. Sie kann einmal nach dem Erfolg bewertet werden, den sie herbeiführt (Erfolgs- oder Sachverhaltenswert), zweitens aber auch unabhängig vom Erreichen des Erfolges schon nach dem Sinn der Tätigkeit als solcher (Aktwert). [...] Beide Wertarten sind für das Strafrecht von Bedeutung.“

¹³ In analytischer bzw. normtheoretischer Terminologie formuliert: Auf der Stufe des Zuständigkeitsystems erscheint es wenig sinnvoll, von einer von der Sanktionsnorm (bzw. Be-

ge, die der Strafrichter beantworten muss, ist hiernach, wer für eine vergangene Tat zuständig war. Der Schlüsselbegriff dieses Zurechnungsschemas ist die Zuständigkeit, sodass das System der Zuständigkeiten die erste Stufe der allgemeinen Verbrechenslehre betrifft.¹⁴

Freilich erschöpft sich die Aufgabe des Strafrichters nicht in der Bestimmung der Zuständigkeiten für die Tat. Er muss vielmehr auch überprüfen, ob der Betreffende bzw. die Betreffenden im Tatzeitpunkt Alternativen zu ihrem Verhalten hatten. Die zweite Stufe der allgemeinen Verbrechenslehre ist die Zurechnung i.e.S., bei der der Strafrichter überprüfen muss, ob das Zurechnungssubjekt bzw. die Zurechnungssubjekte „Personen“ i.e.S. sind. Das ist der Fall, wenn das von ihm bzw. von ihnen bestimmte Ereignis als seine oder ihre „Handlung“ i.e.S. gilt. Die Handlung ist nicht als willkürliche Körperbewegung, sondern darüber hinaus als Stellungnahme gegenüber der Rechtsordnung definiert. Wer keine *freie* Entscheidung bezüglich der Befolgung einer Rechtsnorm äußern konnte, gilt demzufolge auch nicht als Zurechnungssubjekt im Rahmen dieser Verbrechenslehre.¹⁵

Dieser Begriffsbestimmung nach gelten als Zurechnungsunfähige i.w.S. nicht nur Minderjährige (§ 19 StGB) und diejenigen, die zur Tatzeit wegen einer krankhaften seelischen Störung usw. unfähig waren, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln (§ 20 StGB), sondern auch solche, die einem zurechnungsausschließenden Verbotsirrtum unterliegt (§§ 16, 17 StGB) oder von einer erheblichen Erschwerung der Motivation zu verhaltensnormgemäßem Verhalten betroffen sind (§§ 33, 35 StGB; § 5 Abs. 1 WStG; § 11 Abs. 2 SoldG; § 97 Abs. 2 StVollzG; usw.). Insofern gelten nicht diejenigen als Zurechnungssubjekte, die Rechtsgüter beeinträchtigt haben, sondern nur diejenigen, die in der Lage waren, die Normgeltung in Frage zu stellen.¹⁶

2. Dieses vereinfachte Schema bedarf in der Tat näherer Begründung, Vertiefung und weiterer Debatten. Dies gehört aber eher zur allgemeinen Zurechnungslehre überhaupt als zur strafrechtlichen Beteiligungslehre. Letztere muss zunächst die Frage beantworten, wann eine Tat mehreren Beteiligten zuzurechnen ist.¹⁷ Die Antwort erscheint relativ einfach: Eine Gemeinschaftlichkeit im Sinne der strafrechtlichen Beteiligungslehre liegt erst dann vor, wenn mindestens zwei Zurechnungssubjekte so verbunden sind, dass jeder durch

wertungsnorm) losgelösten Verhaltensnorm (bzw. Bestimmungsnorm) zu sprechen.

¹⁴ Grundsätzlich *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 29. Abschn. Rn. 28 ff.; *ders.* (Fn. 7), S. 26 ff.; *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 57 ff.

¹⁵ Siehe *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (214 ff. 217 ff.) m.w.N.

¹⁶ Siehe *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (217) m.w.N.

¹⁷ *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 134 ff., 232 ff. 253 ff. und passim; *ders.*, ZStW 105 (1993), 271 (281 f.) und passim, spricht von „Gemeinsamkeit“. Doch der deutsche Gesetzgeber – in § 47 StGB i.d.F. 1872; in § 25 Abs. 2 StGB aktuell und seit 1975 – hat immer den Begriff „gemeinschaftlich“ verwendet. Da mit diesem traditionellen Begriff das gemeint ist, was auch hier ausgedrückt werden soll, ist er zu bevorzugen.

seine eigene Pflichtverletzung auch den anderen repräsentiert und umgekehrt.¹⁸ Zwei Elemente sind dafür notwendig: 1. mindestens zwei Zurechnungssubjekte – wie oben definiert – und 2. Pflichtverletzungen solcher Art, dass sie sich mehr als einem Zurechnungssubjekt – wenn auch nur mittelbar – imputieren lassen.¹⁹

Wenn man nun diese Grundformulierung zu Ende denkt, wird man bereits einen ersten Widerspruch mit der h.M. entdecken: Solange es bei der mittelbaren Täterschaft per se nur um *ein* Zurechnungssubjekt geht, müssen die von § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB erfassten Fallkonstellationen außerhalb der strafrechtlichen Beteiligungslehre stehen.²⁰ Wenn der Vordermann von einem Zurechnungsdefizit betroffen ist, dessen Entstehung oder Aufrechterhaltung ausschließlich dem Hintermann zuzuschreiben ist, so hat nur dieser Hintermann seine Treupflicht gegenüber der Rechtsordnung verletzt. Er ist daher in derselben Weise Alleinzurechnungssubjekt, wie wenn er die Rechtssphäre des Opfers eigenhändig beeinträchtigt hätte.²¹ Obwohl dieser Befund auf den ersten Blick problematisch erscheint, ist doch zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber trotz der Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft explizit keine unterschiedlichen Rechtsfolgen festgelegt hat.²²

Jedoch werden sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung beide Rechtsfiguren streng voneinander getrennt.²³

¹⁸ Zum Repräsentationsbegriff in der Beteiligungslehre – in restriktiver Fassung – siehe insbesondere *Kindhäuser*, in: Bohnert/Gramm/Kindhäuser/Lege/Rinken/Robbers (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 (645 ff.); *Haas*, ZStW 119 (2007), 519 (534 ff.); *ders.*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 86 ff. Siehe dazu näher unten II.

¹⁹ Im Ergebnis auch *Jakobs*, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 2 ff.

²⁰ So meint *Jakobs* (Fn. 19), S. 37, die mittelbare Täterschaft sei „gerade *kein* Fall von Beteiligung, vielmehr ein phänotypisch verkappter Fall unmittelbaren Begehens“ (*Hervorhebung im Original*).

²¹ Siehe bereits *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (221) m.w.N.

²² So eindeutig § 25 StGB: „Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.“ Ferner besteht die mittelbare Täterschaft im Strafgesetzbuch erst seit 1975. Dazu *Schünemann/Greco*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 25 Rn. 79.

²³ Statt vieler *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, S. 157 ff. und passim. Die Unterscheidung ist jedoch alles andere als eindeutig. Während die h.L. (so etwa *Schünemann* [Fn. 22] § 25 Rn. 60) im Allgemeinen das Verantwortungs- bzw. das Autonomieprinzip als Eckstein für die Konstitution der mittelbaren Täterschaft ansieht, erscheint sie besonders zweifelhaft in den Fallkonstellationen, in denen das Opfer an seiner eigenen Verletzung kausal mitwirkt. Dazu RGSt 26, 242; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 81 ff. Selbst *Welzel* (Fn. 12), S. 103, sah sie als

Dafür gibt es zwei dogmatische Hauptgründe: 1. Nach h.M. soll die Strafbarkeit des Versuches bei der mittelbaren Täterschaft früher einsetzen als bei der unmittelbaren Täterschaft. 2. Die sog. eigenhändigen Delikte könnten nur in der Beteiligungsform der unmittelbaren Täterschaft begangen werden, weshalb die mittelbare Täterschaft wie auch die Mittäterschaft ausscheiden müssten.²⁴ Dass keiner der genannten Gründe potent genug ist, um eine besondere dogmatische Folgerung für die mittelbare Täterschaft zu rechtfertigen, wird im Folgenden bewiesen.²⁵

a) Was den Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft angeht, heißt es nach der h.M. zutreffend, dass ein unmittelbares Ansetzen i.S.d. § 22 StGB des Hintermanns bereits mit Beginn der Beeinflussung des Vordermanns (sog. Einzellösung²⁶) oder spätestens mit dem Verlust der Steuerungsmöglichkeiten (sog. modifizierte Einzellösung²⁷) gegeben ist. Bei der unmittelbaren Täterschaft ist freilich genau dasselbe der Fall: Wenn das Alleinzurechnungssubjekt sich gegen die Verhaltensnorm wendet, beginnt damit sein Versuch. Was danach geschieht, betrifft nur noch einen etwaigen Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg.²⁸

Fall mittelbarer Täterschaft. Kritisch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 70. Abgesehen davon ist auch fraglich, ob die Zurechnungsdefizite des Vordermanns auf der Ebene des Unrechts, der Schuld oder auf beiden Ebenen liegen sollen. Dazu bereits *Falcone*, ZIS 2020, 212 (219), m.w.N.

²⁴ Vgl. *Jakobs* (Fn. 14), 21. Abschn. Rn. 105 ff. Von den Irrtumsfragen, die zur intensiven Gemeinschaftlichkeit gehören, kann hier abgesehen werden. Siehe dazu unten II.

²⁵ *Jakobs* (Fn. 19), S. 37 ff. Bereits *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, S. 20 ff., wendet sich gegen die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft.

²⁶ Dazu statt vieler *Maurach*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, § 41 II. 5.; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, § 22 II. 3. b), § 27 VII. 2. b); *Puppe*, JuS 1989, 361 (363 f.); *dies.*, GA 2013, 514 (530 ff.); *Jakobs* (Fn. 19), 21. Abschn. Rn. 105.

²⁷ Zum ersten Mal in *Roxin*, in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 213. Danach in *ders.*, JuS 1979, 1 (11 f.); *ders.*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 25 Rn. 152.; *ders.* (Fn. 23), § 29 Rn. 230.

²⁸ *Kleszczewski*, Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat, 1998, S. 86 ff.; *ders.*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 613 (633), sieht die Lage anders. Er will eine solide Begründung für die Einzellösung in den Voraussetzungen der Notwehr gefunden haben. Seiner Meinung nach ist nur Täter, wer eigenhändig die Rechtsstellung des Opfers beeinträchtigt. Dies trifft auch auf den mittelbaren Täter zu, aber nur in vier Fallkonstellationen. Allerdings geht er zu weit, wenn er hierin ein Argument gegen die Autonomie der Teilnahme sieht. Seines Er-

insofern ist es gleichgültig, ob der Vordermann ein menschliches oder ein nicht-menschliches Werkzeug ist.²⁹ Insofern kann es keinen Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft geben.³⁰

Ein Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft tritt nur dann in Erscheinung, wenn der Versuchsbeginn des Täters erst im Zeitpunkt der Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Opfers durch den Vordermann läge (sog. Gesamtlösung³¹). Wenn nun die Normwidrigkeit als überindividuelles Moment des Verbrechensbegriffs bei der Versuchsbestrafung in den Vordergrund tritt und sie Zurechnungsfähigkeit voraussetzt – *ultra posse nemo obligatur* –, dann kann man schwerlich erklären, weshalb der Versuchsbeginn erst zu einem Zeitpunkt angenommen werden soll, zu dem das Alleinzurechnungssubjekt keine Möglichkeit der Beherrschung des Geschehens mehr hat. Die formal bestimmte Gesamtlösung übersieht daher, dass der entscheidende Faktor der Versuchsbestrafung die kommunikative Dimension der Handlung ist, in der sich ein rechtsfeindlicher Wille äußert und auf diese Weise den gesellschaftlichen Frieden in Frage stellt. Die körperliche Bewegung als äußerliches Phänomen spielt hier nicht die entscheidende Rolle, sodass es wenig sinnvoll ist, den Versuchsbeginn des Alleinzurechnungssubjekts vom Verhalten des unfreien Vordermanns abhängig zu machen.³²

achtens ist die Autonomie insofern falsch, als sie ein Notwehrrecht gegen den Teilnehmer begründet, während dessen Ausübung gegen den Täter noch ausgeschlossen ist (ähnlich *van Weezel*, ZIS 2009, 432 [436]). Das ist aber ja richtig, denn *Kleszczewski* übersieht, dass die Bestimmung von Notrechten und Duldungspflichten sich nicht nur auf die Rechtsstellung des Opfers bezieht, sondern auch auf den Umfang der Pflicht- bzw. Obliegenheitsverletzung des Beteiligten. Wer sich gegen die Rechtsordnung (noch) nicht äußerte, hat auch nichts zu dulden.

²⁹ Anderer Ansicht ist *Küper*, JZ 1983, 361 (369), der die Charakterisierung des Vordermanns als „Werkzeug“ relativiert. Er übersieht jedoch, dass damit die mittelbare Täterschaft als Zurechnungsstruktur eine unersetzbare systematische Komponente verliert. Wie hier *Jakobs* (Fn. 19), S. 38 insbesondere Fn. 65.

³⁰ Dazu bereits *Eb. Schmidt*, in: *Hegler* (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Bd. 2, 1930, S. 74 (120, 128). Eine moderne Fassung in *Schild* (Fn. 25), S. 20 ff. Dass die herrschende (modifizierte) Einzellösung besser zum Strafgrund der Teilnahme passt, wird unten dargestellt.

³¹ Statt vieler *Küper*, JZ 1983, 361 (369); *Kadel*, GA 1983, 299; *Krack*, ZStW 110 (1998), 611 (628); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017 § 20 Rn. 90 ff. Diese Lösung wird insbesondere aus analytischer Perspektive verteidigt, siehe nur *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 39 Rn. 54.

³² Siehe *Jakobs* (Fn. 19), S. 38 insbesondere Fn. 65. Demgegenüber ist für *Haas* (Fn. 18 – Theorie), S. 65 ff., *ders.*, ZStW 119 (2007), S. 519 (541 f.), entscheidend, ob der Beteiligte faktisch die betroffene fremde Rechtssphäre usurpie-

b) Die Verbrechenkategorie der eigenhändigen Delikte ist ferner ebenfalls kein Grund, die mittelbare von der unmittelbaren Täterschaft dogmatisch zu trennen. Diese Kategorie beruht auf dem Befund, dass es Delikte gibt, die nur durch unmittelbare Täter begangen werden können, sodass die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft ausscheiden.³³ Allerdings hat die Kategorie der eigenhändigen Delikte ihren Ursprung in einer bloßen Intuition, die freilich bereits im italienischen Strafrecht des Mittelalters präsent war³⁴ und die *Binding* später in die moderne deutsche Verbrechenlehre einführte.³⁵ So äußerte dieser Autor einen Satz, der nach heutigen Maßstäben – sowohl dogmatisch als auch soziologisch – problematisch klingt: „Ich möchte doch wissen, ob jemand, der zur Notzucht angestiftet hat, sich je rühmen würde, er hätte die Geschändete genossen?“³⁶ Im Anschluss an *Binding* gab es zahlreiche Versuche, diese Intuition wissenschaftlich zu untermauern.³⁷

Ob dies gelungen ist, erscheint aber mehr als fraglich.³⁸ So waren die ersten Versuche, eine Begründung und eine

ren kann, gleichgültig ob er vollverantwortlich oder nicht handelt. Insofern beruft er sich auf die polizeirechtliche Figur des Störers, für die ein Verschulden irrelevant ist. Die Handlung des Hintermannes könne dagegen die strafrechtlich geschützte Rechtsposition des Opfers nicht beeinträchtigen und daher sei sie für den Versuchsbeginn bedeutungslos. Gegen eine solche formale Begriffsbestimmung der Handlung bereits *Falcone*, ZIS 2020, 212 (216) m.w.N.

³³ Statt vieler *Langrock*, Das eigenhändige Delikt, 2001, S. 11 ff. m.w.N.; *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 629 ff.

³⁴ Siehe *Engelmann*, in: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Bd. 2, 1911, S. 387.

³⁵ *Binding*, Der Gerichtssaal 1908, 1 (5); *ders.*, Der Gerichtssaal 1910, 87; *ders.*, Der Gerichtssaal 1911, 1. Kritisch bereits v. *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Aufl. 1919, § 50; v. *Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, 1907, S. 641.

³⁶ *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 268, Anm. 17. Kritisch *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 896 (934): „Wer als Mittäter die geschändete Frau lediglich festgehalten hat, hat sie sicher nicht ‚genossen‘, aber das wird ja auch nicht vorausgesetzt.“ Ähnlich *Roxin* (Fn. 23), S. 403 ff.

³⁷ Zunächst etwa *Höpfer*, ZStW 22 (1902), 205 (213 ff.); *Bauer*, Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1904, S. 101 ff. Später dann auch *Engelsing*, Eigenhändige Delikte, 1926, passim; *Wolf*, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, 1927, S. 182 ff.; *Müller*, Eigenhändige Verbrechen, 1928, S. 34 ff.; *Auerbach*, Die eigenhändige Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG, 1978, passim.

³⁸ Für *Schubarth*, SchwZStr 114 (1996), 325, sind die eigenhändigen Delikte „Phantome“ und er leugnet ihre Existenz, denn sämtliche Tatbestände würden seines Erachtens auch in mittelbarer Täterschaft begangen werden können. Kritisch dazu *Stratenwerth*, SchwZStr 115 (1997), 86 (87 ff.); *Wohlers*, SchwZStr 116 (1998), 95 (96 ff.).

Systematik dieser Kategorie zu schaffen, rein formal – denn genau so wurde die Teilnahmelehre im Allgemeinen begründet.³⁹ In diesem Zusammenhang wird oft beiseitegelassen, dass *Binding* die Regel aufgestellt hat, dass eine eigenhändige Tatbestandsverwirklichung die Täterschaft begründet.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund leuchtet es unmittelbar ein, dass nach *Bindings* Auffassung das Erfordernis der Eigenhändigkeit keine Ausnahme, sondern eher die „Ausnahme von der Ausnahme“ war. Mit anderen Worten war er der Meinung, dass man bei dieser Deliktskategorie bei der Regel bleiben müsse.⁴¹ Bereits aus diesem Grund muss das Schicksal der eigenhändigen Delikte unter einer nicht mehr formal begründeten Beteiligungslehre fraglich erscheinen.⁴²

Mit Blick auf diese Historie sind die Versuche, die Existenz eigenhändiger Delikte mit dem Wortlaut des Gesetzes zu begründen (sog. Wortlauttheorie⁴³), wenig überzeugend. In

³⁹ Grundsätzlich *Birkmayer*, in: Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1908, S. 21; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 408 ff.; v. *Liszt* (Fn. 35), S. 211; *M.E. Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1923, S. 380 ff.

⁴⁰ Gegen die Kategorie der eigenhändigen Delikte bereits v. *Bar* (Fn. 35), S. 638 ff.; *Graetzer*, Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen, 1907, S. 25 ff., 29 ff.; *Petri*, Die mittelbare Täterschaft, 1911, S. 42 ff., 52 ff.; *Krauss*, Die mittelbare Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht, 1935, S. 71 ff.; *Piotet*, ZStW 69 (1957), 14 (39 f.), der jedoch zu weit geht: „Die Theorie der eigenhändigen Delikte überzeugt ebensowenig wie die der Sonderdelikte. Beide führen letztlich dazu, Tatbeteiligte, die es nicht verdienen, weil sie eigentlich Täter sind, in den Genuß der nur für Anstifter und Gehilfen vorgesehenen Privilegierung kommen zu lassen.“ (S. 40); *Frühauß*, Eigenhändige Delikte, 1959, passim; *Bunn*, Extensiver und restriktiver Täterbegriff, 1970, S. 265 ff.

⁴¹ Gegen die mittelbare Täterschaft als Tätertypus im Allgemeinen unter der damals herrschenden formal-objektiven Lehre siehe nur *Grünhut*, JW 1932, 366; a.A., und insofern wenig konsequent *Beling*, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, S. 102; *Zimmerl*, ZStW 54 (1935), 575 (583 ff.).

⁴² Es wird auch wenig beachtet, dass bei *Binding* neben der Täterschaft auch die Urheberschaft als Beteiligungstypus stand, sodass bei den eigenhändigen Delikten der Hintermann Urheber ist und seine Handlungen nicht straflos bleiben, siehe *Binding* (Fn. 34), S. 265; *ders.*, Der Gerichtssaal 1910, 87 (91). Die Strafbarkeitslücken, die in der heutigen Strafrechtsdogmatik durch diese Kategorie geschaffen werden – siehe unten –, lassen sich größtenteils mit der nur partiellen Übernahme der Lehren *Bindings* erklären: Anerkennung der eigenhändigen Delikte ohne gleichzeitige Anerkennung der Urheberschaft als Zurechnungsstruktur. Für die Anwendung der „Urheberschaft“ auf den Hintermann bei den eigenhändigen Delikten siehe *Lange*, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935, S. 77 ff.

⁴³ Statt vieler *Engelsing* (Fn. 37), S. 30 ff. und passim; *Wolf* (Fn. 35), S. 182 ff.; *Müller* (Fn. 37), S. 34 ff.

Betracht kämen vor allem diejenigen Tatbestände, die ein reflexives Verb als Tathandlung benennen – etwa das Sich-Befassen gem. § 132 StGB oder das An-sich-vornehmen-Lassen sexueller Handlungen gem. § 174 StGB.⁴⁴ Nun ist es äußerst schwierig, den Kreis der Tatbestände genauer zu bestimmen, denn welche Handlungen eine so nahe Beziehung zum Täter erfordern, dass sie keine Repräsentation erlauben, bleibt noch im Dunkeln. In der Tat führt der Mangel einer soliden Begründung und Begrenzung dieser Kategorie in der Strafrechtsdogmatik dazu, dass die Richter von Fall zu Fall kasuistisch entscheiden, ob es um ein eigenhändiges Delikt geht oder nicht.⁴⁵ Wenig hilfreich erscheint es auch, die eigenhändigen Delikte auf die Tätigkeitsdelikte zu begrenzen (sog. Körperbewegungstheorie⁴⁶).⁴⁷ Das Argument, dass bei solchen Delikten das Handlungsunrecht so bedeutend sei, dass eine Vermittlung nicht möglich ist, trifft nicht zu. Warum soll etwa beim Hausfriedensbruchs gem. § 123 StGB – ein Paradebeispiel für ein Tätigkeitsdelikt nach der h.L. – die mittelbare Täterschaft ausscheiden? Äußert einen minderen Unrechtsgehalt, wer Kinder und geistig Kranke in ein fremdes Haus eindringen lässt, im Vergleich zu demjenigen, der das fremde Haus selbst betritt?⁴⁸

Auch wenig erfolgreich waren meines Erachtens die Versuche, diese Kategorie materiell zu begründen. Von Bedeutung ist insoweit die in *Roxins* Habilitationsschrift vorgestellte Systematik mit drei unterschiedlichen Deliktgruppen: 1. täterstrafrechtliche Delikte, 2. verhaltensgebundene Delikte ohne Rechtsgüterverletzung und 3. höchstpersönliche Pflichtdelikte.⁴⁹ Unter die erstere Gruppe fallen Tatbestände wie § 181a StGB, die eher eine sich aufbauende Persönlichkeitshaltung des Täters als eine bestimmte Handlung erfordern. Die Tatbestände der zweiten Gruppe verlangen eine bestimmte Handlung des Täters, doch der Unrechtsgehalt betrifft nur eine Sittenwidrigkeit und keine Rechtsgutsverlet-

zung – etwa § 173 StGB.⁵⁰ Die dritte Deliktgruppe umfasst die unechten eigenhändigen Delikte,⁵¹ wobei diese in der Tat Pflichtdelikte sind, sodass insoweit auch die für die Pflichtdelikte entwickelten Beteiligungsregeln gelten. Zu dieser Gruppe zählt etwa § 153 StGB.⁵²

Die materielle Begründung der eigenhändigen Delikte konnte sich aber nicht durchsetzen.⁵³ Zum einen ist die dritte Deliktgruppe *Roxins*⁵⁴ bereits von einer Deliktskategorie abgedeckt, die eine deutlich potentere verbrechensbegriffliche Begründung aufweisen kann und daher vorzugswürdig ist (die besonderen Pflichtdelikte, siehe unten IV.). Zum anderen erscheint es wenig sinnvoll, eine dogmatische Kategorie zu etablieren, deren größten Teil solche Delikte ausmachen, die entweder aufgehoben wurden oder deren Verfassungsmäßigkeit fragwürdig ist.⁵⁵ Die Ablehnung der mittelbaren Täterschaft und die Fixierung auf die Körperbewegung in dieser Kategorie führten zudem zu inakzeptablen dogmatischen Konsequenzen im Bereich der *actio libera in causa*⁵⁶ und der Unterlassungsdelikte.⁵⁷

⁵⁰ Diese beiden ersten Kategorien umfassen Vorschriften, die mit einem freiheitlichen Strafrecht schwer zu vereinbaren sind. Bereits dies müsste ein entscheidendes Argument gegen dieses Konzept sein. Siehe *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 452 ff.

⁵¹ Diese Gruppe betrifft die Unterfälle der Garantensonderdelikte bei *Schünemann* (Fn. 22), § 25 Rn. 51.

⁵² Anderer Ansicht ist *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 896 (896 ff.), der die eigenhändigen Delikte nach drei anderen Gruppen systematisiert: 1. täterbezogene Delikte, 2. Tatbestände, bei denen die mögliche Vollendung durch Dritte die Rechtsverletzung nicht verkörpern kann, und 3. verfahrensrechtlich abhängige eigenhändige Delikte. Zur ersten Gruppe würden dann die Tatbestände zählen, die der Täter an seinem eigenen Körper verübt (etwa Selbstverstümmelung gem. § 17 Abs. 1 WStG, Abtreibung gem. § 218 StGB a.F. und Vollrausch nach § 330a StGB). Unter der zweiten wären Tatbestände wie Untreue nach § 266 StGB oder Rechtsbeugung gem. § 339 StGB zu finden. Die dritte Gruppe umfasst die Tatbestände der uneidlichen Falschaussage und des Meineids nach §§ 153 ff. StGB. Dem folgend *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 26 II. 6. ff.

⁵³ Siehe *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 352 f.

⁵⁴ Dieses Verdikt trifft auch die zweite und dritte Deliktgruppe der Systematik von *Herzberg*, siehe Fn. 52.

⁵⁵ Dies wird von *Roxin* (Fn. 23 – Täterschaft), S. 907 f., nicht verkannt: „Die eigenhändigen Delikte sind immer ein Stiefkind der Teilnahmelehre gewesen. Sie sind es heute umso mehr als die von mir dieser Kategorie hauptsächlich zugeordneten Fälle, in denen der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf mögliche Rechtsgüterverletzungen bestimmte Formen ihm als besonders verwerflich erscheinender Unmoral pönalisierte, inzwischen überwiegend von Strafe freigestellt worden sind.“

⁵⁶ Nach einer konsequenten Auffassung soll auch die eigene Instrumentalisierung des Täters bei diesen Delikten straflos bleiben, sodass die Grundsätze der *actio libera in causa* auf

⁴⁴ So *Jakobs* (Fn. 14), 21. Abschn. Rn. 20.

⁴⁵ Dieser Einwand ist unabhängig davon, wie die Kategorie der eigenhändigen Delikte gerechtfertigt wird. Vgl. die folgende Grundidee in *Roxin* (Fn. 23), S. 402: „Andererseits spricht die Hartnäckigkeit, mit der sich die eigenhändigen Delikte trotz theoretisch unzureichender Begründung [!, A.F.] behauptet haben, doch dafür, daß etwas Richtiges [?, A.F.] dahintersteckt.“

⁴⁶ Grundsätzlich *Beling* (Fn. 39), S. 203 ff., 225 ff.; danach statt vieler *Welzel* (Fn. 12), S. 107, 110; *Maurach* (Fn. 26), S. 200 ff.; *Mezger*, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S. 417 ff.

⁴⁷ Solide Argumente gegen eine Sonderdogmatik für Tätigkeitsdelikte im Allgemeinen bei *Walter* (Fn. 10), S. 327 ff., insbesondere S. 329 ff.

⁴⁸ So auch *Roxin* (Fn. 23), S. 442 f., mit weiteren Beispielen.

⁴⁹ *Roxin* (Fn. 23), S. 457 ff. Dem folgend *Haft*, JA 1979, 651; *Samson*, in: Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 1995, § 25 Rn. 26, 27; *Wohlens*, SchwZStr 116 (1998), 95 (103 ff.); *Langrock* (Fn. 33), S. 66 ff.; *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 25 Rn. 44 ff.

Zusammenfassend erscheinen insofern sowohl die Lehre der eigenhändigen Delikte als auch die mittelbare Täterschaft im Allgemeinen als Kennzeichen einer formal bzw. kausal begründeten Verbrechenslehre, die in einem normativen, verbrechensbegrifflich orientierten Zurechnungssystem prinzipiell wenig Platz haben.

II. Intensive Gemeinschaftlichkeit

1. Nach dem hiesigen Konzept sind nicht sämtliche von der h.M. von der mittelbaren Täterschaft umfassten Fälle so zu behandeln, als ob nur ein einziges Zurechnungssubjekt betroffen wäre. Ferner ist auch eine Gemeinschaftlichkeit gegeben, wenn neben dem Hintermann auch dem Vordermann die Verantwortung für die Tat zuzuschreiben ist. So kann der Richter eine solche Zuständigkeit des Vordermanns annehmen, wenn seine Handlung ein unerlaubtes Risiko geschaffen hat, womit die Tat auch als „sein Werk“ anzusehen ist.⁵⁸ In Betracht kommen vor allem diejenigen Fälle, in denen der Vordermann verantwortlich für seinen eigenen Zurechnungsdefekt ist, da er eine Obliegenheit verletzt hat.⁵⁹ So ist eine Gemeinschaftlichkeit zu bejahen, wenn kraft einer Obliegen-

die eigenhändigen Delikte keine Anwendung finden. Damit werden aber Strafbarkeitslücken geschaffen. Siehe *Jakobs* (Fn. 14), 17. Abschn. Rn. 67. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 20 Rn. 62, unterschätzen die praktische Relevanz dieses Problems.

⁵⁷ Aufgrund des Mangels einer bestimmten Körperbewegung sind die Unterlassungen mit den eigenhändigen Delikten – in ihrer herkömmlichen Formulierung – schwierig zu vereinbaren. Das Problem wird wohl deshalb übersehen, weil sämtliche Unterlassungsdelikte oftmals unkritisch als Pflichtdelikten eingeordnet werden. Siehe nur *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 896 (901). Dass der geforderte besondere Handlungsunwert – so *Satzger*, JURA 2011, 103 – hier fehlt, ist meines Erachtens evident.

⁵⁸ Vgl. *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 268.

⁵⁹ Zum Obliegenheitsbegriff siehe grundsätzlich *Jakobs* (Fn. 14), 7. Abschn. Rn. 17, 19. Abschn. Rn. 44, 21. Abschn. Rn. 58a, 21. Abschn. Rn. 84, 29. Abschn. Rn. 46 ff.; *Lesch*, JA 1996, 607 (608); *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 299 ff. Für die analytische Perspektive siehe insbesondere *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 49 f.; *ders.*, Rechtstheorie 1991, 457; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 46 ff.; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 65 ff.; *ders.*, GA 1994, 197 (204); *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 74 ff.; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, S. 69 ff. Die Hauptidee – „Obliegenheit als Dili-genzpflicht“ – wurde bereits von *Feuerbach* (Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde II, 1800, S. 208) besonders prägnant vorgestellt: Für den Bürger ist es nicht nur verbindlich geboten, jenen gesetzwidrigen Effekt nicht unmittelbar zu wollen, sondern auch alles zu tun oder zu unterlassen, damit nicht durch ihn jener Effekt auch entgegen seiner Absicht eintritt. „Diese Nötigung“ sei „die Verbindlichkeit zum gehörigen Fleiße (obligatio ad diligentiam)“.

heitsverletzung der Vordermann später nicht in der Lage ist, seine Pflicht zu erfüllen.⁶⁰ In diesem Fall sind Vorder- und Hintermann so verbunden, dass die Tat beiden – und zwar ceteris paribus ohne qualitative Unterschiede – zuzurechnen ist.⁶¹ Als Beispiel kann man sich eine Vorspiegelung des Hintermannes vorstellen, die einen vermeidbaren Tatbestands- oder Verbotsirrtum des Vordermanns hervorruft, oder die Ausnutzung einer Notstandslage durch den Hintermann, deren Schaffung dem Vordermann zuzurechnen ist.⁶² Wenn die h.L. in diesen Fällen den Vordermann als ein „menschliches Werkzeug“ ansieht, kann sie schwerlich erklären, wie ein Werkzeug zugleich verantwortlicher Täter einer – fahrlässigen oder schuldgeminderten – „Haupttat“ sein kann.⁶³

Diese wechselseitige Akzessorietät zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft widerlegt die h.A., die eine Akzessorietät bloß zwischen Teilnahme und Täterschaft anerkennt.⁶⁴ Doch auch die mittelbare Täterschaft ist minimal akzessorisch ausgestaltet, indem nicht nur eine Handlung im herkömmlichen Sinne, sondern zudem die Verwirklichung des objektiven Tatbestands durch den Vordermann vorausgesetzt ist.⁶⁵ So ist nach h.M. „nur“ unmittelbare Täterschaft anzunehmen, wenn der Vordermann etwa kraft vis absoluta oder kraft unvermeidbarer Bewusstlosigkeit keine „Handlung“ vornimmt.⁶⁶ Handelt der Vordermann nicht einmal

⁶⁰ Insofern findet die Obliegenheitsverletzung im Vorfeld der unmittelbar verletzenden Handlung – der Pflichtverletzung i.e.S. – statt. Dazu näher *Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 231 ff. und passim.

⁶¹ *Jakobs* (Fn. 19), S. 50 ff.

⁶² Siehe bereits *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (220 f.).

⁶³ Schon *Pufendorf* (De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, Cap. I § 27) sprach von einem „velut instrumento uti“. Auch *Feuerbach/Mittermeier* (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, § 46 I.) unterschied zwischen dem Hintermann, der einen anderen zu einer Handlung bestimmt, die bei dem Täter Verbrechen ist, und dem Hintermann, „welcher einen anderen als Werkzeug zum Verbrechen“ bestimmt. Der Begriff „Werkzeug“ ist seit 1880 in der Rechtsprechung zu finden. Siehe etwa RGSt 1, S. 147. Ein verantwortliches Werkzeug – etwa beim vermeidbaren Irrtum – ist in der Tat eine contradictio in terminis und der Begriff des Werkzeugs ist ferner insofern unzutreffend, als er die Zuständigkeit des Vordermannes für sein eigenes Zurechnungsdefizit unsichtbar macht.

⁶⁴ Grundsätzlich *Dencker* (Fn. 58), S. 198 ff.; *Jakobs*, GA 1996, 253; *ders.* (Fn. 19), S. 22 ff. und passim; *Rotsch* (Fn. 53), S. 422 ff., 457 ff. Im Ergebnis auch bereits *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 281 ff., der zwischen den Beteiligungstypen als Bestrafungsfiguren qualitativ nicht unterscheidet, da bei sämtlichen Handlungen ein missbilligtes Risiko geschaffen werde.

⁶⁵ Vgl. *Rotsch* (Fn. 53), S. 422 ff.; *Kleszczewski* (Fn. 28 – FS Puppe), S. 617 f.

⁶⁶ Siehe bereits *Petri* (Fn. 40), S. 24. Aktuell in *Roxin* (Fn. 23), S. 142 ff.

objektiv strafatbestandsmäßig, kommt in Bezug auf den Hintermann allenfalls eine versuchte Tat in mittelbarer Täterschaft in Frage.⁶⁷

Des Weiteren hat auch die Mittäterschaft akzessorische Züge und setzt die Verwirklichung des objektiven Tatbestands voraus.⁶⁸ Ferner besteht die primäre Funktion der Mittäterschaft darin, die ganze Tat mehr als nur einem Subjekt zuzurechnen, wenn die objektiven Tatbestandsmerkmale durch verschiedene Personen verwirklicht werden.⁶⁹ So wird beim sog. zusammengesetzten Delikt wie dem Raub gem. § 249 StGB die Gewalthandlung von A und die Wegnahmehandlung von B dem jeweils anderen zugerechnet, wohingegen ohne die Struktur der Mittäterschaft A nur wegen Nötigung gem. § 240 StGB und B nur wegen Diebstahls gem. § 242 StGB strafbar wäre.⁷⁰ Die wechselseitige Akzessorietät der Mittäterschaft und das Erfordernis objektiver Tatbestandsmäßigkeit sind hier evident.⁷¹

2. Eine gemeinschaftliche Organisation erfordert ferner, dass die Zurechnungssubjekte rechtswidrig handeln. Wenn auf den Vordermann ein Rechtfertigungsgrund zutrifft, kann der Hintermann entweder als Alleinzurechnungssubjekt – bzw. mittelbarer Täter – angesehen werden oder seine Handlung muss straflos bleiben. Nun hat dieser Befund mit der (limitierten) Akzessorietät im herkömmlichen Sinne wenig zu tun.⁷² Anders formuliert: Wer jemandem hilft, der sich in

einer Notwehrlage befindet, handelt nicht deshalb rechtmäßig, weil er an der Verteidigung eines fremden Rechtsraums gegen Missachtung *mitwirkt*, sondern deshalb, weil er *selbst* diesen Rechtsraum verteidigt.⁷³ In solchen Fällen vertritt der Bürger den Staat in seiner schützenden Funktion, der zur Zeit des rechtswidrigen Angriffs nicht zur Verteidigung bereitsteht.⁷⁴ Dies hat der deutsche Gesetzgeber in den §§ 32, 34 StGB richtig nachvollzogen, wenn er die Abwendung eines Angriffs bzw. einer Gefahr „von sich oder einem anderen“ einschließt.⁷⁵ Mit der Teilnahme an einer „rechtswidrigen“ Haupttat i.S.d. §§ 26, 27 StGB hat das nichts zu tun.⁷⁶

Erst nach dieser Argumentation findet die Rechtswidrigkeit der Teilnahme an der Handlung eines vom Erlaubnistatbestandsirrtum betroffenen Täters eine treffende Begründung. So sind die Handlungen von Täter und Teilnehmer in dieser Fallkonstellation gleichermaßen rechtswidrig, da keiner von ihnen einen fremden Rechtsraum gegen Missachtung verteidigt, sondern – im Gegenteil – sie einen solchen verletzen, und zwar unabhängig davon, ob der Täter seine eigene Handlung für gerechtfertigt hält oder nicht. Wenn die h.M. – sog. eingeschränkte Schuldtheorie⁷⁷ – eine strafbare Teilnahme für unmöglich hält, weil es an einer vorsätzlich begangenen Haupttat fehlt,⁷⁸ verhält sie sich inkonsequent und kehrt in der Tat zur von ihr geschmähten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zurück.⁷⁹ Demgegenüber ist eine Gemeinschaftlichkeit von zwei Zurechnungssubjekten anzunehmen, wenn der Vordermann seine Ermittlungsobliegenheit verletzt hat (vermeidbarer Erlaubnistatbestandsirrtum). Nur in dieser Fallkonstellation – und nicht umgekehrt bei einem unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum des Täters – sind die Rechtsfolgen der strengen Schuldtheorie auf die Teilnahmelehre zu übertragen.⁸⁰ Eine so konzipierte Gemeinschaftlichkeit als gegenseitige Akzessorietät erlaubt auch eine bessere Begründung der Rechtmäßigkeit der Handlung des

⁶⁷ Wenn man beim Versuchsbeginn demgegenüber die Gesamtlösung annimmt, ist ferner nicht nur der Erfolg, sondern auch die Handlungszurechnung des mittelbaren Täters akzessorisch (!), vgl. *Kleszczewski* (Fn. 28 – FS Puppe), S. 617 f.

⁶⁸ Treffend *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 60 f.; *Lesch* (Fn. 27), S. 271 ff.; *ders.*, ZStW 105 (1993), 271 (274 f.); *Dencker* (Fn. 58), S. 137, 195 ff.; *ders.*, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 525 (533); *Kindhäuser* (Fn. 18), S. 644; *Haas* (Fn. 18 – Theorie), S. 30 ff.; *Jakobs* (Fn. 19), S. 35 ff. Dies wird von *Schumann* (Fn. 23), S. 44 ff. und passim, *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 72 ff., 100 ff. und passim, und von den Vertretern der funktionellen Tatherrschaft (grundsätzlich *Roxin* [Fn. 23], S. 307 ff.) übersehen.

⁶⁹ Freilich nimmt die h.M. auch dann Mittäterschaft an, wenn sämtliche Täter vereinbarungsgemäß alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklichen. Doch würde angesichts der Tatbestandsmäßigkeit auch die Zurechnungsstruktur der (parallelen) Alleintäterschaft ausreichen. Siehe *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 (274 f.).

⁷⁰ Statt vieler *Haas* (Fn. 18 – Theorie), S. 32 ff.

⁷¹ Bei den sog. Konvergenzdelikten – etwa § 121 StGB – verlangt das Gesetz insofern Akzessorietät, als ohne die Kooperation von mehr als zwei Zurechnungssubjekten die Straftat nicht vollendet werden kann, siehe *Küper*, GA 2003, 363 (377).

⁷² Treffend daher *Baumann/Brauneck/Hannack/Kaufmann/Klug/Lampe/Lenckner/Maihofer/Noll/Roxin/Schmitt/Schulz/Stratenwerth/Stree*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1969, S. 676.

⁷³ Diese Grundkonzeption – für den Vordermann – bei *Neumann* (Fn. 60), S. 166; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 262.

⁷⁴ *Pawlik*, ZStW 114 (2002), 259 (295).

⁷⁵ Siehe *Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 97.

⁷⁶ *Kleszczewski* (Fn. 28 – FS Puppe), S. 623.

⁷⁷ Statt vieler BGHSt 3, 107; BGH NSTz 1983, 500; *Schroth*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafrecht, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 595; *Jescheck/Weigend* (Fn. 52), § 41 III.; *Kühl* (Fn. 31), § 13 Rn. 70 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 56), § 14 Rn. 64 ff.

⁷⁸ So *Herzberg*, JA 1989, 294 (299); *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2016, Vor § 26 Rn. 37.

⁷⁹ Treffend *Jakobs* (Fn. 14), 11. Abschn. Rn. 59; 22. Abschn. Rn. 11. Ähnlich *Streng*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 469.

⁸⁰ Vgl. *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005, S. 320 ff.; *ders.*, JuS 2012, 795.

Vordermanns, wenn die Handlung des Hintermanns von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist.⁸¹

3. Eine Gemeinschaftlichkeit erfordert, dass die Tat mindestens zwei Zurechnungssubjekten zugeschrieben werden kann. Einen solchen Status können also nur diejenigen Beteiligten erreichen, die zurechnungsfähig i.w.S. sind. Insofern erfordert die Zurechnungsfähigkeit, dass dem Subjekt zum Tatzeitpunkt Handlungsalternativen zur Verfügung standen.⁸² Daran fehlt es, wenn die Handlung des Täters durch Not, unzureichendes Erkenntnisvermögen oder Unkenntnis bestimmt wurde und das Subjekt für diesen Zurechnungsunfähigkeitsgrund nicht selbst zuständig ist.⁸³ In herkömmlicher Terminologie gesprochen setzt die Beteiligungslehre die Schuld sämtlicher Beteiligten voraus, womit die strenge Akzessorietät gegenüber der limitierten Akzessorietät vorzuziehen ist.⁸⁴ Dieser Befund steht im Kontext einer allgemeinen Kritik der strengen Trennung zwischen Unrecht und Schuld, einer Kritik, die im Großen und Ganzen zu der Auffassung zurückkehrt, dass eine Unterscheidung zwischen Tat und Täter gemäß der Grundstruktur der Verbrechenslehre nicht möglich ist.⁸⁵

a) Eine solche Stellungnahme, die die Trennung von Unrecht und Schuld für unmöglich hält, muss mit der Kritik umgehen können, diese Trennung werde bei den Vorschriften über die Maßregeln der Besserung und Sicherung ausdrücklich vorgenommen. So wird vorgebracht, dass man im Zustand der Schuldunfähigkeit durchaus eine rechtswidrige Tat begehen könne. *Schladitz* beruft sich auf die Unterscheidung

⁸¹ So ist etwa, wenn jemand in rechtfertigendem Notstand dem Täter hilft, eine Bank zu überfallen, nicht nur die Handlung des Hintermannes, sondern auch diejenige des Vordermannes objektiv gerechtfertigt; wenn dieser die Notlage erkennt, handelt es sich um einen (untauglichen) Versuch. Die h.M. ist so sehr von der kausalen Zurechnungslehre geprägt, dass sie nur die Akzessorietät vom vorletzten zum letzten Kettenglied akzeptieren kann, jedoch nicht andersherum. Nun muss eine normativ bestimmte Gemeinschaftlichkeit, für die die Befunde der kausalen Zurechnungslehre keine Rolle spielen, auch das Handeln sämtlicher Mitglieder der Gemeinschaft als objektiv gerechtfertigt ansehen, wenn mindestens einer gerechtfertigt handelt; und zwar unabhängig davon, welche Stellung er in der Kausalkette einnimmt. Dieser Befund ist meines Erachtens eine logisch zwingende Folge der wechselseitigen Akzessorietät der Beteiligung und der (bloß) quantitativen Differenz von Täterschaft und Teilnahme. Anders wohl *Jakobs* (Fn. 19), S. 22 ff., 28 ff. Vgl. neuerdings *Robles Planas*, in: Hilgendorf/Lerman/Córdoba (Hrsg.), *Brücken bauen*, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, 2020, S. 617 (627): „Dieser Zusammenhang [zwischen den Beteiligten, A.F.] ist objektiv-normativer Natur und die Akzessorietät ist aus diesem Grund nur auf die objektive Seite des Unrechts der Tat bezogen“. (*Hervorhebung im Original*).

⁸² Siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (217).

⁸³ Siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (218).

⁸⁴ Siehe *Falcone*, ZIS 2020, passim.

⁸⁵ Siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 ff. m.w.N.

zwischen der Bestimmungs- und der Bewertungsfunktion der Primärnorm: Wer die Unmöglichkeit schuldlosen Unrechts propagiere, überspanne die Bestimmungsfunktion und ignoriere die Bewertungsfunktion der Primärnorm. Es wird Folgendes behauptet: „[W]enn im konkreten Einzelfall die Bestimmungsfunktion aus normativen oder tatsächlichen Gründen keine Wirksamkeit entfaltet, kann immer noch die Bewertungsfunktion greifen und ein Handeln als rechtswidrig bewerten.“⁸⁶ Hier handelt es sich jedoch um eine *petitio principii*, denn es wird gerade vorausgesetzt, was gezeigt werden müsste, nämlich aus welchem rechtstheoretischen Grund ein schuldloses Unrecht konzipiert werden kann.⁸⁷

Insofern muss man klarstellen, dass der Satz, dass „jemand im Zustand der Schuldunfähigkeit sehr wohl eine rechtswidrige Tat begehen kann“,⁸⁸ wenig über den Anwendungsbereich von Maßregeln aussagt. Ferner hat der BGH festgestellt, dass etwa Irrtümer i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, die auf eine geistige Krankheit zurückzuführen sind, eine Unterbringung gem. § 63 StGB nicht ausschließen.⁸⁹ Daran lässt sich erkennen, dass Maßregeln schlechte Zeugen für die Konstitution eines schuldlosen Unrechts in der Verbrechenslehre sind, denn sie können auch dann Anwendung finden, wenn kein Unrecht vorliegt.⁹⁰ Dies ist per se ein klares Zeichen dafür, dass Maßregeln von einer anderen Begründung getragen werden als die Strafe – Maßregeln dienen prinzipiell der Vermeidung künftiger Gefahren. Daher ist davon auszugehen, dass Maßregeln eher den Prinzipien des Polizeirechts als denjenigen des Strafrechts i.e.S. folgen.⁹¹ Nur wenn man von diesem klaren Befund absieht, kann man hier von einem „bloßen Rettungsversuch“ sprechen.⁹²

b) Mir wird auch vorgeworfen, dass ich in meinen Ausführungen eine von *Roxin* diskutierte Fallgestaltung ignoriere.⁹³ Es geht um die Konstellation, in der der Außenstehende bzw. Hintermann den in die Notstandslage Geratenen auffor-

⁸⁶ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (503).

⁸⁷ Somit bleibt die Kritik an der Leistungsfähigkeit der Unterscheidung zwischen Bewertungs- und Bestimmungsnorm – mindestens hinsichtlich dieses Zwecks – in *Falcone*, ZIS 2020, 212 (215), weiterhin bestehen.

⁸⁸ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (501).

⁸⁹ Statt vieler BGHSt 3, 289; 10, 357.

⁹⁰ So sogar die h.M. Grundsätzlich *Silva Sánchez*, GA 2013, 609 (611 ff.). Siehe auch *van Gemmeren*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 2. Aufl. 2011, § 63 Rn. 13; *Hanack*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 63 Rn. 24.

⁹¹ *Silva Sánchez*, GA 2013, 609 (611 ff.). Siehe auch *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 247: „Jemand, der seiner Obliegenheit zu einer nicht-bedrohlichen Selbstdarstellung kontinuierlich in schwerwiegender Weise zuwiderhandelt, muß es sich gefallen lassen, daß er nach Durchführung eines entsprechenden staatlichen Verfahrens als zumindest zurzeit nicht gesellschaftsfähig behandelt und deshalb in Sicherungsverwahrung genommen wird.“

⁹² So jedoch *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (502).

⁹³ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (500).

dert, die Gefahr durch eine rechtswidrige Tat von sich abzuwenden, und der Angesprochene diesen Rat befolgt. *Roxins* Lösung lautet, dass der Außenstehende nicht mittelbarer Täter sei, weil dieser die tatbestandsmäßige Situation nicht beherrsche, da der Motivationsdruck nicht von ihm, sondern von der von ihm unabhängigen Situation, scil. der Notstandslage, ausgehe – auch *Schladitz* hält dies für korrekt.⁹⁴

Freilich ist mir diese Fallgestaltung nicht unbekannt.⁹⁵ Zu der genannten Stelle habe ich Folgendes geschrieben: „Strittiger ist jedoch der Fall, dass jemand eine nicht von ihm geschaffene Notstandslage ausnutzt, um durch den in Not Geratenen einen von ihm gewünschten Erfolg zu bewirken, sei es, dass er ihn veranlasst, sei es, dass er ihm dabei behilflich ist. Nach *Roxin* ist der Hintermann nur dann mittelbarer Täter, wenn er mit Hilfe seines überwiegenden Einflusses gegenüber dem anderen die äußere Situation verändert und damit Schicksal spielt.“ Die Auffassung von *Schladitz*, dass nach *Roxin* der Außenstehende in sämtlichen Fällen, in denen er dem in Not Geratenen hilft, Teilnehmer sei, ist daher nicht korrekt. Wie *Roxin* deutlich klarstellt, hängt dies von seinem Beitrag ab. Doch halte ich diese Lösung für höchst unsicher, denn bei welchem Beitrag das Zurechnungssubjekt die „Zentralgestalt“ und damit der „Tatherr“ wird, ist alles andere als eindeutig.⁹⁶ Meines Erachtens wäre es sinnvoller, ihn nur dann als ein Zurechnungssubjekt anzusehen, wenn der Vordermann für seine eigene Notlage nicht zuständig ist. Insofern muss erst bei der Strafzumessung quantitativ analysiert werden, wie bedeutend der Beitrag des Hintermanns war.⁹⁷

c) Es wird auch die Meinung vertreten, dass das Erfordernis strafrechtlicher Verantwortung sämtlicher Gemeinschaftsmitglieder beim vermeidbaren Verbotsirrtum des Vordermanns problematisch sei. Als Beispiel wird der berühmte „Katzenkönig-Fall“⁹⁸ vorgebracht. *Schladitz* hält die Entscheidung des BGH – und diejenige der h.M., die eine mittelbare Täterschaft annimmt – für korrekt, da die qualitative

Unterscheidung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung von der „Art und Tragweite des Irrtums und der Intensität der Einwirkung des Hintermannes“ abhängen⁹⁹. Ferner fragt *Schladitz*: „Will *Falcone* in diesem Fall den Hintermann als Anstifter qualifizieren?“, und schließt Folgendes an: „Wenn er diese Frage mit der h.M. verneint – und dafür gibt es gute Gründe –, müsste er einen Täter hinter dem Täter anerkennen, sodass bei der mittelbaren Täterschaft (zumindest in Einzelfällen) doch zwei Zurechnungssubjekte agieren können. Dann aber wäre der von *Falcone* behauptete dogmatische Gleichschritt von unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft aufgebrochen. Bleibt *Falcone* demgegenüber bei seinem Dogma, würde er die Regeln der von ihm selbst gelobten Tatherrschaftslehre aufweichen und den Hintermann trotz seines bestimmenden Einflusses als Teilnehmer qualifizieren.“¹⁰⁰

Erstens ist es meines Erachtens selbstverständlich, dass eine Theorie, die über einen langen Zeitraum derart viele Anhänger sowohl in der Judikative als auch in der Lehre gewonnen hat, zunächst respektiert werden muss. Nun ist freilich meine Auffassung dennoch sehr weit von der Tatherrschaftslehre entfernt.¹⁰¹ Zweitens ist meines Erachtens für die Lösung des angeführten „Katzenkönig-Falles“ zuerst zu klären, ob es um ein oder zwei Zurechnungssubjekte geht. Solange Letzteres der Fall ist, ist es bei den allgemeinen Pflichtdelikten im Rahmen der Zurechnungslehre wenig relevant, ob auf den Hintermann die Figur der mittelbaren Täterschaft oder die der Anstiftung anzuwenden ist. Anders

⁹⁴ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (500).

⁹⁵ Siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (220).

⁹⁶ Vgl. bereits *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 40; *Hardwig*, JZ 1965, 667 (668). Wie ich (*Falcone*, ZIS 2020, 212 [220]) dargelegt habe, unterscheidet *Roxin* die beiden Fälle, dass der Hintermann eine Bombe und dass er „bloß“ eine Pistole zur Verfügung stellt. Ob sich daraus ein leistungsfähiges Kriterium für die (qualitative) Unterscheidung zwischen (mittelbarer) Täterschaft und Teilnahme ableiten lässt, erscheint meines Erachtens mehr als fraglich.

⁹⁷ Siehe *Lesch* (Fn. 17 – Beihilfe), S. 195 ff., 274 ff.; *ders.*, ZStW 105 (1993), 271 (281 ff.); *Dencker* (Fn. 58), S. 249 ff. 270 ff.; *Jakobs*, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 561 (570 f.); *ders.*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Fn. 28), S. 547 (558); *ders.* (Fn. 9), S. 79 f.; *ders.* (Fn. 19), S. 50 ff.; *Reyes Alvarado*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 553 (567 ff.); neuerdings auch *Robles Planas* (Fn. 79), S. 622. Im Ergebnis auch *Rotsch* (Fn. 53), S. 419 ff.

⁹⁸ BGHSt 36, 347 (352 ff.).

⁹⁹ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (500), unter Berufung auf die Entscheidung des BGH.

¹⁰⁰ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (506). „Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch“, so *Schladitz*, „für wie austauschbar *Pawlik* Anstiftung und mittelbare Täterschaft scheinbar hält. So formuliert *Pawlik*: ‚Die Straftat, auf welche die Teilnahmehandlung sich bezieht, muss *schuldhaft* begangen worden sein; wo es daran fehlt, ist dem Destabilisierungsbeitrag des Hintermannes über die Figur der mittelbaren Täterschaft Rechnung zu tragen‘. Diese Ausführungen indizieren, dass das bloße Defizit des Vordermannes hinreichend für die mittelbare Täterschaft (und somit nach h.M. die Tatherrschaft) des Hintermannes ist.“ So wie ich die Auffassung *Pawliks* (Fn. 4 – Unrecht) verstehe, ist diese Kritik unzutreffend. Die Verbindung des Hintermannes zur zurechnungsdefizienten Tat des Vordermannes in der Form einer pragmatischen *Ausnutzung* – als Erfordernis der mittelbaren Täterschaft – wurde im Satz konkludent so eingeschlossen, dass auf keinen Fall die unschuldige Handlung des Vordermannes per se für die Annahme einer mittelbaren Täterschaft ausreicht. Siehe auch *Pawlik*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Fn. 77), S. 133 (153).

¹⁰¹ Aufgrund der Vielfältigkeit der unterschiedlichen Tatherrschaftslehren, die in der heutigen Debatte in Betracht kommen, ist es schwierig, von einer „Tatherrschaftslehre“ zu sprechen. In der Tat kommen so viele Lösungsvorschläge in Betracht, dass das Tatherrschaftskriterium nur einen umfassenden Oberbegriff darstellt, siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (219).

als *Schladitz* meine ich nun, dass mittelbare Täterschaft und Anstiftung sich bezüglich der Steuerungsmacht der Hintermänner (nur) *quantitativ* und nicht (bereits) *qualitativ* unterscheiden. Aus diesem Grund sollte diese Differenzierung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung erst bei der Strafzumessung – und nicht schon auf Tatbestandsebene – zum Thema gemacht werden. Demgegenüber sind starke bzw. institutionelle Differenzierungen zwischen Täterschaft und Teilnahme im Zuständigkeitssystem erst bei der Verbrechenskategorie der besonderen Pflichtdelikte auszumachen.¹⁰²

d) Des Weiteren gilt dies *mutatis mutandis* auch für den Fall, dass der Vordermann einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und der Hintermann einem vermeidbaren Verbotsirrtum unterliegt. Letzterer wäre als Anstifter zu beurteilen, „da seine bloß potentielle Kenntnis des Verbots ihm keinen beherrschenden Einfluss vermittelt“.¹⁰³ Doch wird hier übersehen, dass es in dieser Fallkonstellation nur *einen* Bürger gibt, der eine freie Entscheidung gegen die Rechtsordnung getroffen hat. Nur die Handlung des Hintermanns kann als Kommunikation verstanden werden; nur einer von beiden hat (zuvor) eine Ermittlungsobliegenheit verletzt und sich deswegen schuldig gemacht. Eine freiheitstheoretisch orientierte Zurechnungslehre kann nur nach Maßgabe dieses Kriteriums bestimmen, wer der „Tatherr“ ist. Wer demgegenüber keine freie Entscheidung getroffen hat, kann auch nicht als (schuldloser) Täter betrachtet werden. Symbolisch-kommunikativ ist seine Körperbewegung nicht mehr als ein bloßes Naturereignis.¹⁰⁴

III. Extensive Gemeinschaftlichkeit

1. Bis jetzt wurde nur wenig über die Gemeinschaftlichkeit im extensiven Sinne gesagt. Diese ist systematisch so wenig mit der intensiven Gemeinschaftlichkeit verbunden, dass die bei letztere Bereich getroffenen theoretischen Entscheidungen nicht auf erstere übertragen werden können.

Doch muss eine freiheitsorientierte Zurechnungslehre auch den Begriff der Gemeinschaftlichkeit im extensiven Sinne aus dem allgemeinen Verbrechensbegriff deduzieren. So wird es für die Bestimmung der extensiven Gemeinschaftlichkeit notwendig, sich auf beide Grundmerkmale des Verbrechensbegriffs zu berufen: Handlung und Erfolg. In diesem Sinne ist die Handlung zuallererst ein Gegenstand der freien Organisation des Zurechnungssubjekts und der Erfolg betrifft in erster Linie die freie Ausübung der Grundrechte des Opfers.¹⁰⁵ Des Weiteren bedeutet die Handlung dann eine individuelle Stellungnahme gegenüber der Rechtsordnung und gilt insofern als kommunikative Verletzung einer Verhaltensnorm, deren Funktion es ist, die Gemeinschaft nach allge-

mein anerkannten Werten zu ordnen.¹⁰⁶ Demgegenüber ist der Erfolg das Verbrechensmoment, das diskursiv die Tat als solche – d.h. abgesehen von den Beteiligten und ihrer Zurechnungsfähigkeit – bestimmt. In diesem Sinne ist es zumindest *vage*, eine Tat etwa als vorsätzlich oder fahrlässig zu definieren: Vorsätzlich oder fahrlässig sind die Handlungen der Beteiligten, die alle gemeinsam mit dem Erfolg die Tat bilden.¹⁰⁷

So muss der Strafrichter zuallererst feststellen, dass die Rechtsstellung des Opfers beeinträchtigt wurde. Erst danach muss er überprüfen, als Folge welcher Handlungen sich diese Beeinträchtigung erklären lässt. Anders formuliert: Der Strafrichter muss entscheiden, wer durch ein von ihm geschaffenes unerlaubtes Risiko für den Gesamterfolg zuständig ist.¹⁰⁸ Insofern existiert in der Beteiligungslehre eine *symbolische Repräsentation*: Das Zurechnungssubjekt, das durch die Schaffung eines unerlaubten Risikos als letztes Glied der Kausalkette die Rechtsstellung des Opfers bzw. sein Grundrecht verletzt, repräsentiert auch die davor handelnden Glieder, die mit ihrer Handlung jeweils das erlaubte Risiko überschritten haben.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Siehe *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (217 f.) m.w.N.

¹⁰⁷ Sowohl *Freund* (bereits *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1. Aufl. 1998, § 10 Rn. 46 f., 66; aktuell *ders./Rostalski*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 63 ff.) als auch (schon deutlicher) *Haas* (ZStW 119 [2007], 519 [526 ff.]; *ders.* [Fn. 18 – Theorie], S. 40 ff.), sowie *Renzikowski* (in: *Hefendehl/Hörnle/Greco* [Hrsg.], *Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, 2014, S. 495 [500 ff.]), werfen der Tatherrschaftslehre vor, keinen konstanten Tatbegriff zu haben. Dies ist insofern richtig, als dabei die Tat dergestalt vom Täter abhängt, dass im Endeffekt die Tat ist, „was der Täter macht“. Demzufolge wird die Tat von den Zurechnungsfähigkeiten des Beteiligten so bestimmt, dass etwa bei der mittelbaren Täterschaft „die Tat“ (i.e.S.) bereits mit der Handlung des Hintermannes beginnt, während sie bei der unmittelbaren Täterschaft erst mit derjenigen des Vordermannes beginnt. Eine zurechnungsfähigkeitsunabhängige Tat gibt es daher nicht. Unzutreffend ist daher die Gegenkritik von *Orozco López* (ZIS 2020, 233 [235 f.]), wenn er den Tatbegriff im Rahmen der (*Roxinschen*) Tatherrschaftslehre mit der (Haupt-)Handlung identifiziert – „Tatherrschaft im *Roxinschen* Sinne ist demnach [...] Handlungsbeherrschung“ (S. 236). Nochmals: Wenn die Tatherrschaft „Herrschaft über die Tat“ ist, dann muss die Tat begrifflich unabhängig von der Täterschaft – und daher der Zurechnungsfähigkeit der Beteiligten – bestimmt werden, muss ihr also begriffslogisch vorausgehen. Ansonsten ist das Argument zirkulär. Die Kritik bleibt also bestehen.

¹⁰⁸ Dies ist die richtige Perspektive. Siehe oben I.

¹⁰⁹ Aus welchem Grund diese Repräsentation stattfindet, kann hier nicht ausführlich erklärt werden. Diese betrifft die Begründung und die Grenzen des sog. Regressverbots. Siehe grundsätzlich *Jakobs* (Fn. 19), S. 11 ff. und *passim*; *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 (286 ff. und *passim*); *Robles Planas* (Fn. 81), S. 620 f. Dieser begriffliche Apparat erlaubt es, die

¹⁰² Siehe unten IV.

¹⁰³ So *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (505). In derselben Richtung meint auch *Schünemann* (Fn. 20), § 25 Rn. 93, dass die bloße Möglichkeit der Verbotskenntnis den Hintermann so wenig zum Tatherr mache, wie sie beim Ausführenden eine Herrschaft des Tatveranlassers ausschließe.

¹⁰⁴ Nachweise bereits bei *Falcone*, ZIS 2020, 212 (220 f.).

¹⁰⁵ Siehe *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (213 f.) m.w.N.

2. Daraus ergibt sich ein erster Befund: Während sämtliche Zurechnungssubjekte für den Taterfolg zuständig sind, ist jeder Beteiligte nur für seine eigene Handlung verantwortlich. In herkömmliche Terminologie übersetzt: Wenn das Handlungsunrecht individuell – oder besser: personal – ist, ist das Erfolgsunrecht kollektiv – oder besser: gemeinschaftlich. Vor diesem begrifflichen Hintergrund ist es wenig sinnvoll, von einer extensiven Akzessorietät zu sprechen. So ist rechtsvergleichend etwa die Entscheidung des argentinischen Gesetzgebers in Art. 47 Abs. 2 CP zu begrüßen, weil er den Teilnahmeversuch vom Eintritt der „Haupttat“ unabhängig macht.¹¹⁰ Dies ist insofern korrekt, als das Zurechnungssubjekt mit seiner Stellungnahme gegen die Rechtsordnung bereits alles getan hat, was seine Verantwortung für den Versuch begründet. Was den Versuch angeht, hat der Beteiligte alles getan, was nötig ist.¹¹¹ Was danach kommt, ist – jedenfalls für ihn – bloße Kausalität, die nur für eine etwaige Erfolgszurechnung relevant sein könnte.¹¹²

Nach diesem Schema erscheint die Entscheidung der h.M., den Teilnahmeversuch vom Eintritt der – mindestens versuchten – „Haupttat“ abhängig zu machen, wenig überzeugend. So ist es schwierig zu erklären, wieso der Versuch als Stellungnahme gegen die Geltung der Verhaltensnorm erst dann strafbar ist, wenn der Vordermann bzw. der Täter die „Haupttat“ realisiert. Freilich muss dies für die Erfolgszurechnung relevant sein, aber weshalb eine Versuchszurechnung bei der Handlung des Vordermanns die Haupttat „abwarten“ muss, ist kaum erklärbar. Dass eine andere Auslegung der §§ 25 ff. StGB zu bevorzugen ist, wird im Folgenden dargestellt.

Wie ich bereits wiederholt betont habe, verlangt die gemeinschaftliche Organisation im strafrechtlichen Sinne mindestens zwei Zurechnungssubjekte, die einander so repräsentieren,

dass ihnen die Tat kollektiv zugerechnet werden kann. Ebenfalls festgestellt wurde, dass es bei der mittelbaren Täterschaft im herkömmlichen Sinne nur eine Gemeinschaftlichkeit zwischen Vorder- und Hintermann geben kann, wenn kraft einer Obliegenheitsverletzung – etwa durch vermeidbaren Irrtum – der Vordermann ebenfalls zum Täter wird. Und schließlich wurde auch festgestellt, dass der Versuch des Hintermannes nur von seiner Handlung und nicht von derjenigen des Vordermanns abhängt. Nun ist daher dasselbe Prinzip auf die Mittäterschaft zu erweitern: Auch die Handlung eines Mittäters ist für die anderen nur angesichts des tatbestandsmäßigen Erfolges für sie relevant (sog. Einzellösung¹¹³). Dasselbe muss für die Teilnahme i.e.S. gelten. So ist die Entscheidung des Gesetzgebers bei der Bestrafung des Anstiftungsversuches gem. § 30 Abs. 1 StGB richtig. Dass diese Vorschrift inkompatibel mit der herrschenden Auffassung von der extensiven Akzessorietät ist, dürfte meines Erachtens evident sein.¹¹⁴

Aus dieser Perspektive sieht die gesamte Systematik der §§ 22 ff., 25 ff. StGB deutlich anders aus. Sowohl der Versuch der mittelbaren Täterschaft als auch derjenige der Mittäterschaft sowie der Anstiftung fangen bereits mit dem Beitrag des betreffenden Beteiligten an. Die Straflosigkeit der versuchten Beihilfe erscheint de lege lata nach diesem Konzept freilich unsystematisch. Doch handelt es sich hier um eine Gerechtigkeitsentscheidung des Gesetzgebers, die der Strafrichter beachten muss.¹¹⁵

IV. Gemeinschaftlichkeit bei besonderen Pflichtdelikten

1. Die Hauptaufgabe der Rechtsordnung ist es, den Bürgern zu ermöglichen, ihr Leben nach ihren eigenen Weltanschauungen zu bestimmen. Dafür müssen sie darauf vertrauen können, dass ihre Freiheitssphäre durch die anderen Mitbürger respektiert wird. Erst danach können sie sich auf weniger dringende Tätigkeiten konzentrieren. In diesem Sinne besteht die grundsätzliche Norm des interpersonellen Verhaltens darin, dass jeder den anderen so sein lassen muss, wie er ist. So trifft jeden Bürger gegenüber den anderen die Pflicht zu einer negativen Mitmenschlichkeit, also die Pflicht, die Rechtssphären Dritter zu beachten und eigene Ingerenz zu vermeiden. Erste Aufgabe einer freiheitsorientierten Verbrechenslehre ist daher, die Respektierungszuständigkeiten der

Erfordernisse des Schuldgrundsatzes deutlich zu machen und gleichzeitig zu erklären, warum die Folgen der Handlung *Alters* auch *Ego* zuzuschreiben sind. Demgegenüber findet das subjektive Merkmal des Willenskonnex (Begriff von *Schroeder* [Fn. 96] S. 147) erst bei der subjektiven Zurechnung – imputatio i.e.S. – Raum. Näher *Lesch*, *ZStW* 105 (1993), 271 (276 ff.).

¹¹⁰ Siehe *Sancinetti* (Fn. 105), S. 743 ff.

¹¹¹ Grundsätzlich *Schmidhäuser*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl. 1984, S. 265 ff.; *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, S. 241 ff.; *Lüderssen*, in: Kühne (Hrsg.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, 1995, S. 449 (451 f.).

¹¹² Tatsächlich wird die „Haupttat“ oft als objektive Strafbarkeitsbedingung angesehen. Siehe *Schmidhäuser* (Fn. 112), S. 265 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 52 Rn. 19; *Lüderssen* (Fn. 112), 455 f.; *M.-K. Meyer*, *Beiträge zum Strafrecht*, 2007, S. 1 ff. Nach *Lüderssens* Auffassung (bereits in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk [Hrsg.], *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, 1979, S. 181) ist der Erfolg in diesem Zusammenhang von den objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht streng zu unterscheiden.

¹¹³ Statt vieler *Roxin* (Fn. 23), § 29 Rn. 297 m.w.N.

¹¹⁴ *Schmidhäuser* (Fn. 112), § 11 Rn. 108; *Jescheck/Weigend* (Fn. 52), § 65 I. 3.; *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, S. 720 ff. Vgl. auch *Maurach*, *JZ* 1961, 138 (138).

¹¹⁵ Im Allgemeinen gehört es zu den verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Gesetzgebers, das Ausmaß der Strafanwendung zu beeinflussen. Wenn er daher die Entscheidung trifft, dass bei *sämtlichen* Beteiligungshandlungen die Strafe die Haupttat – in der Form einer objektiven Strafbedingung – „abwarten“ soll, muss der Strafrichter dem folgen. Und das ist auch richtig so, denn die Strafanwendung bezieht sich nicht nur auf eine systematische Zurechnungslehre, sondern auch auf kulturelle Bedürfnisse der Gemeinschaft. Näher *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 47 f., 116 f.

Bürger zu bestimmen.¹¹⁶ Allerdings ist ein solches Programm im Hinblick auf die Gewährleistung sämtlicher Freiheitssphären insofern unvollständig, als deren Schutz oft auch überpersonale Rahmenbedingungen verlangt. In Betracht kommen vor allem Tätigkeiten im Rahmen staatlicher Organisation, das Eltern-Kind-Verhältnis, die Eheschließung und die Gefahrengemeinschaft. Bei solchen *Ermöglichungszuständigkeiten* reicht die Vermeidung fremder Ingerenz nicht aus, vielmehr wird außerdem ein positiver Beitrag verlangt. Eine solche positive Mitmenschlichkeit erfordert nicht nur den Schutz, sondern auch die Verbesserung des betreffenden Interesses.¹¹⁷

2. Insofern besteht die wesentliche dogmatische Folgerung aus der Verletzung einer Ermöglichungszuständigkeit darin, dass nur dem institutionell Verpflichteten die Tat als Täter zugerechnet werden kann. In diesem Sinne ist es zwar gleichgültig, ob er eigenhändig oder durch einen Dritten die Rechtsstellung des Opfers beeinträchtigt. Solange er für die Tat verantwortlich ist, wird er zum Täter – was freilich die Möglichkeit nicht ausschließt, dass anderen besonders Verpflichteten ebenfalls die Tat als ihre Tat zugerechnet wird und sie damit zu Mittätern werden.¹¹⁸ So wird die Akzessorietät bei den besonderen Pflichtdelikten ja nur einseitig verstanden, indem nur die Handlung des extraneus für diejenige des intraneus akzessorisch wird – und nicht umgekehrt. Daher ist ein restriktiver Täterbegriff im strengeren Sinne nur bei dieser Verbrechenskategorie zu finden.¹¹⁹

Jedoch äußert *Schladitz* in seiner Kritik an meinem Vorschlag der Renaissance der strengen Akzessorietät die Erwartung, dass dieser Vorschlag Probleme im Falle einer besonderen Pflichtverletzung mit sich bringen würde. Konkret stellt er drei Fallkonstellationen vor:¹²⁰

¹¹⁶ Diese Grundkonzeption bereits bei *Hegel*, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831, Bd. 4, 1974, S. 176. Zu den Respektierungszuständigkeiten siehe insbesondere *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 2. Aufl. 1996, S. 29; *ders.* (Fn. 9), S. 25 ff.; *Köhler* (Fn. 73), S. 282; *Kersting*, in: Brieskorn/Wallacher (Hrsg.), *Homo oeconomicus: Der Mensch der Zukunft?*, 1998, S. 107; *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 29–31, 67 ff.; *González-Rivero*, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen, 2001, S. 140 ff.; *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, S. 165 ff.; *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 158 ff.

¹¹⁷ Zu den Ermöglichungszuständigkeiten statt vieler *Jakobs* (Fn. 14), 28. Abschn. Rn. 57 ff.; *ders.* (Fn. 9), S. 83 ff.; *Müssig*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 165; *Sánchez-Vera* (Fn. 119), S. 70 ff.; *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 186 ff.

¹¹⁸ Ursprünglich in *Roxin* (Fn. 23), S. 352 ff. Siehe auch *Jakobs* (Fn. 14), 21. Abschn. Rn. 116; *ders.* (Fn. 9), S. 85; *Lesch* (Fn. 15), S. 299; *Pariona Arana*, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2010, S. 155 ff. m.w.N.

¹¹⁹ *Lesch* (Fn. 17), S. 299 ff. und passim.

¹²⁰ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (501, 505 f.).

a) Erstens ist er scheinbar der Auffassung, dass eine Prozesspartei, die einen (unvermeidbaren) Verbotsirrtum des Richters hervorruft, und dieser sodann ein rechtsbeugendes Urteil spricht, wegen Anstiftung zu einer schuldlosen Haupttat zu bestrafen sei. Die von mir vorgeschlagene Lösung der doppelten Straflosigkeit hält *Schladitz* für unzutreffend: „Mir will tatsächlich nicht recht einleuchten, wie bloße Naturkausalität zum Sprechen eines (falschen) Urteils führen können soll, wird doch mittels Urteilen von Richtern ‚Recht erkannt‘ und somit eine durch den Menschen geschaffene Kultur-Leistung angewandt.“¹²¹ In diesem Fall kann freilich die irrtumsschaffende Prozesspartei nicht Täter werden, da sie nicht besonders zuständig für die Rechtspflege ist; und auch nicht Anstifter, denn es gibt keine „schuldhafte Haupttat“. Die doppelte Straflosigkeit ist wie erörtert insofern richtig, als mit der Erklärung durch einen Richter, dass ein vorangegangenes Urteil rechtsbeugend war, gleichzeitig dessen „Kultur-Leistung“ – so die Terminologie von *Schladitz* – aufgehoben wird. So wird mit der Handlung des (zweiten) Richters festgestellt, dass diejenige des ersten nicht schuldhaft gewesen ist, und somit wird mit dem zweiten Urteil die Rechtsordnung symbolisch wiederhergestellt. Wie der extraneus für die Rechtspflege nicht zuständig ist, ist ihm der tatbestandsmäßige Erfolg genauso wenig wie dem intraneus zuzurechnen. Ohne die Bildung einer Gemeinschaftlichkeit zwischen Vorder- und Hintermann kann der Erfolg keinem Zurechnungssubjekt zugeschrieben werden.¹²²

b) Zweitens behauptet *Schladitz* Folgendes: Wenn der handelnde intraneus einem Erlaubnistatbestandsirrtum erliege, der von einem Hintermann und extraneus hervorgerufen wurde, dann scheidet eine mittelbare Täterschaft des Hintermanns mangels Sonderpflicht ebenso wie eine Anstiftung – auf Basis der eingeschränkten Schuldtheorie – aus. So versucht die h.M. die Strafbarkeit des Hintermannes wegen Anstiftung des intraneus zu konstruieren, weil anderenfalls Strafbarkeitslücken drohten, da die mittelbare Täterschaft des

¹²¹ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (501). So wie ich es sehe, wendet sich *Schladitz* hier nicht nur gegen meine Kritik an den Grenzen der Akzessorietät, sondern zeigt sich ferner etwas skeptisch gegenüber der Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums des Richters beim Verbrechen der Rechtsbeugung gem. § 339 StGB. Bei zivilrechtlichen Sachverhalten mit Auslandsbezug kann man sich etwa den Fall vorstellen, dass eine Prozesspartei ausländische Rechtsvorschriften verfälschend zitiert, die andere Prozesspartei sich dagegen wendet und der Richter gleichwohl das verfälschte fremde Recht rechtsbeugend anwendet. Erachtet man den Irrtum über Vorschriften des ausländischen Rechts als Verbotsirrtum, dann hat man es mit einem Verbotsirrtum beim Vordermann bzw. dem Richter zu tun, der durch den Hintermann bzw. die Prozesspartei herbeigeführt wurde.

¹²² Nachweise bei *Falcone*, ZIS 2020, 212 (222). Wenn nun der Beitrag des Hintermannes – je nach Umfang der Handlungen – keine psychische Beihilfe ist, sondern eher die Form einer Anstiftung hat, dann hat dies nicht seine Straflosigkeit zur Folge, sondern unterfällt als Anstiftungsversuch der Vorschrift des § 30 Abs. 1 StGB.

extraneus mangels deliktspezifischer Tätervoraussetzungen nicht in Frage kommt.¹²³ Für meine These wäre vor allem dann der Fall problematisch, dass der intraneus keine Obliegenheit verletzt hat, sodass er nicht zu einem Gemeinschaftsmitglied wird. Demgegenüber meint *Schladitz* als Vertreter der Minderheitsmeinung, dass die doppelte Straflosigkeit doch zutreffend sei.¹²⁴

Unter der gegebenen gesetzlichen Lage, die die Teilnahme gem. §§ 26, 27 StGB (irrtümlich) auf vorsätzliche Handlungen des Täters beschränkt, sind bei den besonderen Pflichtdelikten die dogmatischen Folgerungen der strengen Schuldtheorie zu bevorzugen. In diesem Sinne soll der Vorsatz des Täters bzw. intraneus ja bestätigt werden, indem die Bestrafung des Hintermanns wegen Anstiftung gem. § 26 StGB zur regelmäßigen Rechtsfolge wird.¹²⁵ Doch wäre es systematisch deutlich angemessener, wenn der Gesetzgeber eine schuldhaftige Handlung und nicht bloß eine irgendwie qualifizierte Art von Handlung fordern würde. Diese Korrektur ist hingegen bei den allgemeinen Pflichtdelikten nicht nötig, denn der Hintermann kann unproblematisch als mittelbarer Täter bestraft werden, wenn er Wissensmängel des Vordermannes ausnutzt.¹²⁶

c) Drittens stellt *Schladitz* den Fall vor, dass auch die Teilnahme an einer unvorsätzlichen Haupttat vom Gesetzgeber gelegentlich als strafwürdig angesehen wird. In Frage komme vor allem § 160 StGB, wenn man mit der h.L. die Anwendung der Vorschrift auf die gutgläubige falsche Aussage des Vordermannes beschränkt. *Schladitz*' Auffassung zufolge zeitigt der gewichtige strukturelle Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme auch im Rahmen von § 160 StGB in derjenigen Konstellation Auswirkungen, in der der Vordermann unerkannt bösgläubig ist. Seiner Meinung nach verwirklicht der Hintermann nicht eine vollendete Verleitung zur Falschaussage.¹²⁷ Diese Lösung halte ich für korrekt und mit dem von mir vorgeschlagenen Konzept für inkompatibel. Die zentrale Begründung für diese Lösung lautet, dass der Hintermann bzw. der Täter nicht für den tatbestandsmäßigen Erfolg – die falsche Aussage des Vordermanns – zuständig ist. Wegen des besseren Wissens des Vordermanns ist dieser Erfolg ihm exklusiv zuzurechnen – ähnlich wie bei der Fallkonstellation des omnimodo facturus.¹²⁸ Nun bleibt die Infragestellung der Geltung der Verhaltensnorm durch den Hin-

termann bestehen. Ergebnis davon ist die Bestrafung des Hintermanns wegen eines (untauglichen¹²⁹) Versuches gem. § 160 Abs. 2 StGB.¹³⁰

Doch mag *Schladitz* hier ein Argument gegen meine These finden, wonach die vollendete Anstiftung einer unerkannten unvermeidbar verbotsirrtümlichen Täterschaft abzulehnen ist und nur eine versuchte Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 StGB in Frage kommt. Seiner Meinung nach ist der Hintermann ein Anstifter zur rechtswidrigen Tat des im Verbotsirrtum Handelnden. Den bereits formulierten Grund halte ich noch für entscheidend: „Die Lösung der limitierten Akzessorietät [...] ist insofern unzutreffend, als sie außer Acht lässt, dass der Verlauf bis zur Vollendung der Haupttat ein anderer ist, als sich ihn der Hintermann vorgestellt hat. Und diese Abweichung begründet sich in der für eine normative Zurechnungslehre wichtigen Unterscheidung: Sinn oder Natur.“¹³¹ Daher ist seine Auffassung unzutreffend, wenn er meint, „diese Fehlvorstellung [des Anstifters, A.F.] geht aber nicht so weit, dass sie gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auch den Vorsatz i.S.d. § 26 StGB ausschließt“.¹³² Doch muss der Vorsatz des Anstifters gem. § 26 StGB (auch meines Erachtens) bejaht werden können – daher die Versuchsstrafbarkeit! Nur kann der Erfolg ihm (aus den oben genannten Gründen) nicht zugerechnet werden.¹³³

V. Ergebnis

1. Die Beteiligungslehre setzt voraus, dass die Tat mindestens zwei Zurechnungssubjekten zuzuschreiben ist. Dieser Befund hat zur Folge, dass nicht sämtliche Fallkonstellationen der mittelbaren Täterschaft zur Beteiligungslehre gehören. In diesem Sinne bildet der Vordermann mit dem Hintermann nur dann eine normative Gemeinschaft, wenn der Vordermann eine Obliegenheit verletzt hat. Kann man demgegenüber die Tat auch einem schuldhaft handelnden Vordermann nicht imputieren, dann besteht keine Gemeinschaftlichkeit und die Tat lässt nur ein Alleinzurechnungssubjekt erkennen. Ist dies der Fall, dann muss die mittelbare Täterschaft dogmatisch genauso behandelt werden wie die unmittelbare Täter-

¹²³ Siehe oben II.

¹²⁴ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (505).

¹²⁵ Des Weiteren entspricht diese Lösung besser dem Wortlaut des § 17 StGB, der keine Unterscheidung zwischen Erlaubnisirrtum und Erlaubnistatbestandsirrtum zum Ausdruck bringt. Nachweise oben unter II.

¹²⁶ Für den Vorsatzbegriff qua dolus malus siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (221 f.) m.w.N.

¹²⁷ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (506 f.).

¹²⁸ Eine vollendete Verleitung zur Falschaussage gem. § 160 StGB bejahen aber BGHSt 21, 116; *Rudolphi*, in: *Rudolphi/Horn/Samson* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8. Aufl. 2007, § 160 Rn. 4; *Vormbaum*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 160 Rn. 21 ff.

¹²⁹ Ein bösgläubiger Vordermann kann objektiv nicht gem. § 160 StGB verleitet werden. Dazu bereits *Gallas*, in: *Bockelmann/Kaufmann/Klug* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 1969, S. 600. Siehe auch *Eschenbach*, JURA 1993, 407; *Schroeder*, in: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 75 VI. 3.. Zur Diskussion statt vieler *Ruß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 160 Rn. 2.

¹³⁰ Daher erscheint die Unterscheidung zwischen einem auf mittelbare Täterschaft und einem auf Anstiftung gerichteten Vorsatz, die *Schladitz* (ZIS 2020, 498 [506 Fn. 109, 110]) hier vornimmt, unnötig: Der Hintermann bei § 160 StGB ist (bei materieller Betrachtung) kein mittelbarer, sondern eher ein unmittelbarer Täter.

¹³¹ *Falcone*, ZIS 2020, 212 (221) m.w.N.

¹³² *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (507).

¹³³ *Falcone*, ZIS 2020, 212 (221).

schaft. Unterschiede könnten sich vor allem unter zwei Aspekten ergeben: Bei den eigenhändigen Delikten ist die mittelbare Täterschaft ausgeschlossen und bei der mittelbaren Täterschaft beginnt – nach der h.M. – der Versuch bereits mit der Handlung des Hintermanns. Doch für eine freiheitsorientierte Zurechnungslehre bestehen beide Probleme nur scheinbar. Einerseits ist wie gezeigt die formal begründete Kategorie der eigenhändigen Delikte mit einer normativen Beteiligungslehre schwerlich zu vereinbaren. Andererseits beginnt der Versuch des Hintermannes bereits mit seiner kommunikativen Stellungnahme gegen die Rechtsordnung, was keine Ausnahme, sondern die Regel darstellt und zutreffend ist.

2. Die Gemeinschaftlichkeit besitzt eine interne bzw. intensive Seite. So habe ich bereits in meinem ersten Aufsatz zu diesem Thema die Meinung vertreten, dass ohne Schuld des betreffenden Teilnehmers dieser keine Gemeinschaftlichkeit begründen kann. Im vorliegenden Beitrag wurde bewiesen, dass dieser Befund keine abzulehnende dogmatische Folgerung mit sich bringt. So erfordert die Gemeinschaftlichkeit eine schuldhafte Handlung sämtlicher Mitglieder; ohne sie kann es nur ein Alleinzurechnungssubjekt geben. Aber auch die Tatbestandsmäßigkeit aller Handlungen wird vorausgesetzt, was bei der mittelbaren Täterschaft evident ist: Ohne tatbestandsmäßige Handlung des Vordermanns kann es nur einen Versuch des Hintermanns geben. Dasselbe gilt für die Mittäterschaft bei den sog. zusammengesetzten Delikten, wobei eine parallele Alleintäterschaft das gesamte Unrecht nicht ausreichend widerspiegeln kann. Schließlich geschieht Ähnliches mit der Rechtswidrigkeit: Jeder Bürger handelt rechtmäßig, wenn er einem anderen hilft, der sich etwa in einer Notstandslage i.S.d. § 34 S. 1 StGB befindet. Dies hat aber mit einer (limitierten) Akzessorietät wenig zu tun, sondern betrifft eher die Regeln der Rechtfertigungsgründe. Nicht nur wer sich gerechtfertigt verteidigt, sondern auch wer ihm hilft, schützt die betreffende Rechtsstellung.

3. Des Weiteren besitzt die Gemeinschaftlichkeit auch eine externe bzw. extensive Seite, die sich ebenfalls aus dem Verbrechensbegriff deduzieren lässt. So muss von vornherein Folgendes klargestellt werden: Während jede Handlung eine personale Stellungnahme gegen die Rechtsordnung darstellt, ist der Erfolg kollektiv. Daher muss der Versuchsbeginn sich auf die Handlung des betreffenden Beteiligten beziehen. Eine extensive Akzessorietät erscheint so nicht nur systematisch unangemessen, sondern ist auch mit einem materiellen Verbrechensbegriff schwerlich zu vereinbaren. *De lege lata* ist eine solche Auslegung möglich, wenn man sich für die Einzellösung sowohl bei der mittelbaren Täterschaft als auch bei der Mittäterschaft entscheidet. Auch der Anstiftungsversuch gem. § 30 Abs. 1 StGB stützt diese Auffassung. Die Entscheidung des Gesetzgebers, den Beihilfeversuch straflos zu lassen, erscheint zwar inkonsequent, muss jedoch zwingend beachtet werden.

4. Anders als die (bis jetzt vorgestellten) allgemeinen Pflichtdelikte kennen die besonderen Pflichtdelikte eine Akzessorietät im herkömmlichen Sinne: Nur die Handlung des Teilnehmers ist von der Handlung des Täters abhängig – nicht aber umgekehrt. Grund dafür ist, dass nur der besonders Verpflichtete in der Lage ist, die Rechtsstellung des Opfers

per se zu beeinträchtigen. Jedoch wird auch in dieser Kategorie eine schuldhafte Handlung sämtlicher Teilnehmer gefordert, was, wie ausführlich gezeigt wurde, keine dogmatisch inakzeptablen Folgen hat.

Der dolus alternativus

Von Dr. Yao Li, Potsdam*

Anlässlich der ersten ausdrücklich zum dolus alternativus ergangenen BGH-Entscheidung vom 14.1.2021 befasst sich dieser Aufsatz mit dieser umstrittenen Vorsatzkonstellation. Eine Lösung sollte nicht auf Tatbestands-, sondern Konkurrenzenebene gefunden werden und einen eindeutigen Schuldanspruch zum Ziel haben. Der Aufsatz entwickelt das Konzept, dass entgegen dem BGH und der herrschenden Lehre in der Literatur grundsätzlich wegen einfacher, nicht tateinheitlicher Begehung bestraft werden sollte.

I. Einleitung

Beim dolus alternativus nimmt der Täter eine Handlung vor in der Gewissheit, dass er höchstens einen Tatbestand oder Erfolg verwirklichen kann, ohne jedoch zu wissen, welchen der mehreren für möglich gehaltenen Tatbestände oder Erfolge er verwirklicht. Das Kernproblem besteht darin, dass der Unrechtsgehalt scheinbar schwerer als bei einfachem Vorsatz, jedoch leichter als beim dolus cumulativus (auf mehrere kumulative Erfolge gerichteter Vorsatz) wiegt, das Gesetz in den §§ 52–55 StGB jedoch keine Rechtsfolge zwischen einfacher und tateinheitlicher Begehung vorsieht. Das Problem wird dadurch unübersichtlicher, dass verschiedene Fallgruppen betrachtet werden müssen: Der Täter kann zum einen in Bezug auf ein Objekt handeln, ohne zu wissen, welchen der vom Vorsatz umfassten (alternativen) Erfolge er bewirkt bzw. welche Merkmale das Tatobjekt erfüllt; Beispiele sind das Ansichnehmen einer fremden Sache, die sich entweder in fremdem Gewahrsam befindet oder dem Berechtigten verloren gegangen ist (gleichwertige Erfolge) oder ein schwerer Schlag gegen den Kopf eines Menschen, der entweder zum Tod oder zur Körperverletzung führt (ungleichwertige Erfolge). Zum anderen kann der Vorsatz auf mehrere (alternative) Objekte gerichtet sein, ohne dass der Täter weiß, bei welchem Objekt sich der Erfolg realisiert; Beispiel hierfür wäre ein unsicherer Schuss in eine Menschenmenge (gleichwertige Erfolge) oder eine Menge mit Menschen und (fremden, § 90a S. 3 BGB) Tieren (ungleichwertige Erfolge). In allen Konstellationen kann es zu einer Vollendung kommen oder nicht.

In einer BGH-Entscheidung aus dem Januar 2021¹ hatte der Angeklagte einen Hammer in Richtung zweier Personen geschwungen und eine Person verletzt, ohne zuvor zu wissen, welche der beiden Personen er treffen würde. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung verurteilt; auf die Revision des Angeklagten hin hielt der 4. Strafsenat diese Verurteilung aufrecht. Dass der Angeklagte den Eintritt eines Körperverletzungserfolges bei nur einem, nicht aber bei beiden Tatopfern für möglich hielt,

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

¹ BGH NJW 2021, 795; siehe dazu Mitsch, NJW 2021, 798; Schuster, NSStZ 2021, 422; Eisele, JuS 2021, 366; Kudlich, JA 2021, 339; Schefer/Kemper, HRRS 2021, 173; Böhm, FD-StrafR 2021, 436217.

stehe der Annahme von zwei bedingten Körperverletzungsvorsätzen nicht entgegen; es könne zudem offenbleiben, ob Tateinheit in allen Fällen des dolus alternativus bestehe oder in bestimmten Konstellationen das versuchte Delikt im Wege der Gesetzeskonkurrenz konsumiert werde. Mitsch weist zu Recht darauf hin, dass die Entscheidung bei zwölf (statt nur zwei) potentiellen Opfern „ein ungutes Gefühl“ geweckt hätte.² Da nur ein Vollendungsvorsatz in Bezug auf ein Opfer vorliege, sei der Täter nur wegen einer vollendeten Körperverletzung zu verurteilen, ohne dass § 52 StGB zur Anwendung komme. Nur bei verschiedenen schweren Tatbeständen und Vollendung des leichteren sei Versuch des schwereren Delikts in Tateinheit mit fahrlässiger Begehung des leichteren anzunehmen.

Ein Teil der Literatur nimmt ebenfalls nur *einen* Vorsatz an,³ andere gehen von Idealkonkurrenz zwischen allen vom Vorsatz umfassten Delikten aus (so die h.L.),⁴ wiederum

² Mitsch, NJW 2021, 798 f.

³ M. Fischer, Wille und Wirksamkeit, 1993, S. 237–244 (bei nur einem Objekt); Joerden, ZStW 95 (1983), 565 (586 f., 589 f.); Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2021, § 15 Rn. 27.1; Kühl, JuS 1980, 273 (275); Lampe, NJW 1958, 332 (Anm. 11, 333); Mezger, in: Jagusch/Mezger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 1957, § 59 Anm. II. 21. e); Nagler/Jagusch, in: Nagler/Jagusch/Mezger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 1954, § 43 II.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 4. Aufl. 1992, § 7 II. 4. c); Sackermann, Dolus alternativus, Kongruenz- und Konkurrenzproblem, 2003, S. 60 f. (für gleichwertige Objekte); Schefer/Kemper, HRRS 2021, 173 (174); Schneider, GA 1956, 257 (261); Schroeder, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 106; v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 35–37; Vogel/Bülte, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 136; wohl auch Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 20.

⁴ Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 11 Rn. 56; M. Fischer (Fn 3), S. 236 f. (bei mehreren Objekten); T. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 15 Rn. 18; Hillenkamp, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 46; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 8. Abschn. Rn. 33; Jeßberger/Sander, JuS 2006, 1065 (1067); Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 III. 4.; Joecks/Kulhanek, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 20; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 15 Rn. 115 f.; Rengier,

andere lassen teilweise Delikte im Wege der Gesetzeinheit zurücktreten⁵. Im Ergebnis soll nach dem (versuchten oder vollendeten) schwersten Delikt,⁶ leichtesten Delikt,⁷ vollendeten Delikt⁸ oder allen Delikten⁹ bestraft werden.

II. Bisherige BGH-Rechtsprechung

Zunächst ist festzuhalten: Anders als der 4. Senat behauptet¹⁰ sind drei konsistente und im Ergebnis überzeugende BGH-Entscheidungen implizit zum dolus alternativus ergangen, von denen die aktuelle Entscheidung jedoch abweicht. 1989 hatte der 4. Senat einen Fall zu entscheiden, in dem der Angeklagte in fahruntüchtigem Zustand mit einem Pkw mit 20 km/h und Verletzungsvorsatz in eine Gruppe von Fußgängern gefahren war und dabei eine Person verletzt hatte. Der BGH beurteilte dies als gefährliche Körperverletzung in Tateinheit mit verschiedenen Straßenverkehrsdelikten.¹¹ Da der Angeklagte offenbar nicht hatte steuern können, welche Person er verletzt, lag – ohne dass der BGH dies ansprach –

ein Fall des dolus alternativus vor;¹² die Tatsache, dass Feststellungen zu der Anzahl übriger potentieller Opfer für nicht notwendig erachtet wurden und auch nicht wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung bestraft wurde, lässt vielmehr darauf schließen, dass der BGH im Fall von mehreren gleichwertigen Erfolgen nur wegen eines vollendeten Delikts bestraft.

1992 hielt der BGH die Verurteilung eines Angeklagten durch das Landgericht „u.a. wegen versuchten Totschlags“ aufrecht.¹³ Der Angeklagte hatte in mehreren Fällen jeweils mit einer Pistole in Tötungsabsicht auf eine Person in einem gut besuchten Lokal gezielt, stattdessen jedoch einen Unbeteiligten verletzt, was er billigend in Kauf genommen hatte. Geht man davon aus, dass plausiblerweise jeweils auch wegen tateinheitlich vollendeter Körperverletzung verurteilt wurde und der Angeklagte nur die Verletzung, nicht jedoch den Tod Unbeteiligter in Kauf genommen hatte,¹⁴ hat der BGH (wiederum implizit) in dem Fall des dolus alternativus mit ungleichwertigen Erfolgen, bei dem der mildere Erfolg verwirklicht wurde, tateinheitlich Versuch und Vollendung angenommen.

In einem Fall aus dem Jahr 2009 hatte der Angeklagte mit einem Beil eine Person töten wollen, jedoch eine unter der anvisierten Person liegende andere Person tödlich getroffen, was der Angeklagte auch billigend in Kauf genommen hatte. Der BGH hielt die Verurteilung wegen vollendeten Totschlags aufrecht (auch wenn er von einer aberratio ictus ausging, die jedoch ausscheidet, da der Täter vorsätzlich hinsichtlich der getroffenen Person gehandelt hatte¹⁵), ohne eine Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich der eigentlich anvisierten Person zu prüfen.¹⁶ Hier hat der BGH also ebenfalls – wenn auch erneut nicht ausdrücklich – bei gleichwertigen Erfolgen nur wegen einer vollendeten Tat bestraft.

Im Ergebnis hat der BGH faktisch bereits drei Fälle zum dolus alternativus entschieden, ohne die Vorsatzkonstellation ausdrücklich zu benennen oder eine abstrakte Lösung herzuweisen. Da diese Entscheidungen eher „zufällig“ zum richtigen Ergebnis gekommen zu sein scheinen, kann von einer gefestigten Rechtsprechung zwar nicht die Rede sein. Dennoch wäre es wünschenswert gewesen, dass sich der 4. Senat im

Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 14 Rn. 61; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 94; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 173 f.; *Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 16 Rn. 58 f.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 91.

⁵ *Gaede*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 28; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 294; *Sackermann* (Fn. 3), S. 94–109 (für ungleichwertige Objekte); *Satzger*, JURA 2008, 112 (119); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 350–353; unklar *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 29 (Vorsatz des schwereren Delikts ist maßgeblich).

⁶ *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (594–596); *Kudlich* (Fn. 3), § 15 Rn. 27.1; *Kühl* (Fn. 5), § 15 Rn. 29; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, 22/27 (bei einem Objekt mit mehreren möglichen Merkmalen, wenn nicht bereits aus dem Erscheinungsbild ersichtlich, welches verwirklicht wurde); *Otto* (Fn. 3), § 7 II. 4. c); *Schroeder* (Fn. 3), § 16 Rn. 106; *Silva-Sánchez*, ZStW 101 (1989), 352 (379); v. *Buri* (Fn. 3), S. 35–37; *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 136.

⁷ *Lampe*, NJW 1958, 332 (Anm. 11, 333); *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 1983, 22/27 (bei einem Objekt mit mehreren möglichen Merkmalen, wenn nicht bereits aus dem Erscheinungsbild ersichtlich, welches verwirklicht wurde); *Nagler/Jagusich* (Fn. 3), § 43 II. (wenn keine Vollendung).

⁸ *Maurach/Zipf* (Fn. 6), 22/27 (bei einem Objekt mit mehreren möglichen Merkmalen, wenn bereits aus dem Erscheinungsbild ersichtlich, welches verwirklicht wurde); *Mezger* (Fn. 3), § 59 Anm. II. 21. e); *Schneider*, GA 1956, 257 (261).

⁹ Siehe oben Fn. 4.

¹⁰ BGH NJW 2021, 795 (796).

¹¹ BGH JZ 1990, 297 f.

¹² So auch *Joerden*, JZ 1990, 297 (298); *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301 (317).

¹³ BGHSt 38, 353.

¹⁴ *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301 (318, 329 f.), geht scheinbar von einem alternativen Tötungsvorsatz aus.

¹⁵ So auch *Böhm*, FD-StrafR 2021, 436217; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 149; ähnlich *Schuster*, NStZ 2021, 422, wonach der BGH hier die Konstellation des dolus alternativus wohl übersehen hat.

¹⁶ BGH NStZ 2009, 210. Die hierin zitierte Entscheidung aus dem Jahr 1986 (BGHSt 34, 53) hatte tatsächlich einen Fall der aberratio ictus zum Gegenstand (Angeklagter fährt mit Tötungsvorsatz auf eine Person zu, diese springt zur Seite und die dahinterstehende Person wird unvorsätzlich verletzt), sodass der BGH zu Recht einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr in Tateinheit mit versuchtem Totschlag und fahrlässiger Körperverletzung als erfüllt ansah.

Januar 2021 mit diesen Entscheidungen auseinandergesetzt hätte.

III. Die Behandlung des dolus alternativus

1. Mehrere Vorsätze auf Tatbestandsebene

Geht man systematisch an die Fragestellung heran, so ist zunächst festzustellen, dass der Vorsatz bezogen auf sämtliche versuchte oder vollendete Delikte vorliegt und alternativ vom Vorsatz umfasste Delikte nicht bereits auf Tatbestandsebene ausscheiden. Vorsatz, nach der herrschenden Kurzformel das „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“,¹⁷ sollte (entgegen normativierenden und objektivierenden Tendenzen insbesondere bei der Abgrenzung zur Fahrlässigkeit)¹⁸ weiterhin als psychologischer Begriff verstanden werden, wonach er die innere Einstellung des Täters zum (vorgestellten) Taterfolg beschreibt¹⁹. Der Vorsatzbegriff als innere Tatsache²⁰ sollte eng an die psychologische Realität gebunden sein, auch wenn er als juristischer Begriff nicht völlig wertfrei sein kann.²¹ Vorzugswürdig ist es also, mit Handlung und Vorsatz als Teil des Tatbestandes isoliert die Willensbetätigung im Verhältnis zu jedem einzelnen vorgestellten Erfolg zu beschreiben. Rein psychologisch erkennt der Täter bei dolus alternativus mehrere alternative Erfolgsmöglichkeiten und nimmt jeden einzelnen der potentiellen Vollendungserfolge zumindest in Kauf; das ist Voraussetzung dafür, um Vorsatz hinsichtlich jedes einzelnen (potentiellen) Tatbestands anzunehmen.²² Die normative Bewertung der Tatsache, dass die Erfolge nicht gleichzeitig verwirklicht werden sollten und konnten, sollte nicht bereits auf

Vorsatzebene stattfinden, sondern betrifft die Strafwürdigkeit des Täters entsprechend dem Unrechtsgehalt seiner Tat, ist also eine klassische Frage der Konkurrenzen. Vergleichbar besteht auch bei einem vorsätzlich verwirklichten Qualifikationstatbestand zweifellos Vorsatz sowohl hinsichtlich des Grunddelikts als auch hinsichtlich des qualifizierten Delikts; dass letztlich nur aus dem spezielleren qualifizierten Delikt bestraft wird, entscheidet sich nicht auf Vorsatz-, sondern auf Konkurrenzebene. Auch der BGH ging in seiner Entscheidung aus dem Januar 2021 überzeugend davon aus, dass bedingt vorsätzliches Handeln voraussetzt, „dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, weiter, dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Ziels willen mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet“, und dass diese Voraussetzungen beim Angeklagten hinsichtlich beider potentieller Opfer erfüllt sind. Solange nicht ein Erfolgseintritt mit Sicherheit erwartet wird, schließen sich mehrere Eventualvorsätze, auch wenn sie auf sich gegenseitig ausschließende Erfolge gerichtet sind, auch nicht denklogisch aus.²³

Daher überzeugen Ansätze nicht, die bei dolus alternativus nur einen Vorsatz verwirklicht sehen.²⁴ Einige stellen dabei explizit auf das vermeintlich nur einfach vorhandene Wissensselement ab (der Täter, der wisse, dass allenfalls ein Erfolg eintreten werde, habe auch nur einen Vorsatz²⁵); andere stellen mit der Begründung, dass „der Wille des Handelnden [...] auch nur in seiner Richtung nach einem Erfolge strafrechtlich in Betracht gezogen werden kann“, das Willenselement in den Vordergrund.²⁶ Angelehnt an den kausalen Handlungsbegriff sei der Vorsatz Teil der Erfolgsverursa-

¹⁷ Vgl. nur *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 75.

¹⁸ Für eine Normativierung bzw. einen normativen Ersatz des voluntativen Elements insbesondere *Puppe* (Fn. 4), § 15 Rn. 64–83; siehe auch *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 190 f.; *Vogel*, GA 2006, 386 (388); *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 30 f. Für eine Normativierung des kognitiven Elements insbesondere *Jakobs*, ZStW 101 (1989), 516 (530); *ders.*, ZStW 114 (2002), 584; siehe auch *Lesch*, JA 1996, 346 (352); *Hsu*, „Doppelindividualisierung“ und Irrtum, 2007, S. 128–139, 221 f.; *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2004, S. 62 ff., 264 ff., 353 ff.; *Pawlik*, Person, Subjekt und Bürger, 2004, S. 85 f.

¹⁹ Vgl. *T. Fischer* (Fn. 4), § 15 Rn. 12; *Kühl* (Fn. 5), § 15 Rn. 31. Eingehend gegen eine Normativierung des kognitiven Elements *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 (255–280); siehe auch *Roxin*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 243. Nach *T. Fischer* (Fn. 4), § 15 Rn. 13, beschreibt die durch die Rechtsprechung vorgenommene „Gesamtwürdigung“ der objektiven und subjektiven Tatumstände als eine „Normativierung des in der Terminologie weiterhin psychologisierenden Ansatzes“ (*Hervorhebung im Original*).

²⁰ *T. Fischer* (Fn. 4), § 15 Rn. 3.

²¹ *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 68; so auch zum Begriff der „Entscheidung“ *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 30.

²² *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 352; ähnlich *Stein* (Fn. 4), § 16 Rn. 60.

²³ BGH NJW 2021, 795 (796); ähnlich *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 94; *Schuster*, NStZ 2021, 422.

²⁴ *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 294 (bei gleichwertigen Objekten; der Alternativvorsatz sei „verbraucht“); *Kudlich* (Fn. 3), § 15 Rn. 27.1 (Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts; anderes Objekt ist damit hinsichtlich des Vorsatzes „abgegolten“); *Mitsch*, NJW 2021, 798 f. (nur ein Vollendungsvorsatz gegeben); *Nagler/Jagusch* (Fn. 3), § 43 II. (Versuch hinsichtlich des mildesten Delikts wegen „in dubio mitius“, wenn keine Vollendung; Versuch/Vollendung hinsichtlich des getroffenen Objekts); *Schroeder* (Fn. 3), § 16 Rn. 106 („Es geht daher nicht an, ihm beide Tatbestandsverwirklichungen als vorsätzlich zuzurechnen.“; Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts); *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 136 (differenzierend); *Zaczyk* (Fn. 3), § 22 Rn. 20 (Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts; sonst Versuch des schwerer wiegenden Erfolgs und Wahlfeststellung bei gleichrangigen Erfolgen).

²⁵ *Kühl*, JuS 1980, 273 (275, Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts); *Otto* (Fn. 3), § 7 II. 4. c) (Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts).

²⁶ v. *Buri* (Fn. 3), S. 35–37 (Vorsatz hinsichtlich des schwersten Delikts); ähnlich auch *Lampe*, NJW 1958, 332 (Anm. 11, 333, Vorsatz hinsichtlich des mildesten Delikts wegen „in dubio mitius“); *Mezger* (Fn. 3), § 59 Anm. II. 21. e) (Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts; unklar, wenn keines vollendet); *Schneider*, GA 1956, 257 (261, Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts).

chung; aus dem verursachten Erfolg bzw. der vorgestellten Verursachungsmöglichkeit wird ex post auf den zugrundeliegenden Vorsatz geschlossen.²⁷ Die Auffassungen, die nur den Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts bejahen, d.h. nur die tatsächlich eingetretene Vollendung als maßgeblich erachten,²⁸ stellen jedoch übermäßig auf das Erfolgsunrecht ab.²⁹ Dass der Vorsatz stets die Vollendung der Tat umfassen muss,³⁰ steht der Annahme von mehreren Vorsätzen nicht entgegen, denn im Zeitpunkt der Tathandlung, und allein darauf kommt es an, hält der Täter jede einzelne Vollendung für möglich. Dass der Täter es bei allen Opfern auch für möglich hält, dass der Erfolg bei diesem nicht eintritt, schließt den Eventualvorsatz nicht aus. Aus dem letztlich eingetretenen Erfolg kann nicht im Nachhinein geschlossen werden, dass auch nur diesbezüglich Vollendungsvorsatz bestand. Auch bezieht sich der Vorsatz jeweils auf einen bestimmten tatbestandsmäßigen Erfolg, ist also auch hinreichend tatbestands- und erfolgsspezifisch; das Alternativverhältnis durchbricht zudem nicht die Kongruenz zwischen subjektivem und objektivem Tatbestand mit der Folge, dass nur ein Vorsatz „zugerechnet“ werden könne,³¹ da in Bezug auf jedes Opfer/jeden Erfolg ein mit dem objektiven Tatbestand korrespondierender Vorsatz vorliegt. Der Täter richtet den Alternativvorsatz während der Tathandlung gerade gegen mehrere Rechtsgutsobjekte bzw., wenn nur ein Objekt betroffen ist, auf unterschiedliche Erfolge.³²

Aus dem Grund ist auch der logisch-analytische Ansatz angreifbar, wonach beim dolus alternativus stets nur ein Vorsatz bejaht werden kann, da der Täter nur einen Erfolgseintritt für möglich halte und beide Erfolge sich einander aus-

schließen; jede Tat mit alternativem Vorsatz könne dabei aus verschiedenen (einander ausschließenden) „Perspektiven“ beurteilt werden, wobei jede Perspektive den Vorsatz auf die Verwirklichung eines der vom alternativen Vorsatz erfassten Erfolge bezieht.³³ Dieser technische Zugriff auf den Vorsatz rückt ebenfalls vom psychologischen Verständnis ab. Dass stets nach der „Perspektive“ bestraft werden soll, die den insgesamt höheren Strafraum eröffnet, oder bei gleich scharfen Strafraum ein „Entweder-Oder-Tenor“ zu wählen sei,³⁴ bleibt dogmatisch unbegründet. Dadurch, dass der Vorsatz nur auf einen Erfolg bezogen werden kann, werden nach dieser Ansicht teilweise Delikte wegen fahrlässiger Begehung bestraft (so soll z.B., wenn der Täter entweder Mensch oder Hund töten will und den Menschen trifft, aus einer „Perspektive“ wegen versuchter Sachbeschädigung und fahrlässiger Tötung bestraft werden können)³⁵; Fahrlässigkeit für sich allein spiegelt jedoch nicht den Unrechtsgehalt der Tötung, insbesondere nicht das massive Handlungsunrecht wider; gleichzeitig liegt der Vorwurf nicht in einer Sorgfaltspflichtverletzung.

Ebenso wenig überzeugt es, Unrecht – wesentlich auf der personalen Unrechtslehre aufbauend – als die Verletzung eines Anerkennungsverhältnisses zu definieren³⁶ und nur einen Vorsatz anzunehmen, wenn der dolus alternativus nur gegen ein Objekt mit verschiedenen potentiellen Merkmalen/Erfolgen gerichtet ist, da lediglich ein Anerkennungsverhältnis verletzt sei, sodass bereits auf Ebene des (sozialen) Handlungsbegriffs die Verwirklichung weiterer Delikte ausscheide.³⁷ Nur auf die „soziale Wirksamkeit“ abzustellen³⁸ und bereits „die Gesamtwirklichkeit der Handlung, die Gestaltungsmacht des Täters“³⁹ wertend im Tatbestand zu berücksichtigen, lässt sich nämlich schwer mit dem psychologischen Verständnis von Vorsatz vereinbaren; der Unrechtsgehalt der Tat insgesamt beeinflusst nicht die psychische Beziehung des Täters zu den einzelnen Erfolgen. Im Ergebnis sollte daher der Vorsatz, auch wenn der Unrechtsgehalt der Tat beim dolus alternativus in den meisten Fällen im Vergleich zum dolus cumulativus reduziert ist, nicht bereits auf

²⁷ Siehe z.B. *Mezger* (Fn. 3), § 59 Anm. II. 21. e): „Diese [Eindeutigkeit des Willensinhalts, Anm. *Y.L.*] wird erst durch die wirkliche (objektive) Rechts- und Sachlage (wie sie z.Z. der Handlung bestand) oder durch den Ablauf des Kausalprozesses herbeigeführt; welcher der alternierenden Erfolge auch immer Gestalt gewinnt, er ist gewollt gewesen [...]“. Ähnlich *Zaczyk* (Fn. 3), § 22 Rn. 20: „Da es primär um Wille und Wirksamkeit geht, kann im Fall eines Treffers [...] nur der verwirklichte Vorsatz entscheidend sein. [E]inem wirklichen Vollzug kann nicht ein wirkmächtiger zweiter beigelegt, sondern nur begedacht werden.“ Vgl. auch *M. Fischer* (Fn. 3), S. 108–110.

²⁸ *Mezger* (Fn. 3), § 59 Anm. II. 21. e); *Nagler/Jagusch* (Fn. 3), § 43 II.; *Schefer/Kemper*, HRRS 2021, 173 (174–176), die u.a. auf die Erforderlichkeit eines unbedingten Tatentschlusses abstellen, der hier, da nur von äußeren Umständen abhängig, vorliegt; *Schneider*, GA 1956, 257 (261); ähnlich auch *Mitsch*, NJW 2021, 798 f.

²⁹ So schon *Schroeder* (Fn. 3), § 16 Rn. 106; *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (588); ähnlich die Kritik am kausalen Handlungsbegriff *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 5), § 13 Rn. 63.

³⁰ *Mitsch*, NJW 2021, 798 (799).

³¹ So *Schefer/Kemper*, HRRS 2021, 173 (174).

³² *M. Fischer* (Fn. 3), S. 155; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 91; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 350; ähnlich *Jeßberger/Sander*, JuS 2006, 1065 (1067).

³³ *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (586 f., 589 f.); ihm folgend *Silva-Sánchez*, ZStW 101 (1989), 352 (379).

³⁴ *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (594–596). Zum „alternativen“ Tenor siehe unten III. 2.

³⁵ Beispielsweise soll, wenn der Täter entweder Mensch oder Hund töten will und den Menschen trifft, aus einer „Perspektive“ wegen versuchter Sachbeschädigung und fahrlässiger Tötung bestraft werden können, *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (593, der im Ergebnis eine Bestrafung aus der anderen, weil schärferen „Perspektive“ wegen vollendeten Totschlags befürwortet). Ähnlich *Mitsch*, NJW 2021, 798, der für den umgekehrten Fall, dass der mildere Erfolg verwirklicht wird (z.B. vollendete Körperverletzung, versuchter Totschlag), versuchten Totschlag in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung vorschlägt.

³⁶ *M. Fischer* (Fn. 3), S. 181–222.

³⁷ *M. Fischer* (Fn. 3), S. 236–244, insbesondere S. 242.

³⁸ *M. Fischer* (Fn. 3), S. 223.

³⁹ So jedoch *M. Fischer* (Fn. 3), S. 202.

Tatbestandsebene abgelehnt, sondern zunächst in Bezug auf jeden einzelnen vorgestellten Erfolg bejaht werden.

2. Eindeutiger Unrechtsgehalt im Schuldspruch

Beim dolus alternativus werden durch eine natürliche Handlung mehrere gleichartige oder ungleichartige Tatbestände verwirklicht. Im zweiten Schritt ist daher zu entscheiden, ob alle Delikte in Tateinheit (§ 52 StGB) in den Schuldspruch aufgenommen oder manche im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt werden. Eine materiell-rechtliche Bewertung erübrigt sich auch nicht durch die prozessuale Möglichkeit, das Verfahren nach § 154a StPO einzuschränken,⁴⁰ denn eine solche Einstellung setzt bereits voraus, dass die einzustellende Gesetzesverletzung zumindest in Tateinheit begangen wurde, also nicht bereits im Wege der Gesetzeskonkurrenz entfallen ist.⁴¹

Die Aufgabe der Gesetzeskonkurrenz besteht, im Sinne des übergeordneten Grundgedankens der Konkurrenzlehre, nämlich dem aus dem Schuldprinzip und § 46 Abs. 3 StGB folgenden Mehrfachverwertungsverbot und Ausschöpfungsgebot,⁴² in der Korrektur von Überschneidungen der gesetzlichen Tatbestände im Interesse einer eindeutigen rechtlichen Bewertung.⁴³ Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn der Unrechts- und Schuldgehalt einer Handlung durch einen von

mehreren dem Wortlaut nach anwendbaren Straftatbeständen erschöpfend erfasst wird.⁴⁴ Wird also das Unrecht eines alternativ vom Vorsatz umfassten Delikts vollständig durch ein schwereres Delikt abgebildet, sollte es im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt werden und nicht mehr im Schuldspruch erscheinen.⁴⁵

Auch wenn Gesetzeskonkurrenz individuell durch Auslegung ermittelt werden muss⁴⁶ und im Einzelnen etwa umstritten ist, ob sie nur zwischen identischen Rechtsgütern vorliegen kann,⁴⁷ ist der Fokus auf den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat maßgeblich. Dies gilt für alle von der h.L. anerkannten Fallgruppen: Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion.⁴⁸ Zwar besteht im Detail über die Definitionen und die Abgrenzung voneinander ebenfalls Uneinigkeit,⁴⁹ doch ist im Ergebnis die genaue Terminologie unerheblich, da alle Fallgruppen dieselbe Rechtsfolge haben: Eine Verdrängung aus dem Schuldspruch.⁵⁰ Geht man dennoch auf die Fallgruppen ein, ist unproblematisch, dass Spezialität nur bei begriffslgischem Vorrang⁵¹ des schwereren Delikts in Frage kommt (Beispiel: Der Täter schlägt das Opfer auf einem Auge blind, hat dabei mit einfacher Verletzung oder Verlust des Sehvermögens gerechnet; hier ist die schwere Körperverletzung spezieller als die einfache). Größtenteils wird für den dolus alternativus jedoch Konsumtion angenommen; das verwirklichte Unrecht sei damit „abgegolten“⁵². Zwar erscheint die flexible, normative Herangehensweise der Konsumtion angemessen zur Beantwortung der Frage, ob der Unrechtsgehalt eines alternativ vorsätzlich verwirklichten Delikts von einem anderen Delikt umfasst ist. Problematisch ist jedoch, dass der

⁴⁰ So für Einzelfälle *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 15 Rn. 91; *Schuster*, NSTZ 2021, 422 (423); eine Anwendung des § 154a StPO in Fällen der Konsumtion ziehen in Betracht *Kargl/Rüdiger*, NSTZ 2002, 202 (203); *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 269 f.

⁴¹ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 63. Aufl. 2020, § 154a Rn. 6; *Teßmer*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 154a Rn. 17.

⁴² Ausführlich *El-Ghazi*, Revision der Konkurrenzlehre, 2020, S. 72–118. Siehe auch BGHSt 39, 100 (109); 44, 196 (201); *Fahl*, Zur Bedeutung des Regelatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, S. 240–244; *Jakobs* (Fn. 4), 31. Abschn. Rn. 12; *Kindhäuser*, JZ 1997, 101 (102); v. *Heintschel-Heinegg*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 131 (135–138).

⁴³ *Jakobs* (Fn. 4), 31. Abschn. Rn. 11; *Lenckner*, JR 1978, 424 (425); *Rissing-van Saan*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, § 52 Rn. 107 f.; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 102; *Vogler*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 715 (721 f.); v. *Heintschel-Heinegg*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 19; siehe auch *Puppe* (Fn. 40), S. 20; *dies.* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 2–4. Siehe zur Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs/der Tateinheit *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), § 52 Rn. 2; *Deiters*, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit, 1999, S. 92–94.

⁴⁴ BGHSt 39, 100 (108); 44, 196 (198); 46, 24 (25); *Rissing-van Saan* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 107; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 170.

⁴⁵ A.A. z.B. *Stein* (Fn. 4), § 16 Rn. 60, wonach die Unrechtsgehalte nicht in einem logischen oder normativem Inklusionsverhältnis stehen.

⁴⁶ *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 174.

⁴⁷ So BGHSt 39, 100 (108); 46, 24 (26); a.A. z.B. v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 20.

⁴⁸ Herrschende Lehre nach *Klug*, ZStW 68 (1956), 399, vgl. *T. Fischer* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 40; *Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 85; *Rissing-van Saan* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 111; *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 175; hingegen „dogmatisch verlässliche Unterscheidungskriterien“ verneinend v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 33. A.A. *Puppe* (Fn. 40), S. 355–357; *dies.* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 5 (Subsidiarität und Konsumtion sind Idealkonkurrenz, nur Spezialität ist Gesetzeseinheit).

⁴⁹ Siehe z.B. *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 176–226.

⁵⁰ *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 176.

⁵¹ *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 104, 105.

⁵² *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 350; siehe auch *Sackermann* (Fn. 3), S. 105–109 (für „Alternativität“ als neue Form der Gesetzeseinheit); *Maurach/Zipf* (Fn. 6), 22/27; in den Raum gestellt von BGH NJW 2021, 795 (796 f.); sehr zurückhaltend *Joecks/Kulhanek* (Fn. 4), § 16 Rn. 20.

Grund für die Verdrängung die „Sperrwirkung des Regeltatbilds“ ist, also das verdrängte Delikt ein empirisch regelmäßig oder normativ typischerweise mitverwirklichtes Delikt sein soll,⁵³ was bei alternativ vom Vorsatz umfassten Delikten meistens nicht der Fall ist, insbesondere nicht, wenn unterschiedliche Rechtsgutsträger betroffen sind. Es dürfte auch schwer feststellbar sein, dass der Täter typischerweise erkennt, dass der gewollte Erfolg anders ausfallen oder einen anderen treffen kann; insbesondere müsste der *dolus alternativus* dann eine häufigere Konstellation als der *dolus cumulativus* und die *aberratio ictus* sein.

Näher dürfte daher eine Verdrängung wegen materieller Subsidiarität liegen, wenn der Unrechtsgehalt des alternativ verwirklichten Vorsatzes vollständig durch die Bestrafung wegen eines anderen Delikts abgedeckt wird. Für die h.M. stehen bei der materiellen Subsidiarität zwar zwei Fallgruppen im Vordergrund (verschiedene Stadien eines Angriffs oder verschieden intensive Arten eines Angriffs auf dasselbe Rechtsgut),⁵⁴ die beim *dolus alternativus* regelmäßig nicht gegeben sind. Allerdings dient die materielle Subsidiarität ebenso wie die Spezialität der Vermeidung von Mehrfachbestrafung⁵⁵ und erfordert neben abstrakten Vergleichen auch eine individuelle Bewertung⁵⁶. In problematischen Unterfallgruppen der materiellen Subsidiarität geht es stets entscheidend um die Frage, ob eigenes Unrecht verwirklicht wurde und eine Verdrängung aus Klarstellungsgründen ausscheidet.⁵⁷ Daher beschreibt materielle Subsidiarität die Beziehung der alternativ vorsätzlichen Delikte zum verdrängenden Delikt wohl am treffendsten, sofern die subsidiären Delikte keinen eigenen Unrechtsgehalt im Schuldspruch verdeutlichen. Dies ermöglicht eine Unterscheidung von *dolus alternativus* und *dolus cumulativus* im Schuldspruch, da im letzteren Fall alle vom Vorsatz umfassten Delikte in Tateinheit zueinander stehen.

Liegt keine Gesetzeskonkurrenz vor, weil nur mehrere alternativ vom Vorsatz umfasste Deliktsverwirklichungen den Unrechtsgehalt der Tat komplett abbilden, so lautet der Schuldspruch auf tateinheitliche Begehung und es wird nach § 52 Abs. 1 StGB „nur auf eine Strafe erkannt“. Der Unterschied zwischen Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit darf sodann nicht dadurch nivelliert werden, dass verdrängte Delikte bei der Strafzumessung strafschärfend wieder berücksichtig

werden.⁵⁸ Soll der Schuldspruch das Unrecht eindeutig erfassen und ist gleichzeitig der Unrechtsumfang maßgeblich für die Strafzumessung,⁵⁹ dann darf sich die Strafe auch nur an den im Schuldspruch erfassten Delikten orientieren und muss im Wege der Gesetzeseinheit verdrängte Delikte außer Betracht lassen⁶⁰; gleichzeitig sollte jedes im Schuldspruch aufgeführte Delikt auch Auswirkung auf die Strafzumessung haben.

Darüber hinaus sind Schuldsprüche wegen alternativer Begehung („Der Angeklagte hat sich wegen einander ausschließender Begehung [...] strafbar gemacht.“)⁶¹ oder ein „Entweder-Oder-Tenor“⁶² abzulehnen. Zwar besteht strukturell scheinbar eine der echten Wahlfeststellung ähnliche Konstellation der Alternativität mit dem Unterschied, dass sich die Alternativität auf Rechts- und nicht auf Tatsachenebene abspielt.⁶³ Allerdings ist bereits bei der echten Wahlfeststellung die alternative Tenorierung kritisch zu sehen, da diese (täterbelastende) Rechtsfolge nicht in den §§ 52–55 StGB vorgesehen ist und sich dies zulasten der Rechtssicherheit auswirkt.⁶⁴ Die Konstellation des *dolus alternativus* lässt sich darüber hinaus mit den herkömmlichen Konkurrenz- und Strafzumessungsregeln lösen. Zudem besteht bei alternativem Vorsatz weder auf Tatsachen- noch auf Rechtsebene Unsicherheit; vielmehr stellt sich der Täter nur etwas Unsicheres vor. Der Inhalt dieser Vorstellung sowie der (Nicht-)Erfolg können wiederum zweifelsfrei festgestellt werden, sodass es im Ergebnis keiner alternativen Tenorierung bedarf.⁶⁵

⁵⁸ So jedoch die Tendenz in der Praxis, vgl. kritisch *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 103, 144.

⁵⁹ Siehe *Rissing-van Saan* (Fn. 43), § 52 Rn. 53.

⁶⁰ *Erb*, ZStW 117 (2005), 37 (82); *Satzger*, JR 1999, 203 (204); *Warda*, JuS 1964, 81 (92 f.); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 62, 64; im Ergebnis ebenso für die meisten Fälle der Gesetzeseinheit *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 144; *Puppe*, GA 1982, 143 (161 f.), geht im Ausgangspunkt ebenso davon aus, wertet jedoch aus diesem Grund nur die begriffslogisch zwingende Spezialität als Gesetzeseinheit, hingegen Konsumtion und Subsidiarität jeweils als Idealkonkurrenz, um konsumierte und subsidiäre Delikte bei der Strafzumessung berücksichtigen zu können. Anders die ständige Rechtsprechung BGHSt 1, 152 (155 f.); 6, 25 (27); 19, 188 (189); ebenso für bestimmte Fälle *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 69 III. 3.; *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 241 f.; *Jakobs* (Fn. 4), 31. Abschn. Rn. 38 f.

⁶¹ *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301 (323).

⁶² *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (596); siehe auch *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 15 Rn. 136 (Wahlfeststellung bei allseitig bedingtem Vorsatz); *Zaczyk* (Fn. 3), § 22 Rn. 20 (Wahlfeststellung bei gleichrangigen Versuchen).

⁶³ So *Joerden*, ZStW 95 (1983), 565 (594).

⁶⁴ *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164; *Kotsoglu*, ZStW 127 (2015), 334. Der 2. Senat hielt in BGH NStZ 2014, 392, die echte Wahlfeststellung für verfassungswidrig, wohingegen der Große Senat und das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit bejahen (BGHSt 62, 164; BVerfG NJW 2019, 2837).

⁶⁵ Ähnlich *Stein* (Fn. 4), § 16 Rn. 60.

⁵³ v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 25, 49 f.

⁵⁴ Vgl. *Rissing-van Saan* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 148; *Roxin* (Fn. 44), § 33 Rn. 199–212; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 109; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 46; *Warda*, JuS 1964, 81 (91). Ablehnend *Puppe* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 25, die Fälle der sog. „Erfolgseinheit“ als Idealkonkurrenz betrachtet.

⁵⁵ v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 30.

⁵⁶ Siehe auch *Rissing-van Saan* (Fn. 43), Vor § 52 Rn. 148; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 43), § 52 Rn. 31.

⁵⁷ Vgl. z.B. *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 40), Vor §§ 52 ff. Rn. 112–115. Vgl. auch *Schefer/Kemper*, HRRS 2021, 173 (177).

IV. Fallgruppen des dolus alternativus

Löst man also Fälle des dolus alternativus systematisch, dann besteht zunächst hinsichtlich aller Erfolge, die sich der Täter vorgestellt und in Kauf genommen hat, Vorsatz. Damit verwirklicht der Täter mit einer Handlung entweder mehrere versuchte Delikte oder ein vollendetes Delikt neben einem oder mehreren versuchten Delikt(en). Es macht dabei keinen Unterschied, ob ein Objekt oder mehrere Objekte betroffen sind. Im Ergebnis darf der Schuldspruch allerdings nur die Delikte enthalten, die den Unrechtsgehalt vollständig reflektieren. Der Unrechtsgehalt der Tat, die von vornherein nur einen Erfolg realisieren sollte, wird in den meisten Fällen bereits durch eine Bestrafung nach dem schwersten vorsätzlichen Delikt abgebildet, das die leichteren Delikte verdrängt.

1. Mehrere gleiche Delikte, keine Vollendung

Schießt beispielweise ein Täter erfolglos mit Tötungsvorsatz einmal in eine Menschenmenge, ohne zu wissen, ob er trifft und wenn ja, wen er trifft, so hat der Täter zwar versuchten Totschlag in Bezug auf jeden einzelnen Menschen in der Menge, den er meinte treffen zu können, begangen; jedoch hat er, da er nur einen Erfolg realisieren wollte, lediglich das Unrecht eines versuchten Totschlags verwirklicht und sollte dementsprechend bestraft werden (ohne dass es im Schuldspruch darauf ankäme, auf welchen Menschen bezogen); alle übrigen Versuche treten als materiell subsidiär dahinter zurück.⁶⁶

2. Mehrere gleiche Delikte, davon eines vollendet

Trifft der Täter in der obigen Konstellation eine Person, so hat der Täter zunächst einen vollendeten Totschlag hinsichtlich der getroffenen Person sowie versuchten Totschlag hinsichtlich aller restlichen Menschen, die er meinte treffen zu können, verwirklicht.⁶⁷ Entgegen der Ansicht des BGH im Januar 2021⁶⁸ wurde, da Vorsatz und Erfolg insgesamt nur einen Menschen betrafen, lediglich das Unrecht eines vollendeten Totschlags verwirklicht und sollte dementsprechend der Schuldspruch nur einen vollendeten Totschlag enthalten; alle übrigen Versuche treten als materiell subsidiär dahinter zurück. Dagegen spricht auch nicht, dass höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Rechtsgutsträger betroffen sind; insbesondere hat der Täter dadurch keine „größere Tatschuld auf sich geladen“,⁶⁹ da sich genau die eine vorsätzlich gesetzte Gefahr hinsichtlich eines Rechtsgutsträgers realisiert hat. Eine strafschärfende Wirkung des dolus alternativus ist daher nicht angezeigt.⁷⁰ Durch die einfache Verurteilung wird erst

der materielle Unterschied zum dolus cumulativus deutlich. Es kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass bei Tateinheitlicher Verurteilung nach § 52 StGB nur eine Strafe nach dem die schwerste Strafe androhenden Gesetz zu bilden wäre,⁷¹ da im Sinne der Kongruenz zwischen Schuldspruch und Strafzumessung alle im Schuldspruch aufgeführten Delikte auch die Strafhöhe beeinflussen müssten; der Täter sollte also nicht wegen tateinheitlicher Begehung verurteilt werden, im Ergebnis jedoch eine Strafe wie bei einfachem Vorsatz erhalten. Zudem müsste bei einer Vielzahl in Betracht kommender Opfer ein vollendetes Delikt in Tateinheit mit einer Vielzahl, unter Umständen sogar unbekanntem Anzahl an Versuchsdelikten angenommen werden, was den Unrechtsgehalt der Tat bei Weitem überstiege.⁷²

3. Mehrere ungleiche Delikte, keine Vollendung

Schießt zum Beispiel ein Täter erfolglos einmal in eine Menge aus Menschen und Tieren und nimmt dabei zumindest billigend in Kauf, entweder einen Menschen oder ein Tier zu töten, dann hat der Täter versuchten Totschlag und versuchte Sachbeschädigung hinsichtlich aller Menschen und Tiere, die aus seiner Sicht getroffen werden konnten, verwirklicht. Da die Bestrafung wegen (einfachen) versuchten Totschlags den Unrechtsgehalt vollständig abbildet, verdrängt dieses Delikt die übrigen Versuchsdelikte.⁷³ Dies gilt zum einen in Bezug auf die übrigen versuchten Tötungsdelikte, da auch hier (wie oben 1.) insgesamt (höchstens) ein Tötungserfolg in Kauf genommen wurde. Zum anderen muss eine versuchte Sachbeschädigung erst recht zurücktreten. Der Unrechtsgehalt liegt nämlich weit hinter dem eines versuchten Totschlags, auch wenn das Schutzgut ein anderes ist. Das Ergebnis ist insbesondere dann zwingend, wenn man diese Konstellation mit der eines Schusses auf eine reine Menschenmenge (oben 1.) vergleicht: Dort sind durch die Tötungsversuche unterschiedliche Rechtsgutsträger sogar in ihren höchstpersönlichen Rechtsgütern betroffen; dennoch wird nur wegen eines Tötungsversuchs verurteilt und bestraft, da insgesamt nur ein Erfolg realisiert werden konnte und sollte. Es wäre also widersprüchlich, im Fall eines Schusses auf Menschen und Tiere wegen Tötungsversuchs und tateinheitlich begangener Sachbeschädigung zu bestrafen, wenn bei einer reinen Menschenmenge noch nicht einmal die übrigen versuchten Tötungsdelikte im Schuldspruch berücksichtigt werden. Der Täter, der alternativ auf Menschen oder Tiere schießt, darf nicht schlechter gestellt werden als derjenige, der alternativ ausschließlich auf Menschen schießt.⁷⁴

⁶⁶ Zum gleichen Ergebnis nach Konsumtion kommen *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 355.

⁶⁷ So auch BGH JZ 1990, 297; BGH NSStZ 2009, 210.

⁶⁸ Nach BGH NJW 2021, 795 (796), ist wegen Vollendung in Tateinheit mit Versuch zu bestrafen.

⁶⁹ So jedoch BGH NJW 2021, 795 (796); *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 91.

⁷⁰ So auch *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 94; anders *Schuster* NSStZ 2021, 422 (423), für den der Täter mit Alternativ-

vorsatz „deutlich rücksichtsloser“ handelt als derjenige mit einfachem Vorsatz.

⁷¹ So *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 94.

⁷² So auch *Mitsch*, NJW 2021, 798 f.; *Schefer/Kemper*, HRRS 2021, 173 (176 f.); *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301 (303, 306).

⁷³ So bei „annähernd gleicher Schutzrichtung und Tatschwere“ der übrigen Delikte auch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 353.

⁷⁴ *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 294.

4. Mehrere ungleiche Delikte, das schwerste ist vollendet

Für die Konstellation, dass der Täter in eine Menge aus Menschen und Tieren zielt, aber einen Menschen tötet, gilt ebenso wie unter 3.: Zwar verwirklicht der Täter einen vollendeten Totschlag sowie versuchte Tötungs- und Sachbeschädigungsdelikte, jedoch ist mit dem vollendeten Totschlag der Unrechtsgehalt, nämlich das Handlungs- und Erfolgsunrecht mit Blick auf den am schwersten wiegenden Erfolg, abgebildet. Dahinter treten die versuchten Delikte mangels eigenen Unrechtsgehalts zurück.⁷⁵ Dies ergibt sich insbesondere auch zwingend aus dem Vergleich mit dem Fall, dass der Täter einen Menschen aus einer reinen Menschenmenge trifft (oben 2.): Auch hier treten die versuchten Tötungsdelikte hinter dem vollendeten Totschlag zurück; dann darf für die versuchte Sachbeschädigung mit geringerem Unrechtsgehalt nichts anderes gelten.⁷⁶

5. Mehrere ungleiche Delikte, davon eines vollendet, das nicht das schwerste ist

Schießt der Täter jedoch in die „gemischte“ Menge und tötet ein Tier, sollte er wegen vollendeter Sachbeschädigung in Tateinheit mit einem versuchten Totschlag bestraft werden.⁷⁷ Entsprechend gilt für Konstellationen, in denen der Täter mit Tötungsvorsatz eine Person verletzt und sie lediglich (schwer) verletzt, dass die (schwere) Körperverletzung in Tateinheit zum versuchten Totschlag steht.⁷⁸ Ausnahmsweise ist also, wenn lediglich ein milderer Erfolg realisiert wird, tateinheitlich wegen des versuchten schwersten Delikts zu bestrafen, da sonst der Unrechtsgehalt nicht komplett abgebildet werden kann.⁷⁹ Eine Bestrafung allein wegen des vollendeten leichteren Delikts kann das Unrecht, dass der Täter auch die Verwirklichung des schwersten Delikts in Kauf genommen hat, nicht abbilden; es wäre widersprüchlich, den versuchten Totschlag nur wegen der vollendeten Sachbeschädigung nicht zu bestrafen. Gleichzeitig würde eine Bestrafung nur wegen des versuchten schwersten Delikts nicht verdeutlichen, dass eine Sache tatsächlich beschädigt wurde. Zwar ist der Tenor hier identisch mit dem Fall des *dolus cumulativus* (Beispiel: Täter wirft eine Granate und nimmt zumindest in Kauf, Menschen zu töten und gleichzeitig Sachen zu beschädigen, beschädigt jedoch nur eine Sache), doch ist dieser Gleichlauf im Schuldspruch hinzunehmen, da vorrangig der Unrechtsgehalt korrekt abgebildet werden

muss; der Unterschied muss sodann über die Strafzumessung justiert werden.⁸⁰

V. Fazit

Fälle des *dolus alternativus* sollten nicht bereits auf Tatbestands-, sondern erst auf Konkurrenzebene gelöst werden. Alle vom Alternativvorsatz umfassten Delikte sind zunächst formell verwirklicht, da der Täter jeden einzelnen potentiellen Erfolg in Kauf nimmt. Jedoch ist im Ergebnis in den meisten Fällen nur wegen eines Delikts zu bestrafen: Das vollendete oder versuchte (schwerste) Delikt verdrängt die übrigen Versuchsdelikte im Wege der materiellen Subsidiarität und verbleibt als einziges im Schuldspruch; dieser Schuldspruch kann den Unrechtsgehalt der Gesamttat vollständig und eindeutig abbilden, da er das schwerste vom Vorsatz umfasste Delikt berücksichtigt und der Täter im Ergebnis nur einen Vorsatz in Versuchs- oder Vollendungsform realisiert hat. Wurde hingegen ein leichteres Delikt vollendet, sollte dies tateinheitlich mit dem versuchten schwersten Delikt bestraft werden, um den Unrechtsgehalt eindeutig im Schuldspruch abzubilden.

⁷⁵ So auch für gegenüber dem vollendeten Delikt „subsidiäre“ Delikte (wie Körperverletzung gegenüber dem Totschlag) *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 29 III. 4.

⁷⁶ So auch *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 294.

⁷⁷ Im Ergebnis auch BGHSt 38, 353.

⁷⁸ So auch z.B. BGH NJW 2001, 980 (981); BGH, Beschl. v. 3.7.2012 – 4 StR 126/12; fälschlicherweise zog der 4. Senat diese nicht vergleichbaren (da auf ungleichwertige Erfolge bezogenen) Fälle für die Entscheidung aus Januar 2021 heran (BGH NJW 2021, 795 [796]).

⁷⁹ Im Ergebnis ähnlich *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 294; *Satzger* JURA 2008, 112 (119); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 350–353.

⁸⁰ So mit ähnlichen Argumenten, allerdings im Ergebnis auf alle Fallgruppen anwendend auch *Eisele* (Fn. 4), § 11 Rn. 55 f.; *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 94.

Aussagedelikte und Dolmetscher

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

„Die Gerichtssprache ist deutsch“ heißt es in § 184 S. 1 GVG. Alle Verfahrensbeteiligten müssen also ihre mündliche oder schriftliche Kommunikation in deutscher Sprache führen. Soweit eine Person, die sich im Verfahren äußern will oder muss, die deutsche Sprache nicht beherrscht, wird ein Dolmetscher hinzugezogen, § 185 Abs. 1 S. 1 GVG. Dasselbe gilt, wenn jemand Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG hat, die in deutscher Sprache gemachten Ausführungen der anderen Verfahrensbeteiligten aber nicht versteht. Die Mitwirkung eines Dolmetschers kann interessante materiell-strafrechtliche Probleme im Bereich der Aussagedelikte (§§ 153 ff. StGB) erzeugen. Der vorliegende Text will zum Nachdenken darüber anregen.

I. Aussagedelikte als Sonderdelikte und eigenhändige Delikte

1. Sonderdelikte

Die meisten Straftaten des geltenden Strafrechts kann jeder Mensch als Täter begehen. Das sind „Allgemeindelikte“.¹ Der Gesetzestext stellt an die Person des Täters – der das Wörtchen „wer“ korrespondiert – keine speziellen Anforderungen z.B. hinsichtlich seiner gesellschaftlichen Stellung, seines Berufs, seiner Staatsangehörigkeit, seines Geschlechts. Täter eines Sonderdelikts hingegen kann nur sein, wer die im Normtext beschriebene besondere personenbezogene Eigenschaft hat, z.B. als Amtsträger (§§ 331 ff. StGB), als Arbeitgeber (§ 266a Abs. 1 StGB) oder als Arzt (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB).² Sonderdelikte sind auch die Aussagedelikte der §§ 153 ff. StGB.³ Täter einer uneidlichen Falschaussage gem. § 153 StGB kann nur sein, wer die Stellung als „Zeuge“ oder „Sachverständiger“ hat⁴, während er die falsche Aussage

macht.⁵ Ähnliches gilt für den Tatbestand des Meineids (§ 154 StGB), dessen täterschaftliche Verwirklichung voraussetzt, dass die falsch schwörende Person zum Kreis derjenigen gehört, die nach den einschlägigen Verfahrensvorschriften überhaupt vereidigt werden können. Das sind im Zivilprozess neben Zeugen und Sachverständigen unter den Voraussetzungen des § 452 ZPO auch der Kläger und der Beklagte.⁶ Externe können zwar an einer Falschaussage oder einem Meineid als Anstifter oder Gehilfen teilnehmen (§§ 153, 154, 265, 27 StGB)⁷, nicht aber Täter dieser Delikte sein.

Rechtliche Konsequenz der Sonderdeliktsqualität ist insbesondere, dass eine Tatbestandsverwirklichung in mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) durch einen „Hintermann“, der selbst nicht die spezielle Täterschaft erfüllt, von vornherein ausgeschlossen ist.⁸ Versetzt jemand, der nicht Zeuge ist, durch Täuschung einen Zeugen in einen Irrtum mit der Folge, dass dieser gutgläubig eine objektiv unwahre Aussage macht, begründet diese Verwendung eines vorsatzlos (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) handelnden „Werkzeugs“ keine Strafbarkeit des Täuschenden wegen uneidlicher Falschaussage in mittelbarer Täterschaft, §§ 153, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.⁹ Die drohende Strafbarkeitslücke – Strafbarkeit wegen Anstiftung scheitert am Fehlen einer vorsätzlichen Haupttat (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) – wird durch § 160 StGB vermieden. Ähnlich verhält es sich, wenn der Zeuge durch Nötigung zu einer vorsätzlich falschen Aussage veranlasst wird. Soweit die Nötigung die vom Zeugen begangene Falschaussage gem. § 34 StGB rechtfertigt,¹⁰ entfällt als Grundlage der Strafbarkeit des Nötigenden sowohl Anstiftung¹¹ als auch mittelbare Täterschaft. Auch in diesem Fall kommt § 160 StGB zur Anwendung. Dagegen schließt § 160 StGB entgegen ganz h.M.¹² keine Strafbarkeitslücke, die auf einem Eigenhändigkeitserfordernis beruhte. Denn § 160 StGB erfasst nicht den Fall, dass ein Zeuge einen anderen für sich in der Hauptverhandlung als Aussageperson auftreten und aussagen lässt (dazu sogleich unter 2.). Genau dafür wäre aber eine lückenschließende Sondervorschrift notwendig,

* Der Autor ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 172; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 14 Rn. 13; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 24.

² Heinrich (Fn. 1), Rn. 173; Murmann (Fn. 1), § 14 Rn. 14; Rengier (Fn. 1), § 10 Rn. 25 ff.

³ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 25. Kap. Rn. 20; Fuhrmann, Das Begehen der Straftat gem. § 25 Abs. 1 StGB, 2004, S. 227; Vormbaum, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 153 Rn. 111; daraus folgt nach h.M. jedoch nicht, dass „Zeuge“ ein „besonderes persönliches Merkmal“ i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB ist; vgl. Müller, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, Vor § 153 Rn. 19.

⁴ Ob er die dazu erforderliche Qualifikation tatsächlich hat (der Zeuge hat vernehmungsrelevante Wahrnehmungen gemacht) oder ihm die Rolle vom Gericht zugeschrieben wird, obwohl er die Qualifikation nicht hat, sei hier dahingestellt.

⁵ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 49 Rn. 4.

⁶ Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 75 Rn. 46; Müller (Fn. 3), § 154 Rn. 11; Rengier (Fn. 5), § 49 Rn. 19.

⁷ Bosch/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 153 Rn. 34.

⁸ Rengier (Fn. 1), § 10 Rn. 27.

⁹ Fuhrmann (Fn. 3), S. 228.

¹⁰ Zur Kontroverse um den „Nötigungsnotstand“ vgl. Murmann (Fn. 1), § 25 Rn. 53 ff.; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 34 Rn. 41b; Rengier (Fn. 1), § 19 Rn. 51 ff.

¹¹ Strafbarkeit wegen Anstiftung zur Falschaussage (§§ 153, 26 StGB) ist begründet, wenn die Nötigung nur eine Entschuldigung des Zeugen gem. § 35 StGB zur Folge hat.

¹² Vgl. nur Bosch/Schittenhelm (Fn. 7), § 160 Rn. 1; Müller (Fn. 3), § 160 Rn. 2.

wenn es sich bei den Aussagedelikten tatsächlich um eigenhändige Delikte handeln würde.

2. Eigenhändige Delikte

Als eigenhändige Delikte gelten Straftaten, deren Tatbestand nur durch eigene Körperbewegungen des Täters ohne Zuhilfenahme von Körperbewegungen einer anderen Person erfüllt werden kann.¹³ Bei solchen Delikten ist die Tatbestandsverwirklichung in mittelbarer Täterschaft nicht möglich. Auch eine Mittäterschaft, bei der der Mittäter nicht selbst alle Tatbestandsmerkmale erfüllt, ist ausgeschlossen.¹⁴ Die Aussagedelikte sind nach allgemeiner Auffassung eigenhändige Delikte.¹⁵ Mit dem oben skizzierten Sonderdeliktscharakter darf das nicht verwechselt werden,¹⁶ was allerdings permanent – z.B. bei § 173 StGB – geschieht.¹⁷ Die Eigenhändigkeit ist eine zusätzliche Verengung des Tatbestandes.¹⁸ Auch ein Zeuge oder Sachverständiger kann – nach h.M. – den Tatbestand des § 153 StGB nur eigenhändig, genauer gesagt durch Angaben aus dem eigenen Munde, erfüllen. Folglich hat die Eigenhändigkeit zur Konsequenz, dass eine Person, die die erforderliche Täterqualität hat, also z.B. Zeuge ist, den Tatbestand nicht in mittelbarer Täterschaft erfüllen kann.

Beispiel: Z ist Zeuge in einem Strafverfahren. Zur Hauptverhandlung erscheint aber nicht Z, sondern sein Zwillingbruder B. Dieser leidet an Geistesschwäche und ist unerkannt schuldunfähig (§ 20 StGB). Z hatte mit B vor dem Hauptverhandlungstermin die Aussage, die B als vermeintlicher Zeuge machen soll, eingeübt. Dass diese Aussage unwahr ist, weiß B nicht. B gibt sich vor Gericht als Z aus und trägt die auswendig gelernte unwahre Aussage vor, ohne dass jemand den Personentausch merkt.

B ist hier tatsächlich kein Zeuge,¹⁹ denn er hat das, worüber er aussagt, nicht selbst wahrgenommen. Er tritt aber vor Gericht als Zeuge auf und wird auch von allen Verfahrensbetei-

ligten wie ein Zeuge behandelt. Wortlaut und ratio des § 153 StGB sprechen eher für als gegen eine Tatbestandsmäßigkeit der von B begangenen Tat. Das Wort „als“ ermöglicht durchaus die Einbeziehung von Fällen, in denen ein Nichtzeuge sich als Zeuge geriert und vom Gericht auch als solcher wahrgenommen und behandelt wird. Die dadurch geschaffene Gefahr für die Richtigkeit der gerichtlichen Entscheidung kann im Einzelfall sogar noch größer sein als bei der Falschaussage eines „echten“ Zeugen. Strafflos ist B hier jedenfalls, weil er nicht vorsätzlich die Unwahrheit²⁰ sagte (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB)²¹ und weil er schuldunfähig ist, § 20 StGB. Z ist Zeuge und hat auch dem erkennenden Gericht eine Aussage vermittelt, deren Urheber er ist. Dass er die Tatbestandsmerkmale „als Zeuge“ und „vor Gericht“ erfüllt hat, kann man also durchaus bejahen. Damit die Aussage die Richter erreicht und von ihnen wahrgenommen wird, hat Z den B eingeschaltet. Dessen Handeln ist also Bestandteil des von Z organisierten Vorganges, wodurch dieser möglicherweise den objektiven Tatbestand des § 153 StGB erfüllt hat. Wenn das der Fall ist, hat Z die Tat „durch einen anderen“ – also als mittelbarer Täter – begangen, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB. B ist sowohl auf Grund seiner Gutgläubigkeit hinsichtlich der Unwahrheit der Aussage²² als auch auf Grund seiner Schuldunfähigkeit²³ ein taugliches „Werkzeug“²⁴ im Sinne der Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Da aber nach h.M. die uneidliche Falschaussage ein eigenhändiges Delikt ist, scheidet die Begründung einer Strafbarkeit nach §§ 153, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB aus. Strafbar ist Z allein aus § 160 Abs. 1 StGB, wenn man davon ausgeht, dass B den objektiven Tatbestand des § 153 StGB erfüllt hat. Das wird die h.M. wahrscheinlich verneinen, weil der „andere“ – im Beispiel der B – kein Zeuge ist.²⁵ Ob das Dogma der Eigenhändigkeit zutrifft, wird unten (III. 2. a) im Zusammenhang mit der Dolmetschertätigkeit noch zu hinterfragen sein.

II. Verfahrensrechtliche Stellung des Dolmetschers

Aufgabe des Dolmetschers im Strafverfahren²⁶ ist es, im Verfahren – insbesondere in der Hauptverhandlung – aus der Fremdsprache in die deutsche Sprache und umgekehrt zu übersetzen. Der Dolmetscher fungiert also nicht nur als Bote der in nichtdeutscher Sprache artikulierten Inhalte von Aussagepersonen an das Gericht und die anderen anwesenden Beteiligten. Er ermöglicht auch z.B. dem der deutschen Sprache nicht mächtigen Angeklagten, die von anderen (Staatsanwalt, Richter, Zeugen usw.) in deutscher Sprache gesprochenen Worte in seiner Muttersprache zu verstehen. Adressa-

¹³ Heinrich (Fn. 1), Rn. 176; Murmann (Fn. 1), § 14 Rn. 17; Rengier (Fn. 1), § 10 Rn. 29; Satzger, JURA 2011, 103.

¹⁴ Dagegen ist Mittäterschaft bei einem eigenhändigen Delikt möglich, wenn mehrere Täter gemeinsam handeln und jeder Beteiligte eigenhändig den Tatbestand erfüllt.

¹⁵ Bosch/Schittenhelm (Fn. 7), Vor § 153 Rn. 33; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Aufl. 2019, Rn. 1344; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Rn. 7; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2021, Rn. 864; Küpper/Börner, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2017, § 7 Rn. 2; Müller (Fn. 3), Vor § 153 Rn. 16; Rengier (Fn. 5), § 49 Rn. 3.

¹⁶ Puppe, ZStW 120 (2008), 504 (516).

¹⁷ Mitsch, NStZ 2021, 39 (40); Satzger, JURA 2011, 103 (105).

¹⁸ Zutreffend Müller, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 135: „Ein Intraner kann aber durchaus mittelbarer Täter sein“.

¹⁹ Zu Begriff und Voraussetzungen des Zeugen Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 64. Aufl. 2021, Vor § 48 Rn. 1.

²⁰ Der Feststellung „unwahr“ bzw. „falsch“ liegt die herrschende „objektive Theorie“ zugrunde, vgl. Rengier (Fn. 5), § 49 Rn. 7.

²¹ Satzger, JURA 2011, 103.

²² Rengier (Fn. 1), § 43 Rn. 12 ff.

²³ Rengier (Fn. 1), § 43 Rn. 27 ff.

²⁴ Zu diesem Ausdruck und Synonymen Rengier (Fn. 1), § 43 Rn. 1.

²⁵ Müller (Fn. 18), S. 135.

²⁶ Für Verfahren in anderen Rechtsgebieten gilt selbstverständlich dasselbe.

ten seiner Übersetzungsleistungen sind also nicht allein die Mitglieder des erkennenden Gerichts, sondern auch Angeklagte und Zeugen, soweit diese in deutscher Sprache – z.B. gem. § 240 StPO – angesprochen werden. Im vorliegenden Sachzusammenhang interessiert allerdings allein die Dolmetscherleistung, durch die dem Gericht der Inhalt von fremdsprachigen Aussagen des Angeklagten, eines Zeugen oder Sachverständigen in deutscher Sprache vorgetragen wird. Klar ist, dass der Dolmetscher nicht dieselbe Verfahrensrolle einnimmt wie die Person, deren Aussage er übersetzt. Ein Dolmetscher wird also nicht selbst zum Zeugen, wenn er die Aussage eines Zeugen hört und danach übersetzt. Seine Übersetzung ist keine „Aussage“.²⁷ Er ist auch nicht Sachverständiger i.S.d. §§ 72 ff. StPO.²⁸ Der Dolmetscher ist ein Verfahrensbeteiligter sui generis, Gehilfe des Gerichts und der anderen Prozessbeteiligten.²⁹ Im Rahmen des § 154 StGB hat dies keine Relevanz. Entscheidend ist, dass der Dolmetscher einen Eid leistet, bevor er übersetzt, § 189 Abs. 1 S. 1 GVG.

III. Mitwirkung des Dolmetschers an falschen Aussagen

1. Falsche Übersetzung richtiger Aussagen

a) Uneidliche Falschaussage, § 153 StGB

Hören die Richter aus dem Munde des Dolmetschers eine Zeugenaussage, die „falsch“ ist, kann das unterschiedliche Gründe haben: Hat der Zeuge in fremder Sprache die Unwahrheit gesagt und der Dolmetscher dies korrekt übersetzt, ist die dem Gericht in deutscher Sprache übermittelte Aussage falsch (dazu unten 2.). Hat der Zeuge in der Fremdsprache die Wahrheit gesagt, der Dolmetscher jedoch durch unrichtige Übersetzung den Aussageinhalt verfälscht, liegt dem Gericht wiederum ein falscher Aussageinhalt in deutscher Sprache vor.

Beispiel: Der ungarische Zeuge Z sagt in seiner Muttersprache wahrheitsgemäß aus, er habe am Tatort eine weibliche Person gesehen, die das Haus mit einem Koffer in der Hand verlassen habe. Der Dolmetscher übersetzt: „Ich habe gesehen, wie die Angeklagte das Haus mit einem Koffer in der Hand verlassen hat“.

Da der Dolmetscher selbst nicht Zeuge ist, hat er keine eigene Zeugenaussage gemacht. Der Dolmetscher ist auch kein Sachverständiger.³⁰ Dem Zeugen, der richtig ausgesagt hat, kann die falsche Übersetzung – der Zeuge sagte „weibliche Person“, nicht „die Angeklagte“ – nicht zugerechnet werden. Daher hat sich weder der Zeuge noch der Dolmetscher aus § 153 StGB strafbar gemacht.

b) Meineid, § 154 StGB

Der Dolmetscher könnte aber wegen Meineids strafbar sein, § 154 StGB. Die taugliche Täterschaft ist bei diesem Straftatbestand nicht wie bei § 153 StGB durch Benennung zweier Verfahrensrollen (Zeuge, Sachverständiger) festgelegt und begrenzt.³¹ Täter ist, wer vor einer zuständigen Stelle „falsch schwört“. Hier ist also auf § 189 GVG zurückzukommen. Der Dolmetscher schwört, „treu und gewissenhaft“ zu übertragen.³² Fraglich ist nun, wie dieser Schwur die tatbestandsmäßige Eigenschaft „falsch“ erlangen kann. Beim Meineid eines Zeugen oder Sachverständigen ergibt sich die „Falschheit“ des Eides aus der Falschheit der Aussage bzw. des erstatteten Gutachtens. Da es sich in der Regel um einen Nacheid handelt (§§ 59 Abs. 2 S. 1, 79 Abs. 2 Hs. 1 StPO), liegt die falsche Aussage bzw. das falsche Gutachten im Zeitpunkt der Eidesleistung schon vor. Mit dem Aussprechen der Eidesformel bekundet der Zeuge bzw. der Sachverständige, dass die beschworene Aussage bzw. das beschworene Gutachten wahr sei, § 64 StPO. Also ist der Eid selbst falsch.³³ Schwieriger ist die Bestimmung der Falschheit beim Voreid, den der Dolmetscher gem. § 189 Abs. 1 S. 1 GVG leistet. Die unrichtige Übersetzung, auf Grund derer der Eid falsch sein könnte, folgt der Schwurhandlung nach. Im Zeitpunkt der Eidesleistung lässt sich also noch nicht feststellen, ob der Dolmetscher falsch geschworen hat oder nicht. Eine rückwirkende Begründung der Tatbestandsmäßigkeit auf Grund der folgenden falschen Übersetzung ist nach strafrechtlichen Grundsätzen nicht möglich. Die unrichtige Übersetzung vermag zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „falsch schwört“ also nur unter der Voraussetzung einen Beitrag zu leisten, dass das Delikt eine zweiaktige Struktur hat: Das Tatbestandsmerkmal „Schwören“ setzt sich aus dem Sprechen der Eidesformel (1. Akt) und der Übersetzung (2. Akt) zusammen. Der Gesetzestext trägt diese Konstruktion zwar nicht, gleichwohl wird sie vertreten.³⁴ Auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes ist dann allerdings zu beachten, dass der Dolmetscher sowohl beim Schwur als auch beim Übersetzen den Vorsatz einer „falschen“ Übertragung haben muss. Fasst er diesen Vorsatz erst nach dem Eid oder lässt er diesen Vorsatz nach dem Eid fallen, erfüllt er den subjektiven Tatbestand nicht.

Der Text des § 154 StGB zeichnet den Meineid als einaktiges Delikt.³⁵ Tatbestandsmäßige Handlung ist allein der Ausspruch der Eidesformel („Ich schwöre!“³⁶). Mit dieser bekundet der Dolmetscher die treue und gewissenhafte Übertragung. Zukünftiges kann nicht gegenwärtige Falschheit begründen. Das kennen wir aus der Lehre vom Betrug, bei

²⁷ Vormbaum (Fn. 3), § 154 Rn. 27.

²⁸ Zöller, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 153 Rn. 39.

²⁹ Schmitt (Fn. 19), GVG § 185 Rn. 7.

³⁰ Vormbaum, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 245.

³¹ Müller (Fn. 3), § 154 Rn. 11.

³² Zum Bedeutungsgehalt von „treu und gewissenhaft“ Cebulla, Sprachmittlerstrafrecht, 2007, S. 129.

³³ Rengier (Fn. 5), § 49 Rn. 22.

³⁴ Vormbaum (Fn. 3), § 154 Rn. 27; Zöller (Fn. 28), § 154 Rn. 5.

³⁵ Daraus folgt, dass der Versuch des Meineids (§§ 154, 22 StGB) beim Nacheid nicht bereits mit der falschen Aussage, sondern erst mit dem Aussprechen der Eidesformel beginnt; Eisele (Fn. 15), Rn. 1381; Müller (Fn. 3), § 154 Rn. 39.

³⁶ Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 15), Rn. 854.

der die Zukunft schon beim Begriff der „Tatsache“ ihre einschränkende Wirkung entfaltet.³⁷ Deshalb ist ein „falsches Schwören“ allein in Bezug auf die im Zeitpunkt des Schwurs vorhandene innere Einstellung des Dolmetschers möglich: er hat die Absicht, nicht treu und gewissenhaft zu übertragen. Mit der Eidesleistung ist die Tat vollendet. Ob der Dolmetscher danach richtig oder falsch übersetzt, hat auf die Strafbarkeit wegen Meineids keinen Einfluss. In der Sache ist diese Konsequenz jedoch nicht sinnvoll. Der Dolmetscher sollte dafür bestraft werden, dass er entgegen seinem Eid falsch übersetzt hat.³⁸ Um dies gesetzwortlautkonform zu erreichen, müsste aber das Gesetz entweder in § 189 GVG oder in § 154 StGB geändert werden.³⁹ Hätte der Dolmetscher wie der Zeuge und der Sachverständige einen Nacheid zu leisten, wäre die Strafbarkeit gem. § 154 StGB unproblematisch. Bleibt es bei der Regelung des Voreids (§ 189 Abs. 1 S. 1 GVG), müsste der Text des § 154 StGB entsprechend angepasst werden.⁴⁰

2. Richtige Übersetzung falscher Aussagen

a) Gutgläubiger Dolmetscher

Macht der Zeuge eine falsche Aussage, die der Dolmetscher korrekt in die deutsche Sprache übersetzt, begegnet das Gericht einem unwahren Aussageinhalt. Damit liegen alle Voraussetzungen einer vollendeten uneidlichen Falschaussage vor. Problematisch ist jedoch, dass in den „Transport“ der Zeugenaussage zu den Richtern das Handeln des Dolmetschers eingeschaltet ist. Zwar vernehmen die Richter selbst akustisch die Aussage des Zeugen. Wegen der Sprachbarriere verstehen sie diese aber nicht. Solange die Richter den Aussageinhalt nicht verstehen, besteht keine Gefahr, dass die Urteilsfindung durch die falsche Aussage beeinflusst wird. Ohne die Übersetzungsleistung des Dolmetschers ist also der tatbestandsmäßige Sachverhalt unvollständig. Gehört aber das Handeln des Dolmetschers zu den Tatsachen, deren Subsumtion unter die Merkmale des § 153 StGB erforderlich ist, um das Ergebnis einer tatbestandsmäßigen Falschaussage des Zeugen zu begründen, gerät das Dogma der Eigenhändigkeit ins Wanken. Um diesen dogmatischen Bruch zu vermeiden, gibt es drei Möglichkeiten: Erstens das Festhalten am Eigenhändigkeitsdogma und die Anerkennung der Tatsache, dass der Zeuge den Tatbestand eigenhändig nicht vollständig

erfüllt hat und daher straflos bleibt. Diese Konsequenz ist aber sachlich unbefriedigend, weil die gerichtliche Wahrheitsfindung durch eine ins Deutsche übersetzte fremdsprachige unwahre Zeugenaussage ebenso gefährdet wird wie durch die Falschaussage eines deutsch sprechenden Zeugen. Zudem zwingt der Wortlaut des § 153 StGB nicht zur Beschränkung auf vollkommen eigenhändige Deliktsbegehung.⁴¹ Der zweite Ausweg besteht darin, die Übersetzungsleistung des Dolmetschers als einen Umstand zu bewerten, der der Zeugenaussage ihren Eigenhändigkeitscharakter nicht nimmt.⁴² Der Dolmetscher wird als eine Art technischer Übersetzungsapparat des Zeugen betrachtet.⁴³ Solche Translatoren gibt es ja inzwischen. Die deutsche Spracheingabe wird von dem Gerät in eine z.B. englische Sprachausgabe transformiert und umgekehrt. Würde die Vernehmung des fremdsprachigen Zeugen mit diesem Hilfsmittel organisiert, stieße die Anwendung des § 153 StGB auf keine dogmatischen Probleme. Die Falschaussage des fremdsprachigen Zeugen wäre komplett eigenhändig begangen. Diese normative Gleichsetzung des Dolmetschers mit dem Sprachtransformator überzeugt, weil ihre rechtliche Konsequenz unbezweifelbar richtig ist. Allerdings ist die daraus ableitbare dogmatische Schlussfolgerung nicht, das Delikt des Zeugen trotz Einschaltung der Dolmetscherleistung als vollständig eigenhändige Straftatbegehung zu bezeichnen.⁴⁴ Der dritte – und richtige – Lösungsweg besteht darin, den Dolmetscher als einen „anderen“ i.S.d. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu qualifizieren und anzuerkennen, dass der Zeuge seine Tat „durch einen anderen“ begeht. Die Angleichung der mittelbaren Täterschaft an eine mit einem „dinglichen“ Werkzeug begangene Tat wird durch § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB bekräftigt. Auch die Sprachschöpfung des „menschlichen Werkzeugs“, dessen sich der mittelbare Täter bedient, ist Ausdruck dieser funktionalen Gleichheit. Der mittelbare Täter wird wie der unmittelbare Täter behandelt. Das gilt grundsätzlich für alle Straftatbestände. Soll es für einen bestimmten Straftatbestand nicht gelten, muss diese Ausnahme zum einen eindeutig im Gesetzwortlaut verankert und zum anderen durch belastbare sachliche Gründe gerechtfertigt sein.⁴⁵ Der Gesetzestext des § 153 StGB grenzt die mittelbare Täterschaft nicht aus. Sachliche Gründe dafür gibt es auch nicht.⁴⁶ Das trifft auch auf die meisten anderen Straftatbestände zu, die nach h.M. eigenhändige Delikte betreffen.⁴⁷ Uneidliche Falschaussage ist daher kein eigenhändiges Delikt. Die Herstellung einer uneidlichen

³⁷ Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 88; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021, Rn. 560.

³⁸ Dafür im Ergebnis BGHSt 4, 154, wo das allein damit begründet wird, dass die Stellung des Dolmetschers der des Sachverständigen ähnelt.

³⁹ Zweifel an der Verfassungskonformität des geltenden Gesetzes bei Cebulla (Fn. 32), S. 130.

⁴⁰ Nach Zöller (Fn. 28), § 154 Rn. 5, ist die Bezeichnung des tatbestandsmäßigen Verhaltens mit den Worten „falsch schwört“ sprachlich misslungen und sachlich irreführend. Für eigenständige Pönalisierung der falschen Übersetzung des Dolmetschers Vormbaum (Fn. 30), S. 248.

⁴¹ Satzger, JURA 2011, 103 (108).

⁴² Müller (Fn. 18), S. 143.

⁴³ Vormbaum (Fn. 3), § 154 Rn. 28.

⁴⁴ Ebenso in anderem Zusammenhang Roxin, in: Hecker/Weißer/Brand (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, S. 93 (96).

⁴⁵ Mitsch, NStZ 2021, 39 (40); Puppe, ZStW 120 (2008), 504 (515).

⁴⁶ Keine Überzeugungskraft hat die Behauptung einer „besonderen Pflichtenstellung“ desjenigen, der vom Gericht als Zeuge belehrt worden ist; so aber Satzger, JURA 2011, 103 (109).

⁴⁷ Puppe, ZStW 120 (2008), 504 (516).

Falschaussage mittels Übersetzung eines gutgläubigen Dolmetschers ist ein Fall der uneidlichen Falschaussage in mittelbarer Täterschaft. Daher ist auch in dem obigen Beispiel (I. 2.) der beiden Zwillingbrüder (Z, B) eine Strafbarkeit des Z aus §§ 153, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB möglich. Zwar ist das „Setting“ grob verfahrensrechtswidrig. Den Richtern – vor allem dem Vorsitzenden – ist gewiss ein „Mitverschulden“ anzulasten. Für die materiell-strafrechtliche Würdigung der Tat ist jedoch entscheidend, dass die Richter den Personentausch nicht bemerkten und ihre Urteilsfindung sogar noch stärker beeinträchtigt wird, als wenn Z selbst im Gerichtssaal erschienen wäre und die Unwahrheit gesagt hätte: Die Richter haben nicht nur eine unwahre Aussage gehört, sie hatten nicht einmal die Möglichkeit, den Urheber dieser Aussage in der Vernehmungssituation zu beobachten und daraus (Zeuge mit hochrotem Kopf war sehr nervös, hat geschwitzt, gezeitert, sich hilfeschend umgeschaut usw.) Schlüsse zu ziehen.⁴⁸

b) Bösgläubiger Dolmetscher

Die Übersetzung einer falschen Aussage durch einen bösgläubigen Dolmetscher macht den Zeugen nicht zum mittelbaren Täter, der sich eines „vorsatzlosen Werkzeugs“ bedient. Gleichwohl ist eine Strafbarkeit des Zeugen als Täter einer uneidlichen Falschaussage nicht ausgeschlossen. Zwei verschiedene dogmatische Konstruktionen kommen dafür als Grundlage in Betracht. In der Lehre von der mittelbaren Täterschaft gibt es die Figur des „qualifikationslosen dolosen Werkzeugs“.⁴⁹ Diese Rolle könne im Kontext eines Sonderdeliktstatbestandes jemand spielen, der selbst die vom Gesetz geforderte besondere Täterqualität nicht hat. Weil er „qualifikationslos“ ist, kann er Werkzeug sein, obwohl er vollkommene Kenntnis von der Tatbestandsverwirklichung hat, insofern also „dolos“ handelt. Unumstritten ist diese Fallgruppe der mittelbaren Täterschaft nicht, weil sie sich mit dem Kriterium der „Tatherrschaft“ schwer vereinbaren lässt. Um diesen Bedenken auszuweichen, sprechen die Befürworter dem Hintermann, der die erforderliche Täterqualität hat, eine „normative Tatherrschaft“ zu.⁵⁰ Mit diesem etwas dubiosen Kunstgriff⁵¹ könnte man auch den bösgläubigen Dolmetscher, der nicht Zeuge ist, zum qualifikationslosen Werkzeug des Zeugen erklären und diesem die Stellung des mittelbaren Täters einer uneidlichen Falschaussage zuweisen. Einen ähnlichen Ansatz ziehen die Anhänger der Lehre von den „Pflichtdelikten“ heran, bei denen die Täterschaft nicht von der Tatherrschaft, sondern von der Stellung als Inhaber einer besonderen Pflicht abhängig sein soll.⁵² Roxin rechnet die Aussagedelikte zur Gruppe der „höchstpersönlichen Pflicht-

delikte“.⁵³ Der Zeuge als Träger der prozessualen Wahrheitspflicht ist also die „Zentralgestalt“ des seine Aussage bildenden Kommunikationsvorgangs, auch wenn seine Äußerung dem Empfänger durch einen zwischengeschalteten Übersetzer vermittelt wird. Neben diesen noch im Allgemeinen Teil verankerten Lösungswegen steht eine Begründung jenseits der Dogmatik von Täterschaft und Teilnahme, die auf die Besonderheiten von Straftaten abstellt, die durch den Inhalt von Äußerungen begangen werden.⁵⁴ Insbesondere im Bereich der Beleidigungsdelikte ist weithin anerkannt, dass für die Begründung der Täterschaft nicht die Herrschaft über den – zum objektiven Tatbestand gehörenden – Kundgabeakt⁵⁵, sondern die Urheberschaft hinsichtlich des kundgegebenen Inhalts maßgeblich ist. Schreibt jemand einen Brief mit beleidigendem Inhalt, der dem Empfänger von einem Boten überbracht wird, ist nicht der Bote Täter der Beleidigung,⁵⁶ sondern der Verfasser des Briefes.⁵⁷ Die allgemeine Täterlehre könnte diese Rollenverteilung nicht erklären. Kennt der Bote den beleidigenden Text, vollzieht er tatherrschaftlich die Handlungen, die zur Vollendung der Tat erforderlich sind. Dagegen hat der Brieffschreiber über diesen Vorgang gerade keine Herrschaft. Nach der Tatherrschaftslehre wäre der Bote Täter und der Absender Anstifter.⁵⁸ Diese Verteilung von Verantwortlichkeit für die Verletzung der Ehre des Empfängers entspräche aber nicht dem sozialen Sinn des Geschehens.⁵⁹ Die Ehrverletzung wird dem Urheber der schriftlich fixierten Gedanken zugerechnet, der Bote fungiert nur als Transportmittel ohne Einfluss auf die Entstehung des spezifischen Unrechts.⁶⁰ Im Bereich der elektronischen Kommunikation hat sich diese Wertung in der Gesetzgebung als Haftungsprivilegien für „Provider“ niedergeschlagen: Uneingeschränkte Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte trifft nur den „Content-Provider“ (§ 7 Abs. 1 TMG), während die Verantwortlichkeit von Access- (§ 8 Abs. 1 TMG) und Host-Providern (§ 10 TMG) eingeschränkt ist, weil typischerweise ihr Einfluss auf Inhalt und Empfänger von Informationen reduziert ist.⁶¹ Was für Ehrverletzungsdelikte anerkannt ist, dürfte auch auf Aussagedelikte zutreffen.⁶² Schließlich wird die Gefahr für das geschützte Rechtsgut – die Wahrheitsfindung durch das Gericht – durch den unwahren Aussageinhalt

⁵³ Roxin (Fn. 52), § 25 Rn. 303.

⁵⁴ Krack, in: Hellmann (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 219 (222); Roxin (Fn. 44), S. 97.

⁵⁵ Rengier (Fn. 5), § 28 Rn. 20.

⁵⁶ Es sei denn, der Bote macht sich den Inhalt des Briefes „zueigen“; vgl. dazu Roxin (Fn. 44), S. 93 (99) ein Beispiel von Eisele abwandelnd.

⁵⁷ Rengier (Fn. 5), § 29 Rn. 26.

⁵⁸ Roxin (Fn. 44), S. 95.

⁵⁹ Zutreffend verweist Krack (Fn. 54), S. 219, auf das „Rechtsgefühl“, der das freilich selbst nicht als Argument gelten lassen will, a.a.O., S. 220. Ebenso Roxin (Fn. 44), S. 97.

⁶⁰ Krack (Fn. 54), S. 224.

⁶¹ Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 195.

⁶² Fuhr, Die Äußerung im Strafgesetzbuch, 2001, S. 76.

⁴⁸ Fuhrmann (Fn. 3), S. 231, der daraus freilich den falschen Schluss zieht, nur durch einen im Gerichtssaal persönlich anwesenden Zeugen könne der Tatbestand erfüllt werden.

⁴⁹ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 25 Rn. 20.

⁵⁰ Rengier (Fn. 1), § 43 Rn. 18.

⁵¹ Ablehnend z.B. Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 31 ff.

⁵² Ausführlich Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 267 ff.

verursacht. Zudem erfüllt der Dolmetscher seine Pflicht zu korrekter Übertragung, wenn er die unwahren Angaben des Zeugen sprachlich einwandfrei in einen deutschen Text umwandelt. Zu einer Korrektur der von ihm als falsch erkannten Aussage des Zeugen ist der Dolmetscher weder verpflichtet noch befugt. Auch impliziert die Dolmetscherposition keine Pflicht, das Gericht auf die eigenen Bedenken bezüglich des Wahrheitsgehalts hinzuweisen. Dazu müsste der Dolmetscher selbst in die Zeugenposition einrücken. Der Zeuge ist also auch dann Täter einer Falschaussage, wenn seine unwahre Aussage von einem Dolmetscher übersetzt wird, der vom mangelnden Wahrheitsgehalt Kenntnis hat. Der Dolmetscher ist wegen Beihilfe strafbar, §§ 153, 27 StGB. Die h.M. müsste hingegen beide Beteiligte für straffrei erklären. An einer anderen Entscheidung hindert sie die Eigenhändigkeits-Hürde, die sie sich selbst ohne Not in den Weg gelegt hat.

3. Falsche Übersetzung falscher Aussagen

Die in fremder Sprache gemachte Aussage eines Zeugen kann Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung nur werden, wenn sie vom Dolmetscher „treu und gewissenhaft“ übersetzt worden ist. Das Produkt der Übertragungsleistung muss in deutscher Sprache den Inhalt haben, den der Zeuge in nichtdeutscher Sprache artikuliert hat. Gibt der Dolmetscher durch unrichtige Übersetzung der deutschen Fassung einen vom fremdsprachigen Original abweichenden Inhalt, ist es nicht mehr die Aussage des Zeugen, die von den Richtern wahrgenommen, gewürdigt und zur Urteilsgrundlage gemacht wird. Dabei ist es gleichgültig, ob der Dolmetscher der falschen Aussage des Zeugen eine andere falsche Richtung gegeben oder er sie richtiggestellt hat. Auch wenn die Richter dank der „Korrektur“ durch den Dolmetscher letztlich einen wahren Aussageinhalt präsentiert bekommen, bilden sie ihre Überzeugung nicht auf der Grundlage der Zeugenaussage. Die Wahrheitsfindung wird also durch das Fehlverhalten des Dolmetschers beeinträchtigt. Eine Strafbarkeit des Dolmetschers wegen Meineids (§ 154 StGB) resultiert daraus nach hier vertretener Meinung aber nicht. Nicht diese Übersetzungsleistung, sondern das Aussprechen der Eidesformel ist das Verhalten, durch welches das Tatbestandsmerkmal „falsch schwört“ (§ 154 StGB) erfüllt werden kann (s.o. 1. b). Die h.M. würde hingegen eine Strafbarkeit aus § 154 StGB bzw. – bei unvorsätzlicher Falschübersetzung – aus § 161 Abs. 1 StGB bejahen.

IV. Schluss

Die Einbeziehung eines Dolmetschers in die Vernehmung von Zeugen ist geeignet, vom „Normalfall“ abweichende Konstellationen eines Aussagedelikts zu produzieren. Die Strafbarkeit eines in fremder Sprache die Unwahrheit sagenden Zeugen sieht sich mit der Einordnung der §§ 153 ff. StGB in die Klasse der eigenhändigen Delikte konfrontiert. Die sich aufdrängende Konsequenz der Straflosigkeit ist ein unbefriedigendes Ergebnis, das die Prämisse erheblichen Zweifeln aussetzt. Obwohl eine überzeugende Begründung für die Existenz von eigenhändigen Delikten bis heute nicht gefun-

den wurde,⁶³ gilt die Zugehörigkeit der §§ 153 ff. StGB zu dieser Kategorie als ausgemacht. Mit Sachverhalten, in die die Dolmetschertätigkeit involviert ist, beschäftigt sich freilich niemand.⁶⁴ Dies ist mit dieser Abhandlung geschehen, die unter anderem die Erkenntnis gebracht hat, dass das Eigenhändigkeits-Dogma falsch ist. Ein Zeuge, der das Gericht täuscht, indem er seine fremdsprachige Falschaussage vom gutgläubigen Dolmetscher übersetzen lässt, begeht eine Falschaussage in mittelbarer Täterschaft.

⁶³ Mitsch, NSTZ 2021, 39 (40).

⁶⁴ Leider nicht einmal in der Habilitationsschrift „Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre“, 2000, von Henning Ernst Müller.

Der Mann als einziger tauglicher Täter exhibitionistischer Handlungen nach § 183 StGB

Von Richter am Amtsgericht Dr. Christian van Endern, Oberhausen*

Die Beschränkung der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen auf männliche Täter war bereits bei der Einführung des Straftatbestands des § 183 StGB umstritten und wird bis heute im Hinblick auf eine Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis diskutiert. Nach der Vorlage des Abschlussberichts der Reformkommission zum Sexualstrafrecht sieht die Bundesregierung inzwischen zwar eine Überprüfungsnotwendigkeit, aber offensichtlich keine Eile zum Handeln.

The limited criminal liability of exhibitionistic acts to offenders of the male sex was already controversial when the criminal offense of § 183 StGB was introduced and is still being discussed in jurisprudence and legal practice with regard to its compatibility with Article 3 Sections 2 and 3 of the German constitution (Grundgesetz). Following the submission of the final report of the Reform Commission on Sexual Criminal Law, the Federal Government is now aware of the need for a review, but evidently in no hurry to act.

I. Einleitung

Unter Exhibitionismus ist der krankhafte Drang zur Selbstentblößung aus sexuellen Motiven zu verstehen.¹ Diesen Drang können Frauen ebenso wie Männer verspüren. Die Belästigung einer anderen Person durch eine exhibitionistische Handlung ist aber seit jeher nur für Männer strafbar. Nach den zahlreichen Strafrechtsreformen der letzten Jahrzehnte ist § 183 StGB soweit ersichtlich der einzige noch verbliebene Straftatbestand, der die Strafbarkeit der Handlung vom Geschlecht des Täters abhängig macht. Nur mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte (II.), den Tatbestand des § 183 StGB selbst (III.) sowie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (IV.) kann die sich damit aufdrängende Frage beantwortet werden, ob eine auf Täterseite geschlechtsneutrale Fassung des Straftatbestands geboten ist (V.).

Die rechtspolitische Bedeutung des § 183 StGB ist jedenfalls erheblich. So entfielen von den im Jahr 2020 in der Bundesrepublik Deutschland statistisch erfassten 81.630 Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung 7.513 auf exhibitionistische Handlungen nach § 183 StGB und 1.445 auf sexuelle Handlungen vor einem Kind nach § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB (a.F.).² Statistisch regelmäßig nicht erfasst werden

dabei exhibitionistische Handlungen, die in Tateinheit mit einem schwereren Delikt wie z.B. Körperverletzung, Nötigung oder einem erheblicheren Sexualdelikt begangen wurden.³

II. Die Gesetzgebungsgeschichte

Die Geschichte der strafrechtlichen Sonderstellung exhibitionistischer Handlungen beginnt in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts und findet im Jahr 2017 mit dem Abschlussbericht der vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Reformkommission zum Sexualstrafrecht (vorläufig) ihr Ende.

1. Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23.11.1973

Einen eigenen Straftatbestand erhielt die exhibitionistische Handlung erst mit dem Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973.⁴ Bis dahin waren exhibitionistische Handlungen nur im Rahmen der Erregung öffentlichen Ärgernisses nach § 183 StGB a.F. strafbar gewesen. Die Gesetzesreform trennte die exhibitionistische Handlung nach § 183 StGB n.F. als *lex specialis* von der Erregung öffentlichen Ärgernisses nach § 183a StGB n.F.

„Wer eine Frau durch eine exhibitionistische Handlung belästigt“, sollte sich nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung nach § 183 Abs. 1 StGB n.F. strafbar machen.⁵ Während dieser Gesetzentwurf die Strafbarkeit der Handlung vom Geschlecht des Opfers abhängig machte, kam nach dessen Wortlaut aufgrund der Formulierung „Wer“ scheinbar jede Person als Täter in Betracht. Den Wortlaut einschränkend definierte aber die Begründung des Gesetzentwurfs, dass eine exhibitionistische Handlung nur „ein Mann“ vornehmen könne, „der sein entblößtes Glied einem anderen vorweist und allein dadurch oder durch gleichzeitiges Beobachten des anderen oder durch gleichzeitige Masturbation seine sexuelle Erregung oder Befriedigung sucht“.⁶ Der Tatbestand könne nur von Männern erfüllt werden. Geschützt würden nur Frauen unter Einschluss der Mädchen. Soweit sich die Tat als sexuelle Handlung vor Mädchen oder Jungen im Alter von weniger als 14 Jahren darstelle, sei § 176 Abs. 5 Nr. 1 StGB (a.F.) anzuwenden. Für exhibitionistische Taten gegenüber männlichen Personen im Alter von mindestens 14 Jahren sei keine besondere Strafdrohung vorgesehen. Solche Taten

* Der Autor ist Richter am AG Oberhausen und Lehrbeauftragter an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen (HSPV NRW) am Studienort Duisburg.

¹ Vgl. Werner, in: Weber, Rechtswörterbuch, 27. Online-Edition, Stand: 1.10.2021, Stichwort: „Exhibitionismus“.

² Vgl. Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2020 (PKS 2020), Bund – T01 Grundtabelle – Fälle, abrufbar unter

<https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLa gebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2020/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=145506> (4.10.2021).

³ Vgl. Hörnle, MschrKrim 2001, 212 (216).

⁴ BGBl. I 1973, S. 1725; zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. Sander, Zur Beurteilung exhibitionistischer Handlungen, 1996, S. 17 ff. m.w.N.

⁵ Vgl. BT-Drs. VI/1552, S. 5.

⁶ BT-Drs. VI/1552, S. 31.

seien „selten und dürften die Betroffenen weniger erschrecken als exhibitionistische Handlungen vor Frauen“.⁷

Dem Gesetzentwurf der Bundesregierung hielt der Bundesrat in einer Stellungnahme entgegen, dass auch männliche Personen, insbesondere männliche Jugendliche über 14 Jahre, vor exhibitionistischen Handlungen geschützt werden müssten, und schlug die auf Täter- und Opferseite geschlechtsneutrale Formulierung des § 183 Abs. 1 StGB n.F. „Wer einen anderen durch [...]“ vor.⁸ Im Rahmen einer Gegenüberlegung reagierte die Bundesregierung auf diesen Vorschlag dahingehend, dass im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens geprüft werden werde, „ob und in welchem Umfang männliche Personen über 14 Jahre vor einer Belästigung durch Exhibitionisten geschützt werden müssen“.⁹ Erst mit dem schriftlichen Bericht des daraufhin eingesetzten Sonderausschusses für die Strafrechtsreform erhielt der Tatbestand des § 183 Abs. 1 StGB seine auch heute noch geltende Fassung: „Ein Mann, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt, wird [...] bestraft.“

Die aus dem schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform folgende Gesetzesbegründung greift für die Definition exhibitionistischer Handlungen im Wesentlichen auf die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zurück. Unter exhibitionistischen Handlungen seien solche Handlungen zu verstehen, „mit denen ein Mann einer anderen Person ohne deren Einverständnis sein entblößtes Glied vorweist, um sich entweder allein dadurch oder zusätzlich durch Beobachten der Reaktion der anderen Person oder durch Masturbieren sexuell zu befriedigen“.¹⁰ In den Mittelpunkt der Betrachtung rückt also die Gliedentblößung. Mit dem Erfordernis, dass der Täter seine sexuelle Befriedigung suchen muss, werden Gliedentblößungen zu anderen Zwecken, etwa zur Provokation oder weil sich der Täter in der Öffentlichkeit entsprechende Freiheiten hinsichtlich der Bekleidung erlaubt, zwar aus dem Tatbestand herausgenommen. Auch bleiben solche Gliedentblößungen, die nach der Vorstellung des Täters nur die Vorbereitung für weitergehende sexuelle Angriffe im Sinn anderer Strafvorschriften sein sollen, außerhalb dieses Tatbestands. Für Diskussionen bis in die Gegenwart sorgt aber die Begründung, mit der der Gesetzgeber „entsprechende Handlungen von Frauen“ gänzlich aus dem Tatbestand verbannt. So stellt er apodiktisch fest, dass exhibitionistische Handlungen von Frauen „zwar in sehr seltenen Fällen auch vorkommen, aber – gleichgültig, ob sie vor Frauen oder Männern vorgenommen werden – kaum jemals die von exhibitionistischen Handlungen eines Mannes typischerweise ausgehenden negativen Auswirkungen haben“.¹¹

Exhibitionistische Handlungen von Frauen sollen zwar nicht nach § 183 Abs. 1 StGB strafbar sein. Die nach § 183 Abs. 3 StGB erweiterte Möglichkeit der Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung mit der Weisung, sich einer

Heilbehandlung zu unterziehen, räumt der Gesetzgeber dem erkennenden Gericht nach § 183 Abs. 4 StGB aber auch dann ein, wenn eine Frau wegen einer exhibitionistischen Handlung nach anderen Vorschriften bestraft wird.

2. Gesetzentwurf u.a. der Fraktion DIE LINKE vom 25.2.2016

In jüngerer Zeit griff u.a. die Fraktion DIE LINKE mit ihrem Gesetzentwurf vom 25. Februar 2016¹² den schon im Gesetzgebungsverfahren zum Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts und auch heute noch diskutierten Vorschlag auf, exhibitionistische Handlungen nur noch als Ordnungswidrigkeit einzustufen. Ohne einen Satz der Begründung sah dieser Gesetzentwurf wie selbstverständlich mit der Formulierung „wer“ eine geschlechtsneutrale Fassung des Tatbestands vor. Der Entwurf wurde mit den Stimmen der die Bundesregierung stellenden Fraktionen abgelehnt.

3. Beschlussempfehlung des Petitionsausschusses vom 25.1.2017

Kurze Zeit später erklärte der Petitionsausschuss im Rahmen einer Beschlussempfehlung vom 25. Januar 2017¹³, dass er die Forderung, § 183 StGB geschlechtsneutral zu formulieren, unterstütze. Der Petitionsausschuss bezog sich insoweit auf die Begründung der Petenten, der zufolge die gegenwärtige Beschränkung des § 183 StGB auf Männer mit dem in Art. 3 Abs. 2 GG verankerten Gleichheitssatz nicht vereinbar sei und der Umstand, dass exhibitionistische Handlungen erfahrungsgemäß nur von Männern begangen würden, die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen könne. Unter Verweis auf die bereits eingesetzte Reformkommission zum Sexualstrafrecht hielt der Petitionsausschuss die Eingabe „für geeignet, in die diesbezüglichen Diskussionen und politischen Entscheidungsprozesse einbezogen zu werden“.

4. Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.7.2017

Schließlich legte die vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzte und seit 2015 regelmäßig tagende Reformkommission zum Sexualstrafrecht am 19. Juli 2017 ihren Abschlussbericht¹⁴ vor. Diese Reformkommission war aus Vertreterinnen und Vertretern von Wissenschaft und Praxis zusammengesetzt worden, die alle in ihrer jeweiligen Tätigkeit mit dem Sexualstrafrecht befasst waren. Wegen der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen standen dabei

¹² BT-Drs. 18/7719.

¹³ Abrufbar unter

https://www.bundestag.de/presse/hib/2017_01/490402-490402 (4.10.2021).

¹⁴ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz am 19. Juli 2017 vorgelegt, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf;jsessionid=F42548EAFDB53D0DB9B897216989A357.2_cid297?__blob=publicationFile&v=1 (4.10.2021).

⁷ BT-Drs. VI/1552, S. 32.

⁸ Vgl. BT-Drs. VI/1552, S. 43.

⁹ BT-Drs. VI/1552, S. 48.

¹⁰ BT-Drs. VI/3521, S. 53.

¹¹ BT-Drs. VI/3521, S. 53.

eine Streichung des § 183 StGB oder eine Erweiterung des Täterkreises der Vorschrift zur Diskussion.

a) Streichung des § 183 StGB

Im Ergebnis sprachen sich die Mitglieder mehrheitlich für eine Streichung des § 183 StGB aus, wobei nach überwiegender Auffassung der Befürworter dafür Sorge getragen werden müsse, dass der Aspekt des Jugendschutzes in den Vorschriften zum Jugendschutz außerhalb des StGB Berücksichtigung finde. Personen unter 14 Jahren seien bereits durch § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB (a.F.) geschützt. Dazu heißt es im Abschlussbericht:

„Gegen die Streichung des § 183 StGB wurde vorgetragen, dass es in der Praxis häufig Fälle gebe, bei denen die exhibitionistische Handlung nur eine Vorstufe zur Begehung der eigentlich geplanten Sexualstraftat sei, zu deren Ausführung es jedoch im weiteren Verlauf, z.B. wegen vorzeitiger Entdeckung des Tatgeschehens, nicht mehr komme. In diesen Fällen könne immerhin noch eine Bestrafung des Täters aus § 183 StGB erfolgen. Exhibitionismus könne ferner ein größeres Bedrohungspotenzial aufweisen als z.B. die sexuelle Belästigung. Außerdem biete die Begehung der Tat häufig Anlass, psychisch kranke Täter einer Therapie zuzuführen (§ 183 Abs. 3 StGB). Dagegen wurde vorgetragen, dass dem Exhibitionismus zwar meist eine psychische Erkrankung des Täters zugrunde liege. Andererseits würden auch andere Symptome einer Erkrankung nicht nach dem StGB bestraft. Eine strafrechtliche Ahndung sei auch nicht unter einem Therapieaspekt gerechtfertigt. In aller Regel handele es sich nicht um ein Einstiegsdelikt. Was das Opfer in Anbetracht der exhibitionistischen Handlung befürchte, sei für die Frage der Strafbarkeit unerheblich. Es handele sich insoweit um bloßes ‚Kopfkino‘, das durch andere nicht strafbare Handlungen in gleicher Weise ausgelöst werden könne.“¹⁵

„Exhibitionistische Handlungen führen zu keiner hinreichenden Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung, die vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips eine Strafbarkeit rechtfertigt. Der Täter belästigt lediglich eine andere Person, indem er sie mit einer exhibitionistischen Handlung konfrontiert. Dieser Vorgang unterscheidet sich nicht wesentlich von anderen alltäglichen Störungen und Belästigungen (z.B. Abspielen lauter Musik, aggressives Betteln, Ansprache durch Betrunkene), denen eine erwachsene Person sich entziehen kann. Darüber hinaus lässt sich auch nicht der Erfahrungssatz aufstellen, dass exhibitionistische Handlungen typischerweise den Beginn einer gefährlichen Verlaufsentwicklung markierten und in sexuelle Übergriffe mündeten.“¹⁶

¹⁵ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 230.

¹⁶ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 369.

b) Hilfsweise: Erweiterung des Täterkreises des § 183 StGB

Für den Fall, dass § 183 StGB nicht gestrichen wird, sprach sich die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission dafür aus, auch die Frau als potenzielle Täterin des Straftatbestands des Exhibitionismus zu erfassen.¹⁷ Während sich die Befürworter auf die Argumentation des Mitglieds *Wolters*¹⁸ stützten, argumentierten die übrigen Mitglieder der Reformkommission, „dass von Frauen nicht dasselbe Bedrohungspotenzial ausgehe wie von Männern. Ihre tatbestandliche Erfassung sei daher nicht erforderlich. Außerdem sei die Frau als Täterin bereits von § 183a StGB erfasst.“¹⁹ Zur Mehrheitsmeinung liest man im Abschlussbericht:

„Gemäß § 183 Abs. 1 StGB macht sich ein Mann strafbar, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt. Die Belästigung durch eine exhibitionistische Handlung kann sowohl von einem Mann als auch von einer Frau verwirklicht werden. Die ungleiche Behandlung ist durch die natürliche Verschiedenheit der beiden Geschlechter nicht gerechtfertigt. Auch Frauen können sich durch die Zurschaustellung ihres Geschlechtsteiles exhibitionieren und hierdurch andere Personen belästigen. Diese Wertung hat der Gesetzgeber bereits mit § 183 Abs. 4 Nr. 1 StGB zum Ausdruck gebracht, der sich im Gegensatz zu § 183 Abs. 1 StGB ausdrücklich auf Männer und Frauen bezieht. Der Umstand, dass exhibitionistische Handlungen von Frauen seltener sind oder womöglich nicht zur Anzeige kommen, rechtfertigt in der Sache keine abweichende Beurteilung der Strafwürdigkeit.“²⁰

5. Fazit

Der Straftatbestand des § 183 Abs. 1 StGB ist seit dessen Einführung mit dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 nicht verändert worden. Dabei hätte der Gesetzgeber spätestens mit dem Gesetzentwurf u.a. der Fraktion DIE LINKE vom 25. Februar 2016 eine Reform der Vorschrift prüfen können. Stattdessen hat er nicht einmal den Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht abgewartet und mit dem vielfach u.a. als „überstürzt“²¹ kritisierten 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 4. November 2016²² (vorerst) die

¹⁷ Vgl. den Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 231; kritisch dazu *Heger*, ZRP 2018, 118 (119 f.).

¹⁸ Vgl. *Wolters*, in: Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 1360 ff.

¹⁹ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 231.

²⁰ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 370.

²¹ So *Renzikowski*, ZRP 2017, 161, der darin einen „Beleg für die (Un-)Geduld des Gesetzgebers oder, spitzer formuliert, für fehlende Wertschätzung wissenschaftlicher Expertise“ sieht.

²² BGBl. I 2016, S. 2460.

Gelegenheit verpasst, anhand der Ergebnisse der Reformkommission eine umfassende Reform des Sexualstrafrechts in Betracht zu ziehen. Zur Ermittlung des Bedarfs einer Reform des § 183 StGB gehört im Folgenden natürlich auch ein Blick auf die Reichweite des zugrundeliegenden Tatbestands, wie er sich nach dem Willen des Gesetzgebers und der höchst- bzw. obergerichtlichen Rechtsprechung darstellt.

III. Der Tatbestand des § 183 StGB

Nach § 183 Abs. 1 StGB wird ein Mann, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Tauglicher Täter kann also nur ein Mann sein (1.). Tathandlung ist das Belästigen einer anderen Person durch eine exhibitionistische Handlung (2.).

1. Der Mann als Täter

Nach herkömmlicher Definition ist unter einem Mann eine Person männlichen Geschlechts gleich welchen Alters zu verstehen.²³ Damit können sich auch jugendliche und heranwachsende Männer wegen exhibitionistischer Handlungen strafbar machen.²⁴

Die Definition eines Mannes als Person männlichen Geschlechts hilft aber nicht weiter, wenn sich die Identität des Geschlechts nicht in das klassische Bild zweier biologischer Geschlechter einfügt. Dies dürfte insbesondere bei inter- und transsexuellen Personen der Fall sein. So hat *Wolters* zu Recht darauf hingewiesen, dass „die eindeutige Zuordnung einer intersexuellen Person insbesondere dann zweifelhaft [ist], wenn zwar ihre äußeren Körpermerkmale ‚unauffällig‘ erscheinen, eine Zuweisung zu einem Geschlecht mithin möglich ist, sich diese aber nicht mit dem Geschlecht deckt, auf das der Chromosomensatz verweist. Ähnliches wird sich etwa dort zeigen, wo eine phalloplastische Operation im frühen Kindesalter eine intersexuelle Person zu einer äußerlich männlichen gemacht hat, sich aber im Laufe des weiteren Lebens herausstellt, dass die genetische Disposition eine andere ist.“²⁵ Im Hinblick auf transsexuelle Personen stellt sich die Frage, „ob eine äußerlich männlich erscheinende Person schon dann nicht mehr ‚Mann‘ im strafrechtlichen Sinn ist, wenn sie sich [...] ‚auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet‘ [...], sowie] ‚seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben‘ [vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG] und ‚mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird‘ [vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 TSG].“²⁶ Fraglich ist dann auch umgekehrt, ob eine äußerlich weiblich erscheinende Person zum Mann im strafrechtlichen Sinn werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG vorliegen. In beiden Fällen ist dies selbst bei einer gerichtlichen Feststellung nach § 8 Abs. 1 TSG, dass die Person als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, problematisch. Denn das Bundesverfassungsgericht hat die weiteren Voraussetzungen der entsprechenden gerichtlichen Feststellung, dass die Person nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG dauerhaft fortpflanzungsunfähig ist und nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist, als mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG für nicht vereinbar und damit verfassungswidrig erklärt.²⁷ Eine gesetzliche Neuregelung des § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG ist bis heute nicht in Kraft getreten.

Selbst wenn es sich bei dem Täter eindeutig um einen „Mann“ im strafrechtlichen Sinn handelt, wirft die derzeitige gesetzliche Regelung noch ein weiteres Problem auf. Zwar kann eine Frau einen Mann zu einer exhibitionistischen Handlung nach § 26 StGB anstiften oder diesem nach § 27 Abs. 1 StGB Hilfe leisten. Die Teilnahme durch eine Frau ist also ohne weiteres möglich. Ob es sich bei der Eigenschaft, ein Mann zu sein, um ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB handelt, ist aber fraglich.²⁸ Richtigerweise kann man die biologische Eigenschaft, ein Mann zu sein, nicht mit anerkannten besonderen persönlichen Merkmalen wie einer Amtsträgerstellung gleichsetzen. Denn während man letztere Eigenschaft selbst mitverursacht hat und auch wieder verlieren kann, trifft dies auf erstere Eigenschaft nicht zu, von dem Fall einer Geschlechtsumwandlung einmal abgesehen.²⁹

²³ Vgl. *Wolters*, GA 2014, 556 (562).

²⁴ Vgl. *Hörnle*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 183 Rn. 5; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 183 Rn. 1; *Wolters*, GA 2014, 556 (562); a.A. *Lederer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2020, § 183 Rn. 4.

²⁵ *Wolters*, GA 2014, 556 (562).

²⁶ *Wolters*, GA 2014, 556 (562 f.).

²⁷ Vgl. BVerfGE 128, 109 = NJW 2011, 909 = JZ 2011, 363 m. Anm. *Grünberger* = JuS 2011, 759 m. Anm. *Sachs*; vgl. dazu *Augstein*, Nomos Kommentar Transsexuellengesetz, 2012, § 8 Rn. 6 f.; *Spickhoff*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, TSG § 8 Rn. 6; *Wielpütz*, NVwZ 2011, 474.

²⁸ Vgl. *Botke*, in: Joerden/Scheffler/Sinn/Wolf (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 297 (309); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 183 Rn. 7; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 183 Rn. 16; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 183 Rn. 1a; *Lederer* (Fn. 24), § 183 Rn. 12; *Hörnle* (Fn. 24), § 183 Rn. 15; *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 183 Rn. 9.

²⁹ Vgl. *Botke* (Fn. 28), S. 309.

2. Das Belästigen einer anderen Person durch eine exhibitionistische Handlung als Tathandlung

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind unter exhibitionistischen Handlungen solche Handlungen zu verstehen, mit denen ein Mann einer anderen Person ohne deren Einverständnis sein entblößtes Glied vorweist, um sich entweder allein dadurch oder zusätzlich durch Beobachten der Reaktion der anderen Person oder durch Masturbieren sexuell zu befriedigen. Mit dem Erfordernis, dass der Täter seine sexuelle Befriedigung suchen muss, werden Gliedentblößungen zu anderen Zwecken, etwa zur Provokation oder weil sich der Täter in der Öffentlichkeit entsprechende Freiheiten hinsichtlich der Bekleidung erlaubt, aus dem Tatbestand herausgenommen. Auch solche Gliedentblößungen, die nach der Vorstellung des Täters nur die Vorbereitung für weitergehende sexuelle Angriffe im Sinne anderer Strafvorschriften sein sollen, bleiben außerhalb des Tatbestands.³⁰

Die Tathandlung liegt also in dem Vorzeigen des entblößten Glieds mit dem Ziel des hierdurch bewirkten sexuellen Lustgewinns.³¹ Dass der Täter sein Glied bereits zu diesem Zweck entblößt hat, setzt der Tatbestand hingegen nicht voraus.³² Vielmehr kann auch ein Täter, der sein Glied zuvor etwa zum Zweck des Urinierens frei gemacht hat oder der aus sonstigen Gründen nackt herumläuft, die Tathandlung begehen, wenn er sich in bereits entblößtem Zustand entschließt, einem anderen ohne dessen Einverständnis sein Glied zum Zweck des sexuellen Lustgewinns zu präsentieren.³³ Subjektiv erfordert der Tatbestand eine doppelte Absicht. Zum einen muss der Täter sein Glied absichtlich einer anderen Person zeigen.³⁴ Zum anderen muss diese Handlung von der Absicht der Wahrnehmung durch eine andere Person getragen sein.³⁵ Dies ist nicht der Fall, wenn der Täter nur mit der Möglichkeit rechnet, er werde bei seiner Handlung von einer anderen Person wahrgenommen.³⁶ Das Vorzeigen eines Kunstpenis

(z.B. aus Plastik) ist nicht vom Tatbestand umfasst, auch wenn der Täter dadurch sein Opfer täuscht und damit denselben Effekt erreicht wie bei dem Vorzeigen des körpereigenen Glieds.³⁷

Durch die exhibitionistische Handlung muss eine andere Person belästigt werden. Diese Person muss nicht die Person sein, auf deren Wahrnehmung es dem Täter ankommt. Es reicht aus, wenn ein danebenstehender Dritter belästigt wird.³⁸ Für die Belästigung genügt jede negative Gefühlsempfindung von einigem Gewicht, z.B. das Hervorrufen eines Schocks, von Schrecken, Angst, Ekel, Abscheu, Entrüstung, Ärger, aber auch das Empfinden, in seinem Scham- und Anstandsgefühl nicht unerheblich verletzt zu sein.³⁹ Dagegen fehlt es an einer Belästigung, wenn die Person die sexuelle Bedeutung der Handlung nicht versteht⁴⁰ oder deren Reaktion lediglich Mitleid mit dem Täter, Verwunderung oder sogar Interesse oder Vergnügen ist.⁴¹ In subjektiver Hinsicht genügt für die Belästigung bedingter Vorsatz.⁴²

IV. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der Gesetzgeber hat hinsichtlich einer Reform des § 183 StGB bisher keine Eile zum Handeln gesehen. Auch ist die Vorschrift noch nicht Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG vor dem Bundesverfassungsgericht gewesen. Dies dürfte vor allem dem Beschluss der Zweiten Kammer des *Zweiten Senats* vom 22. März 1999 (1.) zu verdanken sein, der im Wesentlichen auf das Urteil des *Ersten Senats* vom 10. Mai 1957 (2.) Bezug nimmt.

³⁰ Vgl. BT-Drs. VI/3521, S. 53.

³¹ Vgl. BGH NStZ 2015, 337 (338); NStZ-RR 2019, 44; BeckRS 2021, 9826; kritisch hierzu Hörnle (Fn. 24), § 183 Rn. 6 ff.

³² So aber BayObLG NJW 1999, 72 (73).

³³ Vgl. BGH NStZ 2015, 337 (338).

³⁴ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1977, 262; NStZ 1998, 412 (413); Fischer (Fn. 28), § 183 Rn. 7; Hörnle (Fn. 24), § 183 Rn. 13; a.A. Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2021, § 183 Rn. 6 (direkter Vorsatz).

³⁵ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1977, 262; NStZ 1998, 412 (413); Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 183a Rn. 1; Hörnle (Fn. 24), § 183 Rn. 13; Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 24), § 183 Rn. 5; Lederer (Fn. 24), § 183 Rn. 10; Wolters (Fn. 28), § 183 Rn. 4; a.A. offenbar BGH NStZ-RR 2007, 374; OLG Bamberg BeckRS 2011, 7219; Eisele (Fn. 28), § 183 Rn. 5; Fischer (Fn. 28), § 183 Rn. 7; Heger (Fn. 28), § 183 Rn. 4; Ziegler (Fn. 34), § 183 Rn. 6 (direkter Vorsatz).

³⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1977, 262; NStZ 1998, 412 (413); Eisele (Fn. 28), § 183 Rn. 5; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl.

2020, § 183 Rn. 5; Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 24), § 183 Rn. 2; Lederer (Fn. 24), § 183 Rn. 10; Wolters (Fn. 28), § 183 Rn. 4; a.A. Hörnle (Fn. 24), § 183 Rn. 13.

³⁷ Vgl. LG Koblenz NStZ-RR 1997, 104.

³⁸ Vgl. Eisele (Fn. 28), § 183 Rn. 4; Eschelbach (Fn. 36), § 183 Rn. 6; Fischer (Fn. 28), § 183 Rn. 6; Hörnle (Fn. 24), § 183 Rn. 10; Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 24), § 183 Rn. 4; Ziegler (Fn. 34), § 183 Rn. 5; differenzierend Lederer (Fn. 24), § 183 Rn. 7.

³⁹ Vgl. Eisele (Fn. 28), § 183 Rn. 4; Eschelbach (Fn. 36), § 183 Rn. 6; Fischer (Fn. 28), § 183 Rn. 6; Lederer (Fn. 24), § 183 Rn. 8; Ziegler (Fn. 34), § 183 Rn. 5.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 1970, 1855.

⁴¹ Vgl. Eisele (Fn. 28), § 183 Rn. 4; Eschelbach (Fn. 36), § 183 Rn. 6; Fischer (Fn. 28), § 183 Rn. 6; Hörnle (Fn. 24), § 183 Rn. 11; Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 24), § 183 Rn. 4; Lederer (Fn. 24), § 183 Rn. 8; Wolters (Fn. 28), § 183 Rn. 5; Ziegler (Fn. 34), § 183 Rn. 5.

⁴² Vgl. BGH NStZ-RR 2007, 374; Eisele (Fn. 28), § 183 Rn. 5; Fischer (Fn. 28), § 183 Rn. 7; Heger (Fn. 28), § 183 Rn. 4; Hörnle (Fn. 24), § 183 Rn. 13; Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 24), § 183 Rn. 5; Lederer (Fn. 24), § 183 Rn. 10; Wolters (Fn. 28), § 183 Rn. 6; Ziegler (Fn. 34), § 183 Rn. 6; a.A. Eschelbach (Fn. 36), § 183 Rn. 7 (direkter Vorsatz).

1. Der Beschluss der Zweiten Kammer des Zweiten Senats vom 22.3.1999

Mit Beschluss vom 22. März 1999⁴³ hat die Zweite Kammer des *Zweiten Senats* die unmittelbar gegen drei vorangegangene strafgerichtliche Entscheidungen und mittelbar gegen § 183 Abs. 1 StGB erhobene Verfassungsbeschwerde des Verurteilten nicht zur Entscheidung angenommen. Die Verfassungsbeschwerde betraf die Frage, ob die in § 183 StGB enthaltene Strafdrohung verfassungsgemäß ist, obwohl sie sich nur gegen männliche Täter richtet. Nach der Auffassung der Kammer hatte die Verfassungsbeschwerde keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Zum einen sei das Übermaßverbot des Art. 20 Abs. 3 GG durch die strafrechtliche Sanktionierung exhibitionistischer Handlungen nicht verletzt. Zum anderen sei das in § 183 Abs. 1 StGB verwendete Tatbestandsmerkmal „belästigt“ mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar. Während die Kammer die Vereinbarkeit von § 183 Abs. 1 StGB mit Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 103 Abs. 2 GG zwar kurz, aber inhaltlich überzeugend begründet, begnügt sie sich im Übrigen mit der Feststellung, Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sei „auf diese Bestimmung des Sexualstrafrechts nicht anwendbar“, und verweist insoweit auf das Urteil des *Ersten Senats* vom 10. Mai 1957.

2. Das Urteil des Ersten Senats vom 10.5.1957

Mit Urteil vom 10. Mai 1957⁴⁴ hat der *Erste Senat* eine unmittelbar gegen die strafgerichtliche Verurteilung und mittelbar gegen die §§ 175 f. StGB (a.F.) erhobene Verfassungsbeschwerde eines Verurteilten zurückgewiesen sowie festgestellt, dass eine weitere Verfassungsbeschwerde durch den Tod eines anderen Verurteilten erledigt ist. Die Verfassungsbeschwerden betrafen die Fragen, ob die Strafvorschriften gegen die männliche Homosexualität der §§ 175 f. StGB (a.F.) gegen den speziellen Gleichheitssatz oder das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verstoßen. Nach der Auffassung des *Senats* war die Verfassungsbeschwerde, über die in der Sache zu entscheiden war, unbegründet. Zum einen verstießen die Strafvorschriften nicht gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, da der biologische Geschlechtsunterschied den Sachverhalt so entscheidend prägte, dass etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurückträten. Zum anderen verstießen die Strafvorschriften auch nicht gegen Art. 2 Abs. 1 GG, da homosexuelle Betätigung gegen das Sittengesetz verstoße und nicht eindeutig festgestellt werden könne, dass jedes öffentliche Interesse an ihrer Bestrafung fehle.

Der *Senat* hält Art. 3 Abs. 2 und 3 GG für unanwendbar im Bereich des Sexualstrafrechts, „für dessen Tatbestände der Geschlechtstrieb des Menschen das konstituierende Element“⁴⁵ sei. Zur Begründung, auf die auch die Kammer in dem Beschluss vom 22. März 1999⁴⁶ Bezug nimmt, heißt es u.a.: Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sei unanwendbar „auf Strafbestimmungen, die dadurch notwendig werden, daß die zwischen den Geschlechtern bestehende Spannung typische soziale Gefahren mit sich bringt. Diese Spannung beruht gerade auf der natürlichen Verschiedenheit der beiden Geschlechter [...]. Hier wird der Straftatbestand wesentlich dadurch bestimmt, daß [...] aus der besonderen biologischen Eigenart der beiden Geschlechter sich typische besondere Gefahrensituationen ergeben.“⁴⁷

Entgegen der längst überholten Auffassung des *Senats* besteht heute Einigkeit darüber, dass biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern grundsätzlich weder Unterscheidungen rechtfertigen können noch die Vergleichbarkeit der zu regelnden Sachverhalte von vornherein auszuschließen vermögen.⁴⁸ Eine Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht anknüpft, soll mit Art. 3 GG nur vereinbar sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist.⁴⁹ Die Rechtsprechung des *Senats* ist zudem von der Rechtswirklichkeit eingeholt worden. Während § 175 StGB (a.F.) und § 175a StGB (a.F.) bereits mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969⁵⁰ durch einen neuen § 175 StGB (a.F.) ersetzt worden waren, wurde der zuletzt geltende § 175 StGB (a.F.) mit dem 29. Strafrechtsänderungsgesetz vom 31. Mai 1994⁵¹ aufgehoben. Den Standort der „rechtshistorisch belasteten“ Vorschrift neu zu besetzen, erschien dem Gesetzgeber „nicht angebracht“.⁵² Mit *Wolters* wird man daher „vermuten dürfen, dass die Jahrzehnte währende Diskriminierung und Stigmatisierung, ‚ein 175er‘ zu sein, diese Paragraphennummer auf alle Zeiten unbesetzt bleiben lässt“.⁵³

Der Beschluss der Zweiten Kammer des *Zweiten Senats* vom 22. März 1999 überzeugt nicht, soweit sich die Kammer mit der bloßen Feststellung begnügt, Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sei auf § 183 StGB nicht anwendbar.⁵⁴ Diese Feststellung wäre nur dann ausreichend gewesen, wenn das Urteil des *Ersten Senats* vom 10. Mai 1957 als Ganzes oder dessen Entscheidungsgründe im Einzelnen, auf welche die Kammer teilweise verweist, die Rechtswirklichkeit im Jahr 1999 noch widergespiegelt hätten. Das in Bezug genommene Urteil gehörte allerdings bereits damals zu den dunkelsten Kapiteln der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zwar schließt dies nicht aus, dass dessen Entscheidungsgründe zumindest teilweise zur Rechtfertigung der Verfassungsmäßigkeit einer

3. Stellungnahme

Der Beschluss der Zweiten Kammer des *Zweiten Senats* vom 22. März 1999 überzeugt nicht, soweit sich die Kammer mit der bloßen Feststellung begnügt, Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sei auf § 183 StGB nicht anwendbar.⁵⁴ Diese Feststellung wäre nur dann ausreichend gewesen, wenn das Urteil des *Ersten Senats* vom 10. Mai 1957 als Ganzes oder dessen Entscheidungsgründe im Einzelnen, auf welche die Kammer teilweise verweist, die Rechtswirklichkeit im Jahr 1999 noch widergespiegelt hätten. Das in Bezug genommene Urteil gehörte allerdings bereits damals zu den dunkelsten Kapiteln der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zwar schließt dies nicht aus, dass dessen Entscheidungsgründe zumindest teilweise zur Rechtfertigung der Verfassungsmäßigkeit einer

⁴³ BVerfG BeckRS 1999, 30052472.

⁴⁴ BVerfGE 6, 389 = NJW 1957, 865; bestätigt durch BVerfGE 36, 41 = NJW 1973, 2195.

⁴⁵ BVerfGE 6, 389 (423).

⁴⁶ BVerfG BeckRS 1999, 30052472.

⁴⁷ BVerfGE 6, 389 (423 f.).

⁴⁸ Vgl. nur *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: Mai 2015, Art. 3 Abs. 2 Rn. 82 m.w.N.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 85, 191 = NJW 1992, 964.

⁵⁰ BGBl. I 1969, S. 645.

⁵¹ BGBl. I 1994, S. 1168.

⁵² Vgl. BT-Drs. 12/4584, S. 7.

⁵³ *Wolters*, GA 2014, 556 (558).

⁵⁴ Kritisch auch *Lederer* (Fn. 24), § 183 Rn. 2; *Schur*, NJOZ 2021, 1185 (1187); *Weigend*, ZStW 129 (2017), 513 (521); *Wolters*, GA 2014, 556 (559); *ders.* (Fn. 18), S. 1367.

anderen Strafnorm herangezogen werden können. Der Teil der Entscheidungsgründe, auf den die Kammer Bezug nimmt, ist aber nicht geeignet, eine Vereinbarkeit von § 183 StGB mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG zu begründen. Denn die These, der spezielle Gleichheitssatz sei unanwendbar auf Strafbestimmungen, die dadurch notwendig werden, dass die zwischen den Geschlechtern bestehende und auf deren biologisch begründete natürliche Verschiedenheit beruhende Spannung typische soziale Gefahren mit sich bringe, widerspricht sowohl der zeitgenössischen Rechtswissenschaft als auch der hauseigenen Rechtsprechung, welche schon dem Urteil des *Ersten Senats* vom 28. Januar 1992⁵⁵ zu entnehmen ist. Schließlich lässt die Kammer unberücksichtigt, dass das in Bezug genommene Urteil eine Strafnorm betraf, die der Gesetzgeber, dem die Neubesetzung des Standorts der als „rechtshistorisch belasteten“ Vorschrift als „nicht angebracht“ erschien, bereits fünf Jahre zuvor aufgehoben hatte.

Abzuwarten bleibt, ob sich der Gesetzgeber in naher Zukunft zu einer Reform des § 183 StGB durchringen oder ihm ein Gericht mit einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG zuvorkommen wird. Eine erfolgversprechende gerichtliche Vorlage setzt freilich u.a. voraus, dass das Gericht von der Verfassungswidrigkeit der Norm überzeugt ist, während bloße Zweifel oder Bedenken nicht genügen.⁵⁶ Der Beschluss der Zweiten Kammer des *Zweiten Senats* vom 22. März 1999 steht einer gerichtlichen Vorlage jedenfalls nicht entgegen. Denn Nichtannahmebeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, die keine Sachentscheidung enthalten, entfalten keine Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG.⁵⁷

V. Das Gebot einer auf Täterseite geschlechtsneutralen Fassung des Straftatbestands

Ein Gebot einer vom Geschlecht des Täters unabhängigen Fassung des Straftatbestands setzt voraus, dass die Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen an sich gerechtfertigt ist (1.). Nur dann kann die Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen einer Frau gerechtfertigt sein (2.). Denn wenn es den Mitteln des Strafrechts als ultima ratio zur Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols bei exhibitionistischen Handlungen generell nicht bedarf, stellt sich die Frage einer Erweiterung des Straftatbestands auf weibliche Täter erst gar nicht.

⁵⁵ BVerfGE 85, 191 = NJW 1992, 964.

⁵⁶ Vgl. bereits BVerfGE 1, 184 (189) = NJW 1952, 497.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 23, 191 (207) = NJW 1968, 982 (984) m. Anm. *Arndt*; BVerfGE 92, 91 (107) = NJW 1995, 1733; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 56. Lfg., Stand: Februar 2019, § 31 Rn. 83; *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 3. Aufl. 2020, § 31 Rn. 23; v. *Ungern-Sternberg*, in: Walter/Grünwald (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: 1.7.2021, § 31 Rn. 35; vgl. hierzu ausführlich und im Ergebnis differenzierend *Zuck*, EuGRZ 2018, 619 (620 ff.) m.w.N.

1. Rechtfertigung der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen an sich

Keineswegs neu ist die Idee, die exhibitionistischen Handlungen aus dem Strafrecht herauszunehmen. Ebendies hatte bereits die Bundesregierung im Rahmen ihres Gesetzentwurfs zum Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973⁵⁸ erwogen. Den Gedanken, die exhibitionistischen Handlungen stattdessen den Zwangsmaßnahmen zulassenden früheren gesundheitsrechtlichen Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten und des Bundes-Seuchengesetzes zu unterstellen, verwarf sie allerdings sogleich wieder. Denn es würden „Bedenken gegen eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes erhoben werden können, da es sich beim Exhibitionismus möglicherweise nicht um eine gemeingefährliche Krankheit (Art. 74 Nr. 19 GG) handelt“. Zudem sei es zweifelhaft, „ob ohne eine Strafdrohung bei dem Täter ein hinreichend starkes Motiv dafür gesetzt werden kann, daß er sich in ärztliche Behandlung begibt“. Schließlich biete ein Strafverfahren „auch eher die Möglichkeit, Personen zu erkennen, bei denen sich ausnahmsweise hinter dem vordergründigen Bild des Exhibitionismus gefährliche Triebabweichungen verbergen“.⁵⁹

Neben dem Vorschlag, die exhibitionistischen Handlungen nach § 183 StGB ebenso wie die Erregung öffentlichen Ärgernisses nach § 183a StGB ersatzlos zu streichen,⁶⁰ wird auch heute noch diskutiert, die exhibitionistischen Handlungen „als nicht sozialadäquate Handlung[en]“⁶¹ in das Ordnungswidrigkeitenrecht zu überführen,⁶² sollten sie als grob ungehörige Handlungen nicht ohnehin bereits von dem Tatbestand der Belästigung der Allgemeinheit nach § 118 OWiG erfasst sein.⁶³ Ob die exhibitionistischen Handlungen nach § 183 StGB ersatzlos gestrichen bzw. zur bloßen Ordnungswidrigkeit herabgestuft werden können, hängt maßgeblich davon ab, wie man die Frage nach einer hinreichenden Gefährdung oder Verletzung des Rechtsguts der sexuellen

⁵⁸ BGBl. I 1973, S. 1725.

⁵⁹ BT-Drs. VI/1552, S. 31.

⁶⁰ Vgl. den Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 369 und 371; zustimmend *Drohse*, NJOZ 2018, 1521 (1524); wohl auch *Renzikowski*, ZRP 2017, 161; vgl. auch bereits v. *Hören*, ZRP 1987, 19 (22); *Schünemann*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1 (28); *Sick*, ZStW 103 (1991), 43 (91, hinsichtlich § 183 StGB); *dies./Renzikowski*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 603 (613, hinsichtlich § 183a StGB); *Wolters*, GA 2014, 556 (571, hinsichtlich § 183 StGB); *ders.* (Fn. 18), S. 1368 f., offen gelassen hinsichtlich § 183a StGB.

⁶¹ Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 18/7719, S. 18.

⁶² Vgl. *Weigend*, ZStW 129 (2017), 513 (522).

⁶³ Vgl. v. *Hören*, ZRP 1987, 19 (22); *Hörnle*, MschrKrim 2001, 212; *dies.*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 462 (nur: „nicht bedrohliche Handlungen“); differenzierend *Sander*, ZRP 1997, 447 (450 f.).

Selbstbestimmung durch diese Taten beantwortet. Wenn man dabei berücksichtigt, dass das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung das Recht jedes Einzelnen umfasst, nicht ungewollt mit möglicherweise schockierenden sexuellen Handlungen anderer konfrontiert zu werden,⁶⁴ wird man diese Frage wohl bejahen müssen. Die Strafdrohung an sich und der relativ milde Strafraum dürften jedenfalls vertretbar sein.

Wenn allerdings teilweise die Konfrontation mit exhibitionistischen Handlungen mit „anderen alltäglichen Störungen und Belästigungen (z.B. Abspielen lauter Musik, aggressives Betteln, Ansprache durch Betrunkene), denen eine erwachsene Person sich entziehen kann“,⁶⁵ gleichgesetzt wird, kann dies nicht überzeugen. Sicher „mag sich mancher stören am übelriechenden Mitfahrer in der Straßenbahn, viele an der auf die Straße speienden Mitbürgerin oder an dem im Stadtpark laut Musik hörenden Jugendlichen, beinahe jeder an einer obszön pöbelnden, sturztrunkenen oder aggressiv bettelnden Person in der Fußgängerzone“.⁶⁶ Mit Recht erfolgt auch die Erwartungshaltung, „dass der einzelne einer ungewollten Konfrontation ausweicht, in dem er etwa in der Straßenbahn den Wagen, im Stadtpark die Bank oder auf der Straße den Bürgersteig wechselt oder einfach weghört bzw. wegsieht“.⁶⁷ In der Regel ebenso unproblematisch kann sich das Opfer exhibitionistischer Handlungen dieser Konfrontation entziehen.⁶⁸

Ungewollte Konfrontationen mit „alltäglichen Störungen und Belästigungen“ unterscheiden sich allerdings von denjenigen mit exhibitionistischen Handlungen (quantitativ) in deren Seltenheit und (qualitativ) in dem, was der Täter dort präsentiert. Während die Konfrontation mit schlechtem Benehmen das Opfer kaum überraschen dürfte und für dieses noch erträglich sein mag, ist die Konfrontation allein mit einem entblößten Geschlechtsteil oder zusätzlich mit einer Masturbationshandlung für das Opfer weder voraussehbar noch hinnehmbar. Dies gilt trotz der bereits im vergangenen Jahrhundert begonnenen Enttabuisierung von Sexualität und Geschlechtlichem, sei es durch im Internet zugängliche Pornographie, sexualisierte Werbung oder bloß freizügiges Auftreten in öffentlichen Saunanlagen oder an FKK-Stränden. Selbst dort sind exhibitionistische Handlungen weder alltäglich noch gesellschaftlich toleriert. Diese sind auch qualitativ keineswegs vergleichbar mit anderen „Störungen und Belästigungen“. Stellt die Ansprache durch einen Betrunkene nur den regelmäßig untauglichen Versuch einer Kommunikationsaufnahme mit dem Adressaten dar, wird der Adressat

einer exhibitionistischen Handlung zum „unberührten Partner sexueller (Inter-)Aktion, die [diesen] jedenfalls psychisch [...] durchaus mitzunehmen vermag“.⁶⁹

2. Rechtfertigung der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen einer Frau

Bejaht man mit dem Gesetzgeber *de lege lata* eine hinreichende Gefährdung oder Verletzung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung durch exhibitionistische Handlungen an sich, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen einer Frau. Damit einher geht die Frage, ob eine geschlechtsneutrale Fassung des Straftatbestands angesichts des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht sogar verfassungsrechtlich geboten ist. Zuvor sind allerdings die zwei Gründe in den Blick zu nehmen, die den Gesetzgeber dazu bewogen haben, „entsprechende Handlungen“ von Frauen gänzlich aus dem Tatbestand zu verbannen.

a) Kein Erfordernis einer quantitativen Vergleichbarkeit

Der erste Grund ist die fehlende quantitative Vergleichbarkeit exhibitionistischer Handlungen von Männern mit denen von Frauen. Insoweit ist dem Gesetzgeber zuzustimmen, dass letztere nur „in sehr seltenen Fällen [...] vorkommen“.⁷⁰ Tatsächlich dürfte der Anteil der von Frauen begangenen exhibitionistischen Handlungen allenfalls im unteren einstelligen Prozentbereich liegen. Belastbare Zahlen hierzu liegen freilich nicht vor, da exhibitionistische Handlungen von Frauen mangels Strafbarkeit statistisch nicht erfasst werden. Statistisch erfasst werden aber die Anzahl der Tatverdächtigen und deren Geschlecht bei sexuellen Handlungen vor einem Kind nach § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB (a.F.). Insoweit gab es im Jahr 2020 in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt 903 Tatverdächtige, davon waren 853 Männer und 50 Frauen.⁷¹

Die wohl unstrittig fehlende quantitative Vergleichbarkeit exhibitionistischer Handlungen von Männern mit denen von Frauen ist allerdings keine ausreichende Begründung für eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter bei der Frage der Strafdrohung.⁷² Nur weil bestimmte Taten von bestimmten Täterkreisen seltener begangen werden, verwirklicht der einzelne Täter mit seiner Tat nicht weniger strafwürdiges Unrecht. Anderenfalls müsste man wohl darüber nachdenken, Frauen als Täter von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung oder gar von Straftaten generell auszuschließen. So waren von den im Jahr 2020 statistisch erfassten der Begehung von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung insgesamt 60.992 Verdächtigen 55.770 Männer und 5.222

⁶⁴ Vgl. BGH bei *Dallinger*, MDR 1974, 546; *Eisele* (Fn. 28), § 183 Rn. 1; *Fischer* (Fn. 28), § 183 Rn. 2; *Lederer* (Fn. 24), § 183 Rn. 1; *Sander* (Fn. 4), S. 15 f.; *Wolters* (Fn. 28), § 183 Rn. 2; *Ziegler* (Fn. 34), § 183 Rn. 2; zweifelnd *Eschelbach* (Fn. 36), § 183 Rn. 2.

⁶⁵ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 369; ähnlich *Weigend*, ZStW 129 (2017), 513 (521 f.).

⁶⁶ *Wolters* (Fn. 18), S. 1366 f.

⁶⁷ *Wolters* (Fn. 18), S. 1367.

⁶⁸ Vgl. *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 303 (305).

⁶⁹ *Heger*, ZRP 2018, 118 (119).

⁷⁰ BT-Drs. VI/3521, S. 53.

⁷¹ Vgl. PKS 2020 (Fn. 2).

⁷² Vgl. auch den Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 14), S. 370; *Schur*, NJOZ 2021, 1185 (1186); *Sick*, ZStW 103 (1991), 43 (85 ff.); *Weigend*, ZStW 129 (2017), 513 (520 f.); *Wolters*, GA 2014, 556 (560 f.).

Frauen sowie der Begehung von Straftaten insgesamt 1.969.617 Verdächtigen 1.481.252 Männer und 488.365 Frauen.⁷³ Eine fehlende quantitative Vergleichbarkeit hat den Gesetzgeber (zu Recht) auch nicht davon abgehalten, den Tatbestand der früher nur für Männer strafbaren Vergewaltigung mit dem 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juli 1997⁷⁴ auf Frauen zu erweitern. Dabei waren selbst von den im Jahr 2020 statistisch erfassten der Begehung einer Vergewaltigung, einer sexuellen Nötigung oder eines sexuellen Übergriffs im besonders schweren Fall einschließlich solchen mit Todesfolge nach den §§ 177, 178 StGB insgesamt 8.480 Verdächtigen 8.376 Männer und lediglich 104 Frauen. Weshalb insoweit für exhibitionistische Handlungen nach § 183 StGB andere Maßstäbe gelten sollen, erschließt sich nicht. Immerhin hat auch die Bundesregierung inzwischen eingeräumt, dass aus heutiger Sicht „der Umstand, dass weiblicher Exhibitionismus praktisch seltener vorkommt, nur begrenzt geeignet [sei], eine strafrechtliche Privilegierung von Frauen zu begründen“, und sieht die „Notwendigkeit, die Ausgestaltung von § 183 StGB zu überprüfen“.⁷⁵

b) Kein Erfordernis einer qualitativen Vergleichbarkeit

Der zweite Grund ist die fehlende qualitative Vergleichbarkeit exhibitionistischer Handlungen von Männern mit denen von Frauen. Insoweit ist dem Gesetzgeber allerdings zu widersprechen, wenn dieser pauschal behauptet, dass exhibitionistische Handlungen einer Frau „kaum jemals die von exhibitionistischen Handlungen eines Mannes typischerweise ausgehenden negativen Auswirkungen haben“.⁷⁶ Welche „negativen Auswirkungen“ dies sein sollen, teilt der Gesetzgeber bedauerlicherweise nicht mit.

Den mutmaßlich hinter dieser Behauptung stehenden Gedanken des Gesetzgebers hat *Sick* wie folgt umschrieben: „Der weibliche Körper hat im Gegensatz zum männlichen als Konsumgut Gebrauchs- und Warencharakter, er wird an jedem Zeitungskiosk je nach Bedarf ganz oder in den Einzelteilen – Busen, Vagina, Gesäß – dargeboten. Auch in Mode und Kunst wird weibliche Sexualität als Stilmittel eingesetzt und vermarktet. Der weibliche Körper ist somit nicht in gleicher Weise tabuisiert wie der männliche. Frauen dürfen sich unverhüllt und ‚sexy‘ zeigen, Männern verbietet das der Verdacht, homosexuell oder pervers zu sein. An die Präsentation weiblicher Geschlechtlichkeit hat man sich gewöhnt. Es erschrickt niemand mehr, sie gehört zum alltäglichen Bild.“⁷⁷ Dafür, dass diese – freilich überspitzte – Umschreibung den gesetzgeberischen Gedanken tatsächlich wiedergibt, spricht auch, dass der Gesetzgeber die Strafdrohung exhibitionistischer Handlungen u.a. damit begründet, dass diese „dem in unserem Kulturkreis entwickelten Schamgefühl der Allgemeinheit [widersprechen und] in einer Weise tabuiert [sind], daß die meisten damit konfrontierten Einzelpersonen in ihrem

sittlichen oder ästhetischen Empfinden verletzt [...] werden“.⁷⁸ Mit dieser Begründung greift der Gesetzgeber strafrechtsdogmatisch verfehlt auf Kategorien der Sexualmoral zurück und missachtet das Prinzip des Rechtsgüterschutzes.⁷⁹

Davon abgesehen, dass die Behauptung von *Sick*, „sexy“ gekleidete Männer würden sich dem Verdacht ausgesetzt sehen, homosexuell oder pervers zu sein, weder den Moralvorstellungen der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts noch den heutigen gerecht wird, genügt der Verweis des Gesetzgebers auf einen Widerspruch zum Schamgefühl der Allgemeinheit bzw. eine Verletzung des sittlichen oder ästhetischen Empfindens bereits nicht zur Rechtfertigung der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen an sich, geschweige denn allein zu solchen, die von Männern begangen werden. Zur Begründung der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen hätte der Gesetzgeber vielmehr auf das von § 183 StGB geschützte Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung und das sich daraus ergebende Recht jedes Einzelnen, nicht ungewollt mit möglicherweise schockierenden sexuellen Handlungen anderer konfrontiert zu werden, zurückgreifen müssen. Nur dann hätte sich rechtfertigen lassen, dass es bei exhibitionistischen Handlungen den Mitteln des Strafrechts als ultima ratio zur Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols bedarf. Eine Unterscheidung nach dem Geschlecht des Täters lässt sich freilich auch mit einem Verweis auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung nicht rechtfertigen.

Wenn die Tathandlung i.S.d. § 183 Abs. 1 StGB zutreffend in dem Vorzeigen des entblößten Glieds mit dem Ziel des hierdurch bewirkten sexuellen Lustgewinns gesehen wird,⁸⁰ ist nicht einzusehen, weshalb dies nur für das Vorzeigen des (männlichen) Penis und nicht auch für das Vorzeigen der (weiblichen) Vagina gelten soll. Durch weibliche exhibitionistische Handlungen können andere Personen ebenso belästigt werden wie durch männliche. Rationale, wissenschaftlich begründbare Argumente für die erhöhte Gefährlichkeit des männlichen Exhibitionisten sind nicht ersichtlich.⁸¹ Soweit im Einzelfall durch das Vorzeigen des weiblichen Geschlechtsteils bei dem Opfer eine negative Gefühlsempfindung von nur mäßigem Gewicht hervorgerufen wird, kann dieser Umstand nach § 46 StGB bei der Strafzumessung berücksichtigt werden oder dazu führen, dass nach den §§ 153 ff. StPO von der Strafverfolgung abgesehen wird.

c) Verfassungsrechtliches Gebot einer Gleichbehandlung von Mann und Frau

Die Rechtfertigung der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen einer Frau erfordert weder die (fehlende) quantitative noch die (vorhandene) qualitative Vergleichbarkeit mit exhibitionistischen Handlungen eines Mannes. Im Hinblick auf

⁷³ Vgl. PKS 2020 (Fn. 2).

⁷⁴ BGBl. I 1997, S. 1607.

⁷⁵ BT-Drs. 19/19875, S. 2, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage u.a. der Fraktion der AfD.

⁷⁶ BT-Drs. VI/3521, S. 53.

⁷⁷ *Sick*, ZStW 103 (1991), 43 (87).

⁷⁸ BT-Drs. VI/3521, S. 53.

⁷⁹ Vgl. *Sander* (Fn. 4), S. 19; kritisch auch *Sick*, ZStW 103 (1991), 43 (88 f.); wohl auch *Weigend*, ZStW 129 (2017), 513 (519).

⁸⁰ Vgl. BGH NStZ 2015, 337 (338); NStZ-RR 2019, 44; BeckRS 2021, 9826.

⁸¹ Vgl. auch *Sick*, ZStW 103 (1991), 43 (89).

Art. 3 Abs. 2 und 3 GG wird vielmehr die Erweiterung des Straftatbestands auf weibliche Täter für verfassungsrechtlich geboten bzw. die Beschränkung des Straftatbestands auf männliche Täter für verfassungswidrig gehalten.⁸² Dies verwundert nicht, wenn man § 183 Abs. 1 StGB einer verfassungsrechtlichen Kontrolle am Maßstab der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterzieht.

Wenn danach eine Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht anknüpft, mit Art. 3 GG nur vereinbar ist, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist,⁸³ bestehen erhebliche Bedenken, ob die Beschränkung des Straftatbestands auf männliche Täter in § 183 Abs. 1 StGB verfassungsmäßig ist.⁸⁴ Denn exhibitionistische Handlungen dürften unzweifelhaft „Probleme“ sein, die ihrer Natur nach bei beiden Geschlechtern gleichermaßen auftreten können. Da das Bundesverfassungsgericht nicht auf die Häufigkeit des Auftretens der Probleme abstellt, ist es verfassungsrechtlich unerheblich, dass exhibitionistische Handlungen einer Frau quantitativ nicht mit exhibitionistischen Handlungen eines Mannes vergleichbar sind.

3. Fazit

Ob die Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen an sich gerechtfertigt ist, hängt maßgeblich davon ab, wie man die Frage nach einer hinreichenden Gefährdung oder Verletzung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung durch diese Taten beantwortet. Hält man – wie hier – mit dem Gesetzgeber *de lege lata* die Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen an sich für gerechtfertigt, erfordert die Rechtfertigung der Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen einer Frau jedenfalls weder die (fehlende) quantitative noch die (vorhandene) qualitative Vergleichbarkeit mit exhibitionistischen Handlungen eines Mannes. Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG bestehen erhebliche Bedenken, ob die Beschränkung des Straftatbestands auf männliche Täter verfassungsmäßig ist.

VI. Zusammenfassung und Ergebnis

Nach alldem darf zunächst festgehalten werden, dass der Exhibitionismus von Frauen keineswegs „strafrechtlich uninteressant“⁸⁵ ist. Das Gegenteil ist der Fall. Ein Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte (II.), den Tatbestand des § 183 StGB selbst (III.) sowie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (IV.) zeigt, dass eine auf Täterseite geschlechtsneutrale Fassung des Straftatbestands geboten ist (V.). Dies gilt freilich nur, wenn man – wie hier – mit dem Gesetzgeber eine Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen an sich für gerechtfertigt hält.

⁸² Vgl. *Hoven*, DRiZ 2017, 280 (282); *Schur*, NJOZ 2021, 1185 (1186 f.); *Sick*, ZStW 103 (1991), 43 (80 ff.); wohl auch *Weigend*, ZStW 129 (2017), 513 (520 ff.); *Wolters*, GA 2014, 556 (558 ff.); *ders.* (Fn. 18), S. 1367 f.

⁸³ Vgl. BVerfGE 85, 191 = NJW 1992, 964.

⁸⁴ Zweifelnd auch *Esser*, JA 2016, 561 (566); *Langenfeld* (Fn. 48), Art. 3 Abs. 2 Rn. 133.

⁸⁵ So aber *Horstkotte*, JZ 1974, 84 (90 Fn. 113).

Zumindest soweit sich die Reformkommission zum Sexualstrafrecht in ihrem Abschlussbericht vom 19. Juli 2017 hilfsweise dafür ausgesprochen hat, auch die Frau als potenzielle Täterin des Straftatbestands des Exhibitionismus zu erfassen, verdienen deren Mitglieder Unterstützung. Denn die ungleiche Behandlung von Männern und Frauen bei exhibitionistischen Handlungen dürfte durch die natürliche Verschiedenheit der beiden Geschlechter nicht gerechtfertigt sein, da sich auch Frauen durch die Zurschaustellung ihres Geschlechtsteils exhibitionieren und hierdurch andere Personen belästigen können. Angesichts des derzeitigen Reformeifers vor allem im Sexualstrafrecht bleibt zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber in naher Zukunft (erneut) mit dem Tatbestand des § 183 StGB befassen wird. Sollte er dann nach wie vor der gut vertretbaren Auffassung sein, dass es bei exhibitionistischen Handlungen den Mitteln des Strafrechts als *ultima ratio* zur Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols bedarf, sollte der Straftatbestand im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG geschlechtsneutral formuliert werden.

Gegen Personen des politischen Lebens gerichtete Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung: Welches Rechtsgut wird durch § 188 StGB geschützt?

Von Dr. Christian Rühs, Bochum*

§ 188 StGB enthält einen Qualifikationstatbestand für Beleidigungstaten, die sich gegen im politischen Leben des Volkes stehende Personen richten. Vielfach wird angenommen, § 188 StGB schütze ebenso wie die §§ 185, 186 und 187 StGB lediglich die individuelle Ehre des Betroffenen. Dieser Beitrag zeigt auf, dass die härtere Bestrafung von Beleidigungstaten gegen Personen des politischen Lebens nur durch den Schutz überindividueller Interessen legitimiert werden kann. Das durch § 188 StGB zusätzlich geschützte überindividuelle Rechtsgut kann als „Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens“ beschrieben werden. Der Tatbestand des § 188 StGB ist im Lichte dieses Rechtsguts auszulegen. Hierdurch kann insbesondere die in § 188 Abs. 1 S. 1 StGB beschriebene Gruppe der im politischen Leben des Volkes stehenden Personen eingegrenzt werden: Es sind Amts- und Mandatsträger oder entsprechende Bewerber jeder gesetzlich anerkannten politischen Ebene des Inlands sowie je nach Funktion auch der supranationalen Ebene der Europäischen Union, die im Rahmen staatlich-institutioneller Prozesse politische Funktionen erfüllen.

I. Einleitung

§ 188 StGB steht im 14. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB über die Ehrverletzungsdelikte und enthält in seinen Absätzen 1 und 2 besondere Tatbestände zur Bestrafung der Beleidigung (§ 185 StGB), üblen Nachrede (§ 186 StGB) und Verleumdung (§ 187 StGB) gegen Personen des politischen Lebens. Angesichts der systematischen Stellung des § 188 StGB und der Bezugnahme auf die §§ 185, 186, 187 StGB scheint die Frage nach dem durch § 188 StGB geschützten Rechtsgut schnell geklärt zu sein: Wenn die Strafnormen zur Beleidigung, üblen Nachrede und Verleumdung die persönliche Ehre des Einzelnen schützen sollen, dann muss das für § 188 StGB zur Bestrafung der Beleidigung, üblen Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens ebenso gelten – könnte man meinen. Im Folgenden soll aber dargelegt werden, dass die Antwort auf die Frage nach dem geschützten Rechtsgut des § 188 StGB nicht so einfach ist, wie es scheint, und ich möchte zeigen, dass § 188 StGB zumindest auch ein Kollektivrechtsgut¹ bzw. überindividuelles Rechtsgut², also ein Rechtsgut der Allgemeinheit³ schützt,

nämlich die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens. Dazu soll zunächst der Tatbestand des § 188 StGB vorgestellt (II.) und kurz auf das Schutzgut der §§ 185, 186, 187 StGB, auf die § 188 StGB Bezug nimmt, eingegangen werden (III.). Darauf aufbauend soll untersucht werden, ob bzw. inwieweit § 188 StGB das Schutzgut mit §§ 185, 186, 187 StGB teilt, und in der Folge soll dargelegt werden, dass die besondere Bestrafung von ehrverletzenden Äußerungen gegen Personen des politischen Lebens nur durch den bezweckten Schutz des politisch-demokratischen Gemeinwesens legitimiert werden kann (IV.). Der Tatbestand des § 188 StGB kann sodann im Lichte dieses Schutzguts ausgelegt werden, wobei insbesondere die Frage, welche Personen unter das Merkmal „im politischen Leben des Volkes stehende Person“ zu subsumieren sind, geklärt werden soll (V.).

II. Kurzvorstellung des § 188 StGB

§ 188 StGB ist systematisch in den 14. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB über die Ehrschutzdelikte eingeordnet. § 188 Abs. 1 S. 1 StGB nimmt auf die Beleidigung gemäß § 185 StGB Bezug, § 188 Abs. 2 StGB bestraft unter den gleichen Voraussetzungen wie Abs. 1 die üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens im Sinne des § 186 bzw. § 187 StGB. Die Tatbestände setzen damit in einem ersten Schritt voraus, dass der Tatbestand der Beleidigung, üblen Nachrede oder Verleumdung gemäß §§ 185, 186 oder 187 StGB erfüllt ist.

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 30. März 2021⁴ nimmt § 188 StGB auch auf die Beleidigung gemäß § 185 StGB Bezug.⁵ Damit werden nun auch ehrverletzende Werturteile von § 188 StGB erfasst und nicht mehr ausschließlich ehrenrührige Tatsachenbehauptungen im Sinne der §§ 186, 187 StGB.⁶

Für die qualifizierte Bestrafung von Beleidigung, übler Nachrede und Verleumdung stellt § 188 Abs. 1 S. 1 StGB vier weitere, besondere Tatbestandsvoraussetzungen auf. Diese sollen im Folgenden aufgeführt werden, wobei die detaillierte Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale erst später nach Klärung des Schutzguts des § 188 StGB erfolgen kann.

Erstens muss sich die ehrverletzende Äußerung gegen ein besonderes Tatopfer richten, nämlich gegen eine im politi-

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Bochum.

¹ Vgl. zum Begriff *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 117; siehe auch *Kleszczewski*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 11 Rn. 1, 3 ff.

² Auch als „Universalrechtsgut“ zu bezeichnen, siehe *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 2 Rn. 11; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 11.

³ Vgl. zum Begriff *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I,

23. Aufl. 2021, § 1 Rn. 1; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 11.

⁴ BGBl. 2021 I, S. 441.

⁵ Kritisch *Simon*, JR 2020, 599 (602).

⁶ Vgl. zur Systematik der §§ 185 ff. StGB hinsichtlich Werturteilen und Tatsachenbehauptungen *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Aufl. 2019, Rn. 559; *Momsen*, in: Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 11. Aufl. 2019, § 25 Rn. 1; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 28 Rn. 4.

schen Leben des Volkes stehende Person. Unabhängig davon, wie weit man diese Definition fasst (dazu unten V. 1.), sind damit jedenfalls solche Personengruppen ausgeschlossen, die überhaupt keinen Bezug zum politischen Leben aufweisen. Schauspieler, Musiker oder Spitzensportler sind damit vom Tatbestand des § 188 StGB nicht erfasst, mögen sie auch bekannt und berühmt sein, im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses stehen und damit durchaus gewichtigen Einfluss auf die Meinung des Publikums haben. Ihnen fehlt die spezifisch politische Dimension in ihrem Wirken.⁷

Zweitens muss die ehrverletzende Äußerung öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB (ehemals: „Schriften“⁸) kundgetan werden. Eine Äußerung über einen Dritten im Rahmen eines Zwei-Personen-Gesprächs, wie §§ 185, 186, 187 StGB sie ausreichen lassen,⁹ genügt für § 188 StGB also nicht.

Drittens muss der Täter des Ehrdelikts die ehrenrührige Äußerung aus Beweggründen kundgetan haben, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen. Damit ist nicht jede Beleidigung, üble Nachrede oder Verleumdung gegen einen politischen Funktionsträger von § 188 StGB erfasst. § 188 StGB bestraft nur Taten, die spezifisch mit der Eigenschaft des Tatopfers als im politischen Leben des Volkes stehende Person zusammenhängen. § 188 StGB ist daher nicht erfüllt, wenn der Täter die Tat gegen eine Person begeht, die (normativ betrachtet) nur zufällig Politiker ist. Da der Wortlaut des § 188 Abs. 1 S. 1 StGB auf die „Beweggründe“ des Täters abstellt, ist dieses Merkmal im subjektiven Tatbestand zu prüfen.¹⁰ Es kommt damit entscheidend darauf an, dass das Motiv des Täters in welcher Weise auch immer mit der Stellung des Tatopfers als im politischen Leben des Volkes stehende Person verknüpft ist.¹¹

Viertens und letztens muss die Tat¹² geeignet sein, das öffentliche Wirken des Tatopfers erheblich zu erschweren. Ein Taterfolg dahingehend, dass das öffentliche Wirken des Tatopfers durch die ehrenrührige Äußerung tatsächlich erschwert wird, muss nicht eintreten.¹³ § 188 StGB beinhaltet damit eine Gefährungskomponente und kann als (abstraktes)¹⁴ Gefährungsdelikt begriffen werden.¹⁵ Zudem beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 188 StGB damit auf mögliche Auswirkungen bzw. Gefahren, die im Zusammenhang mit der Stellung des Opfers als politischer Funktionsträger stehen. Ehrenrührige Äußerungen, die bloß zu Nachteilen im rein privaten Umfeld des Tatopfers führen können, erfüllen den Tatbestand des § 188 StGB nicht.¹⁶ Die ehrenrührige Äußerung selbst muss sich aber nicht unmittelbar auf das politische Wirken des Opfers beziehen, sondern kann durchaus auch private Sachverhalte betreffen,¹⁷ denn auch und gerade Behauptungen und Werturteile über das Privatleben einer politisch aktiven Person können geeignet sein, ihr öffentliches Wirken zu erschweren.¹⁸

¹² Die Rspr. bewertet die Eignung, das öffentliche Wirken des Opfers zu erschweren, einzig anhand des Inhalts der Tatsachenbehauptung, siehe nur BGH NSZ 1981, 300, zustimmend *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 9. Aufl. 2020, § 24 Rn. 11; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 31 Rn. 34. Mit Verweis auf den Wortlaut des § 188 Abs. 1 S. 1 StGB, der auf die Eignung der Tat und nicht des Aussageinhalts der Äußerung abstellt, plädiert die überwiegende Auffassung in der Literatur für einen Einbezug sämtlicher Tatumstände (z.B. die gewählte Verbreitungsart, Größe und Zusammensetzung des Adressatenkreises, allgemeine Glaubwürdigkeit des Täters bzw. des Äußernden etc.), *Kühl* (Fn. 11), § 188 Rn. 3; *Regge/Pegel*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 188 Rn. 11 f.; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 9; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 6.

¹³ *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 4; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 11; *Sinn*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 188 Rn. 8.

¹⁴ Es ist umstritten, ob eine abstrakte Gefährdung der Erschwerung des öffentlichen Wirkens des Opfers genügt oder ob das öffentliche Wirken durch die Tat konkret gefährdet sein muss, siehe *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 188 Rn. 4; für nur abstrakte Gefährdung z.B. *Mavany*, JURA 2010, 594 (598).

¹⁵ Vgl. *Joecks/Jäger* (Fn. 14), § 188 Rn. 4; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, Bd. 4, § 188 Rn. 1; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 8.

¹⁶ Vgl. *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 188 Rn. 6; *Hartung*, JR 1951, 677 (678); *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 5; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 6.

¹⁷ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 188 Rn. 3a; *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 4; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 13.

¹⁸ *Engländer*, NSZ 2021, 385 (389).

⁷ *Hartung*, JR 1951, 677 (678).

⁸ Der alte Begriff „Schriften“ im StGB wurde durch das „Sechzigst[e] Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland“ v. 30.11.2020 mit Wirkung zum 1. 1.2021 durch den Begriff der „Inhalte“ ersetzt, BGBl. 2020 I, S. 2600.

⁹ Vgl. *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2019, Rn. 154; *Rengier* (Fn. 6), § 29 Rn. 10, 28.

¹⁰ *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 188 Rn. 7; *Hilgendorf*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 188 Rn. 5; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2021, § 188 Rn. 11; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 188 Rn. 8.

¹¹ *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 188 Rn. 7; *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 5; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 188 Rn. 4; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 11.

Die einzelnen Tatbestandsmerkmale geben einerseits erste Hinweise auf den Schutzzweck des § 188 StGB, andererseits gelingt ihre definitive Auslegung erst, wenn klar ist, welches Rechtsgut von § 188 StGB geschützt werden soll. Da § 188 StGB auf §§ 185, 186, 187 StGB Bezug nimmt und diese Tatbestände vollständig enthält, soll zunächst das Schutzgut dieser Tatbestände vorgestellt werden (III.). Im Anschluss daran wird gefragt, ob § 188 StGB auf das Schutzgut der §§ 185, 186, 187 StGB aufbaut und es ggf. lediglich modifiziert, oder ob § 188 StGB darüber hinaus ein ganz anderes, eigenes Rechtsgut schützt (IV.).

III. Zum Schutzgut der §§ 185, 186, 187 StGB: Ehre

Die §§ 185 ff. StGB im 14. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB sind in der Abschnittsüberschrift mit „Beleidigung“ überschrieben und werden in der Lehrbuchliteratur üblicherweise als „Straftaten gegen die Ehre“ zusammengefasst.¹⁹ §§ 185, 186 und 187²⁰ StGB schützen folglich und anerkanntermaßen das Individualrechtsgut²¹ der Ehre.²² Das Schutzgut Ehre schlägt sich dabei besonders deutlich im Wortlaut der §§ 186, 187 StGB nieder: Die Tatsachenbehauptung muss ehrenrührig sein,²³ sodass sie geeignet ist, das Tatopfer „verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen“.

¹⁹ *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 44. Aufl. 2020, 5. Kap.; *Rengier* (Fn. 6), 5. Kap.

²⁰ Für den Tatbestand der Kreditgefährdung in § 187 Var. 2 StGB gilt eine Ausnahme: Geschütztes Rechtsgut soll hier nach h.M. das Vermögen sein, *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 187 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 187 Rn. 15; *Rengier* (Fn. 6), § 29 Rn. 23; *Rogall* (Fn. 15), § 187 Rn. 10; *Sinn* (Fn. 13), § 187 Rn. 1; *Valerius* (Fn. 10), § 187 Rn. 4.

²¹ Von der h.M. anerkannt ist auch der Schutz der Ehre einer Personengemeinschaft, wenn diese eine rechtlich anerkannte gesellschaftliche Funktion erfüllt, einen einheitlichen Willen bilden kann und in ihrer Existenz nicht vom Wechsel ihrer Mitglieder abhängt, *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), Vor §§ 185 ff. Rn. 3; *Hilgendorf* (Fn. 10), Vor §§ 185 ff. Rn. 27; *Kühl* (Fn. 11), Vor §§ 185 ff. Rn. 5; *Rengier* (Fn. 6), § 28 Rn. 10; a.A. *Kluszczewski* (Fn. 1), § 4 Rn. 4; *Rogall* (Fn. 15), Vor § 185 Rn. 36. Das ist aber nicht gleichbedeutend mit einem Kollektivrechtsgut im Sinne eines Universalrechtsguts, das sich auf den Schutz des Gemeinwohls bzw. der gesamten staatlichen Gemeinschaft bezieht. Vielmehr ist auch bei Personengemeinschaften immer die Ehre bestimmter abgrenzbarer individueller Einrichtungen oder Verbände betroffen, die als individualisierbare Träger der Ehre aus der Allgemeinheit hervortreten.

²² *Fischer* (Fn. 17), Vor §§ 185–200 Rn. 2; *Kühl* (Fn. 11), Vor §§ 185 ff. Rn. 1; *Otto* (Fn. 12), § 31 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 12), Vor § 185 Rn. 7; *Rengier* (Fn. 6), § 28 Rn. 1; *Rogall* (Fn. 15), Vor § 185 Rn. 1; *Sinn* (Fn. 13), Vor §§ 185 ff. Rn. 1; *Valerius* (Fn. 10), § 185 Rn. 1; *Zaczyk* (Fn. 10), Vor §§ 185 ff. Rn. 1.

²³ *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 7 Rn. 15 f.; *Rengier* (Fn. 6), § 29 Rn. 7.

Der Begriff der „Ehre“ im Sinne der §§ 185 ff. StGB ist schwierig zu fassen.²⁴ Zur Definition werden und wurden in der Literatur verschiedenste Ansätze vertreten, die für einen Großteil der Fälle aus der Praxis keine unterschiedlichen Ergebnisse produzieren.²⁵ Die Mehrheit der heute vertretenen Ehrbegriffe (sog. „dualistische“ Ehrbegriffe einerseits und „normativ-faktische“ Ehrbegriffe andererseits) bezieht sowohl moralische Werte (aus der Menschenwürde fließender Eigenwert der Person unabhängig von deren sozialer Anerkennung) als auch die soziale Komponente der Ehre im Sinne eines berechtigten, „verdienten“ Geltungsanspruchs ein.²⁶ Zugrunde zu legen ist damit letztlich ein Begriff der Ehre, der auf dem von sozialer Anerkennung unabhängigen Eigenwert der Person als solcher basiert, dabei aber die Gesichtspunkte des subjektiven, intrapersonalen Ehrgefühls und eines sozialen Geltungsanspruchs im Sinne eines guten Rufs mit einbezieht. Ehre ist damit der aus einem sozialen Zuschreibungs- und Anerkennungsverhältnis entspringende verdiente Anspruch auf Achtung des Eigenwerts und auch sozialen Geltungswerts der Person.²⁷

IV. Schutzgut und Qualifikationsgrund des § 188 StGB: Individualrechtsgut, Kollektivrechtsgut oder beides?

1. Schutz einer besonderen Politikerehre, des verdienten guten Rufs und politischer Karrierechancen?

Da § 188 StGB auf §§ 185, 186 und 187 StGB Bezug nimmt und dadurch tatbestandlich auf den Ehrbegriff der §§ 185 ff. StGB rekurriert, liegt die Annahme nahe, dass § 188 StGB ebenso das Individualrechtsgut der Ehre schützt. Diese Annahme provoziert aber die Frage, warum für Personen des politischen Lebens der Ehrschutz durch die §§ 185, 186 und 187 StGB nach Ansicht des Gesetzgebers nicht ausreichend ist und warum für diese bestimmte Personengruppe mit § 188 StGB ein eigener Qualifikationstatbestand²⁸ vorgesehen ist. Es stellt sich also die Frage nach dem Qualifikationsgrund: Was rechtfertigt es, Personen des politischen Lebens des Volkes aus dem allgemeinen Ehrschutz der §§ 185, 186 und 187 StGB emporzuheben und sie in § 188 StGB mit einem eigenen Qualifikationstatbestand besonders zu schützen?

²⁴ Pointiert *Momsen* (Fn. 6), § 24 Rn. 1: „Die Ehre ist das subtilste, mit den hölzernen Handschuhen des Strafrechts am schwersten zu erfassende und daher am wenigsten wirksam geschützte Rechtsgut unseres Strafrechtssystems.“

²⁵ *Fischer* (Fn. 17), Vor §§ 185–200 Rn. 3 f., mit Überblick zu verschiedenen Ehrbegriffen; *Joecks/Jäger* (Fn. 14), Vor § 185 Rn. 8, 13; *Valerius* (Fn. 10), § 185 Rn. 2; zum Überblick auch *Rengier* (Fn. 6), § 28 Rn. 2.

²⁶ *Hilgendorf* (Fn. 23), § 7 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 17), Vor §§ 185–200 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 6), § 28 Rn. 3; vgl. auch *Momsen* (Fn. 6), § 24 Rn. 2; *Sinn* (Fn. 13), Vor §§ 185 ff. Rn. 4.

²⁷ *Fischer* (Fn. 17), Vor §§ 185–200 Rn. 4.

²⁸ *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 1; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 1.

a) Erhöhte Gefahr der Viktimisierung

Ein Grund für die qualifizierte, d.h. grundsätzlich härtere Bestrafung von ehrenrührigen Äußerungen gegenüber Personen des politischen Lebens des Volkes könnte darin gesehen werden, dass diese Personen aufgrund ihres notwendigerweise öffentlichen Auftretens besonders häufig und besonders intensiven Ehrverletzungen ausgesetzt sind.²⁹ Dies kann man zum einen für den Meinungskampf innerhalb der politischen Sphäre annehmen: Hier sind wechselseitige Vorhaltungen, Unterstellungen und auch harsche Kritik unter den politischen Konkurrenten und Mitbewerbern nicht selten. Der politische Meinungskampf wurde vor allem (aber mittlerweile nicht mehr nur³⁰) in der fernerer Vergangenheit Deutschlands unter heftigen Diffamierungen durch extreme Gruppen ausgetragen.³¹ In manchen Fällen ist es gezielte Strategie, einen politischen Konkurrenten zu diffamieren. Beleidigungen, üble Nachrede und in besonderen Fällen auch Verleumdung werden dabei gezielt eingesetzt, um den politischen Gegner herabzusetzen, seine Glaubwürdigkeit zu untergraben und damit seine Erfolgchancen bei anstehenden Wahlen zu mindern.³²

Insbesondere in jüngerer Zeit geraten außerdem gezielte Diffamierungen außerhalb des politischen Betriebs in den Fokus: Personen, die im politischen Leben des Volkes stehen, werden von Personen außerhalb dieser politischen Sphäre gezielt angegriffen und für bestimmte oder auch nur vermeintliche politische Entscheidungen persönlich verantwortlich gemacht. Die so formulierte Kritik kann dabei die Grenzen der Meinungsfreiheit überschreiten³³ und in Beleidigung,

²⁹ BayObLG JZ 1989, 699 (700); *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 188 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 1.

³⁰ Anekdotische Belege zur mittlerweile wieder deutlich aufgeheizten und aggressiven politischen Atmosphäre innerhalb und außerhalb der Parlamente lassen sich in der Tagespresse finden, siehe nur *Schmid*, *Frankfurter Rundschau* v. 23.11.2020, abrufbar unter

<https://www.fr.de/politik/afd-mitarbeiter-bundestag-hendricks-hampel-skrupellos-asozial-gebaren-berlin-90108353.html> (4.11.2021); *Speit*, *taz* v. 9.8.2019, abrufbar unter

<https://taz.de/Fruherer-AfD-Fraktionsvize-verurteilt/!5616791/> (4.11.2021); *Thoms/Pfalzgraf*, *SWR Aktuell* v. 14.12.2020, abrufbar unter

<https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/parlamentsstudie-demokratie-und-debattenkultur-im-landtag-von-baden-wuerttemberg-100.html> (4.11.2021).

³¹ Abgestellt wird hierbei auf die Verhältnisse in der Weimarer Republik, siehe *Uhlitz*, *NJW* 1967, 129 (130); *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 1.

³² *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 1

³³ Vgl. *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 3. Insbesondere für den politischen Meinungskampf und bei Kritik an Amtsträgern und Staatsorganen im Rahmen einer öffentlichen Meinungsbildung wird allerdings vertreten, dass der in Art. 5 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit ein

üble Nachrede oder Verleumdung münden. Zum Teil werden unwahre Tatsachenbehauptungen gezielt zur Diffamierung eingesetzt (im Sinne einer Verleumdung) oder ungeprüft aufgestellt und weitergegeben (üble Nachrede). Nicht selten ist die angegriffene Person des politischen Lebens hierbei bildlich gesprochen nur der Blitzableiter, der den gesamten Frust und die Verärgerung über „die da oben“, Politiker im Allgemeinen oder den Staat insgesamt auffängt. Die notwendigerweise exponierte Position von Personen des politischen Lebens macht sie damit zu einer häufig gewählten Angriffsfläche für teils extreme ehrverletzende Äußerungen.³⁴ Diese Äußerungen werden nicht ausschließlich, neuerdings aber vermehrt auch im Internet über die sogenannten sozialen Medien kundgetan.³⁵

Der Grund für den Qualifikationstatbestand des § 188 StGB könnte in dieser besonders erhöhten Gefahr für Personen des politischen Lebens, Opfer eines Ehrdelikts zu werden, gesehen werden. So verstanden hebt § 188 StGB eine besonders von Ehrverletzungen gefährdete Personengruppe heraus und lässt ihr besonderen strafrechtlichen Schutz zukommen. Diese Art von Gesetzgebungstechnik und Rechtsgüterschutz ist dem StGB nicht (mehr) fremd. So werden z.B. auch in den §§ 114, 115 StGB (Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte bzw. auf Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen) bestimmte Berufsgruppen herausgegriffen und qualifiziert vor Taten im Sinne der §§ 223, 240 StGB geschützt; dies geschieht mit der Begründung, dass sie einerseits aufgrund ihres beruflichen Wirkens in der Öffentlichkeit bzw. aufgrund ihres besonders „offenen“ Auftretens schneller und häufiger zur Zielscheibe von Gewaltdelikten werden und ihnen andererseits aufgrund ihrer wichtigen Aufgaben „Respekt und Wertschätzung“ entgegengebracht werden sollten.³⁶ Die Funktion des § 188 StGB könnte damit durchaus vergleichbar sein.

b) Besondere Bedeutung der Ehre für die politische Karriere

Nimmt man an, dass auch § 188 StGB die Ehre des Einzelnen schützt, so kommt neben der oben besprochenen erhöhten Viktimisierungsgefahr auch ein weiterer Grund in Betracht,

besonders hohes Gewicht eingeräumt werden muss („Schutzbedürfnis der Machtkritik“, siehe *BVerfG NJW* 2020, 2631 [2633 f., 2635]); ergänzend *Hufen*, *Staatsrecht II*, Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 25 Rn. 34 ff.), was den realen Anwendungsbereich des § 188 StGB insoweit wieder einschränkt, dazu *Engländer*, *NStZ* 2021, 385 (388); *Simon*, *JR* 2020, 509 (602).

³⁴ Vgl. *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 3.

³⁵ BT-Drs. 19/17741, S. 1, 36; *Hestermann/Hoven*, *KriPoZ* 2021, 204 (208 f., 212, 214).

³⁶ BT-Drs. 18/11161, S. 1; *Heger*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 114 Rn. 1; kritisch *Dallmeyer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 10), Stand: 1.5.2021, § 114 Rn. 2. Allerdings klingt hierbei eine Verknüpfung des Individualrechtsgüterschutzes mit dem Schutz von dahinterstehenden kollektiven Interessen wie der öffentlichen Sicherheit oder dem Schutz der staatlichen Gewaltausübung an, siehe *Eser*, *Schönke/Schröder* (Fn. 10), § 114 Rn. 1.

aus dem im politischen Leben des Volkes stehende Personen besonders vor Ehrverletzungen geschützt werden sollen: Für Personen des politischen Lebens ist die persönliche Ehre, insbesondere in Gestalt eines sozialen Geltungswerts oder eines guten Rufs, typischerweise besonders wichtig für ihre politische Karriere. Bei politischen Wahlämtern hängt der Erfolg eines Kandidaten entscheidend von seinem Bild in der Öffentlichkeit ab. Insbesondere verleumderische Unterstellungen und üble Nachrede, aber auch Beleidigungen³⁷ können dieses öffentliche Image schwer und irreparabel beschädigen. Hat ein Kandidat keine „weiße Weste“ vorzuweisen und bestehen somit Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit und Integrität, so kann dies seine politische Karriere beeinträchtigen und im schlimmsten Fall sogar beenden. Über die Ehre im Sinne eines jedem Menschen zukommenden persönlichen Eigenwerts hinaus ist für Personen des politischen Lebens also vor allem auch der soziale Geltungswert bedeutsam. § 188 StGB kann demgemäß so verstanden werden, dass dieser soziale Geltungswert, also der (verdiente) gute Ruf der Person, besonders geschützt werden soll, weil diesem innerhalb des politischen Lebens des Volkes eine besondere Bedeutung zukommt.³⁸ § 188 StGB könnte somit auch als individueller Karriereschutz des einzelnen Politikers aufgefasst werden.³⁹

c) Einwand: Vergleich mit anderen, ebenso gefährdeten Berufsgruppen

Gegen die oben vorgestellten Erschwerungsgründe für ehrenrührige Äußerungen gegen Personen des politischen Lebens kann ein Einwand vorgebracht werden, der sich am besten mit einem Vergleich veranschaulichen lässt: Viele andere, nicht politische Personengruppen des öffentlichen Lebens sind nicht weniger von ehrenrührigen Äußerungen betroffen.

³⁷ Vgl. die Ausführungen des Rechtsausschusses des Bundestags in BT-Drs. 19/20163, S. 43, der im Zuge der Beratungen über das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vorgeschlagen hat, auch die Beleidigung als Tatvariante in § 188 Abs. 1 StGB einzufügen; den Einbezug der Beleidigung in § 188 StGB begrüßend *Engländer*, NStZ 2021, 385 (388); kritisch hingegen *Simon*, JR 2020, 599 (602).

³⁸ *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 2. Gedeutet wird dies zuweilen als öffentliches und damit nicht nur individualistisch gedachtes Interesse daran, dass die Darstellung des einzelnen Politikers und damit auch die Beurteilung seiner Person und seiner Leistungen möglichst unverfälscht möglich sein soll, siehe *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 1; vgl. auch *Uhlitz*, NJW 1967, 129 (130).

³⁹ Allerdings soll die Fähigkeit einer Person zur sachgemäßen Führung höchster öffentlicher oder politischer Ämter nicht Teil des grundlegenden sozialen Achtungsanspruchs sein, weshalb ein Absprechen (bloß) dieser Fähigkeit nicht den elementaren sozialen Geltungswert der so bewerteten Person berühre – so jedenfalls BVerfG NJW 2020, 2631 (2635), zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht bzw. der Ehre aus verfassungsrechtlicher Sicht.

Das betrifft zum einen Berufsgruppen aus der Unterhaltungsbranche: Schauspieler, Musiker und Models stehen nicht weniger häufig und intensiv in der öffentlichen Kritik als politisch Aktive und sind dadurch ebenso ehrverletzenden Diffamierungen und Unterstellungen ausgesetzt, und ebenso wie eine politische Karriere hängt eine Karriere in der Unterhaltungsbranche wesentlich vom Image der einzelnen Person ab. Insbesondere die Aus- und Nachwirkungen der sogenannten #MeToo-Bewegung, die zahlreiche (bestätigte wie unbestätigte) Vorwürfe sexuellen Missbrauchs gegen einzelne Personen (nicht nur) aus der Unterhaltungsbranche hervorgebracht hat, veranschaulichen deutlich, wie sehr Unterhaltungskünstler auf ihren guten Ruf angewiesen sind. Ist ein entsprechender Vorwurf einmal in der Welt – sei er berechtigt oder unberechtigt – kann er die Karriere eines so Beschuldigten zum Erliegen bringen, auch noch bevor der Vorwurf gerichtlich bestätigt oder nachdem er in einem Gerichtsverfahren entkräftet wurde. Umgekehrt sind auf diese Weise beschuldigte Personen in der Regel sehr darauf bedacht, die Vorwürfe vehement und mitunter auch aggressiv zu bestreiten und ihre Verbreitung einzudämmen, um ihren Ruf und damit ihre eigene Karriere zu retten. Falsche Anschuldigungen und Behauptungen, auch in Form einer üblen Nachrede oder gar Verleumdung, haben folglich einen großen Einfluss auf die Karrieren auch anderer Berufsgruppen, für die der öffentliche Ruf und damit der soziale Geltungswert ihr Kapital ist.

Es können noch weitere Branchen als Vergleichsgruppen herangezogen werden. Bischöfe und andere kirchliche Funktionäre⁴⁰, Sportler, Journalisten⁴¹, auch Hochschuldozenten und Wissenschaftler stehen in der Öffentlichkeit und sind einerseits bei ihrem Wirken auf einen gewissen Ruf angewiesen und andererseits gerade aufgrund ihres öffentlichen Wirkens Zielscheibe von Kritik, die schnell auch in ehrverletzende Diffamierungen abdriften kann.⁴² Welche beruflichen Chancen bleiben einer Journalistin, deren Glaubwürdigkeit und Integrität durch üble Nachrede beschädigt wird? Inwieweit ist ein Virologe oder Epidemiologe noch bereit, sein Wissen in allgemeinverständlicher Form mit der Öffentlichkeit zu teilen, wenn ihm aus jener Öffentlichkeit ehrabschneidende Behauptungen über angeblich mangelnde Fach-

⁴⁰ Geistliche in den Schutzbereich des § 188 StGB als angeblich politische Personen des Volkes einbeziehen wollen aber tatsächlich *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 3, und *Kühl* (Fn. 11), § 188 Rn. 2.

⁴¹ Von manchen Autoren im Schrifttum wird vertreten, dass auch Journalisten als politische Personen vom Tatbestand des § 188 StGB erfasst sein können, *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Kühl* (Fn. 11), § 188 Rn. 2.

⁴² Das wird auch in der Begründung zum Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität erkannt, BT-Drs. 19/17741, S. 15. Vgl. dazu auch schon die damalige Argumentation des LG Traunstein (Az. KMs 8/53), zusammengefasst wiedergegeben bei BVerfGE 4, 352 = NJW 1956, 99.

kenntnis oder mangelnde Unabhängigkeit entgegenschalen?⁴³

Diese Liste vergleichbarer Berufsgruppen ließe sich sicherlich noch erweitern. Sie zeigt, dass im politischen Leben des Volkes stehende Personen nicht die einzigen sind, die einerseits besonders häufig und heftig ehrverletzenden Äußerungen ausgesetzt und andererseits in ihrem Wirken besonders auf eine unbeschädigte Ehre angewiesen sind. Dieser Befund führt zur Frage, warum es dann gerechtfertigt sein soll, Personen des politischen Lebens unter besonderen Schutz zu stellen, andere, ebenso gefährdete Berufsgruppen aber nicht in diesen besonderen Schutz miteinzubeziehen. Warum ist der Bundeskanzleramtsminister per § 188 StGB stärker vor ehrverletzenden Äußerungen geschützt als die Journalistin, der regelmäßig⁴⁴ nur der Schutz der §§ 185, 186 und 187 StGB zugutekommt? Wer diese Frage pauschal damit beantworten will, dass die persönliche Ehre des Politikers mehr wert sei als die Ehre anderer Menschen, handelt sich den Vorwurf einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung und damit eines Verstoßes gegen Art. 3 GG ein.⁴⁵ Es muss also ein sachlicher Grund gefunden werden, der den privilegierten Schutz von Personen des politischen Lebens in § 188 StGB bei gleichzeitigem Ausschluss anderer, ebenso gefährdeter Personengruppen rechtfertigt. Dieser Grund kann nur darin bestehen, dass § 188 StGB zwar vordergründig und tatbestandlich an das Individualrechtsgut der Ehre bzw. dessen Verletzung anknüpft, in Wahrheit aber ein dahinterstehendes, kollektives Interesse schützt, namentlich die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens.

2. Schutz der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens

Ein genereller Unterschied hinsichtlich der Viktimisierungsgefahr und der Bedeutung der Ehre für das berufliche Fortkommen zwischen Personen des politischen Lebens und anderen in der Öffentlichkeit stehenden Berufsgruppen lässt sich nicht belegen. Ein Merkmal aber unterscheidet im politischen Leben des Volkes stehende Akteure von denjenigen anderer öffentlichkeitsbezogener Berufsgruppen: Es ist ihre überragende Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens – so die hier vorgeschlagene Begriffswahl für das Schutzgut des § 188 StGB.⁴⁶

⁴³ Zu Wissenschaftlern als Zielpersonen von Beleidigungen und Hass *Wandtke/Ostendorff*, ZUM 2021, 26 (27).

⁴⁴ Für den Einbezug auch von Journalisten *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Kühl* (Fn. 11), § 188 Rn. 2.

⁴⁵ Dazu BVerfGE 4, 352 = NJW 1956, 99; aus neuerer Zeit kritisch gegen die als Privilegierung von politischen Funktionsträgern wahrgenommene Strafbarkeit nach § 188 StGB *Ođlakciođlu*, ZStW 132 (2020), 521 (541 f.).

⁴⁶ Das so beschriebene Rechtsgut der „Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens“ mag zwar neuartig, konstruiert oder aus der Luft gegriffen erscheinen, nach der Rspr. des BVerfG ist der strafrechtliche Rechtsgüterschutz aber nicht von Verfassungs wegen auf einen bestimmten abgeschlossenen, klassischen Kanon von Rechtsgütern beschränkt, BVerfGE 120, 224 (241 f.). Der Gesetzgeber hat im

Der Begriff „Gemeinwesen“ soll hierbei auf die Eigenschaft des Rechtsguts als Kollektivinteresse im Gegensatz zu einem rein individualistisch gedachten Interesse hinweisen.⁴⁷ Geschützt ist dabei aber nicht jeder denkbare Aspekt des Gemeinwesens, sondern in Anknüpfung an den Wortlaut des § 188 Abs. 1 StGB, der auf das „politisch[e] Leben des Volkes“ abstellt, nur dessen *politische* Ausprägung. Gemeint sind damit diejenigen Strukturen, Institutionen und Prozesse, innerhalb derer über die Organisation und Regelung des Gemeinwesens und der Gesellschaft öffentlich diskutiert, gestritten und verhandelt wird und dabei verschiedenste Interessen in Einklang gebracht werden.⁴⁸ Die Begriffskomponente „demokratisch“ weist darauf hin, dass von § 188 StGB nicht private (parti-)politische Interessen und Agenden in ihrer Funktionsfähigkeit geschützt werden sollen, sondern in Anknüpfung an den Wortlaut („politische[s] Leben des Volkes“) nur der öffentliche Bereich der Politik, der in einer Demokratie insbesondere in staatlichen Strukturen wie den Parlamenten stattfindet, wobei diese Strukturen per Wahlen durch das Staatsvolk konstituiert und legitimiert sind. Die Funktionsfähigkeit dieses politisch-demokratischen Gemeinwesens bezieht dann grundsätzlich sämtliche dieser politisch-demokratischen Prozesse ein, die innerhalb staatlicher Institutionen stattfinden, von Wahlen und Bewerbungen auf politische Ämter bis hin zu dem eigentlichen politischen Austausch in Parlamenten, aber auch dem Regierungshandeln aus politischen Ämtern heraus.

Der Zusammenhang zwischen ehrverletzenden Äußerungen gegen Personen des politischen Lebens und der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens besteht zum einen darin, dass derartige Beleidigungstaten in einem ersten Schritt den guten Ruf, die Glaubwürdigkeit und die Integrität des einzelnen politischen Akteurs beschädigen

Grundsatz also die Entscheidungsfreiheit darüber, welche Güter er mit den Mitteln des Strafrechts schützen will und darf insoweit auch neuartige Schutzgüter festlegen. Der Begriff Rechtsgut oder Schutzgut ist insoweit und für die Zwecke dieses Beitrags also nicht im Sinne einer solchen Rechtsgutlehre zu verstehen, die den Kreis der legitimen Schutzgüter überpositiv und abschließend bestimmt, sondern vielmehr als Ausdrucksform für die *ratio legis*, den Schutzzweck der Strafnorm, und damit als Orientierungspunkt für die Auslegung des Straftatbestandes („methodischer Rechtsgutbegriff“, siehe *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 4). Zu den unterschiedlichen Rechtsgutlehren und ihren Funktionen siehe *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 2 Rn. 5 ff.; vertiefend *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24.

⁴⁷ Auch *Engländer*, NSTZ 2021, 385, verwendet diesen Begriff im Zusammenhang mit § 188 StGB.

⁴⁸ Vgl. zum Begriff der Politik die Definitionen der Bundeszentrale für politische Bildung, <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/politiklexikon/18019/politik> (4.11.2021); <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/pocket-politik/16529/politik> (4.11.2021); ergänzend <https://de.wikipedia.org/wiki/Politik> (4.11.2021).

können,⁴⁹ und darüber vermittelt in einem zweiten Schritt potentiell auch die Glaubwürdigkeit, Integrität und Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Systems insgesamt. Besonders deutlich wird dies bei nicht nachgewiesenen bzw. nachweislich falschen, ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen im Rahmen der üblen Nachrede gem. § 186 StGB und der Verleumdung gem. § 187 StGB: Das Streuen von Gerüchten und falschen Unterstellungen in Bezug auf Vertreter des politischen Systems kann einerseits diese Vertreter selbst für untauglich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erscheinen lassen, andererseits aber auch den Anschein erwecken, das gesamte politisch-demokratische System selbst sei nicht integer, korrumpiert und von durchweg ehrlosen Personen getragen. Da das politisch-demokratische System im Wesentlichen auf dem Vertrauen basiert, das ihm entgegengebracht wird, also vor allem dem Vertrauen darauf, dass politische und demokratische Prozesse transparent, ehrlich und integer ablaufen und von entsprechend integren Personen getragen werden, führt eine Zerstörung dieses Vertrauens zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Systems insgesamt.⁵⁰ Dieser Zusammenhang erklärt, weshalb im Tatbestand des § 188 StGB vordergründig einzelne politische Akteure Tat- und Angriffsobjekt sind, im Hintergrund aber die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Systems geschützt werden soll. Personen des politischen Lebens werden also nicht um ihrer selbst willen besonders geschützt, sondern weil sie als Vertreter der Demokratie agieren.⁵¹

Zum anderen ergibt sich der Zusammenhang der Ehrkränkung von Individuen mit der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens daraus, dass andauernde ehrverletzende Angriffe auf einzelne politische Amtsinhaber und auch Bewerber auf politische Ämter die entsprechenden politisch-demokratischen Prozesse und das politische Klima insgesamt „vergiften“ können.⁵² Das betrifft nicht nur üble Nachreden und Verleumdungen, sondern auch Beleidigungen im Sinne des § 185 StGB. Eine derart durch persönliche Diffamierungen aufgeheizte Atmosphäre kann dazu führen, dass sich für bestimmte politische Ämter wenige bis gar keine Bewerber mehr finden, weil sie die persönlichen Angriffe auf die Ehre in so einem vergifteten politischen Klima schlicht nicht in Kauf nehmen wollen (zu diesem Zusammenhang noch ausführlicher unten IV. 2. b).⁵³

Erkennt man an, dass mit § 188 StGB mittelbar die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens

⁴⁹ Hartung, JR 1951, 677 (678); Valerius (Fn. 10), § 188 Rn. 8.

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 19/17741, S. 1.

⁵¹ BVerfG NJW 1956, 99 f. = BVerfGE 4, 352; Kühl (Fn. 11), § 188 Rn. 1.

⁵² Vgl. BayObLG JZ 1989, 699 (700); Engländer, NStZ 2021, 385 (388); Kühl (Fn. 11), § 188 Rn. 1; Otto (Fn. 12), § 31 Rn. 28; Valerius (Fn. 10), § 188 Rn. 1; Zaczyk (Fn. 10), § 188 Rn. 1.

⁵³ BVerfG NJW 1956, 99 (100) = BVerfGE 4, 352; kritisch zu einem so verstandenen Schutzzweck Gaede (Fn. 29), § 188 Rn. 1.

geschützt werden soll,⁵⁴ entgeht man den Vorwurf, dass mit § 188 StGB eine besondere, im Vergleich zu anderen Personen vermeintlich wertvollere Politikerehre oder individuelle Karrierechancen einzelner Politiker geschützt werden sollen. So verstanden drückt § 188 StGB keine Wertung dahingehend aus, dass die Ehre eines Politikers mehr wert sei als die Ehre eines nicht unmittelbar politisch aktiven Menschen, sondern die Strafnorm enthält vielmehr eine besondere Gewichtung des politisch-demokratischen Gemeinwesens als schützenswertes überindividuelles Interesse.⁵⁵ Diese Gewichtung rechtfertigt es, ehrverletzende Äußerungen gegenüber Personen des politischen Lebens des Volkes härter zu bestrafen als ehrverletzende Äußerungen gegenüber jedermann.

a) Warum schützt § 188 StGB nur Politiker und keine weiteren Personengruppen?

Oben (IV. 1. c) wurde aufgezeigt, dass es unter der Annahme, § 188 StGB schütze lediglich die individuelle Ehre der Person, schwierig zu rechtfertigen ist, warum von diesem besonderen Schutz mit Personen des politischen Lebens nur eine bestimmte Gruppe profitiert und andere, vergleichbare Personengruppen dagegen nicht. Dieses Problem stellt sich auf den ersten Blick auch unter dem Vorzeichen, dass § 188 StGB die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens schützen soll. Je nachdem, wie eng man das Tatbestandsmerkmal „im politischen Leben des Volkes stehende Person“ fasst (zur genaueren Auslegung unten V. 1.), werden hierdurch Personengruppen ausgeschlossen, die nicht unmittelbar politisch aktiv sind, aber trotzdem zur Funktionsfähigkeit des demokratischen Gemeinwesens beitragen. Angesprochen sind hiermit abermals Journalisten⁵⁶, die im Rahmen der öffentlichen Meinungsbildung und auch der demokratischen Kontrolle von Staatshandeln eine wichtige Rolle einnehmen können (deshalb auch oft als „Vierte Gewalt“ bezeichnet⁵⁷). Aber auch Lehrer und anderes Bildungspersonal tragen mit ihrer Arbeit zur demokratischen Bildung des Volkes bei und können damit eine wichtige Rolle im demokratischen Gemeinwesen einnehmen. Und schließlich ist es in einer Demokratie schon per Definition unerlässlich, dass potentiell jeder

⁵⁴ Vgl. Fischer (Fn. 17), § 188 Rn. 1; Gaede (Fn. 29), § 188 Rn. 1; Regge/Pegel (Fn. 12), § 188 Rn. 1; Sinn (Fn. 13), § 188 Rn. 3, 12; zurückhaltend Rahmlow, in: Leipold/Tsam-bikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2020, § 188 Rn. 2.

⁵⁵ Vgl. erneut BayObLG JZ 1989, 699 (700); Kühl (Fn. 11), § 188 Rn. 1; Otto (Fn. 12), § 31 Rn. 28; Valerius (Fn. 10), § 188 Rn. 1; Zaczyk (Fn. 10), § 188 Rn. 1, mit dem Hinweis darauf, § 188 StGB solle der Vergiftung des politischen Lebens entgegenwirken; kritisch dazu Gaede (Fn. 29), § 188 Rn. 1.

⁵⁶ Wobei diese von manchen Autoren im Schrifttum in den Schutzbereich des § 188 StGB einbezogen werden, Hilgendorf (Fn. 10), § 188 Rn. 3; Kühl (Fn. 11), § 188 Rn. 2.

⁵⁷ Bundeszentrale für politische Bildung, Stichwort: Vierte Gewalt, abrufbar unter <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/das-junge-politiklexikon/321342/vierte-gewalt> (4.11.2021).

einzelne Bürger und jede einzelne Bürgerin, unabhängig von beruflicher oder sozialer Stellung, am demokratischen Gemeinwesen teilnimmt oder zumindest teilnehmen kann. Dass mit „im politischen Leben des Volkes stehende Personen“ in § 188 StGB nur eine bestimmte Gruppe herausgehoben und besonders geschützt wird, bleibt daher weiter begründungsbedürftig.⁵⁸

Es lassen sich zwei Unterschiede ausmachen, die die besondere Stellung von im politischen Leben des Volkes stehenden Personen gem. § 188 Abs. 1 S. 1 StGB für den Schutz des politisch-demokratischen Gemeinwesens rechtfertigen. Zum einen nimmt die so bezeichnete Personengruppe bereits qua Definition am politisch-demokratischen Gemeinwesen nicht nur teil, sondern spielt darin eine herausragende und führende Rolle. Unser gegenwärtiges politisch-demokratisches Gemeinwesen baut seiner Konstruktion nach auf bestimmten Ämtern und Funktionen auf, die alleine die bundesrepublikanische Demokratie zwar nicht tragen könnten, die für ihr Funktionieren aber dennoch unentbehrlich sind. Minister, Abgeordnete, Bürgermeister und dergleichen sind in diesem Zusammenhang derart wichtige Funktionsträger des politisch-demokratischen Gemeinwesens, dass ihr besonderer Schutz in § 188 StGB unter Auslassung anderer Personengruppen gerechtfertigt ist.

Damit angesprochen ist bereits der zweite Unterschied bzw. die andere Seite der Medaille: Es sind vor allem auch der Staat und seine Institutionen, die im Zentrum des politisch-demokratischen Gemeinwesens stehen. Wenn nun in § 188 Abs. 1 S. 1 StGB vom politischen Leben des „Volkes“ die Rede ist, so kann damit nur das Staatsvolk gemeint sein. Im politischen Leben des Volkes aktive Personen agieren daher per Definition staatsnah bzw. in Bezug auf den Staat und seine Institutionen, indem sie zum Beispiel ein Amt oder Mandat innehaben oder für ein solches kandidieren. Sie übernehmen bestimmte, in der Regel gesetzlich festgelegte Funktionen im Rahmen des politisch-demokratischen Gemeinwesens. Das trifft beispielsweise auf Journalisten nicht zu: Sie können zwar über das politische Leben aus einer Außenperspektive heraus berichten, sie stehen dabei aber in der Regel nicht *im* politischen Leben des Volkes.⁵⁹ Sie sind im Rahmen ihrer – grundsätzlich staatsfernen – Tätigkeit deshalb auch nicht dem Gemeinwohl verpflichtet: Journalistische Tätigkeiten können zwar dem Gemeinwohl dienen, sie müssen dies aber nicht, und nicht selten erfolgen sie schlicht im unternehmerischen Interesse der eigenen Person oder eines Verlags. Personen des politischen Lebens, die in staatlich-institutionelle Prozesse eingebunden sind, agieren demgegenüber im Sinne des Gemeinwohls – zumindest wird dies von ihnen verlangt und erwartet. Das gilt mittelbar auch für solche Personen, die zwar noch kein politisches Amt oder Mandat innehaben und nur – zunächst auf eigene Rechnung und aus pri-

vatem, individuellem Wunsch heraus – für ein solches kandidieren, denn diese Bewerber streben immerhin eine Stellung und die Übernahme einer (gesetzlich) festgelegten Funktion innerhalb des politisch-demokratischen Gemeinwesens an. Schon mit ihrer Kandidatur nehmen sie an demokratischen und politischen Prozessen teil, denn gerade Wahlen und Kandidaturen sind die grundlegenden Prozesse in einer Demokratie. Nach allem ist es daher gerechtfertigt, dass zentral im politischen Leben des Volkes stehende Personen von § 188 StGB geschützt sind, Personen außerhalb oder am Rande dieses politischen Lebens dagegen nicht.

b) „Geschützt wird die Person, nicht das Amt“: Zur Verknüpfung individueller Rechtsgüter mit kollektiven Interessen „Geschützt wird die Person, nicht das Amt.“⁶⁰ – so und ähnlich lauten die gängigen Formulierungen in der Kommentarliteratur zu § 188 StGB. Gemeint ist damit, dass § 188 StGB nicht abstrakt die Würde eines bestimmten Amtes schützt oder die Funktionsfähigkeit der Amtsausübung an sich, also z.B. den reibungslosen, störungsfreien Ablauf von Regierungshandeln, sondern vielmehr die Ehre des Amtsinhabers als individuelle Person.⁶¹

Diese Argumentation, dass mit § 188 StGB die individuelle Ehre von Personen unabhängig von ausgeübten Ämtern und Funktionen geschützt wird, erscheint auf den ersten Blick plausibel. Immerhin handelt es sich bei § 188 StGB um einen Tatbestand, der Beleidigungstaten qualifiziert bestraft und entsprechend im 14. Abschnitt des StGB über die Ehrverletzungsdelikte eingeordnet ist. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich aber, dass § 188 StGB trotz seiner systematischen Stellung im StGB nicht auf den Schutz der Ehre beschränkt sein muss. Die Einordnung einer Norm in einen bestimmten Regelungskomplex sagt nicht immer etwas über das durch die Norm geschützte Rechtsgut aus. Nicht jede Norm, die in den Abschnitt über die Ehrverletzungsdelikte in §§ 185 ff. StGB eingeordnet ist, muss zwangsläufig und ausschließlich die persönliche und individuelle Ehre des Einzelnen schützen. § 187 Var. 2 StGB ist hierfür ein anerkanntes Beispiel: Nach h. M. schützt die hier normierte sogenannte „Kreditgefährdung“ nicht die persönliche Ehre, sondern das Vermögen des Einzelnen.⁶² Die Kreditgefährdung durch das Behaupten verächtlichmachender und unwahrer Tatsachen ist lediglich wegen des engen Sachzusammenhangs zu (anderen) Verleumdungen in § 187 StGB und damit im Regelungskomplex der §§ 185 ff. StGB normiert. Eine Aussage über das von § 187 Var. 2 StGB geschützte Rechtsgut wird mit dieser Einordnung gerade nicht getroffen. Die §§ 185 ff. StGB sind

⁶⁰ *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 188 Rn. 1.

⁶¹ *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 2; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 1; *Sinn* (Fn. 13), § 188 Rn. 3; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 1 – alle mit Verweis auf BGHSt 6, 159 = NJW 1954, 1252.

⁶² *Hilgendorf* (Fn. 23), § 7 Rn. 16; *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 187 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 187 Rn. 3; *Rengier* (Fn. 6), § 29 Rn. 23; *Rogall* (Fn. 15), § 187 Rn. 10; *Sinn* (Fn. 13), § 187 Rn. 2; *Valerius* (Fn. 10), § 187 Rn. 4; *Zaczyk* (Fn. 10), § 187 Rn. 4.

⁵⁸ Zur Gesetzgebungsgeschichte, in der die Strafnorm von einem ursprünglich umfassenden Schutz von „im öffentlichen Leben“ stehenden Personen auf den Schutz von „im politischen Leben des Volkes“ stehende Personen begrenzt wurde, siehe BayObLG JZ 1989, 699 (700).

⁵⁹ Vgl. *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 3.

damit durchaus offen dafür, neben der persönlichen Ehre auch andere Rechtsgüter zu schützen.

Die Verknüpfung der individuellen Ehre einer Einzelperson mit dahinterstehenden kollektiven Interessen ist den §§ 185 ff. StGB ohnehin nicht fremd, wie die Regelungen zum Strafantrag bzw. zur Verfolgungsermächtigung des § 194 Abs. 3 und Abs. 4 StGB zeigen. Wird eine Beleidigung gegen Amtsträger und vergleichbare Personen (§ 194 Abs. 3 S. 1 StGB), Behörden und sonstige Stellen der öffentlichen Verwaltung (§ 194 Abs. 3 S. 2 StGB) oder öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (§ 194 Abs. 3 S. 3 StGB) oder gegen Gesetzgebungsorgane und andere politische Körperschaften (§ 194 Abs. 4 StGB) begangen, so geht das Antragsrecht zur Verfolgung der Tat in manchen der genannten Fälle zusätzlich, in anderen Fällen ausschließlich von der individuell betroffenen Person auf den Behördenleiter oder die entsprechenden zuständigen Entscheidungsträger der jeweiligen Institution über. Diese Antragsregelung macht deutlich, dass in den genannten Beleidigungsfällen nicht nur ein Individualinteresse betroffen ist, sondern auch das kollektive Gemeininteresse an der Funktionsfähigkeit staatlicher Behörden und Ämter, welche nur dann gewährleistet ist, wenn diese Stellen in ihrem Ansehen, ihrer Autorität und ihrer Vertrauenswürdigkeit nicht ungerechtfertigt angegriffen werden.⁶³ Hieran zeigt sich, dass der Gesetzgeber bei Regelung der §§ 185 ff. StGB durchaus Fälle im Blick hatte, bei denen vordergründig die individuelle Ehre einer Einzelperson angegriffen wird, je nach Stellung und Funktion dieser Einzelperson im öffentlichen Leben aber auch kollektive Interessen der staatlichen Gemeinschaft betroffen sind. In diesen Zusammenhang passt auch das relative Antragserfordernis für Fälle der nach § 188 StGB qualifizierten Beleidigung, wie es in § 194 Abs. 1 S. 3 StGB geregelt ist: Auch ohne Antrag des Beschuldigten wird eine Beleidigungstat im Sinne des § 188 StGB verfolgt, wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Geht man davon aus, dass eine Beleidigungstat nach § 188 StGB nicht nur die individuelle Ehre des Opfers trifft, sondern die Auswirkungen dieser Tat auch das politisch-demokratische Gemeinwesen berühren (mithin ein öffentliches Interesse), ist eine solche relative Antragsregelung nur konsequent.⁶⁴

Zudem bezweckt § 188 StGB auch nach hier vertretener Auffassung nicht den von der Person losgelösten Schutz politischer Ämter. Der tatbestandliche Anknüpfungspunkt an die einzelne Person, den § 188 StGB vorgibt, soll hier nicht verkannt werden. Das tatbestandliche Anknüpfen an ein Individuum schließt aber nicht aus, dass die Strafnorm (auch) ein überindividuelles Rechtsgut schützt (als Beispiel hierfür eignen sich die Antragsregelungen des § 194 Abs. 3 und Abs. 4 StGB, siehe oben). Tatsächlich wird die Funktionsfähigkeit

des politisch-demokratischen Gemeinwesens gerade dadurch geschützt, dass auch den einzelnen Akteuren dieses politisch-demokratischen Gemeinwesens ein höherer Schutz zukommt. Das kommt auch in der Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität zum Ausdruck: Im Zusammenhang mit der Begründung der Reform des § 188 StGB wurde vom Gesetzgeber diagnostiziert, dass politische Akteure durch Bedrohungen, aber auch durch ehrabschneidende Äußerungen derart unter Druck gesetzt werden, dass sie nicht mehr willens oder in der Lage sind, ihrer öffentlichen Tätigkeit nachzukommen.⁶⁵ Die befürchtete Folge daraus ist, dass sich angesichts des unter ehrabschneidenden Äußerungen und persönlichen Diffamierungen ausgetragenen Meinungskampfes immer weniger Menschen dazu bereit sehen, sich für das politische Leben des Volkes zu engagieren und entsprechende Ämter zu übernehmen.⁶⁶ Die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens, das gerade auch auf der Pluralität von Meinungen und Personen basiert, also darauf, dass dem Wähler mehrere und möglichst reichhaltige Alternativen zur Wahl gestellt werden, würde dadurch gefährdet.⁶⁷ In Extremfällen kann die mit ehrverletzenden Äußerungen aufgeladene Diskussionskultur (oder schlicht Beleidigungskultur) sogar dazu führen, dass sich für bestimmte Ämter überhaupt keine Bewerber mehr finden, weil niemand mehr die Mühen und Unannehmlichkeiten einer solchen Kandidatur und anschließender Amtsführung in einem solchem vergifteten politischen Klima unter Erduldung fortlaufender Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf sich nehmen will, sich also niemand mehr findet, der dafür sprichwörtlich den Kopf hinhalten will.⁶⁸ Genau dieser Gefahr will der Gesetzgeber mit den jüngsten Reformen entgegenwirken, und vor diesem Hintergrund ist § 188 StGB zu interpretieren: § 188 StGB schützt nicht die abstrakte Würde eines Amtes, denn die Norm bezieht sich

⁶⁵ BT-Drs. 19/17741, S. 1.

⁶⁶ BVerfG NJW 1956, 99 (100) = BVerfGE 4, 352; *Uhlig*, NJW 1967, 129 (131); kritisch zu diesem Schutzzweck *Gaede* (Fn. 29), § 188 Rn. 1.

⁶⁷ Vgl. BVerfG NJW 1956, 99 (100) = BVerfGE 4, 352.

⁶⁸ BVerfG NJW 1956, 99 (100) = BVerfGE 4, 352; *Uhlig*, NJW 1967, 129 (131); zum öffentlichen Interesse am Persönlichkeitsschutz von Amtsträgern und Politikern auch BVerfG NJW 2020, 2631 (2634). Vereinzelt haben Kommunen mittlerweile auch wegen fortlaufender Bedrohungen und Beleidigungen von politisch aktiven Personen große Probleme, überhaupt Kandidaten für die Bürgermeisterwahl zu finden, siehe nur die Presseberichterstattung aus Baden-Württemberg, z.B. *Fuchs*, Stuttgarter Zeitung v. 2.12.2019, abrufbar unter <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.studie-ueber-buergermeister-in-baden-wuerttemberg-verband-land-muss-gegen-jux-kandidaten-vorgehen.b1223430-401c-4625-968c-abfcb520e74b.html> (4.11.2021); *Schwarz*, Südkurier v. 3.12.2019, abrufbar unter <https://www.suedkurier.de/baden-wuerttemberg/Warum-eine-Buergermeisterin-schweren-Herzens-ihr-Amt-aufgibt.art417930.10368174> (4.11.2021).

⁶³ Vgl. *Fischer*, JZ 1990, 68 (70); anders gedeutet von *Hoven*, JZ 2020, 835 (838): Anerkannt werde hierdurch ein Ehrschutz für Behörden und Gesetzgebungsorgane, vergleichbar mit einer „Staatenehre“.

⁶⁴ *Engländer*, NStZ 2021, 385 (389).

ausdrücklich auf Individuen und deren Ehre als Angriffsfläche. Diese individuellen Personen werden in § 188 StGB aber gerade deswegen besonders geschützt, weil sie so eine tragende Rolle für das politisch-demokratische Gemeinwesen spielen und weil dieses Gemeinwesen ohne sie funktionsuntüchtig wäre. Auch hieran zeigt sich: § 188 StGB knüpft tatbestandlich zwar an die Ehre des einzelnen Politikers an, will vermittelt darüber aber das Gemeinwesen schützen. Nicht umsonst verlangt § 188 Abs. 1 S. 1 StGB, dass die Tat geeignet sein muss, das „öffentliche Wirken“ der angegriffenen Person erheblich zu erschweren. Es kommt also darauf an, dass die Tat in der Lage ist, die Integrität der angegriffenen Person derart zu erschüttern, dass die Person ihre öffentlichen Aufgaben nicht mehr oder nur noch erschwert erfüllen kann⁶⁹ – rein private Nachteile genügen hierfür nicht. Ist das öffentliche Wirken der politischen Person gefährdet, so ist es in der Folge auch die Funktionstüchtigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens.⁷⁰ Nur vor dem Hintergrund dieses Rechtsgutverständnisses ergibt eine tatbestandliche Beschränkung auf die Gefährdung des öffentlichen Wirkens der Person Sinn. Konsequenterweise muss die angegriffene Person zum Zeitpunkt des Angriffs noch im politischen Leben stehen, damit § 188 StGB erfüllt ist.⁷¹

3. Zwischenergebnis/Zusammenfassung

Da § 188 StGB die Erfüllung eines der Delikte aus §§ 185, 186 oder 187 StGB voraussetzt, ist durch die Tat notwendigerweise auch die individuelle Ehre des Einzelnen als Individualrechtsgut betroffen. Der eigentliche Qualifikationsgrund des § 188 StGB liegt aber darin, dass vermittelt über die Beleidigung des Einzelnen mit der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens ein kollektives Rechtsgut betroffen ist. Es ist diese Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens, die spezifisch von § 188 StGB geschützt wird. § 188 StGB dient dagegen nicht vorrangig einem individuellen Ehrschutz im Sinne einer besonders geschützten Politikerehre.

V. Auslegung des § 188 StGB anhand des Schutzguts der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens

Die Auslegung strafrechtlicher Tatbestände muss sich am jeweils geschützten Rechtsgut orientieren.⁷² Geht man davon aus, dass § 188 StGB den Schutz der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens bezweckt, so hat dies Konsequenzen für die Auslegung des Tatbestandes: Bei Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale hat nicht der individuelle Ehrschutz der einzelnen Person im Vordergrund zu stehen, sondern das dahinterstehende Kollektivrechtsgut. Die Tatbestandsmerkmale des § 188 StGB sind also im Lichte der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens auszulegen. Hierdurch kann vor allem die um-

strittene Frage geklärt werden, was „im politischen Leben des Volkes stehende Personen“ sind.⁷³

1. Im politischen Leben des Volkes stehende Person

Die größten Unklarheiten bei der Auslegung des § 188 StGB bestehen bei der Frage, was „im politischen Leben des Volkes stehende“ Personen sind. Gestritten wird hierbei darum, welche Personen- und Berufsgruppen hinzuzuzählen und welche dagegen nicht vom Tatbestand umfasst sind. Auch darüber, welche politischen Ebenen vom Tatbestand erfasst sind, wurde lange gestritten, wobei dieser Streit mit Einfügung der Kommunalklausel in § 188 Abs. 1 S. 2 StGB durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität mittlerweile größtenteils erledigt sein dürfte.

a) Was ist das „politische Leben des Volkes“ und welche Personengruppen gehören dazu?

Oben (IV. 2. a) wurde bereits erläutert, welche Personen- und Berufsgruppen nicht als im politischen Leben des Volkes stehende Personen im Sinne des § 188 Abs. 1 StGB gelten. Mit der Festlegung des § 188 StGB auf das Schutzgut der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens kann dies nun näher begründet werden.

Das politisch-demokratische Gemeinwesen im hier verstandenen Sinne ist angeknüpft an staatliche Institutionen, also an politische Ämter auf unterschiedlichen politischen und staatlichen Ebenen, vom Bundeskanzler bis zum Bürgermeister und damit korrespondierend auch politischen Mandatsträgern von Bundestagsabgeordneten über Landtagsabgeordnete bis hin zu Ratsmitgliedern auf kommunaler Ebene (zu den politischen Ebenen noch unten c). Der Begriff „Volk“ aus § 188 Abs. 1 StGB rekurriert auf das Staatsvolk und weist somit einen engen Bezug zu staatlichen Institutionen auf. Folglich ist das Merkmal „im politischen Leben des Volkes stehende Person“ ebenfalls mit Blick auf staatliche Institutionen, Prozesse und Funktionen (wie z.B. der Gesetzgebung und Verwaltung) auszulegen und zu begrenzen.⁷⁴ Demgemäß sind nicht sämtliche Personen, die in irgendeiner Art und Weise im Zusammenhang mit Politik oder Demokratie öffentlich auftreten, als besondere Tatopfer in den Tatbestand des § 188 StGB einzubeziehen. Vielmehr sind nur diejenigen politischen Personen umfasst, die im Rahmen staatlich-institutioneller Prozesse agieren und dort auch für eine

⁶⁹ Zaczyk (Fn. 10), § 188 Rn. 6.

⁷⁰ Vgl. Engländer, NStZ 2021, 385 (388 f.).

⁷¹ Eisele/Schittenhelm (Fn. 10), § 188 Rn. 6.

⁷² Roxin/Greco (Fn. 46), § 2 Rn. 4.

⁷³ Vorgebrachte Zweifel an der Bestimmtheit dieses Tatbestandsmerkmals hat das BVerfG in NJW 1956, 99 (100) = BVerfGE 4, 352, nicht gelten lassen. Es besteht aber Einigkeit, dass § 188 StGB und damit insbesondere das Merkmal der „im politischen Leben des Volkes stehende Person“ eng auszulegen ist, BayObLG NJW 1982, 2511; Eisele/Schittenhelm (Fn. 10), § 188 Rn. 2; Regge/Pegel (Fn. 12), § 188 Rn. 2; Rogall (Fn. 15), § 188 Rn. 1.

⁷⁴ Engländer, NStZ 2021, 385 (388); explizit gegen eine solche Begrenzung Hilgendorf (Fn. 10), § 188 Rn. 2.

gewisse Dauer eingebunden sind.⁷⁵ Das trifft sehr sicher zu auf politische Amts- und Mandatsträger wie Bundeskanzler, Bundesminister und Bundestagsabgeordnete,⁷⁶ aber zum Beispiel auch auf Bürgermeister. Nicht erfasst hingegen sind andere Berufsgruppen, die außerhalb und ohne direkte Berührungspunkte mit staatlichen Institutionen agieren. So mögen zwar auch die politische Journalistin, die Lehrerin im Rahmen der Demokratiebildung oder der Schriftsteller eines politischen Romans ihren Beitrag zum demokratischen Gemeinwesen leisten, sie sind in diesen Tätigkeiten aber nicht in diejenigen staatlich-institutionellen Prozesse eingebunden, die für die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens zentral sind. Die genannten Gruppen mögen daher zwar zuweilen als politische Personen gelten, sie sind aber keine politischen Personen des „Volkes“ im Sinne des § 188 Abs. 1 StGB.⁷⁷ Selbiges gilt für Gewerkschaftsvertreter, Vorsitzende von Interessenverbänden und dergleichen: Ihr Wirken ist zwar häufig darauf gerichtet, politisch Einfluss zu nehmen und damit durchaus auch auf staatlich-institutionelle Prozesse einzuwirken, zum Beispiel im Sinne der Herbeiführung von Gesetzesreformen. Sie tun dies in aller Regel aber von außen und sind dabei weder in diese staatlichen Institutionen eingebunden, noch streben sie an, eine Funktion oder ein Amt innerhalb dieser staatlichen Institutionen zu übernehmen (zu Personen, die für ein Amt, eine Funktion oder ein Mandat innerhalb staatlicher Institutionen kandidieren, sogleich unten, b). Sie verfolgen bei ihrer Arbeit daher auch nicht zwangsläufig Ziele des Gemeinwohls, sondern dürfen legitimerweise eigene und partikuläre Interessen bei ihrer Verbandstätigkeit verfolgen. Daher sind sie nicht von § 188 StGB geschützt.⁷⁸

b) Welche politischen Posten sind umfasst – Ämter, Mandate, Spitzenpositionen?

Wenn man die geschützte Gruppe aus § 188 Abs. 1 StGB auf solche Personen begrenzt, deren politisches Wirken innerhalb staatlich-institutioneller Prozesse stattfindet, stellt sich die Frage, ob damit jegliche Personen außerhalb staatlicher Institutionen ausgeschlossen sind. Mit anderen Worten stellt sich

⁷⁵ Vgl. BGHSt 4, 338 (339); BayObLG JZ 1989, 699 (700); *Engländer*, NSZ 2021, 385 (388); *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 3; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 3.

⁷⁶ *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 6; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 4; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 4.

⁷⁷ *Fischer* (Fn. 17), § 188 Rn. 2; *Hartung*, JR 1951, 677 (678); *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 2; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 8; *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 3; *Sinn* (Fn. 13), § 188 Rn. 7; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 5; vgl. auch *Gaede* (Fn. 29), § 188 Rn. 2; a.A. in Bezug auf Journalisten und sogar Geistliche aber *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Kühl* (Fn. 11), § 188 Rn. 2.

⁷⁸ *Fischer* (Fn. 17), § 188 Rn. 2; *Gaede* (Fn. 29), § 188 Rn. 2; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 5; a.A. *Hartung*, JR 1951, 677 (678); *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 4; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 7; *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 3; *Sinn* (Fn. 13), § 188 Rn. 7; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 6.

die Frage, ob von § 188 Abs. 1 StGB geschützte politische Personen des Volkes nur solche sein können, die aktuell ein staatliches Amt innehaben, also Amtsträger (im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder die anderweitige staatliche Funktionsträger sind (insbesondere Parlamentsabgeordnete und Mandatsträger, die keine Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind⁷⁹). Beschränkte man den Tatbestand des § 188 Abs. 1 StGB auf amtierende Amts- und Funktionsträger, dann würde der Schutz des politisch-demokratischen Gemeinwesens vermittelt über den einzelnen politischen Akteur nur so weit und so lange reichen, wie dieser Akteur ein Amt oder ein Mandat innehat. Der Schutz und damit die Erfüllung des Tatbestandes des § 188 StGB würde dann erst mit dem Antreten eines Amtes oder Mandats beginnen und sofort nach Ablauf der Amts- bzw. Mandatsperiode erlöschen.

Eine Auslegung des Tatbestandes des § 188 StGB dahingehend, dass nur staatliche Amts- und Funktionsträger erfasst wären, hätte den Vorteil, dass die Grenze der Strafbarkeit deutlich enger gezogen und damit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG in erhöhtem Maße Genüge getan würde.⁸⁰ Bei einer derart starren Begrenzung verlöre der bezweckte Schutz der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens jedoch an Effektivität. Denn das politisch-demokratische Gemeinwesen funktioniert nicht nur dadurch, dass aktuelle Amtsträger ihre öffentlichen Funktionen ausüben. Integraler Bestandteil der Demokratie ist vielmehr auch, dass es Bewerber auf diese Ämter gibt, welche die aktuellen Amtsinhaber ablösen können und wollen. Diese Bewerber agieren damit zwar nicht als Amts- und Mandatsträger innerhalb staatlicher Institutionen, ihr Wirken ist aber darauf gerichtet, in der Zukunft Funktionen innerhalb staatlich-institutioneller Prozesse wahrzunehmen. Im Übrigen ist auch schon ein Wahlverfahren ein staatlich-institutioneller Prozess, ebenso wie eine Bewerbungsphase bzw. der sogenannte Wahlkampf als politisch-demokratischer Prozess begriffen werden kann. Werden Kandidaten für politische Ämter mittels ehrverletzender Äußerungen angegriffen, so kann dies also auch die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens beeinträchtigen. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass ein mit diffamierenden Äußerungen aufgeladener politischer Meinungskampf und ein vergiftetes politisches Klima Bürger davon abhalten können, überhaupt erst für ein politisches Amt zu kandidieren (siehe dazu schon oben IV. 2. b). Wenn sich keine oder nur noch wenig Bewerber für politische Ämter finden, kommt das politisch-demokratische Gemeinwesen zum Erliegen. Daher müssen auch solche Personen vom Tatbestand des § 188 StGB erfasst werden, die zwar aktuell kein politisches Amt innehaben, aber für ein solches kandidieren.

⁷⁹ *Heger* (Fn. 36), § 11 Rn. 11; *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 10), Stand: 1.5.2021, § 11 Rn. 15.

⁸⁰ Vgl. zur allgemein erkannten Notwendigkeit der engen Auslegung des § 188 StGB erneut BayObLG NJW 1982, 2511; *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 188 Rn. 2; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 2; *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 1.

Nicht vom Tatbestand umfasst sind dann aber konsequenterweise solche Personen, die zwar öffentlich in der (partei-)politischen Sphäre agieren, dabei aber nicht für ein staatliches Amt oder Mandat kandidieren. Angesprochen sind damit zum Beispiel politische Personen, die lediglich innerparteiliche Ämter bekleiden, also zum Beispiel im Parteivorstand sitzen oder Parteigeneralsekretär ohne Abgeordnetenstellung sind. Diese Personen sind zwar unzweifelhaft Personen des politischen Lebens, zumal Art. 21 Abs. 1 GG die Parteien als Faktor der politischen Willensbildung des Volkes hervorhebt. Parteimitglieder sind aber zunächst nur Personen des politischen Lebens ihrer Partei, nicht hingegen zwingend Personen des politischen Lebens des Volkes. Sie mögen je nach Stellung in ihrer Partei durch öffentliche Stellungnahmen, Interviews, Auftritte in Fernsehtalkshows etc. zwar einen gewichtigen Einfluss auf die öffentliche politische Meinungsbildung haben. Sie sind in ihrer Eigenschaft als Parteimitglied bei diesen Tätigkeiten aber nicht in staatlich-institutionelle Prozesse eingebunden und dienen hierbei nicht zwangsläufig dem Gemeinwohl, sondern ihrer eigenen Partei oder sich selbst, mögen sie aus dieser Stellung heraus auch für eine Verbesserung gesellschaftlicher Verhältnisse im Sinne des Gemeinwohls eintreten. Sie sind dabei aber nicht an die gleichen Pflichten gebunden wie Amts- und Mandatsträger, sondern bleiben dabei Privatpersonen. Sie sind folglich kein taugliches Tatobjekt im Rahmen des § 188 StGB.⁸¹

Umgekehrt steht aber auch nicht jeder Amtsträger im *politischen* Leben des Volkes. Das Merkmal „politisch“ in § 188 Abs. 1 StGB setzt einen Bezug zum öffentlichen Meinungsaustausch und zur öffentlichen Meinungsbildung voraus, zum Streiten um die richtigen Lösungen für gesellschaftliche Fragen und damit auch das Entstehen für bestimmte Ansichten in eigener Person. Dieser Bezug fehlt bei Amtsträgern oder behördlich Beliehenen wie einem Bezirksschornsteinfeger (§ 8 Schornsteinfeger-Handwerksgesetz), dem staatlichen Revierförster (vgl. § 53 Landesforstgesetz NRW) oder einem Notar (§ 1 Bundesnotarordnung). Diese und andere staatlich Bedienstete erfüllen zwar Aufgaben im öffentlichen Interesse und sind somit für das Gemeinwesen tätig, sie agieren dabei aber nicht politisch. Ihnen zugewiesen ist allein die Funktion, staatliches Recht anzuwenden und durchzusetzen, nicht aber im politischen Meinungskampf um Lösungen für gesamtgesellschaftliche Fragen zu ringen oder auf Änderungen des staatlichen Rechts hinzuwirken. Sie sind damit keine im politischen Leben des Volkes stehenden Personen im Sinne des § 188 Abs. 1 StGB.⁸² Wiederum gibt es

aber behördliche Ämter im Rahmen der staatlichen Verwaltung, die durchaus politischen Bezug aufweisen. Das trifft in der Regel auf Wahlämter zu⁸³ wie den Bürgermeister (§ 62 Gemeindeordnung NRW), je nach Bundesland den Landrat⁸⁴ (§§ 42, 44 Kreisordnung NRW) oder den Bundeskanzler (Art. 63, 65 GG): Diese Funktionen zeichnen sich einerseits durch eine starke Gesetzesbindung, Verwaltungstätigkeit und die Aufgabe zur Anwendung und Durchsetzung geltenden Rechts aus, beinhalten andererseits aber auch das Recht und zuweilen auch die Pflicht zur politischen Tätigkeit (für den Bundeskanzler siehe Art. 65 S. 1 GG), also zur Teilnahme am öffentlichen politischen Meinungsaustausch und zum Ringen um politische Antworten auf gesamtgesellschaftliche Fragen.

Es ist weiter oben schon angeklungen, soll hier aber noch einmal klarstellend erwähnt werden: Abgeordnete des Bundestags, von Landtagen und von Kreistagen, aber auch Mitglieder von Stadträten sind keine Amtsträger, jedenfalls nicht im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB.⁸⁵ Als gewählte Volksvertreter sind sie aber im politischen Leben des Volkes stehende Personen. Sie wirken zentral bei der Aushandlung politischer Fragen mit und agieren dabei im Rahmen staatlich-institutioneller Prozesse. Sie sind daher, obwohl keine Amtsträger im eigentlichen Sinne, vom Tatbestand des § 188 StGB erfasst.

Eine Auslegung des § 188 StGB, welche die tatbestandlich geschützten Personen auf Inhaber von Spitzenämtern oder besonderen Führungspositionen begrenzt, ist im Lichte des hier angenommenen Schutzguts nicht angezeigt.⁸⁶ Das politisch-demokratisch Gemeinwesen wird zwar in der öffentlichen Wahrnehmung maßgeblich durch führende Spitzenpolitiker und Einzelpersonen geprägt, konstituiert sich aber durch das Mitwirken einer Vielzahl von Funktionsträgern auch unterhalb einer obersten hierarchischen Führungs-

den Tatbestand des § 188 StGB einbezogen werden sollen – dafür BGHSt 4, 338 (339 f.); *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Kühl* (Fn. 11), § 188 Rn. 2; *Sinn* (Fn. 13), § 188 Rn. 6; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 6; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 4; zweifelnd *Gaede* (Fn. 29), § 188 Rn. 2. Die Richter des BVerfG mögen zwar im Ergebnis Einfluss auf politische Entscheidungsprozesse ausüben, sie tun dies aber nur mittelbar durch die Auslegung und Anwendung der Verfassung. Es ist dagegen gerade nicht die ihnen aufgrund ihrer beruflichen Stellung zugewiesene öffentliche Aufgabe, Streitfragen auf politischer Ebene per Teilnahme am öffentlichen Meinungsaustausch zu verhandeln.

⁸³ Vgl. *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 4; einschränkend aber BayObLG JZ 1989, 699 (700); *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 2.

⁸⁴ BayObLG JZ 1989, 699 (701); *Fischer* (Fn. 17), § 188 Rn. 2; *Hartung*, JR 1951, 677 (678); *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 4; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 4.

⁸⁵ *Heger* (Fn. 36), § 11 Rn. 11; *Heintschel-Heinegg* (Fn. 79), § 11 Rn. 15.

⁸⁶ Für eine Begrenzung auf Führungspositionen aber *Gaede* (Fn. 29), § 188 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 17), § 188 Rn. 2; vgl. auch BayObLG JZ 1989, 699 (700), wo eine „maßgebliche“ Beeinflussung des politischen Lebens gefordert wird.

⁸¹ Das wird in Rspr. und Schrifttum bisher einhellig anders gesehen, siehe *Gaede* (Fn. 29), § 188 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 17), § 188 Rn. 2; *Kühl* (Fn. 11), § 188 Rn. 2; *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 3; *Sinn* (Fn. 13), § 188 Rn. 6; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 1983, 1211, wo bezüglich Franz Josef Strauß neben dessen Stellung als Parteivorsitzender der CSU aber zusätzlich auf dessen Eigenschaft als Mitglied der bayerischen Landesregierung abgestellt wurde.

⁸² Entsprechendes muss auch für Richter des BVerfG gelten, die nach verbreiteter Ansicht in Rspr. und Schrifttum wegen ihrer mittelbaren Wirkung auf das Handeln von Politikern in

ebene. So mag der Bürgermeister in der Öffentlichkeit zwar das politische Aushängeschild einer Kommune sein, der politische und demokratische Streit um Sachfragen findet hier aber vor allem im Stadtrat statt und damit innerhalb der Gesamtheit der gewählten Ratsfrauen und Ratsherren. Entsprechendes gilt auf anderen politischen Ebenen (zu diesen sogleich unten, c). § 188 StGB schützt folglich nicht nur Personen, die der obersten Führungsriege ihrer jeweiligen politischen Ebene angehören, sondern grundsätzlich alle an dieser Ebene unmittelbar mitwirkenden Personen, sofern sie ein Amt oder Mandat innehaben oder für ein solches kandidieren.

c) *Welche politischen Ebenen sind umfasst?*

Fraglich ist noch, welche politischen Ebenen von § 188 StGB umfasst werden und ob es hier überhaupt eine Begrenzung gibt. Einigkeit besteht zumindest darin, dass Inhaber politischer Spitzenämter auf Bundesebene unter das Merkmal „im politischen Leben des Volkes stehende Person“ subsumiert werden können: Bundeskanzler und Bundesminister gehören auf jeden Fall dazu, auch der Bundespräsident und der Bundestagspräsident.⁸⁷ Das ist vor dem Hintergrund des Schutzes des § 188 StGB konsequent, denn die genannten Personen nehmen herausragende Stellungen im politisch-demokratischen Gemeinwesen ein, ohne die selbiges nicht funktionieren könnte. Dies gilt auch für Bundesabgeordnete, die in einer parlamentarischen Demokratie entscheidende Funktionsträger sind und zudem unmittelbar vom Volk gewählt werden.⁸⁸

Bezüglich Personen unterhalb der Bundesebene herrschte im Schrifttum längere Zeit Streit. Vielfach sollten zwar immerhin Mitglieder von Landesregierungen und auch Landtagsabgeordnete in § 188 StGB einbezogen werden.⁸⁹ In der Kommunalpolitik aktive Personen wollte hingegen nur eine Minderheit des Schrifttums in den Schutz des § 188 StGB einbezogen wissen.⁹⁰ Dieser Streit hat sich mit dem neuen § 188 Abs. 1 S. 2 StGB erledigt. Diese Klausel stellt nun klar, dass das strafrechtlich geschützte politische Leben des Volkes bis hin zur kommunalen Ebene reicht. In der Gesetzesbegründung wird zudem verdeutlicht, dass der Schutz des § 188 StGB unabhängig von der politischen Ebene besteht, auf der die angegriffene Person sich engagiert.⁹¹ Mit Blick auf das Schutzgut des § 188 StGB ist dies konsequent: Selbstverständlich laufen auch und gerade auf kommunaler Ebene entscheidende demokratische und politische Prozesse ab, und

auch das Gemeinwesen insgesamt findet in den einzelnen Kommunen statt. Ein ehrverletzender Angriff auf Kommunalpolitiker gefährdet die Funktionstüchtigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens damit nicht weniger als ein ehrverletzender Angriff auf den Bundeskanzler. Da die Klausel des § 188 Abs. 1 S. 2 StGB keine weiteren Beschränkungen vorsieht, müssen sämtliche kommunalen Unterebenen umfasst sein: Vom Landrat⁹² – der in einigen Ländern zusätzlich zu seiner Eigenschaft als (unpolitische) untere staatliche Verwaltungsbehörde den Landkreisen politisch vorsteht⁹³ – über den Kreis (Kreistag) bis hin zur kommunalen Verwaltung, bestehend aus Bürgermeister und Rat. Auch der Einbezug von politisch aktiven Personen in den Gemeindebezirken, also Mitgliedern von Bezirksausschüssen oder Ortsvorstehern (siehe § 39 GO NRW), erscheint hier konsequent.⁹⁴ Jedenfalls ist nicht ersichtlich, warum eine bestimmte politische Wirkungsebene vom Tatbestand des § 188 StGB ausgeschlossen werden sollte, nur weil sie niedrigrangig ist und deshalb vermeintlich weniger bedeutsam erscheint. Auch der Wortlaut „Volk“ zwingt nicht dazu, nur solche Personen des politischen Lebens in § 188 einzubeziehen, die immer auch das gesamte Staatsvolk im Sinne jedes einzelnen Bürgers repräsentieren – das ergibt sich schon aus der föderalen Ordnung der Bundesrepublik (Art. 20 Abs. 1 GG) und der von Art. 28 GG explizit vorgesehenen „Volksvertretung“ auch auf kommunaler Ebene. Eine Begrenzung des Tatbestandes auf überregional agierende Politiker oder eine Bewertung anhand des häufig nur schwierig bestimmbar⁹⁵ Einflusses des Einzelnen auf das politische Leben verkennt die Bedeutung auch regionaler und kommunaler Institutionen für die Demokratie.⁹⁶ Sofern eine bestimmte politische Wirkungsebene in der Staats- und Kommunalverwaltung gesetzlich vorgesehen ist, erfüllt sie allein deshalb eine anerkannte Funktion im politisch-demokratischen Gemeinwesen und muss daher, vermittelt über ihre Funktionsträger, von § 188 StGB geschützt sein.

⁸⁷ *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 6; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 4; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 4.

⁸⁸ *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 4; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 6.

⁸⁹ *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 4; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 4; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 4.

⁹⁰ Dafür z.B. *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 4; dagegen *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 9; *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 3.

⁹¹ BT-Drs. 19/17741, S. 3. Eine genauere Aufzählung dieser Ebenen innerhalb des § 188 StGB, wie sie der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren angeregt hat, ist nicht erfolgt, siehe BT-Drs. 19/18470, S. 18 f., 26 f.

⁹² BayObLG JZ 1989, 699 (701); *Fischer* (Fn. 17), § 188 Rn. 2; *Hartung*, JR 1951, 677 (678); *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 4; *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 4.

⁹³ Für NRW § 42 der Kreisordnung und § 9 Abs. 2 des Landesorganisationsgesetzes.

⁹⁴ Das wird auch in der Begründung des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität erkannt, welche die schützenswerten politischen Ebenen bis hin zu Ortsteilen und Bezirken auffächert, BT-Drs. 19/17741, S. 36. Siehe dazu auch *Engländer*, NStZ 2021, 385 (388).

⁹⁵ *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 3.

⁹⁶ Für eine solche Begrenzung aber BGHSt 4, 338 (339); BayObLG JZ 1989, 699 (700); *Otto* (Fn. 12), § 31 Rn. 30; *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 4; *Rogall* (Fn. 15), § 188 Rn. 3; freilich auf Grundlage der alten Rechtslage, die die klarstellende Kommunalklausel des heutigen § 188 Abs. 1 S. 2 StGB noch nicht beinhaltete; für eine Begrenzung auf Personen mit erheblichem Einfluss auf das politische Leben weiterhin *Sinn* (Fn. 13), § 188 Rn. 5; kritisch *Zaczyk* (Fn. 10), § 188 Rn. 3.

d) Ausländische Politiker und politische Funktionsträger der Europäischen Union

Im Schrifttum ist man sich einig, dass ausländische Politiker grundsätzlich nicht vom Tatbestand des § 188 StGB erfasst sind.⁹⁷ Das erscheint auch anhand des hier bestimmten Rechtsguts konsequent: Nicht die Funktionsfähigkeit politisch-demokratischer Prozesse und Institutionen auf der ganzen Welt soll geschützt werden, sondern lediglich solcher, die zum politisch-demokratischen Gemeinwesen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland gehören. Die Beleidigung der neuseeländischen Premierministerin kann den Tatbestand des § 188 StGB daher ebenso wenig erfüllen wie die Verleumdung einer ruandischen Parlamentsabgeordneten oder die üble Nachrede gegen einen italienischen Bürgermeister, denn alle diese Beteiligten stehen nicht im Dienste des deutschen politisch-demokratischen Gemeinwesens und haben keine Funktionen inne, welche die deutschen politisch-demokratischen Prozesse unmittelbar beeinflussen können und sollen.

Einen Sonderfall bildet allerdings die Ebene der Europäischen Union. Als supranationale Einrichtungen betreffen die politisch-demokratischen Institutionen auf EU-Ebene zwar keine rein innerstaatlichen Angelegenheiten. Sie wirken aber in die innerstaatliche Politik und auch die Gesetzgebung Deutschlands hinein.⁹⁸ Die zentrale Rolle der EU für die politischen und demokratischen Prozesse Deutschlands hebt Art. 23 GG hervor. Mit der fortschreitenden europäischen Integration und der Übertragung von Hoheitsrechten gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG hat die auf EU-Ebene verhandelte Politik immer größeren Einfluss auch auf die innerstaatlichen politisch-demokratischen Prozesse Deutschlands gewonnen. Die umfassende Verzahnung dieser politischen Ebenen und Prozesse wird wiederum in den detaillierten Regelungen des Art. 23 GG erkennbar. Der Einfluss europapolitischer Prozesse wird besonders deutlich durch die in Art. 288 Abs. 2 AEUV vorgesehene Befugnis der EU-Organe, Verordnungen zu erlassen, also verbindliche Rechtsakte, die in jedem EU-Mitgliedstaat unmittelbar gelten. Auf EU-Ebene kann also Recht gesetzt werden, welches dann ebenso unmittelbar in Deutschland gilt wie ein im Bundestag erlassenes Parlamentsgesetz.⁹⁹ Die Bedeutung von EU-Institutionen und damit einhergehenden Ämtern und Mandaten für das politisch-demokratische Gemeinwesen in Deutschland ist im Einzelfall also ebenso hoch wie die rein nationaler Ämter. Ein Angriff auf die Ehre politischer Funktionsträger der EU kann folglich die deutschen innerstaatlichen politisch-demokratischen Prozesse ebenso gefährden wie ein Angriff auf rein nationale, innerstaatliche, deutsche Politiker. In der Konsequenz müssen Beleidigungstaten gegen politische Amts- und Mandatsträger der EU ebenfalls in den Anwendungsbe- reich des § 188 Abs. 1 StGB fallen.

Diese Ansicht wird im Schrifttum für Abgeordnete des Europäischen Parlaments geteilt: Diese sollen nach verbreite-

ter Auffassung zur von § 188 StGB erfassten Personengruppe gehören.¹⁰⁰ Vereinzelt wird dies allerdings auf deutsche Abgeordnete im Europäischen Parlament beschränkt.¹⁰¹ Diese Beschränkung geht fehl, denn sie entspricht nicht dem Verständnis und der Funktionsweise des Europäischen Parlaments. Das Europäische Parlament ist in seinen Fraktionen nicht nach Nationalität oder Staatsangehörigkeit gegliedert, sondern einzig nach politischer Ausrichtung (siehe Art. 33 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments). Die individuellen Staatsangehörigkeiten lösen sich beim politischen Wirken auf EU-Ebene also insbesondere innerhalb des Europäischen Parlaments auf. Es soll der Konzeption des Europäischen Parlaments nach gerade keine Bedeutung haben, aus welchem Mitgliedstaat der einzelne Abgeordnete ursprünglich entsandt worden ist. Sobald ein Abgeordneter Mitglied des Europäischen Parlaments ist, gilt er nicht (mehr) als Vertreter eines bestimmten Mitgliedstaats, sondern als Vertreter aller Unionsbürger (vgl. Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1, 14 Abs. 2 S. 1 EUV).¹⁰² Die Abgeordneten agieren im Europäischen Parlament frei von staatsrechtlichen Bindungen an ihre Mitgliedstaaten.¹⁰³ Im politisch-demokratischen Wirken des Europäischen Parlaments wird daher nicht anhand der Staatsangehörigkeit unterschieden: Ein zufälligerweise mehrheitlich mit den Stimmen französischer, italienischer, spanischer und polnischer EU-Abgeordneter und gegen die Stimmen deutscher EU-Abgeordneter beschlossener Rechtsakt entfaltet auch für Deutschland Wirkung – hier zählt schlicht die Mehrheit der abgegebenen Stimmen gem. Art. 231 Abs. 1 AEUV. Genau genommen ist daher schon die Bezeichnung „französisch“, „italienisch“ oder „deutsch“ in Bezug auf Abgeordnete des Europäischen Parlaments irreführend bzw. im Hinblick auf das Wirken des Europäischen Parlaments als politische Einrichtung und Rechtssetzungsorgan irrelevant. Da jeder EU-Parlamentarier unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit den gleichen Einfluss auf diejenigen politisch-demokratischen Prozesse hat, die auch das politisch-demokratische Gemeinwesen Deutschlands beeinflussen, müssen alle Abgeordneten des Europäischen Parlaments (und nicht bloß die deutschen) zu im politischen Leben des Volkes stehenden Personen im Sinne des § 188 Abs. 1 StGB gezählt werden.

Gleiches gilt grundsätzlich auch für die anderen politischen Ämter und Mandate auf EU-Ebene. So gehört die Präsidentin der Europäischen Kommission auch dann zu der in § 188 Abs. 1 StGB beschriebenen Personengruppe, wenn sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit hat. Das gilt auch für alle anderen Mitglieder der Kommission, die als Organ nicht einzelne nationale Interessen vertritt, sondern die Interessen der Europäischen Union im Sinne aller Unionsbürger (vgl. Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV), und dabei unabhängig von den

⁹⁷ *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 9; *Sinn* (Fn. 13), § 188 Rn. 6; *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 4.

⁹⁸ *Herdegen*, *Europarecht*, 22. Aufl. 2020, § 5 Rn. 9 ff.

⁹⁹ *Herdegen* (Fn. 98), § 8 Rn. 49.

¹⁰⁰ *Hilgendorf* (Fn. 10), § 188 Rn. 3; *Regge/Pegel* (Fn. 12), § 188 Rn. 6; *Sinn* (Fn. 13), § 188 Rn. 5.

¹⁰¹ *Valerius* (Fn. 10), § 188 Rn. 4.

¹⁰² *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, 12. Aufl. 2020, Rn. 232; *Herdegen* (Fn. 98), § 7 Rn. 68.

¹⁰³ *Herdegen* (Fn. 98), § 7 Rn. 4.

Mitgliedstaaten agiert (Art. 245 Abs. 1 S. 2 AEUV).¹⁰⁴ Etwas anderes gilt aber für den Rat der Europäischen Union, der sich gemäß Art. 16 Abs. 2 EUV aus je einem Vertreter pro Mitgliedstaat zusammensetzt. Hier ist die Rückanbindung an die Mitgliedstaaten und die nationalen Regierungen und damit die Vertretung nationaler Interessen in der Konzeption des Organs selbst angelegt. Die Staatsangehörigkeit bzw. die Entsendung aus einem bestimmten Mitgliedstaat bleibt hier bedeutsam. Die Ratsvertreter bleiben auch in dieser Funktion deutsch, französisch, maltesisch etc. und sind in ihrem Handeln an ihre Nationalstaaten und deren Rechtsordnungen gebunden.¹⁰⁵ Hier erscheint es passend, nur den deutschen Ratsvertreter unter § 188 Abs. 1 StGB zu subsumieren und die Vertreter der anderen Mitgliedstaaten aus dem Tatbestand auszuschneiden. Der deutsche Ratsvertreter besitzt die Eigenschaft als Person des politischen Lebens des Volkes im Sinne des § 188 StGB allerdings ohnehin schon durch seine Eigenschaft als deutsches Regierungsmitglied (siehe Art. 16 Abs. 2 EUV).

e) Zusammenfassung

Zu im politischen Leben des Volkes stehenden Personen im Sinne des § 188 Abs. 1 StGB gehören nur solche, die sich im Rahmen staatlich-institutioneller Prozesse politisch betätigen, indem sie am öffentlichen Meinungsaustausch und an Aushandlungsprozessen über politische und gesamtgesellschaftliche Fragen teilnehmen. Erfasst sind hierbei grundsätzlich nur politische Funktionsträger, also Inhaber von staatlichen Ämtern und Mandaten. Dabei sind aber nur solche Ämter erfasst, die tatsächlich auch politische Ämter sind; in der Regel sind dies Wahlämter. Darüber hinaus einbezogen sind politisch Aktive, die sich auf ein staatliches Amt oder Mandat bewerben. Inhaber reiner Verwaltungsämter, deren Aufgaben sich in der bloßen Anwendung und Durchsetzung von Gesetzen ohne Bezug zu politischen Prozessen und zur öffentlichen politischen Meinungsbildung erschöpfen, sind nicht von § 188 StGB erfasst. Das politische Leben des Volkes erstreckt sich auf sämtliche politischen Ebenen, die in der Staats- und Kommunalverwaltung gesetzlich vorgesehen sind. Dazu gehört grundsätzlich auch die supranationale Ebene der Europäischen Union, sodass insbesondere auch Abgeordnete des Europäischen Parlaments unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit von § 188 StGB erfasst werden. Abgesehen von diesen Sonderfällen auf Ebene der EU fallen ausländische Personen aber nicht unter den Tatbestand des § 188 StGB.

2. Eignung, das öffentliche Wirken der Person erheblich zu erschweren

Unter der Prämisse, dass § 188 StGB das politisch-demokratische Gemeinwesen schützt, passt sich das Tatbestandserfor-

dernis, dass die Tat geeignet sein muss, das öffentliche Wirken der Person erheblich zu erschweren, sinnvoll in den Tatbestand ein. Rein private Nachteile, die dem Beleidigten aufgrund der ehrverletzenden Äußerungen drohen, gefährden nicht die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens und lösen folglich nicht den Qualifikationsstrahnen des § 188 StGB aus.¹⁰⁶ Eine besondere Bestrafung ehrverletzender Äußerungen nach § 188 StGB ist nur gerechtfertigt, wenn vermittelt über die im politischen Leben des Volkes stehende Person auch dieses politische Leben selbst beeinträchtigt wird bzw. werden kann. Das ist der Fall, wenn die Tat geeignet ist, den politischen Funktionsträger an der Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben, die aus seiner Stellung als politischer Amts- oder Mandatsträger oder entsprechender Bewerber fließen, zu hindern bzw. diese erheblich zu erschweren¹⁰⁷ – dann ist nicht nur der Einzelne in seinem Wirken beeinträchtigt, sondern auch die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens insgesamt. Aber auch politisch Aktive, die sich erst um ein Amt oder Mandat bewerben, sind Teil dieser Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens. Politik und Demokratie leben von verschiedenen Ansichten und Meinungen, die in verschiedenen Bewerbungen für Mandate und Ämter personifiziert sind. Wird ein politischer Wahlkampf also durch ehrabschneidende, unsachliche Äußerungen vergiftet und massiv gestört, so ist auch hier nicht bloß etwa der einzelne politische Kandidat in seinen Karrierechancen beeinträchtigt, weil möglicherweise seine Vertrauenswürdigkeit und Glaubwürdigkeit untergraben wird,¹⁰⁸ sondern darüber hinaus auch der politisch-demokratische Prozess im Ganzen. Das eingrenzende Merkmal der Eignung der Tat, das öffentliche Wirken der Person erheblich zu erschweren, muss demnach so ausgelegt werden, dass das „öffentliche Wirken“ nicht nur die Erfüllung staatlicher Aufgaben als Amts- und Mandatsträger umfasst, sondern auch die öffentliche Bewerbung auf solche Ämter und Mandate. Nur dadurch wird die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens umfassend geschützt.

Das „öffentliche Wirken“ im Sinne des § 188 Abs. 1 S. 1 StGB kann dann aber insgesamt nur dasjenige Wirken des Tatopfers umfassen, das mit seiner Stellung als im politischen Leben des Volkes stehende Person verknüpft ist bzw. dieser Stellung entspringt. Ein Verteidigungsminister etwa, der gleichzeitig als Präsident des Bundes Deutscher Radfahrer e.V. agiert, wird nur dann in seinem öffentlichen Wirken im Sinne des § 188 Abs. 1 S. 1 StGB (potentiell) beeinträchtigt, wenn eine Beeinträchtigung seiner Tätigkeit als Verteidigungsminister möglich erscheint. Beschränkt sich die abstrakte Gefahr der Erschwerung seines Wirkens dagegen allein auf seine Tätigkeit für den Bund Deutscher Radfahrer e.V., die für sich genommen keine Stellung als politische Person des Volkes begründet, so ist der Tatbestand des § 188 Abs. 1

¹⁰⁴ Herdegen (Fn. 98), § 7 Rn. 3. Daran ändert auch die Zusammensetzung der Kommission nach dem Rotationsprinzip aus Staatsangehörigen der unterschiedlichen Mitgliedstaaten (Art. 17 Abs. 5 EUV und Art. 244 AEUV) nichts.

¹⁰⁵ Herdegen (Fn. 98), § 7 Rn. 4, 35 ff.

¹⁰⁶ Vgl. Joecks/Jäger (Fn. 14), § 188 Rn. 4; Rogall (Fn. 15), § 188 Rn. 1.

¹⁰⁷ Vgl. Gaede (Fn. 29), § 188 Rn. 3.

¹⁰⁸ Hartung, JR 1951, 677 (678); Valerius (Fn. 10), § 188 Rn. 8.

S. 1 StGB nicht erfüllt. Im Kontext des § 188 Abs. 1 S. 1 StGB gälten die potentiellen Erschwerisse beim Präsidieren über den Bund Deutscher Radfahrer e.V. als rein private und damit für den Tatbestand des § 188 StGB unbeachtliche Nachteile. Gleiches gilt theoretisch auch für die Bundeskanzlerin, die zugleich die Vorsitzende ihrer eigenen Partei ist: Die gegen sie gerichtete ehrverletzende Äußerung muss geeignet sein, ihr Wirken als Bundeskanzlerin zu beeinträchtigen. Eine Beleidigungstat dagegen, die einzig und allein ihr Wirken als Parteivorsitzende erschweren könnte, würde den Tatbestand des § 188 Abs. 1 S. 1 StGB nicht erfüllen, denn allein das parteipolitische Amt des Parteivorsitzenden reicht nach hier vertretener Auffassung¹⁰⁹ nicht dazu aus, eine Stellung als im politischen Leben des Volkes stehende Person zu begründen, sodass eine potentielle Erschwerung dieser Amtsausführung tatbestandlich unbeachtlich sein muss. In der Praxis allerdings werden solche Gemengelage und Mischformen zwischen öffentlich-politischer Amtsführung und privaten Nebenämtern nur schwer sauber zu trennen sein: Eine Beleidigungstat, die eine Person in ihrem Wirken als Parteivorsitzender gefährden könnte, wird nahezu zwangsläufig gleichermaßen auch alle anderen öffentlichen Tätigkeiten, insbesondere das Wirken als Bundeskanzler, beeinträchtigen. Glaubwürdigkeit und Integrität einer Person sind insofern kaum teilbar und werden in der öffentlichen Wahrnehmung auch nicht anhand verschiedener Ämter und Tätigkeiten der Person isoliert betrachtet.¹¹⁰ Auch in dieser Hinsicht gilt also, dass auf private Sachverhalte abzielende Beleidigungstaten geeignet sein können, das öffentliche, politische Wirken des Angegriffenen zu beeinträchtigen.¹¹¹ Eine öffentliche Beleidigungstat gegen eine Person des politischen Lebens, die allein dessen privates Wirken bedroht und dabei gleichzeitig das öffentliche Wirken völlig unberührt lässt, dürfte daher die Ausnahme sein.

¹⁰⁹ Siehe dazu oben 1. b) mit Nachweisen zur Gegenansicht.

¹¹⁰ Ein – freilich anekdotischer – Beleg dafür ist der politische Druck auf den und schließlich auch der Rücktritt des ehemaligen Verteidigungsminister(s) Karl-Theodor zu Guttenberg, dessen persönlicher und grundsätzlich guter Ruf wegen seines wissenschaftlichen Fehlverhaltens bei Anfertigung seiner Doktorarbeit massiv litt, was in der Sache zwar nicht unmittelbar mit seiner Tätigkeit als Verteidigungsminister oder seinen anderen politischen Ämtern zu tun hatte, letztlich aber trotzdem zu einem Bruch in seiner politischen Karriere führte, da er in der öffentlichen Meinung insgesamt als Politiker und Mensch nicht mehr für integer gehalten wurde, siehe zum Vorfall zusammenfassend ZEIT Online v. 1.3.2011, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2011-03/guttenberg-ruecktritt-doktorarbeit> (4.11.2021).

¹¹¹ Engländer, *NStZ* 2021, 385 (389); Fischer (Fn. 17), § 188 Rn. 3a; Hilgendorf (Fn. 10), § 188 Rn. 4; Regge/Pegel (Fn. 12), § 188 Rn. 13.

3. Beweggründe des Täters: Zusammenhang mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben

In subjektiver Hinsicht muss der Täter aus Beweggründen gehandelt haben, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen. Auch hierdurch erfährt der Tatbestand eine Begrenzung dahingehend, dass der Beleidigte vor allem in seiner Eigenschaft als Funktionsträger des politisch-demokratischen Gemeinwesens angegriffen werden muss. Das Merkmal des „öffentlichen Lebens“ ist daher ebenso zu verstehen wie das Merkmal „im politischen Leben des Volkes stehend“ – das „öffentliche Leben“ meint gerade diese Stellung und dieses Wirken im politischen Leben des Volkes.¹¹² Zwar erfordert dieses subjektive Tatbestandsmerkmal zu den Beweggründen des Täters nicht, dass der Täter mit seiner Tat auch die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens insgesamt zu stören beabsichtigt.¹¹³ Es kann und darf ihm hier auch um ganz andere und private Motive gehen, wie zum Beispiel um die Steigerung der Erfolgchancen einer eigenen Kandidatur, aber auch bloß um die gezielte Erzeugung eines Skandals, um die Auflage eigener Medienpublikationen zu steigern.¹¹⁴ Dadurch aber, dass es dem Täter nicht allein darum gehen darf, das Opfer als Privatperson anzugreifen,¹¹⁵ ist ein Zusammenhang zum Schutzgut der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens hergestellt. Insbesondere erfasst sind damit auch Fälle, in denen der Täter das Opfer kaum noch als individuelle Privatperson wahrnimmt, sondern vielmehr als beliebigen Vertreter des politisch-demokratischen Systems, um seine Abneigung gegen selbiges kundzutun und schlicht „Dampf abzulassen“. Die rein private Ehre des Opfers steht dabei nicht im Vordergrund. Vielmehr fungiert die politisch aktive Person hierbei als Repräsentant des gesamten politischen Systems, die der Zorn auf das für den Täter anders nicht greifbare politisch-demokratische Gemeinwesen gewissermaßen stellvertretend trifft.

Ebenso wie das Merkmal „öffentliches Wirken“ (s.o. 2.) ist auch das Merkmal „öffentliches Leben“ strikt auf die Stellung des Tatopfers als im politischen Leben des Volkes stehende Person zu beziehen. Die Beweggründe des Täters müssen also gerade mit der Amts- oder Mandatsträgereigenschaft des Opfers zusammenhängen, die dessen Stellung als

¹¹² Vgl. Hartung, *JZ* 1951, 677 (678); Rahmlow (Fn. 54), § 188 Rn. 7.

¹¹³ Vgl. Zaczyk (Fn. 10), § 188 Rn. 8. Wohl aber muss sich der Vorsatz des Täters auf die objektive Eignung zur erheblichen Erschwerung des öffentlichen Wirkens der Person beziehen, was nach hier verstandener Auslegung des Merkmals mittelbar auch das Wissen und Wollen einer zumindest potentiellen Störung politisch-demokratischer Funktionen einschließt.

¹¹⁴ Gaede (Fn. 29), § 188 Rn. 4; Hartung, *JR* 1951, 677 (678); Hilgendorf (Fn. 10), § 188 Rn. 5; Rogall (Fn. 15), § 188 Rn. 7; Sinn (Fn. 13), § 188 Rn. 11; Zaczyk (Fn. 10), § 188 Rn. 8.

¹¹⁵ Rahmlow (Fn. 54), § 188 Rn. 7.

politische Person des Volkes begründet.¹¹⁶ Weisen die Beweggründe des Täters also lediglich einen Zusammenhang mit der Stellung des Beleidigten als Parteivorsitzender auf und haben sie nichts mit der besonders geschützten Stellung als Bundeskanzler zu tun, so ist der Tatbestand des § 188 Abs. 1 StGB nicht erfüllt. Allerdings gilt auch hier das oben (2.) Gesagte entsprechend: In der Praxis werden die Beweggründe des Täters bei mehreren „öffentlichen“ Ämtern oder Funktionen einer Person, die teils ihre tatbestandliche Stellung als politische Person des Volkes begründen, teils aus dem Tatbestand des § 188 Abs. 1 S. 1 StGB herausfallen, nur selten scharf zu trennen sein. Sofern sich der Täter subjektiv auf nur irgendeine Facette der öffentlichen Arbeit der angegriffenen Person bezieht, werden höchstwahrscheinlich auch alle anderen Aspekte und damit auch die von § 188 Abs. 1 S. 1 StGB geschützten politischen Funktionen mit in die Beweggründe einbezogen sein. Lediglich völlig private Beweggründe, z.B. Nachbarschaftsstreitigkeiten im kleinsten Kreis, können daher sicher aus dem Tatbestand des § 188 StGB ausgeschieden werden.

VI. Ergebnis

Qualifikationsgrund des § 188 StGB ist der Schutz der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens. § 188 StGB zielt damit auf den Schutz kollektiver Interessen ab. Die individuelle Ehre des einzelnen Politikers tritt demgegenüber in den Hintergrund: Sie ist durch die für § 188 StGB notwendige Erfüllung der §§ 185, 186 oder 187 StGB zwar mitbetroffen und ist dadurch auch tatbestandlicher Anknüpfungspunkt, bildet aber nicht das spezifisch durch § 188 StGB geschützte Rechtsgut.

Der Tatbestand des § 188 StGB ist im Lichte der Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens als geschütztem Rechtsgut auszulegen. Hierdurch gelingt insbesondere eine eingrenzende Bestimmung, wer als „im politischen Leben des Volkes stehende Person“ im Sinne des Tatbestands gilt: Es sind Amts- und Mandatsträger oder entsprechende Bewerber jeder gesetzlich anerkannten politischen Ebene des Inlands sowie je nach Funktion auch der supranationalen Ebene der Europäischen Union, die im Rahmen staatlich-institutioneller Prozesse politische Funktionen erfüllen. Auch die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 188 Abs. 1 S. 1 StGB sind mit Blick auf diese politische Funktionsträgereigenschaft und damit auf die Funktionsfähigkeit des politisch-demokratischen Gemeinwesens auszulegen.

¹¹⁶ Vgl. erneut *Hartung*, JZ 1951, 677 (678); *Rahmlow* (Fn. 54), § 188 Rn. 7. Abweichend aber womöglich OLG Düsseldorf NJW 1983, 1211 (1212); *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 10), § 188 Rn. 7, die offenbar auch einen Zusammenhang mit der Stellung des Opfers als Kanzlerkandidat genügen lassen, obwohl diese Eigenschaft allein nach dortigem Verständnis nicht die Stellung als im politischen Leben des Volkes stehende Person im Sinne des § 188 Abs. 1 StGB (§ 187a StGB a. F.) begründet hätte. Nach hiesigem Verständnis, das auch Kanzlerkandidaten in den Schutzbereich des § 188 StGB einbezieht (s.o. 1.), stellt sich das Problem im konkreten Fall allerdings ohnehin nicht.

Verbales Verwenden? Zur Auslegung der Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 8.4.2020 – 3 StR 5/20 = NStZ 2021, 229

Von Dr. Dr. Philipp-Alexander Hirsch, Dipl.-Jur. Matthias Dölling, Göttingen*

Der Beitrag behandelt anlässlich einer aktuellen und kontrovers diskutierten Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH die Anforderungen, die an das Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs als Drohmittel i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu stellen sind. Die Verfasser stellen heraus, dass die hiermit verbundene Strafschärfung nur zu rechtfertigen ist, wenn neben eine gesteigerte Eskalationsgefahr zudem noch eine verstärkte Einschüchterungswirkung beim Opfer hinzutritt. Dafür ist eine unmittelbare sinnliche Wahrnehmung des Drohmittels durch das Opfer erforderlich. Entgegen dem 3. Strafsenat und Teilen der Literatur reicht es hierfür nicht aus, dass das Opfer lediglich den verbalen Hinweis des Täters auf ein bei sich geführtes gefährliches Werkzeug wahrnimmt. Die vom 3. Strafsenat angeführte Begründung kann methodisch und dogmatisch nicht überzeugen und führt zu zweifelhaften Konsequenzen, was anhand verschiedener Beispielfälle aufgezeigt wird.

I. Einleitung

Verwendet der Täter eines Raubes (§ 249 StGB), eines räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) oder einer räuberischen Erpressung (§ 255 StGB) bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug, ist die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB (besonders schwerer Raub bzw. besonders schwerer räuberischer Diebstahl bzw. besonders schwere räuberische Erpressung) verwirklicht, die mit einer Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe bewehrt ist.¹ Der gegenüber Grundtatbestand (§§ 249 Abs. 1, 252, 255 StGB: nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe) und einfacher Qualifikation (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB: nicht unter drei Jahren Freiheitsstrafe) nochmals deutlich erhöhte Strafrahmen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird mit der gesteigerten Gefährlichkeit einer Tat, bei der es zur Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs kommt, begründet.² Die gesteigerte Gefährlichkeit zeigt sich besonders plastisch in denjenigen Fällen, in denen der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug als Gewaltmittel gegen das Opfer einsetzt, er dieses also beispielsweise mit einer Schuss- oder Stichwaffe verletzt. Da sich § 250

Abs. 2 Nr. 1 StGB aber auf beide Nötigungsalternativen der §§ 249 Abs. 1, 252, 255 StGB bezieht, ist ein Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs auch dann gegeben, wenn ein Einsatz als Mittel zur Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben erfolgt.³ Die gesteigerte Gefährlichkeit ergibt sich bei der Drohungsalternative aus der durch den Mitteleinsatz verstärkten Einwirkung auf die Willensbildungs- und -betätigungsfreiheit des Opfers (Einschüchterungswirkung des Drohmittels) und der naheliegenden Möglichkeit, dass die Drohung mit dem Mittel auch umgesetzt wird, dieses also als Gewaltmittel eingesetzt wird (erhöhte Eskalationsgefahr).⁴ Dabei besteht inzwischen Einigkeit darüber, dass ein vollendetes Verwenden bei der Drohungsalternative nur dann vorliegen kann, wenn das Opfer die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben mittels des Gegenstandes auch wahrnimmt.⁵ Eine Verwendung als Drohmittel setzt mithin voraus, dass die Drohung das Opfer erreicht, dieses also Kenntnis von dem Drohmittel

³ BGHSt 45, 92 (94 f.); BGH NStZ 2008, 687; BGH NStZ 2011, 158 m. zust. Anm. Hecker, JuS 2011, 565; BGH NStZ 2017, 26 m. insoweit zust. Anm. Kudlich; BGH NStZ 2018, 278 (279) m. zust. Anm. Eidam; Dencker, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein (Hrsg.), Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998, S. 14; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 250 Rn. 17; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 250 Rn. 4; Sander (Fn. 1), § 250 Rn. 58; Wittig, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 30 Rn. 132; siehe auch BT-Drs. 13/8587, S. 45.

⁴ Vgl. Bleicher, Waffen, gefährliche Werkzeuge, sonstige Werkzeuge und Mittel in §§ 177, 244, 250 StGB nach dem 6. StrRG, 2014, S. 261 f., 264 f.; Dencker (Fn. 3), S. 14; Eidam, NStZ 2018, 280; Hochmayr (Fn. 2), S. 77.

⁵ Grundlegend BGH NJW 2004, 3437 m. Anm. Gössel, JR 2005, 158; Krawczyk, JA 2005, 1868; Kudlich, JuS 2005, 188; Schlothauer, StV 2004, 655; BGH NStZ 2011, 158; BGH NStZ 2012, 389 m. Anm. Jäger, JA 2012, 307; BGH NStZ 2018, 278 (279); Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner/König (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 250 Rn. 14; Fischer (Fn. 3), § 250 Rn. 18b; Kühl (Fn. 3), § 250 Rn. 4; Maier, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 38; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 2), Rn. 399; Wittig (Fn. 3), § 30 Rn. 62, 132; anders noch Becker, in: Schlüchter (Hrsg.), Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, § 250 Rn. 11 und § 177 Rn. 5, nach dem es für ein Verwenden i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in Anlehnung an das Merkmal des Gebrauchs in § 267 Abs. 1 StGB genügt, wenn der Täter dem Opfer durch sein Verhalten die Wahrnehmung des Tatmittels ermöglicht, wohingegen es nicht erforderlich sei, dass das Opfer dieses tatsächlich wahrnimmt.

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Uwe Murmann) an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Aufgrund der Verweisung „ist gleich einem Räuber zu bestrafen“ findet § 250 StGB auch auf §§ 252, 255 StGB Anwendung, siehe Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 1.

² Hochmayr, in: Hochmayr (Hrsg.), Waffen und gefährliche Werkzeuge als Strafverschärfungsgrund, Rechtsvergleich und Reform, 2019, S. 76 f.; Sander (Fn. 1), § 250 Rn. 57; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 379 f.

erlangt und so in eine qualifizierte Zwangslage versetzt wird.⁶ Nimmt hingegen das Opfer das vom Täter eingesetzte Drohmittel nicht wahr, tritt eine entsprechend qualifizierte Einwirkung auf den Willen des Opfers gerade nicht ein, weshalb in diesem Fall allein ein Versuch der Verwendung als Drohmittel vorliegen kann.⁷ In Rechtsprechung und Literatur ist mittlerweile anerkannt, dass das vom Täter eingesetzte Drohmittel durch das Opfer nicht nur visuell⁸, sondern auch taktil⁹ wahrgenommen werden kann. In der zu besprechenden Entscheidung musste sich der 3. Strafsenat des BGH erstmals mit der Frage befassen, ob die Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch bei einer nur akustischen Wahrnehmung des Drohmittels erfüllt sein kann. Dabei lag die Besonderheit im entschiedenen Fall allerdings darin, dass das Opfer nicht das Drohmittel selbst, sondern allein die Drohung mit der Verwendung des Mittels akustisch wahrgenommen hat. Der 3. Strafsenat hat diese Frage bejaht. Die Entscheidung gibt Anlass, sich vertieft mit der Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auseinanderzusetzen, zumal die bisherigen Reaktionen von uneingeschränkter Zustimmung¹⁰ bis hin zu teils deutlichem Widerspruch¹¹ reichen.

⁶ Vgl. BGH NJW 2004, 3437; BGH NStZ 2017, 26; *Eidam*, NStZ 2018, 280; *Wittig* (Fn. 3), § 30 Rn. 132.

⁷ BGH NJW 2004, 3437; BGH NStZ 2012, 389; BGH NStZ 2017, 26 f.; BGH NStZ 2018, 278 (279); *Habetha*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2020, § 250 Rn. 32; *Kühl* (Fn. 3), § 250 Rn. 4; *Maier* (Fn. 5), § 250 Rn. 38.

⁸ Siehe bspw. BGH NStZ 2008, 687 (688): „Präsentation“ eines Baseballschlägers; eine visuelle Wahrnehmung des Drohmittels liegt auch dann vor, wenn der Täter das Opfer auf ein „verdeckt“ eingesetztes, aber als solches immer noch wahrnehmbares Drohmittel aufmerksam macht (Beispiel: Der Täter weist das Opfer auf eine durch sein Messer verursachte Ausbeulung seiner Jacke hin, siehe BGH NStZ-RR 1999, 7), vgl. *Duttge* (Fn. 5), § 250 Rn. 14.

⁹ Beispiel: Der Täter drückt dem Opfer einen Schraubenzieher (BGH NStZ 2011, 158) oder ein Brecheisen (BGH NStZ 2018, 278 m. zust. Anm. *Eidam* u. *Eisele*, JuS 2018, 393) in den Rücken; *Duttge* (Fn. 5), § 250 Rn. 14; *Fischer* (Fn. 3), § 250 Rn. 18b; *Habetha* (Fn. 7), § 250 Rn. 32; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 5. Aufl. 2021, § 250 Rn. 24; *Maier* (Fn. 5), § 250 Rn. 38; *Ruppert*, *StraFo* 2020, 505.

¹⁰ *Jäger*, JA 2021, 77 (78); *Jäger*, *Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil*, 9. Aufl. 2021, Rn. 430; *Sander*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 40 Rn. 32; wohl auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 2), Rn. 399.

¹¹ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 28; *Rieck*, NStZ 2021, 230; *Ruppert*, *StraFo* 2020, 505 (506); *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.5.2021, § 250 Rn. 11; eher kritisch auch *Krüger*, RÜ 2020, 651 (654).

II. Die Entscheidung: Sachverhalt und Begründung

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:¹² Der Angeklagte war nachts in ein Haus eingestiegen. Während die Bewohnerinnen im ersten Stock schliefen, durchsuchte er das Erdgeschoss, nahm diverse Wertgegenstände an sich und verpackte sie in einem Rucksack. Anschließend bewaffnete er sich in der Küche mit einem Messer und ging ins Obergeschoss, um dort nach weiterem Diebesgut Ausschau zu halten. Als der Angeklagte am Bett einer Bewohnerin stand, erwachte diese. Um seine Flucht zu ermöglichen und zugleich die Beute zu sichern, rief er ihr mehrfach zu, er habe ein Messer. Hierdurch wollte er der Bewohnerin zu verstehen geben, dass er dieses gegen sie einsetzen werde, falls sie sich ihm entgegenstellen sollte. Die Bewohnerin konnte das Messer aufgrund der Dunkelheit zwar nicht erkennen, hatte jedoch keine Zweifel daran, dass der Angeklagte tatsächlich ein Messer in der Hand hielt und sie deshalb in Leib- und Lebensgefahr geriete, wenn sie sich dem Angeklagten entgegenstellen würde. Daher ließ sie den Angeklagten mitsamt Messer und Beute aus dem Haus gelangen.

In erster Instanz hatte das Landgericht Mönchengladbach den Angeklagten wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB verurteilt. Die hiergegen eingelegte Revision hat der 3. Strafsenat als unbegründet verworfen. Dabei sieht sich der 3. Strafsenat in seiner Begründung in Kontinuität zur bisherigen Rechtsprechung des BGH, wonach

„[d]as Tatbestandsmerkmal des Verwendens im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB [...] jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels [umfasst]. [...] Im Fall der Drohung muss das Tatopfer das Nötigungsmittel und die Androhung seines Einsatzes wahrnehmen. [...] Nimmt das Tatopfer die Drohung des Täters mit dem gefährlichen Werkzeug hingegen nicht wahr, so wird es nicht in die von § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB vorausgesetzte qualifizierte Zwangslage versetzt, und es fehlt an einem vollendeten Verwenden des Drohmittels [...]“¹³

Nach dieser Maßgabe liege in der zu entscheidenden Fallkonstellation ein Verwenden i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB vor, da der Angeklagte dem Opfer mit dem Messer zum Zwecke der Beutesicherung gedroht habe.

„Der Annahme vollendeten Verwendens steht nicht entgegen, dass die Bewohnerin das Messer in der Dunkelheit nicht erkennen konnte. Denn sie vernahm die Drohung mit dessen Einsatz akustisch. [...] Auf welche Weise oder durch welchen Körpersinn [der Täter] seinem Gegenüber die Bewaffnung vermittelt, ist für die Herbeiführung der qualifizierten Zwangslage im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht entscheidend. [...] Der Wortlaut der

¹² BGH NStZ 2021, 229.

¹³ BGH NStZ 2021, 229, unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. nur BGH NStZ 2012, 389; BGH NStZ 2013, 37; BGH NStZ 2017, 26.

Vorschrift trägt eine Einschränkung auf Fälle, in denen das Opfer das Tatwerkzeug visuell wahrnimmt, nicht. Verwenden bedeutet ‚sich bedienen/sich zu Nutzen machen‘; es bezeichnet eine Mittel-Zweck-Relation, aber keine konkrete Art und Weise der Benutzung.¹⁴

Der 3. *Strafsenat* zieht Parallelen zu einer rein visuellen¹⁵ sowie taktilen¹⁶ Wahrnehmung des zur Drohung eingesetzten Mittels und stellt dem die akustische Wahrnehmung gleich.

„[V]ergleichbar sind insoweit Fallkonstellationen, in denen der Täter mit der Waffe oder dem gefährlichen Werkzeug selbst ein (Warn-)Geräusch produziert. Der Warnschuss, das Durchladen einer Pistole oder eine knallende Peitsche vermitteln dem Opfer die vom Tatwerkzeug ausgehende Gefahr auch dann, wenn ihm der Blick auf die Waffe oder den Gegenstand verwehrt ist, sei es aufgrund der Lichtverhältnisse, der räumlichen Gegebenheiten oder einer Sehbehinderung. Will der Täter in einer solchen Situation hingegen ein Werkzeug wie ein Messer einsetzen, kann er verbal auf seine Bewaffnung aufmerksam machen, um die raubspezifische besondere Zwangslage beim Opfer zu bewirken. Gelingt ihm dies und der Bedrohte nimmt – wie hier – zutreffend an, dass der Täter tatsächlich über den gefährlichen Gegenstand verfügt und hier eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben ausgeht, verwendet der Täter seine Bewaffnung als Drohmittel. Die finale Verknüpfung zwischen der Bedrohung mittels gefährlichen Werkzeugs und der Beuteerlangung oder -sicherung liegt dann in gleichem Maße vor wie bei einem für das Opfer sichtbar eingesetzten Tatmittel. Der Blick auf die Systematik des § 250 StGB bestätigt dieses Ergebnis. Die im Vergleich zum bloßen Beisichführen des gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB oder zum Gebrauch einer Scheinwaffe im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB erhöhte Strafanandrohung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB hat ihren Grund sowohl in der gesteigerten Verletzungsgefahr für das Opfer als auch in der höheren kriminellen Energie desjenigen Täters, der einen anderen Menschen mittels einer objektiv gefährlichen Bewaffnung in Angst und Schrecken versetzt, um an seine Beute zu gelangen oder sich deren Erhalt zu sichern. Beide Straferhöhungsgründe sind in der vorliegenden Konstellation gegeben. Der Angeklagte hätte die Bewohnerin im Fall eines Gerangels im dunklen Haus mit dem offenen Messer nicht nur erheblich verletzen können, sondern er brachte sie durch seinen Ausruf, dass er ein Messer habe, auch gezielt und erfolgreich in die besonders einschüchternde Zwangslage des Opfers eines bewaffneten Überfalls. Damit verwirklichte er ein Tatunrecht, welches das bloße Beisichführen des Messers oder

die Bedrohung mit einer Scheinwaffe erheblich übersteigt.“¹⁷

III. Kritische Würdigung

1. Einordnung der Entscheidung in die bisherige BGH-Rechtsprechung zur Verwendung von Drohmitteln i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Dem 3. *Strafsenat* ist zuzustimmen, dass ein vom Täter eingesetztes Drohmittel durch das Opfer nicht nur visuell und taktil, sondern auch akustisch wahrgenommen werden kann. Entscheidend für eine erfolgreiche Verwendung eines Drohmittels ist allein, dass das Opfer das Drohmittel wahrnimmt, unabhängig davon, mit welchem Körpersinn dies erfolgt. In den vom 3. *Strafsenat* gebildeten Beispielfällen (das Opfer hört den Warnschuss, das Durchladen der Pistole oder das Knallen der Peitsche) wäre daher aufgrund der akustischen Wahrnehmung des Drohmittels durch das Opfer in der Tat ein Verwenden i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu bejahen. Den Beispielfällen ist gemein, dass der Täter durch den Einsatz des Drohmittels ein für das jeweilige Mittel typisches Geräusch produziert. Das Opfer, das dieses Geräusch hört, nimmt folglich das eingesetzte Drohmittel selbst akustisch wahr. Damit ist das Opfer einer gerade durch den Mitteleinsatz verstärkten Einwirkung auf seine Willensbildungs- und -betätigungsfreiheit ausgesetzt, weshalb die die Strafschärfung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB rechtfertigende Einschüchterungswirkung besteht. Auch ist eine gegenüber einem bloßen Beisichführen i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB gesteigerte Eskalationsgefahr gegeben, da der Täter, der mit dem Drohmittel ein Geräusch produziert, dieses zur Hand nehmen und einsetzen muss, womit die Gefahr einer Verwendung als Gewaltmittel erhöht wird. Die Fälle der unmittelbaren akustischen Wahrnehmung fügen sich folglich nahtlos an die „bekannteren“ Fälle der visuellen und taktilen Wahrnehmung an. Verbindendes Element ist, dass das Opfer das eingesetzte Drohmittel selbst sinnlich wahrnimmt, d.h. es sieht, spürt oder hört das Drohmittel. Hinsichtlich der in den Beispielfällen einschlägigen Konstellation der unmittelbaren akustischen Wahrnehmung des Drohmittels stellt die Entscheidung demnach eine konsequente Fortentwicklung der bisherigen BGH-Rechtsprechung zur Verwendung von Drohmitteln i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB dar.¹⁸

Der vom 3. *Strafsenat* entschiedene Fall unterscheidet sich von den soeben diskutierten Beispielfällen jedoch in einem wesentlichen Punkt, und zwar sowohl was die Vergleichbarkeit der Sachverhaltskonstellationen als auch die Entscheidungsbegründung zum Verwenden i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB anbelangt: Der Angeklagte hat mit dem Messer kein Geräusch produziert, das die Bewohnerin gehört hat, sondern hat dieser allein zugerufen, ein Messer zu haben. Anders als in den vorgenannten Beispielfällen wurde somit das Drohmittel durch das Opfer nicht unmittelbar akustisch wahrgenommen (etwa, wenn es das Durchladen einer Pistole

¹⁴ BGH NStZ 2021, 229 f.

¹⁵ BGH NStZ 2021, 229 (230), unter Verweis auf BGH NStZ-RR 1999, 7; BGH NStZ 2008, 687.

¹⁶ BGH NStZ 2021, 229 (230), unter Verweis auf BGH NStZ 2011, 158; BGH NStZ 2018, 278.

¹⁷ BGH NStZ 2021, 229 (230).

¹⁸ Der Sache nach wohl ebenso *Ruppert*, StraFo 2020, 505 (506).

hört), sondern allein vermittelt über die akustische Wahrnehmung der Drohung.¹⁹ Ohne näher auf diesen Unterschied zu den von ihm gebildeten Beispielfällen einzugehen, spricht sich der 3. Strafsenat dafür aus, auch die lediglich über die akustische Wahrnehmung der Drohung vermittelte Wahrnehmung des Drohmittels („mittelbare akustische Wahrnehmung“) für ein Verwenden i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB genügen zu lassen. Indem der 3. Strafsenat die sinnliche Wahrnehmung der Drohung mit dem Tatmittel mit der sinnlichen Wahrnehmung des zur Drohung eingesetzten Tatmittels gleichsetzt, weicht er jedoch von der bisherigen Rechtsprechungslinie des BGH ab.²⁰ Denn bislang war Referenzpunkt der die Strafschärfung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB rechtfertigenden gesteigerten Einschüchterungswirkung die sinnliche Wahrnehmung des Drohmittels selbst,²¹ die die ohnehin von §§ 249 Abs. 1, 252, 255 StGB vorausgesetzte Zwangslage, die sich bei der Drohungsalternative aus einer Konfrontation des Opfers mit einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben ergibt, qualifiziert. Nimmt man die Begründung des 3. Strafsenats ernst, verschiebt sich dieser Referenzpunkt, da sich eine gesteigerte Einschüchterungswirkung beim Opfer bereits aus der akustischen Wahrnehmung des verbalen Hinweises des Täters auf ein ihm zur Verfügung stehendes Tatmittel ergeben können soll. Das Opfer muss hiernach also nicht mehr das Drohmittel selbst, sondern allein die auf dieses bezogene Ankündigung des Täters wahrnehmen.

Hierin liegt eine Ausdehnung der Strafbarkeit, denn die Anforderungen an ein Verwenden i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB werden deutlich heruntergefahren: War bislang für § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB das Beisichführen einer Waffe bzw. eines gefährlichen Werkzeugs plus ein Einsatz des Tatmittels als Drohmittel erforderlich, genügt nunmehr das Beisichführen plus Einsatzandrohung.²² Ungeachtet der Frage, ob diese Neubestimmung des Verwendens i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in der Sache überzeugt, bringt dies in jedem Fall eine für die Praxis bedeutsame – und vermutlich auch begrüßte – Erleichterung mit sich.²³ Musste bislang für eine Verurteilung konkret darüber Beweis erbracht werden, ob das Opfer das für die Drohung eingesetzte Tatmittel wahrgenommen hat,

genügt für die Annahme einer nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB besonders qualifizierten Zwangslage nunmehr der Nachweis, dass der Täter bei der Tat eine Waffe bzw. ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt hat, das Tatmittel verbal in die Drohung einbezogen hat und das Opfer diese wahrgenommen hat.

2. Zur Auslegung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB im entschiedenen Fall

Der Entscheidung des 3. Strafsenats ist in der Sache zu widersprechen, da die sie tragende Auslegung des Merkmals „Verwenden“ bei der Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht überzeugt. Es ist bereits fraglich, ob der 3. Strafsenat den natürlichen Wortsinn von „Verwenden“ zutreffend erfasst. Das Verwenden eines Nötigungsmittels setzt begrifflich einen wie auch immer gearteten Gebrauch, also ein Benutzen oder ein „Hantieren“²⁴, eines Gegenstands voraus, bei dem die Waffe bzw. das gefährliche Werkzeug instrumentell in das Tatgeschehen eingebunden wird. Wer hingegen – wie der Angeklagte im entschiedenen Fall – eine Verwendung androht, verwendet noch nicht.²⁵ Anders als es Jäger²⁶ meint, rechtfertigt auch der systematische Zusammenhang zu §§ 249 Abs. 1, 252, 255 StGB keine erweiternde Auslegung. Auch wenn es sicherlich zutrifft, dass sich aus der Zusammenschau von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB und §§ 249 Abs. 1, 252, 255 StGB ergibt, dass Tatmittel nicht nur als Gewalt-, sondern auch als Drohmittel verwendet werden können,²⁷ so sind das „Androhen einer Verwendung“ und das „Drohen durch Verwendung“ nicht gleichzusetzen. Denn wenn auch in beiden Fällen davon gesprochen werden kann, dass der Täter „die Wirkungsmacht seiner Drohung“²⁸ steigert, geht § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB davon aus, dass dies durch Einsatz des Tatmittels geschieht. Dies setzt jedoch

²⁴ So Rieck, NStZ 2021, 230 (231); differenzierend auch Ruppert, StraFo 2020, 505.

²⁵ In diese Richtung geht es unseres Erachtens auch, wenn vielfach für ein Verwenden ein enger *funktionaler Zusammenhang* mit der Tatbegehung verlangt wird (vgl. bspw. Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 530; Bleicher [Fn. 4], S. 244 f.), da ein solcher nur bei einer „selbstständigen“ Einschüchterungswirkung *durch* das Drohmittel vorliegt. Vgl. noch weitergehend Baumanns, JuS 2005, 405 (406), nach der der Wortlaut verlangt, dass die „Waffe aktiv in das Tatgeschehen eingreift“, weshalb ein bloßer Hinweis auf das Drohmittel nicht genüge; ihr zustimmend Bleicher (Fn. 4), S. 264 f. Ähnlich Schroth, NJW 1998, 2861 (2864), nach dem ein Verwenden nicht in Betracht kommt, „wenn der Täter, um seiner Drohung Nachdruck zu verleihen, das ‚mit sich führen‘ einer Waffe andeutet“. Er spricht sich deshalb ebenso wie die Vorgenannten gegen ein Verwenden aus, wenn der Täter das Drohmittel dem Opfer nicht unmittelbar präsentiert, sondern nur auf das – gleichwohl sinnlich wahrnehmbare – Beisichführen (z.B. Ausbeulung in der Jackentasche, siehe BGH NStZ-RR 1999, 7) hinweist.

²⁶ Jäger, JA 2021, 77 (78 f.).

²⁷ Vgl. oben I. mit Fn. 3.

²⁸ Jäger, JA 2021, 77 (79).

¹⁹ Siehe dazu auch Ruppert, StraFo 2020, 505.

²⁰ Zu diesem Ergebnis kommt auch Rieck, NStZ 2021, 230 (231), der von einer „Kehrtwende“ spricht; anders jedoch Jäger, JA 2021, 77 (78 f.), der der Sache nach eine Fortführung der bisherigen BGH-Rechtsprechung sieht.

²¹ Eine genaue Identifikation des eingesetzten Tatmittels durch das Opfer ist dafür nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn das Opfer das Tatmittel als solches erkennt. In den Fällen der taktilen Wahrnehmung muss also der „konkrete“ Gegenstand nicht „erspürt“ werden, siehe Rieck, NStZ 2021, 230 f.; dazu auch Eidam, NStZ 2018, 280 (281); Fischer (Fn. 3), § 250 Rn. 18b.

²² So auch Jäger, JA 2021, 77 (79), und Rieck, NStZ 2021, 230 (231), die jedoch die Frage der inhaltlichen Kontinuität der BGH-Rechtsprechung unterschiedlich – Jäger bejahend, Rieck verneinend – beantworten.

²³ Eine solche vermutet auch Rieck, NStZ 2021, 230 (231).

voraus, dass von der Verwendung, d.h. durch den Gebrauch des Tatmittels, eine Einschüchterungswirkung ausgeht, mithin das Drohmittel selbst sinnlich auf das Opfer einwirkt. Wer aber – wie vorliegend das Opfer – das Drohmittel selbst nicht sinnlich wahrnimmt, unterliegt nur der Einschüchterungswirkung einer Ankündigung, ohne dass es auf das Drohmittel selbst ankommt.²⁹

Aus diesem Grund kann auch der Hinweis des 3. *Strafsenats* auf den systematischen Zusammenhang zu § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht überzeugen. Denn beim bloßen Androhen einer Verwendung kann im Vergleich zu einem Beisichführen nicht von einer „gesteigerten Verletzungsgefahr für das Opfer“ sowie „höheren kriminellen Energie desjenigen Täters, der einen anderen Menschen mittels einer objektiv gefährlichen Bewaffnung in Angst und Schrecken versetzt“,³⁰ gesprochen werden. Das Androhen einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des Opfers durch den Hinweis des Angeklagten, ein Messer zu haben, ist bereits vom Grundtatbestand des § 252 StGB erfasst, die gesteigerte Eskalationsgefahr, dass der Täter ein gefährliches Werkzeug mitführt, durch § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB. Eine weitere mit § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB einhergehende Strafschärfung muss also unter systematischen Gesichtspunkten darüber hinausgehen.³¹ Gerade hieran fehlt es, wenn keine vom Tatmittel sinn-

lich vermittelte Einschüchterungswirkung besteht. Ein Opfer, das lediglich die Androhung akustisch wahrnimmt, wird nicht „mittels einer objektiv gefährlichen Bewaffnung in Angst und Schrecken versetzt“³², sondern schlicht durch die Glaubhaftigkeit der ausgesprochenen Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben. Angesichts dessen ist der Ansatz des 3. *Strafsenats* auch unter dem Gesichtspunkt besonders bedenklich, dass er im vorliegenden Fall letztlich auf eine unzulässige „Doppelverwertung“ hinausläuft, weil der die Bestrafung nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB tragende verbale Hinweis auf das Messer letztlich nichts anderes als die vom Grundtatbestand vorausgesetzte Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben ist.³³

Darüber hinaus vermag der Ansatz des 3. *Strafsenats* auch aus teleologischen Gründen nicht zu überzeugen. Sinn und Zweck des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist es, eine besonders qualifizierte, beim Opfer tatsächlich eingetretene Zwangslage abzubilden, das – wie es der 3. *Strafsenat* selbst formuliert – in einer Situation „gesteigerter Verletzungsgefahr“ „mittels einer objektiv gefährlichen Bewaffnung in Angst und Schrecken versetzt“³⁴ wird. Die für die Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu fordernde besondere Zwangslage ist mithin durch zwei Elemente charakterisiert: Zum einen besteht eine gesteigerte Verletzungs- bzw. Eskalationsgefahr, da der Täter durch den Einsatz der Waffe bzw. des gefährlichen Werkzeugs eine über die abstrakte Gefährlichkeit des Beisichführens hinausgehende konkret-individualisierte Gefährdungslage schafft. Zum anderen intensiviert der Einsatz von Waffe bzw. Werkzeug den Nötigungsdruck auf das Opfer, das sich durch die Konfrontation mit dem Drohmittel einer verstärkten Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt sieht.³⁵ Eine Intensivierung der Dro-

Damit lässt es sich kaum vereinbaren, wenn der 3. *Strafsenat* nun für ein Verwenden einen verbalen Hinweis auf ein Mittel ausreichen lassen will.

²⁹ Vgl. BGH NStZ 2021, 229 (230).

³⁰ Insoweit bestätigt die Entscheidung des 3. *Strafsenats* zuvor allgemein geäußerte Bedenken, dass die Strafschärfung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB die Gefahr einer Doppelverwertung begründet, vgl. *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 250 Rn. 30, und dies aufgreifend *Hochmayr* (Fn. 2), S. 77. Dies kann in der Tat nur vermieden werden, wenn man bei der Drohungsalternative auf eine über die bloß verbale Drohung hinausgehende, von der sinnlichen Wahrnehmung des Drohmittels selbst ausgehende Einschüchterungswirkung abstellt.

³¹ Vgl. BGH NStZ 2021, 229 (230).

³² Vgl. ähnlich *Eidam*, NStZ 2018, 280 f.; *Zopfs*, JZ 1999, 1062 (1064); zust. *Hochmayr* (Fn. 2), S. 77; *Rieck* NStZ 2021, 230 f. Letztlich konzidiert dies auch der BGH selbst, wenn er neben der gesteigerten Eskalationsgefahr auch die „qualifizierte Zwangslage“ explizit adressiert, so bspw. auch in BGH NStZ 2018, 278 (279). Häufig wird jedoch pauschal allein auf die erhöhte Gefährlichkeit der Tatbegehung abstellt, vgl. *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl.

²⁹ So auch *Ruppert*, *StraFo* 2020, 505. Aus diesem Grund vermag auch der Hinweis *Jägers* JA 2021, 77 (79), dass die Einschüchterungswirkung eines verbalen Hinweises auf ein Werkzeug stärker sei als eine bloß taktile Wahrnehmung, „bei der das Opfer letztlich nur Vermutungen darüber anstellen kann, um welchen Gegenstand es sich handelt“, nicht zu überzeugen. Denn durch ein pauschales Abstellen auf den Grad der Einschüchterungswirkung, ohne den Ausgangspunkt der Einschüchterung (durch Ankündigung oder durch unmittelbare Wahrnehmung des Drohmittels) in Rechnung zu stellen, werden die zu unterscheidenden Tatbestandsmerkmale von Grundtatbestand (Drohen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben i.S.v. §§ 249 Abs. 1, 252, 255 StGB) und Qualifikation (durch Verwendung einer Waffe bzw. eines anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) verschliffen. Dabei stellt *Jäger*, JA 2012, 307 (309), mit Blick auf eine fehlende sinnliche Wahrnehmung des Tatmittels selbst darauf ab, dass die Strafschärfung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nur zu rechtfertigen ist, wenn „nicht nur die im Grundtatbestand vorausgesetzte Drohung vom Opfer wahrgenommen [wird], sondern auch die durch das Werkzeug bewirkte Erhöhung der Wirkungsmacht“. Von einer „durch das Werkzeug bewirkten“ erhöhten Wirkungsmacht kann jedoch schwerlich gesprochen werden, wenn die gesteigerte Einschüchterungswirkung allein auf die Erklärung des Täters (die ja auch bei einer Täuschung vorläge) zurückgeht.

³⁰ Vgl. BGH NStZ 2021, 229 (230).

³¹ Vgl. ebenso *Rieck* NStZ 2021, 230 (231). *Ruppert*, *StraFo* 2020, 505 f., weist zudem zutreffend darauf hin, dass nach der bisherigen Rechtsprechung ein offenes Führen von Waffen bzw. Werkzeugen für ein Verwenden als Drohmittel i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht genügt, siehe BGH NStZ 2008, 687; BGH NStZ 2013, 37; BGH NStZ 2017, 26 (27).

hung durch den Mitteleinsatz ist aber nur möglich, wenn der Täter das Mittel auch so gebraucht, dass das Opfer unmittelbar mit dem Drohmittel konfrontiert wird, also durch die Wahrnehmung des Drohmittels selbst besonders eingeschüchtert wird. Reduziert man angesichts dessen jedoch die Anforderungen an ein Verwenden im Sinne des 3. *Strafsenats*, wird das telos der Vorschrift, soweit es einen intensivierte Nötigungsdruck strafscharfend berücksichtigt, verfehlt. Im entschiedenen Fall kann zwar von einer gesteigerten Eskalationsgefahr gesprochen werden, da der Angeklagte mit dem Messer in der Hand über dem im Bett schlafenden Opfer stand, als er seine Drohung äußerte und auf das Messer hinwies. Jedoch bildet eine erheblich gesteigerte Eskalationsgefahr für sich genommen die § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zugrundeliegende ratio legis nur unvollständig ab. Hinzukommen muss in der Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ein durch die sinnliche Wahrnehmung des Drohmittels intensiver Nötigungsdruck, an dem es im vorliegenden Fall jedoch fehlt, da das Opfer das Messer nicht wahrgenommen hat.

Schlussendlich widerspricht die weite Auslegung des 3. *Strafsenates* auch dem Ziel des historischen³⁶ Gesetzgebers des 6. StrRG.³⁷ § 250 StGB a.F. sah in der bis zum 1. April 1998 geltenden Fassung in Abs. 1 einen einheitlichen Strafrahmen für den schweren Raub von fünf Jahren Freiheitsstrafe vor, der in minder schweren Fällen nach Abs. 2 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren reduziert werden konnte. Anlass der Änderung von § 250 StGB a.F. war laut Gesetzesbegründung u.a., dass Gerichte in ihrer Spruchpraxis angesichts der als überhöht empfundenen „pauschalen“ Mindeststrafe von fünf Jahren häufig einen minder schweren Fall nach § 250 Abs. 2 StGB a.F. angenommen hatten.³⁸ Durch die Einführung zweier Qualifizierungsgruppen mit abgestuftem Strafrahmen in § 250 Abs. 1 und Abs. 2 StGB n.F. sollte daher eine unrechts- und schuldangemessene Bestrafung ermöglicht und eine Strafrahmenharmonisierung

2017, § 250 Rn. 18; *Sander* (Fn. 1), § 250 Rn. 1; *Sinn*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 250 Rn. 6.

³⁶ Allgemein ist die historische Auslegung wenig ergiebig, da in BT-Drs. 13/8587, S. 45 lediglich die Rede davon ist, dass § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB durch Drohung mit Gewalt verwirklicht werden kann. In BT-Drs. 13/9064, S. 18 finden sich keine weiteren Erläuterungen.

³⁷ Zur Änderung des § 250 StGB durch das 6. StrRG siehe *Becker* (Fn. 5), § 250 Rn. 1 ff.; *Geppert*, Jura 1999, 599; *Hörnle*, Jura 1998, 169 (172 ff.); *Kreß*, NJW 1998, 633 (642 f.); *Lesch*, JA 1999, 30; *Schroth*, NJW 1998, 2861 (2863 f.); eingehend *Dencker* (Fn. 3), S. 8 ff.; *Mitsch*, ZStW 111 (1999), 65 (98 ff.); die aktuelle Fassung wird vielfach als „unübersichtlich und unklar“ kritisiert, vgl. *Dencker* (Fn. 3), S. 8; *Maier* (Fn. 5), § 250 Rn. 3; *Sander* (Fn. 1), § 250 Rn. 4; BGH NStZ 1999, 301 (302) spricht von einer „anerkanntermaßen wenig geglückten Neufassung der Vorschrift über den schweren Raub durch das 6. StrRG“.

³⁸ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 45; siehe auch BT-Drs. 13/9064, S. 17.

erreicht werden.³⁹ Eine extensive Auslegung der Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB unterläuft dieses in der Sache berechnete Ziel des historischen Gesetzgebers. Denn letztlich läuft diese – wie im Folgenden noch gezeigt wird – wieder darauf hinaus, dass Verhaltensweisen im tatbestandlichen Grenzbereich zu §§ 249, 252, 255 bzw. § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB mit einer Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren sanktioniert würden.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass § 250 Abs. 2 StGB mit Blick auf die hohe Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren restriktiv auszulegen und auf Fallkonstellationen mit besonders hohem Unrechtsgehalt zu beschränken ist.⁴⁰ Ein Täter, der sich auf einen verbalen Hinweis auf ein Drohmittel beschränkt, ohne dieses seinem Opfer sinnlich zur Wahrnehmung zu bringen, nutzt das ihm zur Verfügung stehende Einschüchterungspotential nicht voll aus und kann angemessen nach § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB bestraft werden. Der Unrechtsgehalt seiner Tat bleibt deutlich hinter dem Unrechtsgehalt einer Tat zurück, bei der der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug als Gewaltmittel einsetzt (Gewaltalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB), das Opfer körperlich schwer misshandelt (§ 250 Abs. 2 Nr. 3a StGB) oder aber in Lebensgefahr bringt (§ 250 Abs. 2 Nr. 3b StGB). Die extensive Auslegung des Verwendens von Drohmitteln i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB durch den 3. *Strafsenat* ist somit zurückzuweisen. Gewichtige Argumente sprechen dagegen, die sinnliche Wahrnehmung der Drohung mit dem Tatmittel auf der einen Seite mit der sinnlichen Wahrnehmung des zur Drohung eingesetzten Tatmittels auf der anderen Seite gleichzusetzen. Für die Verwirklichung der Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist zu verlangen, dass es zu einer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung des Drohmittels durch das Opfer kommt. Da im entschiedenen Fall eine solche fehlte, hat sich der Angeklagte nicht wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls nach §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB, sondern allein wegen schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 2 StGB strafbar gemacht.⁴¹

3. Zweifelhafte Konsequenzen der Entscheidung

Dass dem Ansatz des 3. *Strafsenats* die Gefahr einer übermäßigen Ausweitung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu Lasten des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB innewohnt, lässt sich anschaulich anhand einer von *Jäger* gebildeten Abwandlung des entschiedenen Falls aufzeigen. *Jäger* spricht sich dafür aus, dass

³⁹ Vgl. BT-Drs. 13/7164, S. 19 ff., 44 f.; BT-Drs. 13/8587, S. 19 ff., 44 f.; vgl. dazu *Hörnle*, Jura 1998, 169 (173); *Kreß*, NJW 1998, 633 (642 f.); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2019, § 250 Rn. 2.

⁴⁰ Das Erfordernis einer restriktiven Auslegung des § 250 StGB wird in der Literatur zu Recht betont, siehe nur *Habetha* (Fn. 7), § 250 Rn. 1 m.w.N.

⁴¹ Dafür auch *Rieck*, NStZ 2021, 230 (231). Eine Bestrafung wegen versuchten besonders schweren räuberischen Diebstahls wäre im entschiedenen Fall wohl daran gescheitert, dass der Täter davon ausging, dass das Opfer das Messer nicht sieht.

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch dann zu bejahen wäre, wenn der Täter das Messer statt in der Hand nur in seinem Rucksack bei sich geführt und das Opfer verbal auf dieses aufmerksam gemacht hätte.⁴² Zur Begründung führt er an, dass es „insoweit keinen Unterschied machen [kann], ob der Täter die Waffe verwendet, indem er dem Opfer diese in einer durchsichtigen Plastiktasche zeigt oder ob er auf die im undurchsichtigen Rucksack befindliche Waffe verbal hinweist“.⁴³ Lässt man mit dem 3. *Strafsenat* eine mittelbare akustische Wahrnehmung des Tatmittels genügen, ist dieses Ergebnis durchaus folgerichtig, da das Opfer auch in der Abwandlung über die akustische Wahrnehmung der Drohung mit dem Einsatz des im Rucksack befindlichen Messers von dem Tatmittel Kenntnis erlangt hat.

Überzeugend ist dies jedoch nicht. Voraussetzung für das Verwenden eines Drohmittels i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist, dass der Täter durch den Einsatz des Mittels die Einschüchterungswirkung seiner Drohung verstärkt. Mithin muss das Opfer so mit dem Drohmittel konfrontiert werden, dass es nicht nur die Drohung, sondern auch das Drohmittel sinnlich wahrnimmt und so in eine gegenüber dem Grundtatbestand nochmals gesteigerte Zwangslage gerät. Nur dann wird die Drohung mit einer Leib- oder Lebensgefahr – wie sich anschaulich aus der Perspektive des Opfers zeigt – für das Opfer tatsächlich Wirklichkeit, weil es den gefahrbezüglichen Umstand selbst realisiert, statt bloß einem verbalen Hinweis auf ein (vermeintlich, hoffentlich nicht) mitgeführtes Drohmittel Glauben zu schenken. Belässt es der Täter bei einem solchen Hinweis auf ein bei sich geführtes Mittel, realisiert das Opfer lediglich die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, was – wie bereits erwähnt – die §§ 249 Abs. 1, 252, 255 StGB schon grundtatbestandlich voraussetzen. Das zeigt sich bereits darin, dass es für die Einschüchterungswirkung des verbalen Hinweises keinen Unterschied macht, ob der Täter das Tatmittel tatsächlich bei sich führt oder nicht. Der verbale Hinweis auf eine in einem undurchsichtigen Rucksack mitgeführte Waffe kann dabei entgegen *Jäger* gerade nicht mit dem Vorzeigen einer in einer durchsichtigen Plastiktasche befindlichen Waffe gleichgesetzt werden. Nur im letzteren Fall nimmt das Opfer die Waffe selbst (visuell) wahr und sieht sich so einer durch die unmittelbare Konfrontation mit der Waffe verstärkten Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben ausgesetzt, weshalb die für die Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu fordernde besondere Einschüchterungswirkung zu bejahen ist.

Auch mit Blick auf die von der Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorausgesetzte erhöhte Eskalationsgefahr ist eine systematisch konsistente Abgrenzung zu § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB nur dann möglich, wenn § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf diejenigen Fälle beschränkt wird, in denen

der Täter das Tatmittel selbst dem Opfer unmittelbar zur Wahrnehmung bringt. Dies lässt sich anhand von fünf Beispielfällen illustrieren: 1. Der Täter eines Raubes droht seinem Opfer an, dieses „mit einem Messer abzustechen“, obwohl er kein Messer bei sich führt. Da der Täter nie ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt hat, kommt allein eine Bestrafung nach § 249 Abs. 1 StGB in Betracht. 2. Der Täter handelt wie in Beispielfall 1, führt diesmal jedoch in seinem Rucksack ein Messer bei sich. Die Bestrafung nach dem nunmehr zusätzlich verwirklichten § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB trägt der durch das Beisichführen des gefährlichen Werkzeugs geschaffenen „allgemeinen“ Eskalationsgefahr Rechnung, die sich aus der Zugriffsmöglichkeit des Täters auf ein besonders verletzungstaugliches Mittel ergibt.⁴⁴ 3. Anders als in Beispielfall 2 zieht der Täter das Messer aus seinem Rucksack und hält es dem Opfer drohend vor. Der Täter verwirklicht jetzt auch die Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Im Vergleich zu Beispielfall 2 ist die Eskalationsgefahr deutlich erhöht, weil der Täter das Messer durch das Vorzeigen näher an das Opfer und an einen Einsatz als Gewaltmittel herangeführt hat. Der Zugriff auf das Messer durch den Täter ist mithin bereits erfolgt, er kann mit diesem sofort zustechen. Dies gilt gleichermaßen, wenn der Täter dem Opfer das Messer in den Rücken drückt oder das Messer über einen Tisch schleift. Es zeigt sich somit, dass in den Fällen, in denen der Täter das Tatmittel selbst dem Opfer unmittelbar zur Wahrnehmung bringt – gleich ob auf visuellem, taktilen oder akustischem Weg – die Eskalationsgefahr gegenüber § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB deutlich erhöht ist.

4. Der Täter eines Raubes droht seinem Opfer an, dieses „mit einem Messer abzustechen“, und führt dabei in seinem Rucksack ein Messer bei sich. Beispielfall 4 entspricht der schon oben angesprochenen Abwandlung von *Jäger*, der sich für eine Gleichbehandlung mit Beispielfall 3 ausspricht, d.h. neben §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB auch § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB bejahen will. Wie schon oben ausgeführt, scheitert § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB jedoch an der fehlenden sinnlichen Wahrnehmung des Messers durch das Opfer, das allein die Drohung des Täters akustisch wahrgenommen hat. In Beispielfall 4 ist der Täter somit allein nach §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB zu bestrafen, was auch hinsichtlich der bestehenden Eskalationsgefahr ein stimmiges Ergebnis ist. Im Unterschied zu Beispielfall 3 hat der Täter durch die verbale Bezugnahme auf das bei sich geführte Messer dieses nicht näher an das Opfer und an einen Einsatz als Gewaltmittel herangeführt, ein Zugriff des Täters auf das Messer ist gerade noch nicht erfolgt. Die in Beispielfall 4 bestehende Eskalationsgefahr entspricht vielmehr derjenigen in Beispielfall 2.

5. Der Täter eines Raubes führt in seinem Rucksack ein täuschend echt aussehendes, aber harmloses Spielzeugmesser und ein scharfes Küchenmesser bei sich. Als er auf das Opfer trifft, zieht er das Spielzeugmesser, hält es dem Opfer dro-

⁴² Siehe *Jäger*, JA 2021, 77 (79), nach dem das unterschiedliche Gefährdungspotential allein auf Ebene der Strafzumessung, gegebenenfalls durch die Annahme eines minder schweren Falls nach § 250 Abs. 3 StGB, zu berücksichtigen ist.

⁴³ *Jäger*, JA 2021, 77 (79).

⁴⁴ Zum Grund der Strafschärfung des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB siehe *Fischer* (Fn. 3), § 250 Rn. 3; *Habetha* (Fn. 7), § 250 Rn. 7; *Hochmayr* (Fn. 2), S. 57 f.; *Wittig* (Fn. 3), § 30 Rn. 120.

hend vor, und kündigt an, dieses bei Widerstand „mit einem Messer abzustechen“. Durch das drohende Vorzeigen des ungefährlichen Spielzeugmessers verwirklicht der Täter neben § 249 Abs. 1 StGB die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB, mit der der Gesetzgeber des 6. StrRG gerade den Einsatz von ungefährlichen „Scheinwaffen“ durch den Täter erfassen wollte.⁴⁵ Lässt man bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB eine mittelbare akustische Wahrnehmung genügen, liegt es nun nahe, hinsichtlich des durch den Täter im Rucksack bei sich geführten Küchenmessers nicht nur § 250 Abs. 1a StGB, sondern auch § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu bejahen, da nach dem Ansatz des 3. *Strafsenats* das Opfer über die akustische Wahrnehmung der Drohung auch das Küchenmesser wahrgenommen hat und dieses damit durch den Täter für die Drohung verwendet wurde.

Dieses Ergebnis überzeugt nicht. Erstens fehlt es an einer durch das Küchenmesser bewirkten verstärkten Einschüchterungswirkung beim Opfer, da dieses das Küchenmesser selbst nicht wahrgenommen hat. Zweitens besteht keine gegenüber § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB erhöhte Eskalationsgefahr, weil der Täter allein auf das Spielzeug-, nicht aber auf das Küchenmesser zugegriffen hat. Das Küchenmesser ist durch den Täter nicht näher an das Opfer und an einen Einsatz als Gewaltmittel herangeführt worden. Die aus der Zugriffsmöglichkeit des Täters auf das im Rucksack befindliche Küchenmesser resultierende „allgemeine“ Eskalationsgefahr kann sachgerecht – wie in Beispielsfall 2 und 4 – über eine Bestrafung nach § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB erfasst werden. Drittens muss gesehen werden, dass sich der Täter auf den Einsatz des ungefährlichen Spielzeugmessers beschränkt hat. Der Einsatz ungefährlicher „Scheinwaffen“ ist abschließend in § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB geregelt, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst allein die Verwendung von Waffen oder anderen gefährlichen Werkzeugen.⁴⁶ Setzt der Täter eine „Scheinwaffe“ ein, die er gegenüber dem Opfer mit seiner Drohung verbal als gefährlich darstellt, verwendet er damit nicht zugleich ein anderes von ihm bei sich geführtes gefährliches Tatmittel, nur weil dieses dem vom Täter verbal „vorgetäuschten“ gefährlichen Gegenstand entspricht.

Schließlich führt der Ansatz des 3. *Strafsenats* zu wenig plausiblen Ergebnissen bei der Abgrenzung von Versuch und

Vollendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Droht beispielsweise der Täter eines Raubes dem Opfer an, dieses zu töten, und hält zur Unterstreichung der Drohung dem Opfer ein Messer vor, liegt neben §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB nach einhelliger Ansicht lediglich ein Versuch des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vor, wenn das Opfer in der Hektik des Geschehens das Messer nicht bemerkt und lediglich die Tötungsdrohung des Täters wahrgenommen hat. Wandelt man den Fall nun dahingehend ab, dass der Täter dem Opfer androht, dieses „mit einem Messer abzustechen“, ist bei konsequenter Anwendung des Ansatzes des 3. *Strafsenats* eine Vollendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu bejahen, weil das Opfer das Messer zwar nicht visuell, aber vermittelt über die akustische Wahrnehmung der Drohung des Täters wahrgenommen hat. Die beiden Fälle unterscheiden sich lediglich darin, dass der Täter im zweiten Fall bei der Drohung explizit auf das eingesetzte Drohmittel Bezug genommen hat und sich so eine mittelbare akustische Wahrnehmung des Drohmittels konstruieren lässt. Dieser Unterschied kann die Annahme einer Vollendungsstrafbarkeit jedoch nicht rechtfertigen, da auch im zweiten Fall die Drohung durch das Vorzeigen des Messers erfolglos geblieben ist, weil das Opfer das eingesetzte Messer gerade nicht wie vom Täter beabsichtigt wahrgenommen hat. In beiden Fällen hat das Opfer allein die Tötungsdrohung des Täters wahrgenommen, was aber schon Voraussetzung für die Verwirklichung des Grundtatbestandes ist. Die Einschüchterungswirkung ergibt sich in beiden Fällen allein aus der besonderen Glaubhaftigkeit der Drohung.

Der Ansatz des 3. *Strafsenats* birgt somit die Gefahr, dass über ein zu extensives Verständnis der akustischen Wahrnehmung eigentlich gescheiterte und deshalb nur als Versuch zu erfassende Fälle des Drohmitteleinsatzes als vollendet angesehen werden. Diese Gefahr lässt sich vermeiden, wenn man für eine Vollendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verlangt, dass das Opfer das eingesetzte Drohmittel selbst visuell, taktil oder akustisch wahrgenommen haben muss. Nimmt das Opfer das eingesetzte Drohmittel selbst entgegen der Tätervorstellung nicht wahr, liegt lediglich ein Versuch der Verwendung als Drohmittel nach §§ 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB vor, der – entgegen der Rechtsprechung⁴⁷ – hinter der vollendeten einfachen Qualifikation nach § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht zurücktritt, sondern zu dieser in Tateinheit nach § 52 StGB steht, um den Unrechtsgehalt der Tat im Urteilstenor vollständig abzubilden.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 44 f.; BT-Drs. 13/9064, S. 18; BGH NStZ 2007, 332 (333); *Boetticher/Sander*, NStZ 1999, 292 (293); *Dencker* (Fn. 3), S. 13; *Kreß*, NJW 1998, 633 (643); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 8 Rn. 5 ff.; *Sander* (Fn. 1), § 250 Rn. 42; krit. zu dieser gesetzgeberischen Entscheidung *Habetha* (Fn. 7), § 250 Rn. 20 f.; *Kindhäuser* (Fn. 35), § 250 Rn. 5 („sachwidrig und systematisch verfehlt“); *Vogel* (Fn. 33), § 250 Rn. 11 („kriminalpolitisch verfehlt“); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 2), Rn. 389; *Wittig* (Fn. 3), § 30 Rn. 124; ausführlich dazu *Bleicher* (Fn. 4), S. 214 ff.; *Hochmayr* (Fn. 2), S. 67 ff.

⁴⁶ Vgl. BGH NJW 1998, 2914 (2915) m. Anm. *Lesch*, StV 1999, 93; BGH NStZ-RR 1998, 358 (359); BGH NStZ-RR 2000, 43; BGH NStZ 2000, 156 (157); *Bosch* (Fn. 39), § 250 Rn. 28; *Fischer* (Fn. 3), § 250 Rn. 19; *Habetha* (Fn. 7), § 250 Rn. 31; *Maier* (Fn. 5), § 250 Rn. 35.

⁴⁷ BGH NJW 2004, 3437 mit insoweit abl. Anm. *Gössel*, JR 2005, 159; BGH NStZ 2012, 389 mit insoweit abl. Anm. *Jäger*, JA 2012, 307 (309); BGH NStZ 2016, 27; zust. *Duttge* (Fn. 5), § 250 Rn. 34; *Kudlich* (Fn. 9), § 250 Rn. 32; *Sinn* (Fn. 35), § 250 Rn. 67; *Vogel* (Fn. 33), § 250 Rn. 35; Tateinheit nimmt die Rechtsprechung nur dann an, wenn sich die Taten gegen verschiedene Opfer richten, siehe BGH NStZ 2012, 389.

⁴⁸ So auch *Jäger*, JA 2012, 307 (309); *Jäger*, JA 2021, 77 (79); *Kindhäuser* (Fn. 35), § 250 Rn. 27; *Maier* (Fn. 5), § 250 Rn. 60; *Sander* (Fn. 1), § 250 Rn. 73; nochmals anders mit eingehender Begründung *Gössel*, JR 2005, 159 (161), nach dem der Versuch des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB den vollende-

IV. Ergebnis

Die neue, erweiternde Auslegung des Merkmals „Verwenden“, die der 3. *Strafsenat* seinem Beschluss zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zugrunde legt, ist abzulehnen. Der Ansatz des BGH lässt sich weder methodisch überzeugend aus dem Gesetz herleiten noch vermag er in seinen Konsequenzen zu überzeugen. Angezeigt ist vielmehr eine Rückbesinnung auf die „alte“ Rechtsprechungslinie. Für die Drohungsalternative des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist es mithin notwendig, dass das Opfer das Drohmittel selbst wahrnimmt, mit diesem also visuell, taktil oder akustisch konfrontiert wird, und durch diese Konfrontation mit dem Mittel selbst im Sinne einer qualifizierten Zwangslage besonders eingeschüchtert wird.

ten § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB verdrängt, wobei aber dessen Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren nicht unterschritten werden darf.

Das Verhältnis von Eigentums- und Vermögensdelikten als ein Problem des allgemeinen Gleichheitssatzes

Zugleich: Plädoyer für die Aufgabe des „wirtschaftlichen“ Vermögens- und Schadensbegriffs

Von Dr. Sören Lichtenthäler, Wiesbaden*

I. Einleitung

Nach ganz überwiegender Meinung erfordert das Merkmal des Vermögensschadens eine in Geld messbare Einbuße. Als Bestandteil des Vermögens im Sinne der Vermögensdelikte kommt daher ausschließlich das in Betracht, was zum jeweiligen Tatzeitpunkt einen konkreten Geldwert hat („wirtschaftlicher“ Vermögensbegriff), und zu einem Vermögensschaden führt dessen Verlust nur dann, wenn er nicht in monetärer Hinsicht durch ein Äquivalent ausgeglichen wurde. Taugliches Tatobjekt eines Eigentumsdelikts kann demgegenüber alles sein, was in fremdem Eigentum steht – unabhängig davon, ob seine Beschädigung oder Wegnahme zugleich einen pekuniären Nachteil bedeutet. Hiernach verletzt also nicht jedes Eigentumsdelikt zugleich das Vermögen. Dass sich aus dieser Differenzierung gewisse Ungereimtheiten ergeben, ist keine sonderlich neue Erkenntnis,¹ wird aber zumeist als *de lege lata* unumgänglich hingenommen.² Im Folgenden möchte ich untersuchen, ob das tatsächlich der Fall ist. Zunächst soll aber herausgearbeitet werden, dass es sich, was bisher vernachlässigt wurde, bei jenen Inkonsistenzen, die die h.M. bedingt, um ein Problem mit verfassungsrechtlicher Dimension handelt.

II. Zu den Wertungswidersprüchen zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten auf Grundlage des wirtschaftlichen Vermögens- und Schadensbegriffs und ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz

Herrschend wird der Begriff des Vermögens (im Sinne der Vermögensdelikte) im Ausgangspunkt bekanntermaßen „wirtschaftlich“ und der seiner Beschädigung „objektiv“ bestimmt. Eine „wirtschaftliche“ Bestimmung des Vermögens („wirtschaftlicher“ Vermögensbegriff) meint dabei, dass Vermögensbestandteil nur das sein kann, was einen konkreten Geldwert hat. Das heißt: Der jeweilige Gegenstand muss also nicht nur prinzipiell übertragbar sein (abstrakter Geldwert),³ sondern muss sich nach den jeweiligen Marktverhält-

nissen zum Zeitpunkt der Tat konkret zu Geld machen lassen, mithin Abnehmer finden können, die bereit sind, für ihn (sei es für seine Überlassung auf Zeit oder Übertragung) Geld zu zahlen.⁴ Eine „objektive“ Bestimmung des Schadens („objektive“ Schadenslehre) wiederum bedeutet, dass der Verlust eines solchen Vermögensbestandteils nur dann zu einem Vermögensschaden führt, wenn das Vermögen insgesamt dadurch *per saldo* eine in Geld messbare Einbuße erfährt (was nicht der Fall wäre, wenn jener Verlust durch eine monetär-gleichwertige Gegenleistung kompensiert würde).⁵ Im Kontext der Straftaten gegen das Eigentum spielen solche „wirtschaftlichen“ Erwägungen hingegen keine Rolle: Auch Sachen, die keinen Abnehmer auf dem Markt finden und deren Verlust daher keinen negativen Saldo in der Vermögensbilanz hinterlässt, sind taugliche Tatobjekte der Eigentumsdelikte, solange sie nur in fremdem Eigentum stehen.

Welche Ungereimtheiten sich, jedenfalls *prima facie*, ergeben, wenn Sachen wie die ohne konkreten Geldwert zwar in den Schutzbereich der Eigentums-, nicht aber in den der Vermögensdelikte fallen, lässt sich besonders deutlich anhand des Grenzbereichs von Raub und räuberischer Erpressung illustrieren.⁶ Unabhängig von dem notorischen Streit um die Abgrenzung der beiden Tatbestände, dürfte nach (nahezu) allgemeiner Ansicht zumindest dann allein räuberische Erpressung gegeben sein, wenn jemand einen anderen durch den Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel dazu zwingt, ihm eine Sache herauszugeben, auf die er ohne ihn keinen Zugriff gehabt hätte, Raub hingegen, wenn er auf eine solche Mitwirkung des Genötigten nicht angewiesen ist und dieselbe Sache daher unter Einsatz derselben Nötigungsmittel kurzer-

* Der *Verfasser* ist Rechtsreferendar am LG Wiesbaden und Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Knierim und Kollegen, Mainz.

¹ Vgl. aus dem älteren Schrifttum nur *Doerr*, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, 1897, S. 205; *Brauweiler*, Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht, 1910, S. 28 f.; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, I. zu § 242; *Hirschberg*, Der Vermögensbegriff im Strafrecht, 1934, S. 3 f., 278, je m.w.N.

² Siehe nur BGH NStZ 2016, 596 (599); *Hoven*, in: Hilgen-dorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 28 Rn. 10, 14; *Hirschmann*, Besitzbetrug und Besitzerpressung, 2020, S. 113 mit Fn. 326.

³ Zu der Differenzierung zwischen konkretem und abstraktem Geldwert siehe nur *Nelles*, Untreue zum Nachteil von

Gesellschaften, 1991, S. 437 ff.; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 38; *Achenbach*, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 1005 (1010).

⁴ RGSt 44, 230 (233); BGH NStZ 2011, 699 (701); siehe im Übrigen nur die Darstellung bei *Achenbach* (Fn. 3), S. 1009 f.; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl., 2021, § 263 Rn. 147 ff., sowie *Hirschmann* (Fn. 2), S. 39 ff., der über die objektive Verwertbarkeit des Gegenstands hinaus eingrenzend fordert, dass sein Inhaber ihn zum Zeitpunkt der Tat auch (äußerlich erkennbar) entsprechend gewidmet hat.

⁵ Zur Unterscheidung von Vermögensbegriff und Schadenslehre siehe nur *Nelles* (Fn. 3), S. 311 ff., 335 ff.; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 252 f.

⁶ Vgl. nur *Rönnau*, in: Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 31 (38 ff.); *Korves*, Eigentumsunfähige Sachen?, 2014, S. 60.

hand wegnimmt.⁷ In Fällen von Sachen ohne konkreten Geldwert ergibt sich auf Grundlage des „wirtschaftlichen“ Vermögensbegriffs und der „objektiven“ Schadenslehre das folgende Bild: Wer eine solche (für ihn fremde) Sache unter Verwendung einer Waffe in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegnimmt, macht sich eines (besonders) schweren Raubes schuldig und hat deshalb eine Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren (in einem minder schweren Fall: von einem Jahr) zu erwarten. Wer hingegen unter gleicher Verwendung derselben Waffe jemanden dazu zwingt, ihm dieselbe („wertlose“) Sache aus einem für ihn unzugänglichen Tresor (oder Versteck etc.) herauszugeben, kann mangels Vermögensschadens lediglich wegen Nötigung mit einer Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu fünf Jahren (bzw. mit einer Geldstrafe) belegt werden.⁸ Entsprechendes gilt dann, wenn der Täter für die von ihm erbeutete Sache ein Äquivalent (bspw. eine entsprechende Geldsumme) hingibt: Während dies nämlich die Strafbarkeit wegen Raubes unberührt ließe, hätte das Vermögen seinem Geldwert nach per saldo keine Einbuße erlitten, weshalb nach einem „objektiv-wirtschaftlichen“ Verständnis kein Schaden vorläge. Es hängt auf Basis der herrschenden Auffassung in diesen Fällen also jeweils allein von der jeweiligen Angriffsform ab, ob der Täter wegen eines Verbrechens zu mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe zuzüglich etwaiger Qualifikationen oder wegen eines in der Mindeststrafandrohung nicht erhöhten Vergehens zu bestrafen ist.⁹

Nun stellt nicht jede vermeintliche oder tatsächliche systematische Inkohärenz zugleich einen Wertungswiderspruch und nicht jeder Wertungswiderspruch zugleich ein Problem von Verfassungsrang dar.¹⁰ Sowohl das eine als auch das

andere ist aber dann gegeben, wenn wertungsmäßig gleichgelagerte Sachverhalte unterschiedlich bewertet, in grundrechtlicher Diktion also willkürlich ungleich behandelt würden.¹¹

Entscheidend für die hier thematische Frage ist daher, ob die soeben gegenübergestellten Fälle wesentlich gleichartig sind oder ob es einen Sachgrund dafür gibt, sie unterschiedlich zu behandeln. Wesentlich gleichartig sind sie, wenn zwischen ihnen keine Unterschiede bestehen, die geeignet wären, das Ausmaß ihrer Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.¹² Wie gesehen, besteht der einzige Unterschied zwischen ihnen darin, dass der Täter in der einen Konstellation das Opfer dazu zwingt, ihm die begehrte Sache, auf die er ohne dessen Mitwirkung keinen Zugriff gehabt hätte, herauszugeben, während er sie in der anderen selbst wegnehmen kann und dies dann auch tut. Zu klären ist also, ob diese Differenz der jeweiligen Angriffsweisen so bedeutsam ist, dass sie die erheblichen Rechtsfolgenunterschiede, die sich auf Grundlage der h.M. an sie knüpfen, zu legitimieren vermag. Dies wäre dann der Fall, wenn sich aus dem Gesetz ergäbe, dass es anders – konkret nämlich: als deutlich geringeres Unrecht – zu bewerten sei, wenn der Täter die Sache vermittels des Willens und der Mitwirkung des Geschädigten erlangt, als wenn er sie unmittelbar selbst wegnimmt.

Für eine solche Wertentscheidung ist indes weder ein Anhaltspunkt im Gesetz noch ein sachlicher Grund ersichtlich. Der Gesetzgeber des StGB für die preußischen Staaten, dessen Regelung zu Raub und Erpressung mit nur geringfügigen und für die hiesige Frage irrelevanten Änderungen über das StGB für den Norddeutschen Bund Eingang in das RStGB von 1871 fand, maß dem Tatbestand der (räuberischen) Erpressung lediglich den Zweck bei, den auf das Eigentum verengten Anwendungsbereich des Raubes um alle möglichen

⁷ Zu diesen Kriterien *Otto*, ZStW 79 (1967), 59 (86 f.); *Küper*, NJW 1978, 956; *Maiwald/Momsen*, in: Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 11. Aufl. 2019, § 42 Rn. 45 f.; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 249 Rn. 2. Zu der abweichenden Interpretation *Schlehofer*s siehe unten Fn. 20.

⁸ Vgl. *Kindhäuser*, in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 635 (636 f.); *Varwig*, Zum Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens, 2011, S. 78; *Hoyer*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 339 (346 f.); *ders.*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 110 f.; *Wang*, Die Vermögensverfügung als Tatbestandsmerkmal des Betrugs, 2016, S. 41; ferner nochmals die oben in Fn. 1 Genannten.

⁹ Vgl. BGHSt 44, 251 (254); BGH NStZ 2016, 149; krit. schon *Roterling*, GA 1900, 407 (423); *Doerr* (Fn. 1), S. 196 f.; *Hirschberg* (Fn. 1), S. 3 f.

¹⁰ Zur Frage, inwieweit die Idee der Einheit der Rechtsordnung im Sinne ihrer Widerspruchsfreiheit Verfassungsrelevanz hat siehe nur *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1975, passim; *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 282 ff.;

Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, passim; *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.8.2021, Art. 3 Rn. 95 ff. m.w.N. Anderer Ansicht (jeder Wertungswiderspruch ist per se ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG) sind *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 116, 124 ff.; wohl auch *Renzikowski*, GA 1992, 159 (170 f.). Das BVerfG sieht in einer nicht durchgehaltenen Wertung, wenn überhaupt, bloß ein Indiz für eine Ungleichbehandlung, siehe nur BVerfGE 104, 74 (87).

¹¹ Zum Begriff des Wertungswiderspruchs unter diesem Gesichtspunkt *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., 2019, S. 179 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 334.

¹² Siehe nur BVerfGE 129, 49 (68 f.); *Kischel* (Fn. 10), Art. 3 Rn. 17, je m.w.N. Damit soll an dieser Stelle weder die sog. Willkürformel, noch die „neue“, noch die „neueste“ Formel des BVerfG als Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt, sondern zunächst nur die abstrakten und entsprechend auszufüllenden Voraussetzungen benannt werden, unter denen eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist (vgl. zu den unterschiedlichen „Formeln“ des BVerfG wiederum *Kischel* [Fn. 10], Art. 3 Rn. 28 f.).

chen anderen Vermögensrechte zu ergänzen.¹³ Dass er zwischen der Angriffsweise des Raubes einerseits und der räuberischen Erpressung andererseits wertungsmäßig einen Unterschied gesehen hätte, ließ er hingegen nicht erkennen. Ganz im Gegenteil traf er die bis heute geltende Anordnung, dass der räuberische Erpresser „gleich einem Räuber“ zu bestrafen ist, was wenig Sinn hätte, wöge die Angriffsweise der räuberischen Erpressung ihrem Unrechtsgehalt nach per se weniger schwer als die des Raubes.¹⁴ Denn dann wäre die in systematischer Hinsicht einzig stimmige Konsequenz gewesen, die jeweiligen Strafordrohungen den unterschiedlichen Angriffsweisen entsprechend abzustufen.

Dafür, dass diese gesetzgeberische Wertentscheidung mittlerweile überholt oder aus anderen Gründen unbeachtlich wäre, ist kein Grund ersichtlich.¹⁵ Die Angriffsformen von Raub und räuberischer Erpressung sind daher nach dem Gesetz wertungsmäßig gleichartig: Sie unterscheiden sich nur in phänomenaler, nicht aber in normativer Hinsicht.¹⁶ Dementsprechend schrieb bereits *Hälschner* über Raub und (räuberische) Erpressung: „[...] im Verhältnisse zu den Thatbestandsmomenten, in denen sie übereinstimmen, erscheinen allerdings die beide Delicte unterscheidenden von so untergeordneter Bedeutung, daß die gesetzliche Unterscheidung von Raub und Erpressung als zweier verschiedenen Delicte ihre Erklärung nur in der historischen Entwicklung findet, während es an sich sehr wohl möglich und sachgemäßer sein würde, beide Delicte nur als verschiedene Begehungsformen des einen und selbigen der rechtswidrigen Abnöthigung eines Vermögensvortheils zusammenzufassen.“¹⁷

Ist der einzige Unterschied zwischen den oben gegenübergestellten Fällen aber normativ irrelevant, besteht zwischen ihnen auch kein Unterschied, der geeignet wäre, ihre völlig ungleiche Bewertung zu begründen. Es ist deshalb nicht nur ein scheinbarer¹⁸, sondern ein echter Wertungs-

widerspruch, sie mit völlig unterschiedlichen Rechtsfolgen zu belegen, und hierin liegt zugleich eine Ungleichbehandlung wesentlich gleichgelagerter Sachverhalte. Sie zu vermeiden ist ein Gebot des in Art. 3 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Gleichheitssatzes.¹⁹ Die das Recht Anwendenden sind hierzu allerdings selbstverständlich nur insoweit berechtigt und damit auch nur insoweit verpflichtet, als ihnen die Grenzen der Gesetzesauslegung dies gestatten. Weil jene Wertungswidersprüche zwischen den Eigentums- und Vermögensdelikten auf der herrschenden Annahme beruhen, dass es zwar nicht für erstere, wohl aber für letztere darauf ankomme, ob das Vermögen des Geschädigten per saldo eine in Geld quantifizierbare Einbuße erlitten hat,²⁰ ist daher im Folgenden zu untersuchen, ob das Gesetz sie zwingend vorgibt ist oder ob Alternativen zu ihr existieren.

III. Zu den Möglichkeiten der Beseitigung von Wertungswidersprüchen zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten

1. Restriktion der Eigentumsdelikte

Wie alle Ungleichbehandlungen können auch die hier in Rede stehenden auf unterschiedlichen Wegen behoben werden: Man kann die bisherige Deutung der Eigentumsdelikte in den genannten Punkten der herrschenden Auslegung der Vermögensdelikte oder umgekehrt die Auslegung der Vermögensdelikte insoweit der der Eigentumsdelikte angleichen.

Ersteres hätte zur Folge, dass auch ein Eigentumsdelikt nur dann angenommen werden dürfte, wenn das Vermögen des Geschädigten insgesamt eine in Geld zu quantifizierende – nicht durch ein Äquivalent kompensierte – Minderung erfährt: Weder die Wegnahme einer Sache, die zum Zeitpunkt der Tat keinen aktuell realisierbaren Geldwert aufweist, noch die einer Sache, deren Verlust in monetärer Hinsicht durch die Hingabe eines Äquivalents kompensiert wird, stellte dann ein Eigentumsdelikt dar.²¹ Da die entsprechenden

¹³ Vgl. *Goldammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die preußischen Staaten Theil 2, 1852, S. 522, 526; sowie Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Aktenstück Nr. 5 des Reichstags des Norddeutschen Bundes, S. 77, abgedruckt bei Schubert (Hrsg.), Kodifikationsgeschichte Strafrecht, Bd. 2, 1992.

¹⁴ Vgl. nur: *Küper*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 495 (502).

¹⁵ Zu den Voraussetzungen, unter denen der Wille des Gesetzgebers unbeachtlich werden kann: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl., 2020, Rn. 730d.

¹⁶ Ob sich Entsprechendes für das Verhältnis von Betrug und Diebstahl sagen lässt, kann hier offenbleiben – dafür: *Hoyer* (Fn. 8 – SK-StGB), § 263 Rn. 7, 110 f.; *ders.*, in: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 65 (74 f.); *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 47; ähnl.: *Rotering*, GA 1900, 407 (423 f.); *Brauweiler* (Fn. 1), S. 29; *Lampe*, in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 59 (77); *Bittner*, MDR 1972, 1000.

¹⁷ *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 2, 1. Abt., 1884, S. 365; zustimmend: *Doerr* (Fn. 1), S. 205.

¹⁸ So aber *Kudlich* (Fn. 4), Vor §§ 249 ff. Rn. 1.

¹⁹ Siehe nur *Larenz* (Fn. 11), S. 334.

²⁰ Auch auf Basis des *Schlehofer*schen Verständnisses von Raub und räuberischer Erpressung ließen sich die aufgezeigten Wertungswidersprüche nicht gänzlich vermeiden. Denn zwar wäre hiernach ein abgenötigtes Einverständnis in den Gewahrsamswechsel per se unwirksam, weshalb in den oben genannten Konstellationen unabhängig von §§ 253, 255 StGB jedenfalls immer (auch) ein Raub zu bejahen wäre (Einwilligung und Einverständnis, 1985, S. 56 ff., 63 ff., 67 f.). Da er jedoch für den Raub, nicht aber für die räuberische Erpressung, mit der h.M. einen „unmittelbaren“ (engen räumlich-zeitlichen) Zusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme fordert, bleiben Ungereimtheiten wie die hier thematischen gleichwohl möglich, wenn man eine im Ausgangspunkt wirtschaftliche Vermögens- und Schadenslehre zugrunde legt (vgl. a.a.O., S. 72).

²¹ Vgl. v. *Bar*, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart 4 (1884), 1 (19 f.); *Doerr* (Fn. 1), S. 95 ff., 98 ff., 124 ff., 135 ff., 186 ff.; *John*, ZStW 1 (1881), 222 (267). Aus jüngerer Zeit de lege ferenda *Lampe* (Fn. 16), S. 76 f. Näher

Tatbestände eine derartige Einschränkung ihrem Wortlaut nach vermissen lassen, wäre hierfür eine teleologische Reduktion erforderlich. Diese müsste von der Prämisse ausgehen, dass die Eigentumsdelikte ausschließlich solches Eigentum garantieren sollen, für das sich zum Zeitpunkt der Tat neben dem Eigentümer noch mindestens eine andere Person interessiert und für das diese bereit wäre, Geld zu bezahlen. Der Gesetzgeber des StGB für den Norddeutschen Bund hatte sich seinerzeit in Übereinstimmung mit dem StGB für die preußischen Staaten explizit gegen eine solche Einschränkung ausgesprochen.²² Diese legislative Entscheidung, die *Binding* für einen großen „Kulturfortschritt“ hielt, hat auch den Sinn des Eigentumsrechts auf ihrer Seite, der sich nicht allein in dessen monetär quantifizierbarer Potenz erschöpft.²³ Eigentum soll dem Einzelnen vielmehr insgesamt eine Sphäre gewährleisten, in der dieser sich nach seinen eigenen Vorstellungen im äußerlich-gegenständlichen Bereich verwirklichen kann. Eigentum ist ein Stück „geronnener“ Freiheit, und deren Schutzwürdigkeit hängt nicht davon ab, ob die jeweiligen Dinge, in der diese sich verkörpert, auch von irgendwem anders für so begehrenswert gehalten werden, dass er oder sie bereit wäre, sie ihm abzukaufen.²⁴ Dementsprechend wird eine Reduktion der Eigentumsdelikte auf den Schutz konkretgeldwerter Sachen, soweit ersichtlich, heute nicht mehr vertreten.²⁵

2. Zur prinzipiellen Zulässigkeit einer nicht-wirtschaftlichen Bestimmung von Vermögens- und Schadensbegriff

Die einzig mögliche Alternative, um die Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten zu vermeiden, wäre daher eine Verabschiedung des herrschenden Dogmas, dass ein Vermögensschaden stets eine in Geld messbare Einbuße voraussetzt. Wie gesagt, wäre dieser Weg allerdings versperrt, wenn ein in dieser Hinsicht abweichendes Verständnis der Vermögensdelikte zwangsläufig die Grenzen der Auslegung überschritte.

a) Kein entgegenstehender Wortlaut; keine entgegenstehende Systematik

Der Wortlaut der Vermögensdelikte jedenfalls steht einer von der h.M. in diesem Punkt abweichenden Meinung nicht im

Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände, 1893, passim.

²² Siehe die in Fn. 13 zitierten Motive zum StGB für den Norddeutschen Bund, S. 74.

²³ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 1902, S. 239.

²⁴ In diese Richtung auch *G. Roth*, Eigentumsschutz nach der Realisierung von Zueignungsunrecht, 1986, S. 22 f.; *Niggli*, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, 1992, Rn. 210, 239 ff. Näher zur Teleologie der Eigentumsdelikte m.w.N. *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 176 ff.

²⁵ Auch *Bosch* (Fn. 7), § 242 Rn. 7, will Zueignungsunrecht nur bei Tatobjekten verneinen, die *völlig* ohne Wert sind, an denen also nicht einmal ein immaterielles Interesse besteht.

Wege. Der Begriff des Vermögens ist weit genug, um Eigentum – immerhin der Archetyp eines Vermögensrechts schlechthin – darunter selbst dann fallen zu lassen, wenn diesem ein konkreter Geldwert im eingangs beschriebenen Sinne fehlt.²⁶ Dementsprechend war auch der Gesetzgeber des StGB für die preußischen Staaten und der des StGB für den Norddeutschen Bund wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass Eigentum per se einen Vermögenswert (bzw. -vorteil) darstelle.²⁷ Auch der Begriff des Vermögensnachteils oder der Vermögensbeschädigung zwingt seinem schieferen Wortlaut nach nicht dazu, dass ein solcher stets und ausschließlich in einem genau bezifferbaren Geldabfluss bestehen müsste: Ohne ihn zu sprengen, könnte ebenso gut jede nachteilige Veränderung seiner Zusammensetzung darunter subsumiert werden.

Nicht selten wird allerdings angenommen, dem Vermögensstrafrecht i.w.S. liege eine spezifische Systematik zugrunde, wonach das Vermögen in seiner konkreten Zusammensetzung nur ausschnittshaft (in Form spezieller Vermögensrechte wie dem Eigentum oder dem Pfandrecht) und das Vermögen in seiner Gesamtheit aller möglichen Vermögensgüter nur seinem (Geld-)Werte nach geschützt werde.²⁸ In historischer Perspektive spricht gegen eine solche Deutung indes, dass, wie weiter oben bereits erwähnt, jedenfalls der Tatbestand der (räuberischen) Erpressung dem überkommenen des Raubes schlicht deshalb zur Seite gestellt wurde, um den sonst nur für das spezielle Vermögensrecht des Eigentums bestehenden Schutz auf Vermögensrechte generell zu erstrecken.²⁹ Die Annahme, dem Vermögensstrafrecht sei eine ausdifferenzierte Systematik zu eigen, die jedem Delikt bzw. jeder Deliktsgruppe trennscharf einen ihr eigenen Anwendungsbereich beschiede, dürfte ihren Grund demnach weniger in dessen gesetzgenetisch zufälliger Entwicklung als vielmehr in dem Bedürfnis finden, dieser ex post eine für sinnvoll gehaltene Ordnung zu geben.³⁰

²⁶ Zu erinnern ist nur an die berühmte etymologisch orientierte Definition v. *Savignys*, Vermögen sei „[...] die durch das Daseyn jener Rechte [scil.: Eigentum und Obligationen] uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen.“ (System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, 1840, S. 340 Anm. 2 b). Vgl. auch *Berolzheimer*, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 4, 1907, S. 14 ff.

²⁷ Vgl. *Goldammer* (Fn. 13), S. 522, 526, sowie die in Fn. 13 zitierten Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Aktenstück Nr. 5 des Reichstags des Norddeutschen Bundes, S. 77.

²⁸ Vgl. *Gemmer*, Tendenzen zur Erweiterung des Vermögensbegriffs beim Betrug, 1964, S. 50 ff.; *Samson*, JA 1989, 510 (513); *ders.* in: Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Stand: 20. Lfg., 1986, § 263 Rn. 161; *Pawlik* (Fn. 5), S. 263 f., 284 f., 290 f.; ähnlich *Hoven* (Fn. 2), § 28 Rn. 14.

²⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 13 sowie *Lüderssen*, GA 1968, 257 (262 f., 271).

³⁰ Vgl. im Zusammenhang mit der Frage nach dem Verhältnis von Raub und (räuberischer) Erpressung noch: *Küper* (Fn. 14),

c) *Prinzipielle Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BVerfG*

Einem Verständnis von „Vermögensschaden“, das keinen in Geld quantifizierbaren Nachteil voraussetzt, scheinen auf den ersten Blick allerdings die grundlegenden Entscheidungen des BVerfG³¹ zu jenem Merkmal entgegenzustehen. Schließlich geht das Gericht dort dezidiert von einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus und definiert diesen dementsprechend als „Gesamtheit geldwerter Güter einer Person“³², als eine „[...] wirtschaftliche Größe, deren Umfang zu einem bestimmten Zeitpunkt sich erst aus einer Bewertung ergibt“, in deren Rahmen dann der Wert der einzelnen Positionen bestimmt wird³³ oder als „[...] alles, was in Geldwert messbar ist“.³⁴ Was das Merkmal des Nachteils betrifft, gibt das BVerfG den Strafgerichten auf, dass diese den „[...] von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise [...] darlegen müssen“,³⁵ und betont weiter: „Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen.“³⁶

Die oben angesprochenen Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten scheinen vor diesem Hintergrund gesetzlich zwingend vorgegeben, die aufgezeigten Ungleichbehandlungen somit aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG unvermeidbar zu sein. Denn die verfassungsgerichtliche Bestimmung des Vermögens als einer „wirtschaftlichen Größe“ lässt für Dinge ohne konkreten Geldwert keinen Platz, schließlich ließe sich die durch deren Verlust herbeigeführte Vermögensminderung entgegen dem vom BVerfG aufgestellten Erfordernis nicht durch einen konkreten Geldwert ausdrücken bzw. müsste stets mit „Null“ beziffert werden.³⁷ Auf den ersten Blick scheinen diese Ausführungen daher zu genügen, um jedwede Kritik der im Ausgangspunkt wirtschaftlichen Vermögens- und Schadenslehren in Keim zu ersticken.³⁸

Dieser Schluss könnte sich jedoch als voreilig erweisen, wenn man bedenkt, dass nur den „tragenden Gründen“ einer bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG zukommt und diesen, jedenfalls nach ganz überwiegender Auffassung, auch nur insoweit, als sie die Auslegung des Grundgesetzes betreffen.³⁹ „Tragend“ in diesem Sinne sind nach Auffassung des BVerfG dabei all jene Rechtssätze, „die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfielen.“⁴⁰ Ob das der Fall ist, beurteilt sich ausschließlich nach dem für einen Außenstehenden erkennbaren, „objektiven Gehalt“ der Begründung und nicht etwa danach, inwieweit den beteiligten Richterinnen und Richtern (subjektiv) eine bestimmte Rechtsauffassung als wichtig erschien oder nicht: Maßgeblich für die Bindungswirkung ist allein die Entscheidungserheblichkeit der Gründe.⁴¹

Zu untersuchen ist demnach, ob es sich bei den oben wiedergegebenen Ausführungen des BVerfG zum Vermögens- und Schadensbegriff um in diesem Sinne „tragende“ Entscheidungsgründe handelt. Um dies zu prüfen, muss man sich den spezifischen Kontext jener Aussagen vor Augen führen: Im Mittelpunkt der genannten Entscheidungen stand bekanntermaßen die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Vermögensgefährdung bereits als Vermögensschaden qualifiziert werden kann, ohne damit unter der Hand das gesetzlich vorgegebene Erfordernis abzuschaffen.⁴² Zudem und damit eng zusammenhängend ging es dem Gericht mit Blick auf § 266 StGB darum, deutlich zu machen, dass der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt es verbietet, ohne Weiteres von einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht schon auf das Vorliegen eines Vermögensnachteils zu schließen, beide Tatbestandsmerkmale also gleichsam zu „verschleifen“, weil ihnen anderenfalls ihr eigenständiger und strafbarkeitsbegrenzender Gehalt genommen würde („Verschleifungsverbot“).⁴³

S. 501 f.; *Erb*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 711 (720); *Kindhäuser* (Fn. 3), Vor §§ 249 ff. Rn. 38.

³¹ BVerfG NJW 2009, 2370; BVerfGE 126, 170; BVerfG NJW 2013, 365.

³² BVerfGE 126, 170 (200).

³³ BVerfGE 126, 170, (206).

³⁴ BVerfG NJW 2009, 2370 (2371).

³⁵ BVerfGE 126, 170 (211); 130, 1 (47).

³⁶ BVerfGE 126, 170 (212, 228); 130, 1 (48).

³⁷ Vgl.: *Wostry*, Schadensbezifferung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges, 2016, S. 38 ff.

³⁸ Vgl. *Saliger*, NJW 2010, 3195 (3196); *ders.*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Fn. 8), S. 455 (481 f.); *ders.*, HRRS 2012, 363 (364 ff.); *ders.*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl., 2020, § 263

Rn. 153, 159; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 4. Aufl., 2019, § 263 Rn. 152; *Schlösser*, NStZ 2012, 473 (476); *ders.*, HRRS 2014, 395 (397); *ders.*, in: *Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg* (Fn. 6), S. 89 (94 ff.); *Steinert*, HRRS 2014, 58 (60); *Krüger*, NStZ 2011, 369 (374). Im Ergebnis auch *Hirschmann* (Fn. 2), S. 113 (Fn. 326), und wohl auch *Wostry* (Fn. 37), S. 38 ff.

³⁹ BVerfGE 1 14 (37); BVerfG NJW 2011, 441 (442); v. *Ungern-Sternberg*, in: *Walter/Grünwald* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Stand: 1.1.2021, § 31 Rn. 25 ff. mit Nachweisen auch zur Gegenauffassung.

⁴⁰ BVerfGE 96, 375 (404).

⁴¹ BVerfGE 96, 375 (404).

⁴² BVerfG NJW 2009, 2370; BVerfGE 126, 170 (221 ff.); 130, 1 (47 ff.).

⁴³ BVerfGE 126, 170 (198, 211 f., 228). Eingehend dazu *Mehl*, *Das Verschleifungsverbot*, 2020, S. 187 ff.

Verallgemeinernd lässt sich daraus die die Entscheidung tragende und deshalb die Rechtsanwendung bindende Aussage destillieren, dass es aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG verboten ist, unrechtskonstitutive Tatbestandsmerkmale dergestalt zu deuten, dass immer, wenn das Vorliegen des einen Merkmals angenommen wird, eo ipso auch das des anderen zu bejahen wäre. Um diese Begrenzung bei der Anwendung von §§ 263 und 266 StGB abzusichern, muss, so das BVerfG, in Fällen, in denen bereits die Möglichkeit zukünftiger Ereignisse zur Begründung einer gegenwärtigen Minderung des Vermögens ausreichen soll, diese nachvollziehbar beziffert werden.⁴⁴ Das „Bezifferungserfordernis“ hat somit zum einen den Zweck, zu verhindern, dass schlechterdings jeder riskante und treuepflichtwidrige oder täuschungsbedingte Umgang mit anvertrautem oder eigenem Vermögen für schadensbegründend gehalten wird; zum anderen soll es sicherstellen, dass die Vollendungsstrafbarkeit nicht in den Bereich des Versuchs vorverlagert wird.⁴⁵ Daraus erhellt dann auch die Ausnahme vom Erfordernis der Bezifferung bei, wie es heißt, „einfach gelagerten und eindeutigen Fällen“⁴⁶, denn dort bestehen derartige Gefahren nicht.

Inwiefern nur „wirtschaftlich-objektive“ Vermögens- und Schadenslehren diesen Anforderungen genügen können, hat das BVerfG dagegen weder geprüft noch hatte es hierzu Anlass. Solange ebendies aber nicht nachgewiesen ist, kann es sich bei seinem Bekenntnis zum herrschenden Vermögensbegriff und dem Prinzip der Gesamtsaldierung nicht um einen „tragenden“ und somit auch nicht um einen die Rechtsanwendung gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG bindenden Grund handeln.⁴⁷ Denn ohne aufzuweisen, dass das Grundgesetz insoweit nur *eine* Auslegung des einfachen Rechts zulässt, darf das BVerfG sie den Fachgerichten nicht als verbindlich vorschreiben, will es seine Kompetenzen nicht in seinerseits verfassungswidriger Weise überschreiten und sich zu einer „Superrevisionsinstanz“ aufschwingen.⁴⁸ Der Grund, weshalb das Gericht durchgehend von einem „wirtschaftlichen“ Vermögens- und Schadensbegriff ausgegangen ist, dürfte schlicht darin liegen, dass er es ist, den die Rechtsprechung vertritt, und allein sie es war, die zur Überprüfung stand. Bindend, weil mit Art. 103 Abs. 2 GG begründet, sind die Entscheidungen nur hinsichtlich des Verbots der „Verschleifung“ unrechtsbegründender Tatbestandsmerkmale und des daraus abgeleiteten Gebots, Eintritt und Höhe des Vermögensschadens in nicht eindeutigen Fällen, insbesondere in denen eines

gefährbedingten Schadens, nachvollziehbar darzulegen und zu beziffern.⁴⁹

Es ist nicht ohne Weiteres klar, dass jeder Versuch, das Merkmal des Vermögensschadens so auszulegen, dass die oben aufgezeigten Wertungswidersprüche zwischen den Eigentums- und Vermögensdelikten nicht auftreten, in Konflikt mit diesen Kautelen geraten müsste. Zwar wäre es dafür erforderlich, in jedem Verlust, den jemand an einer ihm gehörenden Sache erleidet, eine Minderung seines Vermögens zu sehen (mag sie zu diesem Zeitpunkt auch keinen in Geld messbaren Wert haben). Dem steht das „Bezifferungsgebot“ aber deshalb nicht entgegen, weil in diesen Konstellationen die Tatsache, *dass* der Geschädigte etwas verliert (und nicht nur die mehr oder weniger konkrete Gefahr eines solchen Verlusts besteht), evident ist und es sich somit um Fälle handeln dürfte, in denen an der Einbuße des Vermögenswertes keine Zweifel bestehen und es deren Bezifferung in Geld deshalb nicht bedarf. Ob eine entsprechende Auslegung im Einklang auch mit den sonstigen gesetzlichen Vorgaben entwickelt werden kann, gilt es nun im Weiteren anhand der Alternativen zum herrschenden Vermögensverständnis zu untersuchen – feststeht an dieser Stelle nur, dass diese nicht schon a limine unter Verweis auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung abgewiesen werden können.

IV. Alternativen zum wirtschaftlichen Vermögens- und Schadensbegriff

1. Rückkehr zu einer juristischen Vermögens- und Schadenslehre?

Auch wenn in der Literatur mitunter ein anderer Eindruck vermittelt wird, läuft eine Kritik der „wirtschaftlichen“ Vermögens- und Schadenslehre unter dem Gesichtspunkt der oben aufgezeigten Wertungswidersprüche nicht zwangsläufig auf ein Plädoyer für die Rückkehr zu einem wie auch immer gearteten „juristischen“ Vermögensbegriff hinaus. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil ein solcher Vermögensbegriff allein deren Auftreten überhaupt nicht verhüten könnte, schließlich wäre es, wie in der Vergangenheit nicht selten geschehen, möglich, ihn mit einer „objektiven“ Schadenslehre zu verbinden, d.h. trotz „juristischer“ Bestimmung des Vermögens für dessen Beschädigung gleichwohl eine Minderung seines in Geld bemessenen Gesamtwertes zu fordern – mit der Folge, dass Eigentum an „wertlosen“ Dingen zwar Bestandteil des Vermögens, sein Verlust aber kein Vermögensschaden wäre.⁵⁰

Ähnliches gilt für die Schadenslehre, die *Pawlik* auf Basis eines „reformulierten juristischen Vermögensbegriffs“ entwickelt hat: Seine Prämisse, dass die Vermögensdelikte das Vermögen nur in seiner „Potentialität“ schützen und – an-

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 126, 170 (211); 130, 1 (47 f.). Zum Verhältnis von „Verschleifungsverbot“ und „Bezifferungsgebot“: *Mehl* (Fn. 43), S. 242 ff.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 126, 170 (212).

⁴⁶ BVerfGE 126, 170 (211); 130, 1 (47).

⁴⁷ Vgl. *Becker*, HRRS 2010, 383 (387 f.). Zur Bindungswirkung in diesem Zusammenhang siehe *Krehl*, in: *Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg* (Fn. 6), S. 133.

⁴⁸ Vgl. *Bittmann*, *wistra* 2013, 1 (8); *ders.*, *wistra* 2013, 449 (450); *Ceffinato*, *NZWiSt* 2015, 90 (95 f.); *Kraatz*, *JR* 2012, 329; *Funck*, *Täuschungsbedingter Betrugsschaden*, 2017, S. 334 ff.

⁴⁹ Vgl. *Funck* (Fn. 48), S. 348 ff.; ähnlich, aber weitergehend: *Krehl* (Fn. 47), S. 133 (139).

⁵⁰ Vgl. *Merkel*, in: *Kriminalistische Abhandlungen*, Bd. 2 1. Abteilung, 1867, S. 103 ff.; *Hälschner*, *Das preußische Strafrecht*, Bd. 3, 1868, S. 356; *ders.* (Fn. 17), S. 249; *Oppenhoff*, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 14. Aufl. 1901, § 263 Fn. 13 f.

ders als die Eigentumsdelikte – nicht als einen Zustand „aktualisierter“ Freiheit,⁵¹ dürfte ebenfalls zu den oben genannten Verwerfungen zwischen den beiden Deliktgruppen führen. In ihrer Konsequenz liegt es nämlich, dass der Verlust einer Sache dann keinen Vermögensschaden darstellt, wenn dessen Inhaber an ihrer statt ein Äquivalent in Geld erhält (und somit wieder über dasselbe „Potential“ verfügt, wenn auch in einer anderen „aktualisierten“ Form), während eine derartige Entschädigung sub specie Eigentumsdelikte irrelevant wäre.

Auf Grundlage eines „juristischen“ Vermögensbegriffs könnten die hier thematischen Widersprüche daher nur ausgeräumt werden, wenn man ihn zugleich mit einer „juristischen“ oder „subjektiven“ Schadenslehre kombinierte. Dieser Weg, den am prominentesten und am konsequentesten wohl *Binding* beschritten haben dürfte, ist allerdings nur um den Preis anderer, nicht weniger gravierender Friktionen gangbar. Im „juristischen“ Sinne geschädigt ist *Binding* zufolge jeder, „[...] der ohne die Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, sowie Derjenige, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat, und dem grundlos eine Leistungspflicht aufgelegt wird –, ganz einerlei, ob wirtschaftlich jene Einbuße, wie in den weitaus meisten Fällen, sich auch als Verlust oder aber ausnahmsweise als Gewinn darstellt.“⁵² Hiernach belastet bereits der täuschungs- oder nötigungsbedingte Abschluss eines Vertrages – und nicht etwa erst dessen Erfüllung – das Vermögen und begründet so einen Schaden, und zwar unabhängig davon, ob die Möglichkeit besteht, sich, etwa durch die Ausübung von Gestaltungsrechten, wieder von ihm zu lösen.⁵³ Von den faktischen Güterbewegungen derart abzusehen, heißt allerdings, den Eintritt des Vermögensschadens und somit die Deliktvollendung weit in das Vorfeld einer *tatsächlichen* Einbuße an Vermögenswerten oder auch nur der realen Gefahr einer solchen vorzuverlagern, und provoziert so – abgesehen von der prinzipiell-straftheoretischen Fragwürdigkeit einer solchen Vorverlagerung – ebenfalls Ungereimtheiten mit Blick auf die Eigentumsdelikte. Denn während Diebstahl bzw. Raub mit dem Gewahrsamswechsel eine tatsächliche Güterverschiebung erfordern, genügte für Betrug oder räuberische Erpressung schon jede noch so unbeständige und vorläufige Begründung einer Rechtspflicht. Eingedenk der oben schon benannten normativen Äquivalenz von unmittelbarer und über den Willen des Opfers vermittelter Schädigung, jedenfalls bei Raub und räuberischer Erpressung, stellt auch dies einen Wertungswiderspruch und, je nach Perspektive, eine willkürliche Ungleichbehandlung wesentlich gleicher oder Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte dar.⁵⁴

2. Zum „intersubjektiven“ Vermögensbegriff Hoyers

Es ist daher eine Vermögens- und Schadenslehre erforderlich, die sich dezidiert zum Ziel setzt, eine mit den Wertungen der Eigentumsdelikte möglichst nicht widersprechende Auslegung des Merkmals „Vermögensschaden“ zu finden. Um eine solche hat sich in jüngster Zeit – neben *Kindhäuser* (zu ihm sogleich) – vor allem *Hoyer* bemüht. Für die Entwicklung seines Vermögensbegriffs geht er von der Erkenntnis aus, dass auch die Zueignungsdelikte stets das Interesse von mindestens zwei Personen voraussetzen, nämlich das des Geschädigten und das des Täters: Fehlte es ersterem, so hätte er sein Eigentum bereits aufgegeben oder es wäre wenigstens eine mutmaßliche Einwilligung in dessen Entziehung anzunehmen; fehlte es letzterem, handelte er ohne die nötige Absicht rechtswidriger Bereicherung. Verhielte sich der Täter rechtmäßig, müsste er, um an die von ihm begehrte, aber dem Geschädigten gehörende Sache zu gelangen, versuchen, sie ihm abzuhandeln. Selbst im Falle der Zueignung scheinbar „wertloser“ Dinge hätte der Geschädigte somit die Möglichkeit, sie feilzubieten und zu verwerten. Unter der kontrafaktischen Annahme, dass der Täter legal agierte, hätte diese also durchaus einen (Tausch-)Wert. Hieraus schlussfolgert *Hoyer*, dass der Zweck des Diebstahlsverbots darin bestehe, dem Geschädigten die Möglichkeit zu erhalten, seine Position mit einem weiteren an ihr Interessierten (gegen Geld) tauschen zu können.⁵⁵ Dies bildet die Grundlage für Hoyers „intersubjektiven“ Vermögensbegriff. Damit Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten wie die hier thematisierten vermieden werden können, muss es, um eine Position als Vermögensbestandteil qualifizieren zu können, ausreichen, dass mindestens zwei Personen an ihr interessiert sind und dieser darum „intersubjektiv“ ein (Tausch-)Wert zukommt. Weil aber auch zur übrigen Rechtsordnung keine Widersprüche auftreten sollen, sei es zudem erforderlich, dass der Geschädigte die legale Möglichkeit hätte, den Tauschwert jener Position zu realisieren (der Abschluss eines entsprechenden Geschäfts also nicht durch andere Teile der Rechtsordnung missbilligt wird). „Unter ‚Vermögen‘ ist demnach die Gesamtheit aller Positionen zu verstehen, die zumindest noch von einem weiteren Interessenten neben dem Opfer als geldwert angesehen werden und deren daraus erwachsender Tauschwert zudem auch von der Rechtsordnung gebilligt wird.“⁵⁶

Der Ausgangspunkt Hoyers, dass schon die Zueignungsdelikte das Interesse mindestens zweier Personen am Tatobjekt voraussetzen und damit theoretisch die Voraussetzungen für einen Tausch vorliegen, ist zwar durchaus bestechend.⁵⁷

⁵⁵ Vgl. *Hoyer* (Fn. 8 – FS Samson), S. 339 (348, 352); *ders.* (Fn. 8 – SK-StGB), § 263 Rn. 116, 121.

⁵⁶ *Hoyer* (Fn. 8 – FS Samson), S. 339 (351); *ders.* (Fn. 8 – SK-StGB), § 263 Rn. 118.

⁵⁷ So schon *Nitschke*, Die Systematik der Vermögensdelikte, 1934, S. 41 f.; vgl. auch: *Binding* (Fn. 23), S. 248 Anm. 4; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 40; *Kleszczewski*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 7 Rn. 8. Kritisch demgegenüber *Hirschmann* (Fn. 2), S. 43 f., der einwendet, dass damit das zu schützende Rechtsgut (Vermögensgegenstand) durch den

⁵¹ Vgl. *Pawlik* (Fn. 5), S. 263 f., 284 f., 290 f.

⁵² *Binding* (Fn. 23), S. 240.

⁵³ *Binding* (Fn. 23), S. 355.

⁵⁴ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 21, 270; *Hoyer* (Fn. 8 – SK-StGB), § 263 Rn. 102 f.

Unklar bleibt jedoch, weshalb daraus folgen soll, dass in dem Erhalt dieser hypothetischen Tauschmöglichkeit der einzige Zweck des Verbots rechtswidriger Zueignung bzw. Bereicherung bestünde. Allein die Überlegung, dass die Tatobjekte von Zueignungs- und Bereicherungsdelikten, schlicht weil sie Tatobjekte solcher Delikte geworden sind, einen potentiellen Tauschwert haben, heißt ja nicht, dass es allein aus diesem Grund verboten wäre, sie zu entwenden. In der Konsequenz einer solchen Annahme müsste es liegen, dass Sachen, die einzutauschen ihr Eigentümer nicht das geringste Interesse hat, vom Zweck des Diebstahlsverbots nicht mehr erfasst wären und es daher keinen Sinn hätte, ihre Wegnahme entsprechend zu bestrafen.⁵⁸ Im Ergebnis reduziert *Hoyer* sowohl die durch die Zueignungs- als auch die durch die Bereicherungsdelikte garantierten Interessen auf das eine: die Sache oder jeweilige Vermögensposition (gegen Geld) zu tauschen. Jedenfalls für die Zueignungs- bzw. Eigentumsdelikte vermag eine derart enge Sicht jedoch nicht zu überzeugen, weil der Sinn von Eigentum sich – wie oben angedeutet – nicht im Schutz merkantiler Interessen erschöpft.

Weil er infolge dessen für die Vermögenszugehörigkeit einer Position voraussetzt, dass diese im Einklang mit der Rechtsordnung hätte gegen Geld getauscht werden können, gelingt es *Hoyer* entgegen seinem Anspruch außerdem nicht, Eigentums- und Vermögensdelikte einer wertungswiderspruchsfreien Auslegung zuzuführen. Denn dass die Veräußerung (bzw. Übergabe) einer Sache verboten ist, muss ja nicht bedeuten, dass damit sämtliche vom Eigentumsrecht umfassten und durch die Eigentumsdelikte geschützten Weisen des Umgangs mit ihr ebenfalls der rechtlichen Missbilligung verfielen.⁵⁹ So wäre es ja bspw. ohne Weiteres denkbar, dass es jemandem erlaubt ist, bestimmte Betäubungsmittel zu besitzen, nicht aber, sie an andere abzugeben oder zu Geld zu machen. In einem solchen Fall wären sie (auch *Hoyer* zufolge⁵⁹) zwar taugliche Tatobjekte eines Zueignungs- bzw. Eigentumsdelikts und ihre Wegnahme in Zueignungsabsicht Diebstahl oder Raub; auf Basis seines „intersubjektiven“ Vermögensbegriffs wären sie jedoch kein Teil des strafrechtlich garantierten Vermögens, da ihr Inhaber sie nicht mit

Billigung der Rechtsordnung gegen Geld tauschen dürfte. Das ist ein klarer Widerspruch, wenn man mit ihm davon ausgeht, dass die durch § 249 und §§ 253, 255 bzw. § 242 und § 263 StGB vertypen Angriffsformen normativ gleichwertig sind.

3. Zur „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre *Kindhäusers*

Dem Ansatz *Hoyers* in dieser Hinsicht nicht unähnlich zielt auch die Vermögens- und Schadenslehre *Kindhäusers* unter anderem darauf, Ungereimtheiten zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten möglichst zu vermeiden. *Kindhäuser* geht davon aus, dass eine sinnvolle Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ bzw. „Vermögensnachteil“ bestimmte, sich aus Systematik und Teleologie des Gesetzes ergebende Anforderungen zu erfüllen habe, und da er diese Anforderungen „Funktionen“ nennt, bezeichnet er seine Vermögens- und Schadenslehre als „funktional“. Ob diese Namensgebung angesichts der damit evozierten Assoziationen zur funktionalistischen Gesellschaftsanalyse und ihrer Rezeption im Strafrecht⁶⁰ sowie des Umstandes, dass es in der Vergangenheit bereits einen „funktionalen“ Vermögens- und Schadensbegriff völlig anderen Inhalts gab,⁶¹ sonderlich glücklich ist, kann bezweifelt werden, soll aber als rein terminologische Frage hier nicht weiter vertieft werden.

Eine dieser „Funktionen“ des Vermögensbegriffs ist es jedenfalls, Kohärenz zwischen den beiden Deliktgruppen der Eigentums- und Vermögensdelikte herzustellen. Nach dem von *Kindhäuser* sog. Kohärenzkriterium darf es daher kein Eigentum geben, das nicht zugleich Vermögen im Sinne der Vermögensdelikte wäre;⁶² der Verlust von Eigentum (bzw. des darauf fußenden Besitzes) muss demnach auch dann als Vermögensminderung zumindest in Betracht kommen, wenn ihm aktuell überhaupt kein konkreter Geldwert zukommt.⁶³

Eine weitere Aufgabe, die eine Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ zu erfüllen hat, besteht in der Unterscheidung zwischen schädigenden und nicht-schädigenden Güterveränderungen. Wegen des „Kohärenzkriteriums“ kann diese Unterscheidung allerdings nicht da-

Angriff des Täters auf dasselbe erst geschaffen würde, was mit dem Zweck des Strafrechts, bereits vorhandene Rechtsgüter vor Straftaten zu schützen, nicht vereinbar sei. Hiergegen ließe sich freilich einwenden, dass sich nach *Hoyer* in der von Zueignungsabsicht getragenen Handlung des Täters nur *manifestiert*, dass die von ihm begehrte Sache Vermögenswert hat (unter der kontrafaktischen Prämisse, dass der Täter sich legal verhielte, hätte sie ihn theoretisch bereits vorher).

⁵⁸ Vgl. auch die Kritik von *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 404.

⁵⁹ Unterlägen die Dinge, etwa weil ihr Besitz verboten ist, hingegen der Einziehung, so wäre ihre Zueignung *Hoyer* zufolge nicht strafbar, weil es dieser materiell am Enteignungs- und damit am vollständigen Zueignungsunrecht fehle. Vgl. *Hoyer*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempff/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 361; zur Kritik *Lichtenthäler* (Fn. 24), S. 159 ff.

⁶⁰ *Kindhäuser* geht es, recht bescheiden, nicht um „Funktionen“ in diesem Sinne, sondern um das Erreichen bewusst gesetzter normativer Zwecke, vgl. zu diesem Unterschied nur *Ast*, ZIS 2018, 115.

⁶¹ *Weidemann*, Das Kompensationsproblem beim Betrug, 1972, S. 199 ff., 205 ff.; dazu *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1990, S. 423 ff.

⁶² Zustimmend *Rönnau* (Fn. 6), S. 38 ff.; *Korves* (Fn. 6), S. 60. Ähnlich im Ansatz bereits: *Bittner*, MDR 1972, 1000 (1001 f.).

⁶³ Dieser Zusatz versteht sich nicht von selbst, wie die oben erwähnte Kombination eines „juristischen“ Vermögensbegriffs mit einer „objektiven“ Schadenslehre zeigt. Auch *Niggli* (Fn. 24), Rn. 303 ff., 314 f., 575 ff., versteht Eigentum zwar per se als Bestandteil des Vermögens, qualifiziert den Verlust einer eigenen Sache aber wohl trotzdem nur dann als Vermögensschaden, wenn er eine Minderung des Vermögens seinem Geldwert nach herbeiführt.

nach getroffen werden, ob das Vermögen seinem in Geld bemessenen Gesamtwerte nach per saldo geschmälert wurde,⁶⁴ weshalb es eines anderen „Schadenskriteriums“ bedarf.⁶⁵ Statt die Vermögenslage insgesamt vor und nach dem möglicherweise schädigenden Ereignis zu vergleichen, nimmt *Kindhäuser* allein die Verschiebung des jeweiligen Vermögensgegenstandes in den Blick: Wurde dessen Einbuße dadurch kompensiert, dass sein bisheriger Inhaber einen fälligen und einredefreien Anspruch hat erfüllen oder einen selbst gesetzten Zweck hat erreichen können, wurde er nicht geschädigt; konnte er dies aber nicht, bedeutet seine Einbuße einen Vermögensschaden.⁶⁶ Freilich kann es dabei nicht auf beliebige, rein subjektive Zwecke ankommen, sondern ausschließlich auf solche, die für den Täter verbindlich gewesen sind. Das ist aber nur dann der Fall, wenn sie nach der zwischen dem Täter und dem potentiell Geschädigten geschlossenen Parteiabrede oder nach dem objektivierten Empfängerhorizont zum Inhalt der vorgenommenen Vermögensverschiebung gehören. Die Erwartung, dass der Zweck hätte erreicht werden können, muss mit anderen Worten eine berechnete gewesen sein.⁶⁷ Weil nur die Verwirklichung *selbstgesetzter* Zwecke die Vermögenseinbuße kompensiert und so schadensausschließende Wirkung entfaltet, vermag die „versprochene“ Gegenleistung des Erpressers, das von ihm angedrohte Übel nicht zu verwirklichen, sofern der Geschädigte leistet, eine solche nicht zu zeitigen. In den Fällen der (räuberischen) Erpressung ist ein Vermögensschaden nach dem Schadenskriterium *Kindhäusers* daher nur dann ausgeschlossen, wenn die Vermögensminderung des Genötigten durch einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch gerechtfertigt ist.⁶⁸

Auf dieser Grundlage lässt sich auch der Wertungswiderspruch vermeiden, der sich ergibt, wenn man mit der herrschenden Meinung zwar die (räuberische) Erpressung, nicht aber den Raub ausschließt, sobald der Nötigende ein geldwertes Äquivalent anstelle des von ihm Genommenen hingibt. Nach dem Schadenskriterium *Kindhäusers* wird das Vermögen des Genötigten in diesen Fällen allein deshalb geschädigt, weil die erzwungene Einbuße eines seiner Bestandteile nicht durch die Erreichung eines selbstgesetzten Zwecks kompensiert wurde, mag es seinem Gesamtwert nach auch keine Minderung erfahren haben.

Eine weitere an die Bildung eines Vermögensbegriffs zu stellende Anforderung, eine weitere „Funktion“, leitet *Kindhäuser* daraus ab, dass die Tatbestände des Betrugs und der Erpressung nicht nur eine Beschädigung des Vermögens voraussetzen, sondern mit der Bereicherungsabsicht ein auf die Verschiebung von Vermögen gerichtetes Handeln. Vermögensbestandteil kann demnach nur sein, was überhaupt (auf Kosten eines anderen) rechtswidrig erlangt werden

kann.⁶⁹ Zum Vermögen zählen daher nur solche Güter und Nutzungsmöglichkeiten, die auf eine andere Person rechtswirksam übertragen werden können und die somit zumindest einen abstrakten Geldwert haben.⁷⁰ „Rechtswirksame“ Übertragbarkeit bedeutet dabei, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass nur höchstpersönliche, schlechthin unübertragbare Rechte und Rechtsgüter wie etwa Leib, Leben, Familien- und Persönlichkeitsrechte oder die Arbeitskraft als solche aus dem Vermögensbegriff ausgesondert werden.⁷¹ Anders als *Hoyer* setzt *Kindhäuser* somit wohl nicht voraus, dass auch der konkrete Inhaber der jeweiligen Position sie mit Billigung des Rechts gegen Geld tauschen kann. Vielmehr genügt es für die Vermögenszugehörigkeit einer Position, dass sie an sich (prinzipiell, abstrakt) übertragbar, veräußerbar ist.

4. Von den Vorzügen der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre

Das Vermögen einer Person besteht nach *Kindhäuser* also in bereicherungsrechtlicher Diktion aus allem, was von ihr (rechtswirksam) geleistet und damit auch auf ihre Kosten (rechtswidrig) erlangt werden kann,⁷² d.h. aus sämtlichen ihr rechtlich zugeordneten übertragbaren (abstrakt geldwerten) Gütern.⁷³ Einen Vermögensschaden erleidet sie, wenn sie einen Vermögensgegenstand verliert, ohne dass dieser Verlust durch einen von ihr selbst gesetzten und für den Täter verbindlichen Zweck oder durch die Erfüllung eines fälligen und einredefreien Anspruchs kompensiert würde.⁷⁴

Sachlich bietet die Vermögens- und Schadenslehre *Kindhäusers* aus mehreren Gründen eine überzeugende Alternative zum herrschenden Dogma, wonach ein Vermögensschaden eine Minderung des in Geld bemessenen Gesamtvermögenswertes voraussetzt. Zunächst verhindert sie konsequent die mit diesem verbundenen sachgrundlosen Ungleichbehandlungen wesentlich gleichgelagerter Sachverhalte, ohne wie etwa der „intersubjektive“ Vermögensbegriff *Hoyers* oder die Lehre *Bindings* neue Verwerfungen zu zeitigen. Ferner hat *Kindhäusers* Lehre den Vorzug, dass er sie darauf gründet, welche Anforderungen sich konkret aus der Systematik der Vermögens- und Eigentumsdelikte und deren Tatbestandsstrukturen für den Begriff des Vermögens im Sinne der Vermögensdelikte sowie seiner Beschädigung ergeben, statt sie unvermittelt aus irgendwelchen, zumeist unabgeleiteten Annahmen darüber zu deduzieren, worin das „Wesen“ des Vermögens im Allgemeinen bestehen mag.⁷⁵ Schließlich

⁶⁴ Vgl. *Varwig* (Fn. 8), S. 79 ff.

⁶⁵ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 640 ff.

⁶⁶ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 645 ff.; *ders.* (Fn. 3), § 263 Rn. 39, 279 ff.

⁶⁷ *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 646 f.; *ders.* (Fn. 3), § 263 Rn. 280.

⁶⁸ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 253 Rn. 28. Anders, wie gesagt, die h.M., vgl. Fn. 9.

⁶⁹ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 36. Zum Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt *Kindhäuser* (Fn. 16 – FS Dachs), S. 65; *Schlack*, Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt, 2017, S. 35 ff. und passim.

⁷⁰ *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 637 f.; *ders.* (Fn. 3), § 263 Rn. 36.

⁷¹ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 637 f.; *ders.* (Fn. 3), § 263 Rn. 36.

⁷² *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 36.

⁷³ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 35.

⁷⁴ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 279 ff.

⁷⁵ Namentlich die „personalen“ Vermögens- und Schadenslehren neigen dazu, aus ihren meist nicht näher explizierten, vagen Bestimmungen der Teleologie des Vermögens als

hat er seine Interpretation von vornherein unter Berücksichtigung sämtlicher Vermögensdelikte und nicht nur mit Blick auf § 263 StGB entwickelt. Er entgeht damit einem gewissen Reduktionismus, der sich ergibt, wenn man, wie es dogmengeschichtlich betrachtet der Regelfall war, den Vermögens- und Schadensbegriff einseitig am Tatbestand des Betrugs entwickelt.⁷⁶ Denn während der Betrug typischerweise eine Situation voraussetzt, in der der Geschädigte einen Vermögensgegenstand hingibt, um eine – in seinen Augen äquivalente – Gegenleistung dafür zu erlangen, sodass es nicht fernliegt, auch lediglich sein Interesse an der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zu garantieren und diese in der „homogenen Ertragskategorie“⁷⁷ Geld auszudrücken,⁷⁸ wird diese Verengung jedoch dort fragwürdig, wo der Geschädigte sein Vermögen überhaupt nicht freiwillig zu Tauschzwecken einsetzt, es ihm vielmehr, wie bei §§ 253, 255 StGB, abgepresst und ein „Handel“ im besten Fall aufgenötigt wird. Weshalb auch in diesen Konstellationen ausschließlich sein monetäres „Kompensationsinteresse“⁷⁹ geschützt werden soll, leuchtet in teleologischer Hinsicht nicht ein.

V. Der „funktionale“ Vermögens- und Schadensbegriff und die Grenzen der Auslegung

Diese inhaltlichen Vorzüge der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre *Kindhäusers* können jedoch selbstverständlich nur dann fruchtbar gemacht werden, wenn diese sich innerhalb des durch das geltende Recht gesetzten Rahmens hält. Dass ihr anders als man auf den ersten Blick meinen könnte, jedenfalls das bundesverfassungsgerichtliche „Bezifferungsgebot“ nicht entgegensteht, konnte schon gezeigt werden. Bleibt also zu untersuchen, wie es um ihre Vereinbarkeit mit den übrigen Anforderungen des BVerfG bestellt ist, und ob sie auch sonst nicht die Grenzen der Auslegung sprengt.

1. Zur Vereinbarkeit der „funktionalen“ Vermögenslehre mit dem „Verschleifungsverbot“

Wie schon erwähnt, lässt sich den Entscheidungen des BVerfG die die Rechtsanwendung bindende Aussage entnehmen, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens nicht in einer Weise ausgelegt werden darf, die ihm jegliche eigenständige, strafbarkeitsbegrenzende Bedeutung nähme: Es darf mit anderen Worten nicht mit den übrigen

Mittel personaler Freiheitsentfaltung allzu unvermittelt Ableitungen für die konkrete Rechtsanwendung ziehen zu wollen, vgl. die Kritik von: *Nelles* (Fn. 61), S. 315 f., 418 ff.; *Kindhäuser* (Fn. 8), S. 646.

⁷⁶ Vgl. *Nelles* (Fn. 61), S. 331; *Niggli* (Fn. 24), S. 69 Fn. 237.; *Pastor Muñoz*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 751.

⁷⁷ *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 120, 169 ff.

⁷⁸ In diese Richtung etwa: *Hirschmann* (Fn. 2), S. 49, 174.

⁷⁹ *Kleszczewski* (Fn. 57), § 7 Rn. 9.

Voraussetzungen des jeweiligen Vermögensdelikts in eins fallen. Dass diesem Erfordernis auch dann genügt werden kann, wenn man mit *Kindhäuser* den Eintritt eines Vermögensschadens nicht von einer in Geld messbaren Minderung des Gesamtvermögenswertes abhängig macht, sei kurz anhand der Vermögensdelikte Betrug, Erpressung und Untreue gezeigt.

Mit Blick auf den Betrug folgt die Vereinbarkeit von „funktionaler“ Vermögens- und Schadenslehre mit dem verfassungsgerichtlichen Verschleifungsverbot schlicht daraus, dass auch ihr zufolge ja nicht jede durch Täuschung erwirkte Verfügung zwangsläufig auch einen Vermögensnachteil bedeutete: Schließlich kann die so herbeigeführte Vermögensminderung immer noch durch die Erreichung des zwischen beiden Parteien vereinbarten Zwecks kompensiert werden.⁸⁰ Eine Vermögensverfügung führt demnach nicht schon dann zu einer Vermögensbeschädigung, wenn sie auf Täuschung und Irrtum basiert und darum unfrei ist (was in der Tat auf eine „Verschleifung“ dieser Merkmale hinausläufe), sondern nur dann, wenn es dem Getäuschten darüber hinaus nicht gelingt, den mit ihr verfolgten und vom Täuschenden anerkannten Zweck zu erreichen. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn behauptet wird, dass der Betrug sich ohne „objektiv-wirtschaftliche“ Schadensbestimmung von einem Delikt gegen das Vermögen in ein Delikt gegen die Dispositionsfreiheit verwandele.⁸¹ Selbst wenn man daher – was keineswegs unstreitig ist – den Anwendungsbereich des „Verschleifungsverbots“ über die explizit im Gesetzestext genannten Strafbarkeitsvoraussetzungen hinaus auf das ungeschriebene Merkmal der Vermögensverfügung erstreckte,⁸² wäre der Ansatz *Kindhäusers* mit ihm vereinbar.

Nichts anderes gilt hinsichtlich der Erpressung: Geht man davon aus, dass die Erpressung keine Vermögensverfügung voraussetzt, behält das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens hier allein schon deshalb seine eigenständige (strafbarkeitsbegrenzende) Bedeutung, weil sich nur aus ihm überhaupt ergibt, dass es sich bei dem, was abgenötigt wird, um einen Vermögenswert handeln muss. Aber auch wenn man der Auffassung wäre, dass die Erpressung wie der Betrug das Vorliegen einer Verfügung verlangt und man das „Verschleifungsverbot“ auf dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal bezöge, läge nicht mit jeder nötigungsbedingt unfreien Ver-

⁸⁰ Vgl. für die „personale“ Schadenslehre ähnlich *Ceffinato* NZWiSt 2015, 90 (94).

⁸¹ Vgl. zu diesem Einwand siehe nur *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 263 Rn. 99 b m.w.N.; dagegen schon richtig (zugunsten der „personalen“ Schadenslehre) *Hardwig*, GA 1956, 6 (19 f.); *Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, 1991, S. 126. Siehe ferner noch die durchgreifende Kritik der Trennung zwischen Dispositionsfreiheit und Vermögensschutz jedenfalls bei Privathaushalten von *Jakobs*, JuS 1977, 228 (230); *Kindhäuser*, ZStW 103 (1991), 398 (408 f.); *Pawlik* (Fn. 5), S. 292 ff.

⁸² Siehe hierzu *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (255 f.) einerseits; *Krell*, ZStW 126 (2015), 902 (918 f.); *Rostalski*, HRRS 2016, 73 (82 f. und Fn. 49) andererseits; zweifelnd: *Mehl* (Fn. 43), S. 319 ff.

mögensverfügung zwangsläufig zugleich ein Vermögensschaden vor. Denn zusätzlich zu der abgenötigten Verfügung wäre hierfür (negativ) ja noch erforderlich, dass der Nötigende keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den betreffenden Vermögensgegenstand hatte.

Auch im Rahmen der Untreue führt die Schadenslehre *Kindhäusers* letztlich nicht zu einer „Verschleifung“ der Tatbestandsmerkmale „Treuepflichtverletzung“ und „Vermögensnachteil“. Zuzugeben ist in diesem Zusammenhang zwar, dass das Verfehlen des vom Treugeber gesetzten Zwecks als Kriterium für den Eintritt eines Vermögensschadens und die Verletzung der ihm gegenüber bestehenden (qualifizierten) Vermögensbetreuungspflicht denkbar eng beieinanderliegen und somit durchaus die Gefahr besteht, jede Pflichtwidrigkeit im Umgang mit fremdem Vermögen schon als Schaden zu qualifizieren.⁸³ Dass dem Merkmal des Vermögensschadens aber auch nach der Schadenslehre *Kindhäusers* eine gegenüber dem der Pflichtverletzung eigenständige Bedeutung zukommt, zeigt sich indes schon daran, dass er (mit der wohl allgemeinen Ansicht) fordert, dass der Grund des Vermögensnachteils gerade in der Pflichtverletzung liegen muss (Pflichtwidrigkeitszusammenhang).⁸⁴ Es ist demnach nicht ausreichend, dass der Treunehmer durch sein pflichtwidriges Verhalten das Vermögen vermindert und der Treugeber seinen damit intendierten Zweck verfehlt hat; der vom Treugeber vorgegebene Zweck hätte zudem bei pflichtgemäßen Verhalten erreicht, die Vermögensminderung dadurch also (aller Wahrscheinlichkeit nach) kompensiert werden müssen.⁸⁵ Es sind deshalb ohne Weiteres Fälle denkbar, in denen zwar eine Pflichtverletzung, allerdings kein dem Treunehmer zurechenbarer Vermögensnachteil vorliegt: So wenig wie bei Betrug oder Erpressung führt die „funktionale“ Vermögens- und Schadenslehre deshalb bei der Untreue zu einer „Verschleifung“ von Tathandlung und Unrechtserfolg.

2. Zur Vereinbarkeit der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre mit dem „Präzisierungsgebot“

Ist sie daher mit dem „Bezifferungsgebot“ und dem „Verschleifungsverbot“ vereinbar, bleibt mit Blick auf die verfassungsgerichtlichen Kautelen noch die Frage, ob sie auch dem durch das BVerfG erstmals in seinem Untreue-Beschluss aufgestellten „Präzisierungsgebot“ zu genügen vermag. Hiernach verpflichtete Art. 103 Abs. 2 GG die Rechtsprechung dazu, den Anwendungsbereich weiter und unklarer Tatbestände dadurch vorhersehbar zu machen, dass sie „fernliegende“ Interpretationen vermeidet und bestehende Unklarheiten durch eine präzisierende Auslegung möglichst ausräumt.⁸⁶ Auch unter diesem Gesichtspunkt dürften gegen die „funktionale“ Vermögens- und Schadenslehre keine durch-

greifenden Einwände bestehen. Die Unsicherheiten, die Ansätze aufwerfen, die den Eintritt des Vermögensschadens davon abhängig machen, ob infolge der Vermögensminderung der mit dem Täter vereinbarte oder nach der Verkehrsanschauung „objektiv“ verfolgte Zweck erreicht wird, sind keine anderen als die, die die Auslegung von Verträgen und Tilgungsbestimmungen sonst mit sich bringt. Dass sie deswegen, wie teils behauptet, zu einer nicht mehr berechenbaren Subjektivierung des Schadensmerkmals führen müssten,⁸⁷ erscheint wenig realistisch, schließlich geht die Zivilrechtspraxis mit derlei Fragen tagtäglich um, ohne dass dort Zustände völliger Rechtsunsicherheit herrschten. Einer vermeintlich „objektiven“ Schadenslehre, die, wie die zwischen Ausnahmen und Rückausnahmen mäandernde Rechtsprechung zeigt, von zahlreichen, in Grund und Umfang nicht geklärten Durchbrechungen ihres Prinzips geprägt ist, dürfte eine (inter-)subjektive Schadenslehre, die ihren Grundansatz wenigstens konsequent durchhält, was Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Rechtsanwendung betrifft, mindestens ebenbürtig, wenn nicht gar vorzuziehen sein. Überhaupt dürfte es sich bei der Sicherheit, die Worte wie „wirtschaftlich“ und „objektiv“ suggerieren, letztlich um eine bloß scheinbare handeln.⁸⁸

3. Zur Vereinbarkeit mit dem Willen des Gesetzgebers

Zuletzt sei noch auf ein weiteres verfassungsrechtliches Argument eingegangen, das *Schlösser* gegen Schadenslehren ins Feld geführt hat, die den Eintritt eines Vermögensschadens an die Verfehlung eines vom Vermögensinhabers selbst gesetzt (und vom Täter anzuerkennenden) Zweckes knüpfen. Diese, so meint er aus der Entstehungsgeschichte des § 264 StGB herleiten zu können, widersprechen dem Willen des Gesetzgebers und seien daher mit der allgemeinen Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz unvereinbar.⁸⁹ Er stützt diese Behauptung auf eine Passage im Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. Darin wurde die Einführung einer Strafvorschrift zum Subventionsbetrug unter anderem damit begründet, dass die bisherigen Bemühungen der Rechtsprechung, solche Verhaltensweisen auf Grundlage der „Zweckverfehlungslehre“ durch § 263 StGB einzufangen, drohten, die „Einheit des Vermögensbegriffs“

⁸⁷ Vgl. *Krainbring* (Fn. 83), S. 62 f.

⁸⁸ Kritisch auch zu der Frage, wie wirtschaftlich der Vermögens- und wie „objektiv“ der Schadensbegriff der h.M. ist: *Becker*, HRRS 2012, 237 (238); *Bittmann*, in: Dünkel/Fahl/Hardtke/Harrendorf/Regge/Sowada (Hrsg.), Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Steuerstrafrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks, 2018, S. 203 (208 ff.); *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 59 ff.; *Geerds* (Fn. 81), S. 129; *Rock*, Ökonomische Analyse des Betruges in gegenseitigen Vertragsverhältnissen, 2013, S. 190 ff., 202 ff., 211 ff.

⁸⁹ Vgl. *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (260 f.); *ders.*, in: Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg. (Fn. 6), S. 89.

⁸³ Vgl. den gegen die „personale“ Schadenslehre gerichteten Einwand von *Krainbring*, Spenden- und Bettelbetrug?, 2015, S. 61.

⁸⁴ *Kindhäuser* (Fn. 3) § 266 Rn. 99; zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang nur *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Fn. 58), § 266 Rn. 202.

⁸⁵ *Kindhäuser* (Fn. 3) § 266 Rn. 99.

⁸⁶ BVerfGE 126, 170 (198 f.).

zu sprengen.⁹⁰ Die Berichterstatter des Sonderausschusses lehnten die „Zweckverfehlungslehre“ daher explizit ab.⁹¹ Ob sich aus diesen (im Regierungsentwurf selbst übrigens nicht aufgegriffenen⁹²) Überlegungen allerdings herauslesen lässt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von § 264 StGB zum Ausdruck bringen wollte, dass die Zweckerreichung oder -verfehlung kein legitimes Kriterium zur Beurteilung des Schadenseintritts mehr sein soll, erscheint überaus fraglich. Denn dies bedeutete, dass über die von § 264 StGB erfassten Fälle hinaus zahlreiche andere, wie etwa das Erschleichen von Spenden allgemein oder das von Subventionen im kulturellen und wissenschaftlichen Bereich, nicht mehr § 263 StGB unterfielen und somit überhaupt nicht mehr bestraft werden könnten. Dass aber der Gesetzgeber ohne nähere Auseinandersetzung mit den Folgen die Entkriminalisierung von Verhaltensweisen beschließt, deren Strafwürdigkeit fast einhellig angenommen wird,⁹³ erscheint fernliegend. Die erwähnten Äußerungen im Bericht des Sonderausschusses dürften eher den Charakter einer dogmatischen Stellungnahme als den einer die Rechtsanwendung bindenden Entscheidung haben. Aus der Einführung des § 264 StGB und seiner Entstehungsgeschichte lässt sich daher kein Argument für die Wahl des richtigen Schadensbegriffs gewinnen.

VI. Schluss

Ein Ziel des vorstehenden Beitrags war es, in einem ersten Schritt darauf aufmerksam zu machen, dass die Fiktionen, die die herrschende „wirtschaftlich-objektive“ Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ mit Blick auf das Verhältnis von Vermögensdelikten i.e.S. und Eigentumsdelikten zeitigt, nichts anderes darstellen als sachgrundlose und darum willkürliche Ungleichbehandlungen wesentlich gleicher Sachverhalte. Im Rahmen der Rechtsanwendung sind sie deshalb nur dann hinnehmbar, wenn sie sich schlechterdings nicht vermeiden lassen, weil nur das „wirtschaftliche“ Verständnis von Vermögen und Schaden nicht mit dem strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt oder der allgemeinen Bindung an Recht und Gesetz in Konflikt geriete. In einem zweiten Schritt sollte dann nachgewiesen werden, dass dies nicht der Fall ist und mit der „funktionalen“ Vermögens- und Schadenslehre, die *Kindhäuser* entwickelt hat, eine erwägenswerte Alternative existiert. Jedenfalls erscheint eine „Befreiung des Strafrechts vom ökonomistischen Denken“⁹⁴ als möglich und aufgrund des allgemeinen Gleichheitssatzes auch geboten. Selbstverständlich lassen sich nicht sämtliche Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten auf diese Weise vermeiden. Ihre hier herausgestellte verfassungsrechtliche Dimension sollte aber Anlass geben, auch überall

sonst, wo sie auftreten, kritisch zu reflektieren, ob die Auslegung, die sie bedingt, wirklich „zwingend“ ist.⁹⁵

⁹⁰ BT-Drs. 7/5291, S. 3.

⁹¹ BT-Drs. 7/5291, S. 3.

⁹² Vgl. BT-Drs. 7/3441, S. 15 ff.

⁹³ Siehe nur *Hirschmann* (Fn. 2), S. 75 f., sowie die Nachweise bei *Krainbring* (Fn. 83), S. 12 Fn. 15, der selbst allerdings eine Erfassung durch das UWG für ausreichend erachtet (a.a.O., S. 188).

⁹⁴ *Puppe*, ZIS 2010, 216.

⁹⁵ Zu hinterfragen wäre vor diesem Hintergrund etwa die herrschende Annahme, dass ein Anspruch auf Übereignung einer nur der Gattung nach bestimmten, noch auszusondernenden Sache zwar die Rechtswidrigkeit der Bereicherung, nicht aber die der Zueignung entfallen lasse, kritisch hierzu *Kindhäuser* (Fn. 3), Vor §§ 249 ff. Rn. 43; *Lampe* (Fn. 16), S. 76 f. Auch für den Streit um die Abgrenzung von Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft erweist es sich als fruchtbar, einen Vergleich zu Fällen des Auseinanderfallens von Gewahrsamsinhaberschaft und Eigentümerstellung beim Diebstahl zu ziehen: Unter der Prämisse, dass täuschende Sachverschaffung und Wegnahme normativ äquivalent sind, erscheint es nämlich zweifelhaft, weshalb es beim Dreiecksbetrug auf das Verhältnis des Gewahrsamsinhabers zum Berechtigten/Vermögensinhaber ankommen soll, während dies beim Diebstahl allgemein für irrelevant gehalten wird (es also egal ist, ob der mit dem Eigentümer nicht identische Gewahrsamsinhaber in dessen „Lager“ steht), vgl. *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 220.

Die Strafbarkeit der Kandidaten-Bestechung

Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 1.6.2021 – 6 StR 119/21

Von Prof. Dr. Till Zimmermann, Trier

I. Problemaufriss

Alle „echten“ Bestechungsdelikte¹ setzen tatbestandlich die (zumindest versuchte) Beeinflussung eines Inhabers besonderer Entscheidungsgewalt² mittels einer Vorteilszuwendung voraus. Als Kandidaten-Bestechung wird hier die Situation bezeichnet, dass der Unrechtspakt über den Verkauf einer künftigen Entscheidung nicht mit einem aktuellen, sondern lediglich mit einem designierten bzw. potenziellen Entscheidungsträger verhandelt wird. Vom Wortlaut der (aktiven und passiven) Bestechungsdelikte im StGB wird diese Konstellation nicht erfasst.³ Diese sind nämlich so konzipiert, dass der Entscheidungsverkäufer bereits im Zeitpunkt der Verhandlung bzw. des Abschlusses der Unrechtsvereinbarung die Eigenschaft aufweisen muss, Inhaber von Entscheidungsgewalt zu sein.⁴

Diese Beschränkung ist nicht ohne Weiteres plausibel. Denn wenn z.B. aufgrund einer vorausgegangenen Unrechtsvereinbarung eine schlechte universitäre Prüfungsleistung mit einer guten Note bewertet wird,⁵ scheint es für den Unrechtsgelalt dieses Vorgangs *prima facie* keinen Unterschied zu machen, ob der zugrunde liegende Deal mit einer bereits zur Universitätsprofessorin ernannten Beamtin geschlossen worden ist oder „nur“ mit einer berufenen Privatdozentin, die

noch auf ihre Ernennungsurkunde wartet. Womöglich besteht also eine Strafbarkeitslücke.⁶

In Österreich, wo dem deutschen StGB vergleichbare Amtsträgerbestechungsdelikte bestehen,⁷ ist infolge der sog. Ibiza-Affäre⁸ unlängst intensiv (aber bislang ergebnislos) die Erweiterung des Strafrechts⁹ auf die (dort als Vorab-Korruption bezeichnete) Kandidaten-Bestechung diskutiert worden;¹⁰

⁶ Nur angedeutet sei, dass im Hinblick auf die Belohnungskorruption (zum Begriff siehe Fn. 1) ein ähnliches Problem bei nach dem Ausscheiden aus dem Amt geschlossenen Vereinbarungen hinsichtlich vergangener dienstlicher Pflichtwidrigkeiten des Ex-Beamten besteht. Auch dieser Fall wird vom Normwortlaut nicht erfasst (BGH NStZ 2004, 564), obwohl das beamtenrechtliche Geschenkannahmeverbot das aktive Dienstverhältnis überdauert (vgl. § 42 Abs. 1 S. 1 BeamStG) und auch die *ratio legis* der Belohnungskorruption (näher dazu Zimmermann [Fn. 2], S. 492 ff.) hier eine Bestrafung sachgerecht erscheinen lässt. Näher zu diesem Problembereich Hoffmann/Mildeberger, StV 2006, 665 ff., die *de lege ferenda* die Pönalisierung des Versprechens/Sichversprechenslassens von Vorteilen an/durch einen ehemaligen Beamten erwägen.

⁷ Kurzübersicht bei Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung „Strafrechtliche und außerstrafrechtliche Regelungen zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen in Österreich und der Schweiz“ v. 8.4.2015, WD 9 - 3000 - 014/15, S. 7–12, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/410032/f815cb9bd3a50eb2b902ddd515c6c910/WD-9-014-15-pdf-data.pdf> (14.11.2021).

⁸ In dem Fall ging es um unzulässige Einfluss Spenden: Der designierte Vize-Kanzler Strache hatte einer vermeintlichen russischen Oligarchennichte gegen Geldzahlungen an seine Partei gefällige Regierungsentscheidungen offeriert (vgl. Stelzer/Radatz, MIP 2020, 10; Bartlau, ntv-online v. 26.8.2021, abrufbar unter <https://www.n-tv.de/politik/Strache-erwartet-sein-erstes-Ibiza-Urteil-article22767051.html> [14.11.2021]). Die Verurteilung Straches wegen Bestechlichkeit durch das Landesgericht Wien am 27.8.2021 betraf einen anderen Aspekt der Affäre, vgl. Bartlau, ntv-online v. 27.08.2021, abrufbar unter <https://www.n-tv.de/politik/Strache-verliert-erste-Ibiza-Schlacht-article22769538.html> (14.11.2021).

⁹ Zur gegenwärtigen Straflosigkeit der Kandidaten-Bestechung nach österreichischem Recht Nordmeyer/Stricker, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 265. Lfg., Stand September 2020, § 304 Rn. 5.

¹⁰ In Deutschland wird das Problem bislang nur ganz vereinzelt und nur in Bezug auf die Mandatsträgerkorruption (§ 108e StGB) näher thematisiert, vgl. Eckhardt, Novellierung der Abgeordnetenbestechung, 2016, S. 199 f.; Heinrich, Stellungnahme zur Neuregelung der Abgeordnetenbestechung v. 14.2.2014, S. 48 f., abrufbar unter

¹ Ausgeklammert sind hier die nur im Bereich der Amtsträgerdelikte vorfindliche nachträgliche Bestechung (sog. Belohnungskorruption) und die im Gefahrenvorfeld angesiedelte Vorteilsgewährung und -annahme (sog. Proto-Korruption).

² Beispiele: Richter (§§ 332 Abs. 2, 334 Abs. 2 StGB), Bundestagsabgeordnete (§ 108e StGB), GmbH-Geschäftsführer (§ 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB), Fußballschiedsrichter (§§ 265d Abs. 3, 4 StGB), Ärzte (§§ 299a, 299b StGB). Näher zum Kreis tauglicher Täter von Bestechlichkeitsdelikten Zimmermann, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 300–318.

³ Einzige Ausnahme: § 108b StGB.

⁴ Exemplarisch heißt es in den Tatbeständen der Amtsträgerbestechlichkeit bzw. -bestechung: „*Ein Amtsträger, [...] der einen Vorteil [...] als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung [...] künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten [...] verletzen würde [...]*“ (§ 332 Abs. 1 S. 1 StGB) bzw. „*Wer einem Amtsträger [...] einen Vorteil [...] als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine Diensthandlung [...] künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzen würde [...]*“ (§ 334 Abs. 1 S. 1 StGB). Die §§ 108e, 265c f., 299, 299a f. StGB sind alle diesem Schema nachgebildet.

⁵ Zur prinzipiellen Tatbestandsmäßigkeit der Prüfungskorruption BGH NStZ 2019, 652; LG Lüneburg BeckRS 2015, 3604.

denn die gegenwärtige Straflosigkeit „kratz“, so die Justizministerin Zadic, „an unserem Gerechtigkeitssinn und an unserem Glauben an die Demokratie“.¹¹ Der folgende Text untersucht, wie in Deutschland de lege lata und de lege ferenda mit Kandidaten-Bestechung umzugehen ist.

II. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

1. Die Reinform des Phänomens

Zur „Vollversion“ des Problems, also zu der Bestechung eines Noch-nicht-Entscheidungsgewaltinhabers, hat der BGH bereits mehrfach Stellung bezogen. In Bezug auf § 299 StGB a.F. hat der 1. Senat im Jahr 2013 entschieden, eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift komme aufgrund des eindeutigen Normwortlauts nicht in Betracht, wenn der für eine künftige unlautere Bevorzugung im Wettbewerb Bestochene im Zeitpunkt des Abschlusses der (später auch vollzogenen) Unrechtsvereinbarung lediglich als *designierter* GmbH-Geschäftsführer gehandelt hat.¹²

Im Hinblick auf die §§ 331 ff. StGB findet sich eine entsprechende Passage in der Kremendahl I-Entscheidung aus dem Jahr 2004. Dort heißt es sinngemäß, einem Wahlkandidaten, der (noch) keine Amtsträgerstellung innehat, sei es ungestraft möglich, künftige pflichtwidrige Amtshandlungen zu verkaufen. Obzwar dessen Verhalten „strafwürdig“ sei, stehe der Normwortlaut einer Bestrafung entgegen.¹³

Beide Entscheidungen überzeugen. Denn die wenigen anders lautenden (und inzwischen verstummten) Stimmen, die aus teleologischen Erwägungen einen Noch-nicht-Amtsträger (usw.) unter den Begriff des Amtsträgers subsumieren wollen,¹⁴ haben den eindeutigen Wortlaut und damit Art. 103 Abs. 2 GG gegen sich. Das entspricht inzwischen wohl allgemeiner Ansicht.

2. Schwundformen des Phänomens

Im Bereich der Amtsträgerbestechung hatte es der BGH allerdings auch bereits zweifach mit „Schwundformen“ des Ausgangsproblems zu tun, deren Lösung durch den Normwortlaut der Bestechungsdelikte keineswegs so klar vorgezeichnet ist. Dabei geht es um die Konstellation, dass der Bestochene im Tatzeitpunkt (d.h. bei Abschluss der Unrechtsvereinbarung) zwar bereits Amtsträger ist, die avisierte Pflichtverletzung jedoch in Ausübung eines anderen Amtes

erfolgen soll. Der Normwortlaut steht der Bestrafung in diesen Fällen nicht entgegen, da der Bestochene auch bei der Verhandlung des Unrechtspakts bereits Amtsträger ist.¹⁵ Es stellt sich hier aber die Frage, ob nach Sinn und Zweck der Bestechungsdelikte nicht eine Identität zwischen dem bei der Tathandlung (scil. dem Verhandeln oder Schließen der Unrechtsvereinbarung) bekleideten Amt und dem Amt, dass entsprechend dieser Unrechtsvereinbarung für die Vornahme der künftigen Dienstpflichtverletzung missbraucht werden soll, bestehen muss.

a) Kontinuität bei Wahlämtern – BGHSt 49, 275 (Kremendahl I)

Im Fall Kremendahl¹⁶ ging es um eine sehr milde Variante des hier verhandelten Problems, nämlich um die Frage, ob die Vorteilszuwendung an einen amtierenden Oberbürgermeister in Gestalt einer Wahlkampfspende auch dann den §§ 331 ff. StGB unterfällt, wenn der hierdurch erkaufte Einfluss erst nach der Wiederwahl aktiviert werden sollte. Die Frage nach der möglicherweise fehlenden Identität zwischen dem im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung innegehabten und dem künftigen Amt beantwortete der 3. Senat wie folgt:

„[A]uch wenn es sich bei dem Amt des Oberbürgermeisters um ein Wahlamt mit begrenzter Amtszeit handelt, hatte der Angekl. das Amt, zu dessen Ausübung die in Frage stehenden Vorteile in Beziehung standen, bereits inne, als er sich diese versprochen und gewähren ließ. Die Wahlkampfunterstützung wurde für die Erhaltung gerade der Amtsstellung und damit für die künftige Ausübung desselben Dienstes versprochen, den der Angekl. schon bisher ausübte. Die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Allgemeinheit in diese werden durch das Sichversprechenlassen von Vorteilen für eine künftige Dienstausbübung unabhängig davon beeinträchtigt, ob die Amtsträgerstellung und damit die Möglichkeit der Dienstausbübung erst durch erfolgreiche Wiederwahl zu erreichen sind. Ob und unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen § 331 StGB auch auf einen Amtsträger anwendbar sein kann, der als Kandidat für ein anderes Wahlamt als das innegehabte sich Wahlkampfspenden versprechen lässt oder solche annimmt, braucht hier nicht entschieden zu werden.“¹⁷

Diesem Teil des Urteils hat das Schrifttum überwiegend beigepliziert oder zumindest nicht widersprochen.¹⁸ Dies im Ergebnis zu Recht: Oberbürgermeisteramt ist Oberbürgermeisteramt. Es mutet gekünstelt an, wenn in der Wiederwahl

https://www.bundestag.de/resource/blob/195446/80ade0dbef/c651210ebb14a769c147fc/stellungnahme_heinrich-data.pdf; Peters, *Korruption in Volksvertretungen*, 2017, S. 653.

¹¹ Vgl. Die Presse v. 17.5.2020,

<https://www.diepresse.com/5814932/vorab-korruption-wird-straftbar> (14.11.2021).

¹² BGH NJW 2013, 3590 (3592 Rn. 30–32).

¹³ BGHSt 49, 275 (293). Eine etwaige Verletzung des Verbots der Annahme einer Einflussspende nach § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG ist nicht strafbewehrt.

¹⁴ So noch Jescheck, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 8, 11. Aufl. 2005, § 331 Rn. 27; Cramer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 26. Aufl. 2001, § 331 Rn. 34.

¹⁵ Beckemper/Stage, *NStZ* 2008, 35.

¹⁶ Ausführlich Zimmermann, *ZStW* 124 (2012), 1023 (1048 ff.).

¹⁷ BGHSt 49, 275 (283 f.). Obzwar die zitierte Passage auf § 331 StGB zugeschnitten ist, wird an einer späteren Stelle der Entscheidung klargestellt, dass dies gleichermaßen für § 332 StGB gelte (a.a.O., S. 292).

¹⁸ Vgl. Kargl, *JZ* 2005, 503 (505); Korte, *NStZ* 2005, 512 (513); Saliger/Sinner, *NJW* 2005, 1073 (1074).

eine relevante „Zäsur in der Amtsträgerstellung“ erblickt und infolgedessen zwischen dem (für die Strafbarkeit nicht ausreichenden) „gleichen“ Amt und „demselben“ Amt differenziert wird.¹⁹ Infolgedessen konnte der BGH ohne großen Argumentationsaufwand auf die bereits im Tatzeitpunkt bestehende „Pflichtenbindung des Amtsträgers aus seinem bisherigen Amt“ abstellen. Die viel schwierigere Entscheidung über die interessante Frage, die am Ende der zitierten Passage aufgeworfen und offengelassen wird, war damit allerdings bloß aufgeschoben.

b) *Fehlende Amtside ntität* – BGH NJW 2021, 2522 (Fall Wolbergs)

Unlängst hatte der BGH in der Causa Wolbergs darüber zu entscheiden, ob es für eine Strafbarkeit aus § 334 StGB ausreicht, wenn der als Stadtoberhaupt kandidierende und bisher als dritter Bürgermeister amtierende Sozialreferent bestochen wird, damit er sich nach seiner Wahl zum Oberbürgermeister in dieser neuen Funktion für die Änderung eines Bebauungsplans einsetzt. Der 6. Senat hat die Frage (in Übereinstimmung mit der Vorinstanz)²⁰ bejaht:

„Über Konstellationen der Kontinuität des ausgeübten Amtes hinaus kann [...] auch das Anbieten oder Gewähren von Spenden an einen Amtsträger, der sich für ein anderes Amt bei demselben Dienstherrn bewirbt, dem Anwendungsbereich der Bestechungsdelikte unterfallen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Vorteilsnehmer im Zeitpunkt der Tathandlung bereits allgemein auf Grund seiner Stellung ein weitreichender Aufgabenkreis zugewiesen ist.“²¹

Zur Begründung knüpft der Senat an die rechtsgutsbezogenen Ausführungen in der Kremendahl-Entscheidung an:

„Ein Amtsträger, der sich zur Wiederwahl stellt und hierfür in einem Gegenseitigkeitsverhältnis mit seinen – nach seiner Wahl vorzunehmenden – Diensthandlungen stehende Vorteile annimmt, verstößt bereits mit deren Annahme gegen die ihm aufgrund seiner Stellung obliegenden Sonderpflichten zum Schutze der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes. Er gefährdet das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit, weil er mit seinem Verhalten den Anschein der Käuflichkeit öffentlicher Entscheidungen erweckt. Diesem Anschein sollen die Bestechungsdelikte entgegenwirken. Diese Grundsätze können auch dann Geltung beanspruchen, wenn sich ein Amtsträger um ein anderes Amt bei demselben Dienstherrn bewirbt. Auch er kann sich durch die Annahme der Vorteile gewillt zeigen, sich im Falle seiner Wahl durch den Vor-

teil beeinflussen zu lassen. Bereits zum Zeitpunkt der Tathandlung unterliegt er als Amtsträger besonderen Pflichten. Diese unterscheiden sich von denen des Amtsinhabers lediglich durch den konkret übertragenen Aufgabenbereich, sind aber nicht auf diesen beschränkt und bestehen gegenüber demselben Dienstherrn.“²²

Diese Argumentation ist alles andere als überzeugend. Abgesehen davon, dass die hier bemühte Vertrauensschutzlehre ohnehin durchschlagenden grundsätzlichen Einwänden ausgesetzt ist,²³ ist die Begründung in sich widersprüchlich sowie zu einer allgemeingültigen (d.h. auch auf andere Bestechungsdelikte übertragbaren) Lösung der hier untersuchten Problematik untauglich.

Widersprüchlich ist sie deshalb, weil der Rekurs auf die Vertrauensbeeinträchtigung die angedeutete Restriktion auf Fälle einer gewissen Ähnlichkeit zwischen vorheriger und späterer Amtsstellung (konkret: derselbe Dienstherr und ein ähnlicher Aufgabenbereich) nicht trägt: Denn die zur Begründung der Strafbarkeit herangezogene „Sonderpflicht zum Schutze der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes“, denen der Angeklagte „als Amtsträger unterliegt“, meint offenbar die generelle Pflicht der Beamten (und sonstiger Amtsträger), das Vertrauen in den öffentlichen Dienst nicht durch ungebührliche Vorteilsannahmen zu beschädigen.²⁴ Diese Pflicht betrifft aber jeden Amtsträger. Entsprechend wird das Vertrauen in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes durch eine anrühliche Vorteilsvereinbarung unabhängig davon beeinträchtigt, ob der verbeamtete Wahlkandidat für das OB-Amt im Zeitpunkt des Vorteilsversprechens bereits dasselbe, ein ähnliches oder ein ganz anderes Amt, z.B. dasjenige eines Studienrats in einem anderen Bundesland, bekleidet. Die Ausführungen zur Ähnlichkeit des Amtes des Dritten Regensburger Bürgermeisters mit demjenigen des Oberbürgermeisters dieser Stadt hängen daher rechtsgutstheoretisch in der Luft.

Damit ist nicht gesagt, dass die Lösung des BGH auch im Ergebnis falsch ist. Aber mit dem Rekurs auf die wolkige Zauberformel der Vertrauensgefährdung hat der 6. Senat jedenfalls die Chance auf eine überzeugende Lösung der Kandidaten-Korruptionsproblematik, die auch jenseits der Amtsträgerbestechung tragfähig wäre, vertan. Entsprechend bleibt völlig unklar, was für vergleichbare Konstellationen in anderen Bereichen des Korruptionsstrafrechts gilt, in denen, wie etwa bei § 299 StGB, die Vertrauensschutzlehre (zumindest in der Rspr.) keine Rolle spielt.²⁵ Ist etwa derjenige, der als Abteilungsleiter einer AG (= Unternehmensangestellter

¹⁹ So aber Beckemper/Stage, NStZ 2008, 35 (36); Stein/Rudolphi, in: Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 7./8. Aufl. (Loseblatt), 129. Lfg., Stand: September 2011, § 331 Rn. 29a a.E.; wie hier Dölling, JR 2005, 519.

²⁰ LG Regensburg BeckRS 2020, 49291 Rn. 226 f.

²¹ BGH NJW 2021, 2522 (2523 Rn. 13).

²² BGH NJW 2021, 2522 (2523 Rn. 14 f.). Ganz ähnlich zuvor bereits Korte, NStZ 2005, 512.

²³ Zuletzt Wachter, GA 2019, 735 (737 f.); umfassend Zimmermann (Fn. 2), S. 207–269.

²⁴ Näher zu dieser Pflicht Zimmermann (Fn. 2), S. 235 ff.

²⁵ Zur Rechtsgutsdiskussion im Bereich des § 299 StGB Rönna u, in: Achenbach/Ransiek/Rönna u (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 3. Teil, 2. Kap. Rn. 11–13; Zimmermann (Fn. 2), S. 272 f. m.w.N. Für eine Übertragung des zu §§ 331 ff. StGB entwickelten Vertrauensschutzkonzepts auf § 299 StGB allerdings Pragal, ZIS 2006, 63.

i.S.v. § 299 StGB) im Hinblick auf seine bevorstehende Bestellung zum Vorstandsmitglied eine Unrechtsvereinbarung abschließt, strafbar? Es erscheint intuitiv plausibel, dass es hierbei – ähnlich wie in der angestückelt wirkenden Passage der Wolbergs-Entscheidung – auf die Identität des Dienstherrn und die Ähnlichkeit von vorherigem und designiertem Aufgabenbereich ankommt. Falls im Beispiel eine Strafbarkeit anzunehmen sein sollte, hat dies aber gewiss nichts mit einer etwaigen Vertrauensbeschädigung zu tun. Zumindest die rechtsgutstheoretische Begründung der Wolbergs-Entscheidung des BGH hilft für diese Fragen also nicht weiter.

Kubiciel hält die Wolbergs-Entscheidung allerdings nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis für verfehlt. Er wirft dem BGH vor, die „pflichtentheoretischen Spezifika der §§ 334, 335 StGB“²⁶ aus dem Blick verloren zu haben:

„Kennzeichnend für den in Rede stehenden Tatbestand der Bestechung (und die spiegelbildliche Bestechlichkeit) ist nämlich der Unrechtsbezug zu einer konkreten rechtswidrigen Diensthandlung. In diesem Bezug liegt die spezifische Form der Einflussnahme bzw. Käuflichkeit; er unterscheidet das Unrecht dieser Tatbestände von jenem der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung. Daher muss die Pflicht zur Lauterkeit gerade auch die konkrete Diensthandlung umfassen. Ohne entsprechende Pflichtenstellung kann der Amtsträger diese Pflicht jedoch ebenso wenig verletzen wie der aktiv bestechende Extraneeus die Verletzung initiieren kann. Diesen Umstand blendet der 6. Strafsenat aus“.²⁷

Diese Passage ist nicht leicht zu dechiffrieren. Gemeint ist vermutlich Folgendes: Die Vereinbarung einer konkreten künftigen rechtswidrigen Handlung zwischen demjenigen, der diese Handlung als Intraneeus ausführen soll und demjenigen, der dies durch sein Vorteilsversprechen initiiert, könne nur unter der Bedingung bestraft werden, dass die für die Vornahme der späteren rechtswidrigen Handlung erforderliche Pflichtenstellung bereits im Zeitpunkt der Verabredung bestanden hat. Das ist jedoch gänzlich unplausibel. Selbstverständlich „kann“²⁸ ein Extraneeus eine strafbare Pflichtverletzung in strafbarer Weise initiieren, bevor der Sonderpflichtige aktueller Träger dieser Pflicht ist. Ein Beispiel: Wer einen designierten GmbH-Geschäftsführer vor dessen Dienstantritt zur Begehung einer Untreue anstiftet, wird nach §§ 266, 26 StGB bestraft, wenn dieser nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer die Tat tatsächlich begeht; dass die Vermögensbetreuungspflicht im Tatzeitpunkt der Anstiftungshandlung noch nicht bestand, ist weder für die Strafbarkeit des Anstifters noch für diejenige des (später) sonderpflichtigen Täters relevant. Dasselbe gilt auch für noch weiter vorverlagerte

strafbare Unrechtsabsprachen: Wer einen potenziellen Schiedsrichter noch vor dessen Bestellung (§ 1035 ZPO) im Prozessvorfeld mit Versprechungen zu einem gravierenden Fehlurteil zu bestimmen versucht, macht sich nach §§ 339, 30 Abs. 1 StGB wegen versuchter Anstiftung zur Rechtsbeugung strafbar. Die von *Kubiciel* postulierte kategorische Unmöglichkeit strafbarer Kandidaten-Korruption ist daher ebenfalls nicht überzeugend.

III. Eigene Ansicht

1. Der Unrechtskern der Bestechung

Der materielle Unrechtskern der (passiven) Bestechung besteht in der Vornahme einer unrichtigen Entscheidung (bei der Amtsträgerbestechlichkeit vom Gesetz als pflichtwidrige Diensthandlung bezeichnet).²⁹ Bestechlichkeitsdelikte sind daher stets Sonderdelikte, da sie nur von einem Entscheidungsträger (z.B. einem Amtsträger) begangen werden können. Der den Entscheidungsträger Beeinflussende, also der Bestechende, tritt hierbei – dogmatisch betrachtet – als Anstifter auf; er verspricht Vorteile, um den anderen dazu, wie es in § 334 Abs. 3 StGB heißt, „zu bestimmen“.³⁰

Die Bestechungsdelikte sind allerdings (historisch bedingt)³¹ vorverlagert. Bestraft wird bereits das (versuchte) Schmieden des Unrechtspakts, sodass es auf die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung (usw.) tatbestandlich gar nicht mehr ankommt.³² Die tatbestandliche Konstruktion der Bestechungsdelikte entspricht dabei – wiederum dogmatisch betrachtet – der allgemeinen Vorschrift über die Kriminalisierung tatvorbereitender Kommunikation zwischen Anstifter und präsumtivem Täter (§ 30 StGB).³³ Allerdings ändert diese Vorverlagerung der Strafbarkeit nichts am materiellen Unrechtskern des Tatbestands. In einem Bereich, in dem es ausnahmsweise auch für die Praxis auf diese Frage ankommt (nämlich bei der Bestimmung des Verjährungsbeginns), hat der BGH dies auch klar ausgesprochen: „Zwar ist die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung nicht objektives tatbestandliches Element des § 332 Abs. 1 S. 1 StGB; [...] aber dennoch umschreibt [sie] den materiellen Unrechtskern [...] der Bestechlichkeit“.³⁴

Besteht aber das eigentliche Bestechungsunrecht (erst) in der Vornahme der dienstplichtwidrigen Handlung, dann sollte es für die Strafbarkeit prinzipiell keine Rolle spielen, ob der Intraneeus im Zeitpunkt der tatvorbereitenden Kommunikation bereits aktueller oder lediglich designierter Inhaber

²⁶ Der Bezug zu § 335 StGB ist unklar. Vermutlich sind die §§ 332, 334 StGB gemeint.

²⁷ *Kubiciel*, NJW 2021, 2524.

²⁸ Es ist unklar, ob *Kubiciel* das Wort im logischen oder im präskriptiven Sinne gebraucht. Die hiesige Argumentation deckt beide Bedeutungsmöglichkeiten ab.

²⁹ Ausführlich *Zimmermann* (Fn. 2), S. 318 ff.

³⁰ Ausführlich *Zimmermann* (Fn. 2), S. 385 ff. m.w.N. (auch zur Gegenansicht).

³¹ Dazu *Zimmermann* (Fn. 2), S. 542.

³² *Zimmermann*, in: Busch/Hoven/Pieth/Rübenstahl (Hrsg.), Antikorruptions-Compliance, 2020, 1. Kap. Rn. 10, 34.

³³ *Zimmermann* (Fn. 2), S. 393 f.; *ders.* (Fn. 32), 1. Kap. Rn. 55 f.; vgl. auch *Schröder*, GA 1961, 289 (295).

³⁴ BGHSt 52, 300 (303 f. Rn. 7); ebenso BGH NStZ 2012, 511 (513 Rn. 103); ausführlich zu beiden Entscheidungen *Schwab*, Die Beendigung der Bestechungsdelikte, 2019, S. 18 ff., 145 ff.

der missbräuchlich auszunutzenden Pflichtenstellung war.³⁵ Ergo: Das Unrecht der Kandidaten-Bestechung ist dasselbe wie bei der „normalen“ Bestechung.³⁶ Der BGH hat daher Recht, wenn er (in der Kremendahl I-Entscheidung) auch die Kandidaten-Bestechlichkeit als strafwürdiges Unrecht bezeichnet.

2. Defizite des geltenden Rechts

De lege lata besteht also tatsächlich eine Strafbarkeitslücke, die – wie ausgeführt – auch durch extensive Auslegung nicht überbrückt werden kann. Die Wurzel des Problems liegt dabei in einer unpräzisen Formulierung der Bestechungsdelikte, die das Bestehen der Sonderpflicht bereits im Zeitpunkt der (materiellen) Vorbereitungshandlung voraussetzt. Dieser Konstruktionsfehler ließe sich de lege ferenda auf zweierlei Weise beheben.

Zum einen wäre es möglich, die Bestechungsdelikte so umzuformulieren, dass diese präziser dem Unrechtskern Rechnung tragen, indem die Amtsträgereigenschaft nicht bereits im Zusammenhang mit der (vorverlagerten) Tathandlung genannt wird, sondern erst beim kuperten Erfolg, also dem intendierten Verhalten des Entscheidungsträgers. § 332 Abs. 1 StGB müsste dann wie folgt gefasst werden: „Wer einen Vorteil [...] als Gegenleistung dafür fordert usw., dass er als Amtsträger usw. eine Diensthandlung [...] künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten [...] verletzen würde ...“.³⁷ Diese Formulierung hat insbesondere den Vorzug der Einfachheit. Der ästhetisch unschöne Nebeneffekt, ein Sonderdelikt mit dem Wort „Wer“ einzuleiten, scheint verschmerzbar, zumal der Gesetzgeber in den Bestechlichkeitsdelikten der §§ 108b Abs. 2, 108e Abs. 1, 299 Abs. 1, 299a StGB bereits jetzt derartige Formulierungen verwendet.

Die zweite Möglichkeit bestünde darin, den Katalog der tauglichen Vorteilsnehmer nach dem Vorbild des US-amerikanischen FCPA durch eine simple Erweiterung auf Kandidaten bzgl. der zuvor aufgezählten Ämter zu erstrecken.³⁸ Dieses Regelungsmodell wäre zwar in Bezug auf die bestehende Normarchitektur weniger „eingriffsintensiv“. Es dürfte aber

zumindest jenseits der Mandats- und Amtsträgerbestechungsdelikte Schwierigkeiten bereiten, geeignete Begrifflichkeiten für die gemeinten Personengruppen (designierter Angehöriger eines Heilberufs? Kandidat für ein Traineramt? Potenzieller Angestellter eines Unternehmens?) zu finden. Die erstgenannte Variante ist daher vorzugswürdig.

3. Die Lösung des Problems fehlender Amtsidentität de lege lata

Zur Lösung des Problems der fehlenden Amtsidentität (Fall Wolbergs) stehen de lege lata drei Möglichkeiten zur Verfügung. Eine besonders einfache Lösung bestünde darin, die Bestechungsdelikte beim Wort(laut) zu nehmen und jedes Innehaben einer im Tatbestand genannten Entscheidungsträgerposition im Zeitpunkt der Tathandlung ausreichen zu lassen. Im Bereich der Amtsträgerbestechung ließe sich hierfür sogar die – freilich verfehlte (s.o.) – Vertrauensschutzlehre anführen. Der Vorteil dieser Option liegt darin, dass sie die Strafbarkeitslücken bei der Kandidaten-Korruption so gering wie möglich hält. Auf der anderen Seite ergibt sich hierbei allerdings ein ernsthaftes Gerechtigkeitsproblem, da die Strafbarkeit der Kandidaten-Bestechung dann vom bloßen Zufall abhängt – z.B. davon, ob der im Wahlkampf von einem bauwilligen Unternehmer bestochene Kandidat für das Oberbürgermeisteramt im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung als verbeamteter Grundschullehrer (= Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB) oder aber als Lehrer an einer Privatschule (dann kein Amtsträger)³⁹ beschäftigt gewesen ist. Nur im ersteren Fall wäre eine Bestrafung möglich.⁴⁰ Da aber das materielle Unrecht in diesem Fall letztlich die rechtswidrige Erteilung einer Baugenehmigung zum Gegenstand hat und mit der vorherigen Tätigkeit als Lehrer in keinem Zusammenhang steht, kommt der scheinheilige Verweis auf den „passenden“ Normwortlaut einer Bestrafung aus dem falschen Grund gleich.⁴¹ Ein entsprechendes Unbehagen dürfte letztlich auch in der Wolbergs-Entscheidung der Grund für die – mit der dort gegebenen Begründung inkompatible – Beschränkung der Kandidatenstrafbarkeit auf ähnliche Vorämter gewesen sein.

Die zweite Lösungsmöglichkeit besteht darin, im Tatzeitpunkt das Innehaben genau derjenigen Entscheidungsträgerposition zu verlangen, die der Unrechtsvereinbarung entsprechend zu einem späteren Zeitpunkt missbraucht werden soll. Der Sache nach entspricht dies der Position von *Kubiciel*. Der Vorteil dieser Lösung besteht in der Ausschaltung jeglicher

³⁵ Insoweit ist auf die obigen Ausführungen zur Anstiftung zur Untreue und Rechtsbeugung zu verweisen.

³⁶ Vgl. *Sowada*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 4; *Sirch*, Die Strafbarkeit der Parteispendenakquisition, 2008, S. 90 f.; *Zimmermann* (Fn. 2), S. 615 (zu § 108e StGB); *Wollschläger*, Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB, 2009, S. 72 (zu § 299 StGB).

³⁷ Entsprechend müsste § 334 Abs. 1 lauten: Wer einem anderen einen Vorteil ... als Gegenleistung dafür anbietet usw., dass dieser als Amtsträger usw. eine Diensthandlung ... künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten ... verletzen würde ...

³⁸ Vgl. 15 USC § 78dd–1 („candidate for office“). Siehe dazu etwa *Zerbes*, in: Pieth/Low/Bonucci (Hrsg.), The OECD-Convention on Bribery, A Commentary, 2. Aufl. 2014, Art. 1, S. 87 f.; *Peters* (Fn. 10), S. 541 f. sowie – in Bezug auf den Fall Wolbergs – *Pelz*, jurisPR-Compl 4/2021 Anm. 3 a.E.

³⁹ OLG München NJW 2008, 1174.

⁴⁰ Im Bereich der Privatwirtschaftskorruption müsste man konsequenterweise z.B. einen lohnabhängigen Schuhverkäufer unter Verweis auf seinen Status als Unternehmensangestellter aus § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB bestrafen, wenn dieser im Hinblick auf seine bevorstehende Ernennung zum Generalsekretär des Welt-Fußballverbandes Vereinbarungen zur unlauter bevorzugenden Vergabe von Sportübertragungsrechten schließt.

⁴¹ Gegen eine Bestrafung bei „zufälliger“ Amtsträgereigenschaft auch *Nordmeyer/Stricker* (Fn. 9), § 304 Rn. 5.

Zufallsstrafbarkeiten, der Nachteil darin, dass die Strafbarkeitslücke in Fällen à la Wolbergs⁴² vergrößert wird.

Möglich ist aber, drittens, auch ein Mittelweg, mit dem sowohl die Strafbarkeitslücke als auch das Gewicht des Vorwurfs der Zufallshaftung verkleinert wird. Es erscheint sachgerecht, das Innehaben einer anderen Entscheidungsträgerposition im Tatzeitpunkt ausreichen zu lassen, sofern auch das ursprüngliche Amt den Kandidaten kompetenziell dazu befähigt hätte, die im Unrechtspakt für das neue Amt/die neue Funktion vorgesehene konkrete Unrechtshandlung (Beeinflussung des Regensburger Bauausschusses, Bevorzugung eines Anbieters im Wettbewerb um TV-Übertragungsrechte usw.) vorzunehmen. Erforderlich ist also lediglich die Identität der innegehabten *Entscheidungskompetenz*.⁴³ Dies kommt der Lösung des BGH im Wolbergs-Fall sehr nahe. Dieser ist demnach richtig entschieden worden: Da der dritte Bürgermeister gelegentlich vertretungsweise den Vorsitz im für die Erteilung von Baugenehmigungen und die Bauleitplanung zuständigen städtischen Planungsausschuss wahrnimmt, hätte er theoretisch auch in dieser Funktion die in Rede stehende Diensthandlung vornehmen können. Übertragen auf § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Der für Ersatzteileinkäufe zuständige Abteilungsleiter macht sich nach dieser Vorschrift strafbar, wenn er sich im Hinblick auf seine baldige Bestellung zum für Beschaffungsfragen zuständigen Vorstandsmitglied von einem Zulieferer bestechen lässt.

Nicht ausreichend für die Annahme von Entscheidungsgewaltidentität sind hingegen die Beschäftigung bei einer anderen Behörde, einem anderen Unternehmen oder – bei der Mandatsträgerbestechlichkeit – in einer anderen Volksvertretung, sowie Betätigungen in derselben Institution, die aber

mit einem gänzlich anderen Aufgabenbereich verbunden sind.

IV. Fazit und Zusammenfassung

Die (hier sog.) Kandidaten-Bestechung wird vom Wortlaut der Bestechungsdelikte nur in den wenigsten Fällen erfasst. Insbesondere die Tatbestände der §§ 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, 332, 334 StGB verlangen bereits im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung für die Nehmerseite das Vorliegen der Eigenschaft als Angestellter bzw. als Amtsträger. Da die Kandidaten-Bestechung jedoch einen vergleichbaren Unrechtsgehalt wie die „normale“ Bestechung aufweist, sind die bestehenden Normen defizitär und änderungsbedürftig. Lediglich bei Konstellationen, in denen der bestochene Kandidat bereits im Tatzeitpunkt (irgend)eine andere tatbestandliche Funktion bekleidet, steht der Wortlaut einer Bestrafung nicht entgegen. Zur Vermeidung von Zufallsbestrafungen ist in diesen Fällen jedoch eine gewisse Teilidentität zwischen dem zum Tatzeitpunkt innegehabten und dem von der Unrechtsvereinbarung in Bezug genommenen Amt – nämlich eine Identität der Entscheidungskompetenz bzgl. der erkaufte Diensthandlung – zu fordern. Der Wolbergs-Fall ist daher vom BGH im Ergebnis richtig entschieden worden.

⁴² Eine vergleichbar restriktive Position im Falle der Kontinuität eines Wahlamts (Fall Kremendahl) vertreten *Beckemper/Stage*, NSStZ 2008, 35 (36).

⁴³ Das gilt auch für die §§ 331, 333 StGB, jedenfalls sofern es dabei um künftiges Verhalten des Amtsträgers geht. Für Taten nach diesen Vorschriften, die sich auf eine bestimmte künftige *Diensthandlung* beziehen – dies ist für Taten nach den §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB möglich (argumentum e § 335a Abs. 2, 3 StGB) und für solche nach §§ 331 Abs. 2, 333 Abs. 2 StGB sogar notwendig –, ergibt sich dies ohne Weiteres aus der strukturellen Vergleichbarkeit zu den §§ 332, 334 StGB. Aber auch in denjenigen Fällen, in denen nur die künftige *Amtsausübung* als solche den Bezugspunkt der Vorteilszuwendung bildet, setzt das Unrecht der Tat einen Bezug des Vorteilsversprechens gerade zum konkreten künftigen Amt voraus. Die jüngere Rspr. bringt dies durch das Erfordernis eines Beeinflussungswillens zum Ausdruck, der sich zumindest auf einen konkreten Tätigkeitsbereich beziehen muss (näher dazu *Zimmermann* [Fn. 32], 1. Kap. Rn. 103 ff.; *Nordmeyer/Stricker* [Fn. 9], § 306 Rn. 21–27). Daher wäre auch eine nicht den §§ 332, 334 StGB, aber den §§ 331, 333 StGB unterfallende Wahlkampfspende (zu dieser Möglichkeit BGH NJW 2007, 3446 [Kremendahl II]) an einen im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung noch als Studienrat amtierenden OB-Kandidaten nach derzeitigem Recht nicht strafbar.

Die Vernachlässigung strafrechtlicher Wertungen in der Bekämpfung der Corona-Pandemie

Von Prof. Dr. Volker Erb, Mainz

I. Einführung

1. Ausgangslage

Bei der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie hat der Staat die Freiheitsrechte der Bürger flächendeckend in einem Ausmaß beschränkt, wie dies in der Bundesrepublik Deutschland bis dahin noch niemals der Fall war und den meisten Menschen wohl auch schlechthin unvorstellbar erschien. Dies geschah im Wesentlichen durch ad hoc verordnete Maßnahmen der Exekutive, für die ihr der parlamentarische Gesetzgeber weitestgehend freie Hand ließ – wenngleich die Dinge durch das Aufgreifen einschlägiger Verordnungsermächtigungen formal „in den normalen Bahnen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts“ verliefen.¹ So war bis November 2020, als der neue § 28a IfSG erlassen wurde, nicht einmal das Spektrum in Betracht kommender Maßnahmen dem Gesetz als solchem zu entnehmen.² Unmittelbar in einem formellen Gesetz (nämlich in dem als „Bundesnotbremse“ bekannt gewordenen, vom 23. April bis zum 30. Juni 2021 geltenden § 28b IfSG) geregelt wurde ein Teil dieser Maßnahmen (vorübergehend) schließlich erst dann, als die Bundeskanzlerin politisch nicht mehr in der Lage war, ihre diesbezüglichen Vorstellungen in der Ministerpräsidentenkonferenz durchzusetzen – einem Gremium, dem sie seit Ausbruch der Pandemie „zugeschaltet“ war, in dem sie zwischenzeitlich eine dominante Rolle erlangt hatte und mit dem sie de facto die Geschicke des Landes lenkte.³ Die Verwaltungsgerichte haben den massiven Grundrechtseingriffen allenfalls vereinzelt und punktuell – im Zusammenhang mit besonders grotesk und schikanös anmutenden Maßnahmen⁴ – etwas entgegengesetzt, der Exekutive ansonsten aber weitestgehend freie Hand gelassen. Sie standen dabei freilich vor der Schwierigkeit, auf unsicherer Tatsachengrundlage im Eilrechtsschutz weitreichende Entscheidungen treffen zu müssen.⁵ Unter diesem Gesichtspunkt hat schließlich auch das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der „Bundesnotbremse“ am 5. Mai 2021 sogar vor den besonders

fragwürdigen Ausgangssperren kapituliert, weil darüber nicht im Eilverfahren entschieden werden könne.⁶

2. Der Blickwinkel des vorliegenden Beitrags

Inwieweit das Vorgehen des Staates in der Corona-Krise materiell (im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen) und formell (unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung und des Gebots der Gewährung effektiven Rechtsschutzes) rechtsstaatlichen Anforderungen genüge, ist in erster Linie eine Frage des Verfassungsrechts und insofern mittlerweile Gegenstand zahlreicher Publikationen.⁷ Es ist hier weder beabsichtigt, noch läge es in der Kompetenz eines Strafrechtlers, sich an dieser Diskussion in allgemeiner Form zu beteiligen. Im Vordergrund soll vielmehr die Frage stehen, ob bei der Konkretisierung rechtlicher Grenzen legitimen Regierungshandelns neben den in der öffentlich-rechtlichen Debatte üblicherweise zu vernehmenden Argumenten auch Wertungen der Strafrechtsordnung eine Rolle spielen könnten. Dazu werden – zunächst losgelöst von der Frage einer tatsächlichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Akteure – zwei Beispiele betrachtet, in denen solche Wertungen offensichtlich vernachlässigt wurden.

II. Zur Relevanz strafrechtlicher Wertungen für die Beurteilung von Regierungshandeln

Auf den ersten Blick erscheint die Wahl des Strafrechts als Ansatz für eine kritische Bewertung von Maßnahmen, die die Politik zum Umgang mit einer Krise ergriffen oder unterlassen hat, vielleicht eher fernliegend: Muss nicht zunächst das öffentliche Recht bestimmen, wo das politische Handlungsermessen endet, und bleibt angesichts der Ultima-ratio-Funktion selbst bei Überschreitung dieser Grenze allenfalls in Evidenzfällen Raum für strafrechtliche Überlegungen?⁸ Eine solche Betrachtung griffe indessen aus zwei Gründen zu kurz:

¹ *Lepsius*, in: *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Bd. 69, 2021, S. 705 (707 f., 733 ff.).

² Kritisch unter diesem Aspekt *Volkman*, *NJW* 2020, 3153.

³ Zur vorangegangenen Entwicklung der Rolle dieses Gremiums in der Pandemie eingehend *Lepsius* (Fn. 1), S. 719 ff.

⁴ So u.a. bei den allein an den Infektionszahlen im Landkreis des Wohnorts von Reisenden anknüpfenden „Beherbergungsverboten“, vgl. *VGH München*, *Beschl. v. 28.7.2020 – 20 NE 20.1609 = BeckRS 2020, 17622; OVG Lüneburg*, *Beschl. v. 15.10.2020 – 13 MN 371/20 = COVuR 2020, 700; OVG Schleswig*, *Beschl. v. 23.10.2020 – 3 MR 47/20 = BeckRS 2020, 27894; zu Willkür excessen der Exekutive in der ersten Phase der Pandemie* *Lepsius* (Fn. 1), S. 730 f.

⁵ Dazu *Lepsius* (Fn. 1), S. 708 f. (eingehende Übersicht über die Rechtsprechung bis Anfang 2021 S. 743 ff., kritisches Fazit S. 758 ff.).

⁶ *BVerfG*, *Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 = NVwZ 2021, 789*. Das erscheint allerdings insofern befremdlich, als diese Maßnahme nicht erst seit der Schaffung von § 28b IfSG, sondern aufgrund von Landesverordnungen und Allgemeinverfügungen schon zuvor monatelang praktiziert und kontrovers diskutiert worden war, so dass von den Richtern des Bundesverfassungsgerichts eigentlich zu erwarten gewesen wäre, die grundlegenden rechtsstaatlichen Bedenken (näher dazu unten III.) schon im Vorfeld reflektiert und sich eine Rechtsansicht gebildet zu haben.

⁷ Siehe etwa Heft 38/2021 der *NJW*.

⁸ So ein gegenüber dem *Verfasser* in Diskussionen über die mögliche strafrechtliche Relevanz des Impfstoffdebakels (siehe unten IV. und V. 2.) häufig erhobener Einwand.

1. Strafrechtliche Verbote als unübersteigbare Grenzen

Erstens können gerade strafrechtliche Verbote aufgrund ihres besonderen, typischerweise qualifiziertes Unrecht begründenden Gewichts Schranken markieren, deren Überschreitung auch für Regierungsverantwortliche unter allen Umständen tabu ist, so dass man insoweit definitiv nicht mehr von einer legitimen politischen Ermessensausübung sprechen kann. Eine solche Situation wäre z.B. anzunehmen, wenn eine Corona-Verordnung zur Unterbindung von Verstößen gegen die Kontaktbeschränkungen den Schusswaffengebrauch als Mittel der Wahl vorgesehen und die Vollzugsbeamten zu diesem Zweck von den Anforderungen der einschlägigen allgemeinen Vorschriften freigestellt hätte. Entsprechendes gilt freilich nur dort, wo eindeutig ein Straftatbestand (im vorgenannten Beispiel § 212 StGB oder zumindest §§ 223, 224 StGB) erfüllt ist und dafür ebenso eindeutig (vorliegend wegen offenkundiger Unverhältnismäßigkeit und Nichtigkeit der Ermächtigungsgrundlage) kein Rechtfertigungsgrund besteht. Zur Konkretisierung unscharfer Grenzen innerhalb der Grauzone von Handlungsoptionen, die gerade noch legitim erscheinen, trägt das Strafrecht insofern nichts bei.

2. Im Strafrecht verankerte grundlegende Wertungen der Rechtsordnung

Der Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags soll denn auch auf einem anderen Aspekt liegen: Strafrechtliche Regelungen und Institute stehen nicht isoliert neben den grundlegenden allgemeinen Wertungen der Rechts- und Verfassungsordnung, sondern sind letzten Endes deren Ausfluss. Da sie nicht im Zentrum der Arbeit der Verfassungsrechtler stehen, ist allerdings nicht gewährleistet, dass die in ihnen verankerten Grundsätze neben den gängigen Abwägungsparametern in der verfassungsrechtlichen Diskussion eine angemessene Beachtung erfahren. Entsprechendes gilt für politische Entscheidungen: Politiker werden zwar (in ihrer Eigenschaft als im Zweifel rechtstreue Bürger) die gängigen strafbewehrten Verbote kennen und befolgen, aber in der Regel keine subtilen strafrechtsdogmatischen Überlegungen anstellen, und können deshalb durchaus bedeutende Wertungen der Rechtsordnung übersehen, die im Strafrecht Ausdruck gefunden haben, sich für Laien aber nicht ohne weiteres erschließen. Gerade im Hinblick auf die Funktion des Strafrechts, das essentielle Minimum der Anforderungen an ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen festzulegen, sollte es doch aber naheliegen, die in diesem Rechtsgebiet angelegten Grundsätze auch bei der Grenzbestimmung legitimen Handelns und Unterlassens staatlicher Stellen im Rahmen einer Krisenbewältigung in die Betrachtung einzubeziehen (und zwar völlig unabhängig von der Frage, ob und für welche Personen eine Überschreitung dieser Grenzen eventuell tatsächlich alle Voraussetzungen strafbaren Verhaltens erfüllen könnte, dazu unten VI.).

III. Ausgangssperren

Ein Beispiel für die Missachtung einer solchen Wertung im Zusammenhang mit Corona-Maßnahmen bilden die Aus-

gangssperren, nach denen es den Bürgern zunächst auf der Grundlage von landesrechtlichen Corona-Verordnungen oder hierauf gestützten Allgemeinverfügungen, später nach dem bundesgesetzlichen § 28b IfSG zu bestimmten Zeiten untersagt war, ohne Vorliegen eines „triftigen Grundes“ ihre Wohnungen zu verlassen.

1. Der besondere Rang der Fortbewegungsfreiheit

Betrachtet man die Debatte um Ausgangssperren – auf der einen Seite Politiker, die sie veranlasst, Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte, die entsprechende Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen „gehalten“ haben,⁹ das Bundesverfassungsgericht, indem es den Eilrechtsschutz gegen die betreffende Passage in der „Bundesnotbremse“ versagt hat,¹⁰ sowie Befürworter in der öffentlich-rechtlichen Literatur,¹¹ auf der anderen Seite gegenläufig entscheidende Gerichte¹² und Kritiker im Schrifttum¹³ –, so geht es neben vereinzelt terminologischen Auseinandersetzungen um die Begriffe „Ausgangssperre“ und „Ausgangsbeschränkung“¹⁴ in erster Linie um Fragen der Verhältnismäßigkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme. Bei den Versuchen, nach dem gleichen Schema wie bei anderen Corona-Maßnahmen eine Kosten-Nutzen-Analyse zu erstellen, wurde indessen eine gravierende Besonderheit übersehen. Diese erschließt sich erst dann in aller Deutlichkeit, wenn man das Strafrecht in den Blick nimmt: Nicht nur, dass sich die Ausgangssperre im Gegensatz zu Kontaktbeschränkungen, Geschäftsschließungen usw. unmittelbar gegen ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut richtet, nämlich die Freiheit zum Verlassen des gegenwärtigen Aufenthaltsorts, deren Aufhebung den Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 StGB erfüllt. Hinzu kommt vielmehr der in § 35 StGB verankerte besondere Rang der persönlichen Fortbewegungsfreiheit, deren Bedrohung nach dem Gesetz als einzige neben derjenigen von Leben und

⁹ So etwa VGH München, Beschl. v. 12.1.2021 – 20 NE 20.2933 = BeckRS 2021, 436, Rn. 44 ff.; OVG Koblenz, Beschl. v. 3.2.2021 – 3 L 84/21.KO = BeckRS 2021, 2144.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 = NVwZ 2021, 789 Rn. 33 ff.

¹¹ Etwa *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (667); *Haratsch*, DÖV 2021, 538 (542); *W. Hecker*, NVwZ 2021, 795 f.; *Ziekow*, DVBl 2020, 732 (739).

¹² Insbesondere OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21 = BeckRS 2021, 6292 Rn. 17 ff., 34 ff.; OVG Greifswald, Beschl. v. 23.4.2021 – 1 KM 221/21 = BeckRS 2021, 8471; im Nachhinein nunmehr auch VGH München, Beschl. v. 4.10.2021 – 20 N 20.767 = BeckRS 2021, 29086 Rn. 63 ff.

¹³ *F. Schmitt*, NJW 2020, 1626; *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670 (671 ff.); *Kießling*, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 43; *Katzenmeier*, MedR 2020, 461 (465); *Schwarz*, COVuR 2021, 258 (261).

¹⁴ Vgl. die spitzfindige Begriffsjurisprudenz zur Rechtfertigung der Maßnahme über ihre Bezeichnung als „Ausgangsbeschränkung“ in VGH München, Beschl. v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907 = NJW 2021, 178 Rn. 26 ff.; dagegen zutreffend *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670.

Gesundheit geeignet ist, eine entschuldigende Notstandslage zu begründen. Dies macht die Ausgangssperre selbst dann, wenn sie als „Ausgangsbeschränkung“ Ausnahmetatbestände vorsieht (die aber jeweils nur einer Minderheit von Bürgern zugutekommen, während die Mehrheit ihre Fortbewegungsfreiheit im betreffenden Zeitraum in keiner Weise mehr ausüben kann, ohne mit dem Gesetz in Konflikt zu geraten), prinzipiell zu einem besonders gravierenden Eingriff – völlig unabhängig davon, dass sie von der Mehrheit der Menschen im Alltag de facto als weniger belastend empfunden werden mag als andere (insbesondere wirtschaftlich existenzgefährdende) Maßnahmen. Es ist die unmittelbare Übergriffigkeit gegen die Person jedes Bürgers, durch die sich das temporäre pauschale Wegsperrten der Bevölkerung von allen anderen Restriktionen unterscheidet, die sich die Politik zur Bekämpfung des Coronavirus überlegt hatte, und durch die eine grundlegend neue Dimension staatlichen Handelns eröffnet wird.¹⁵

2. Ergänzende Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Handhabung

Wenn dieser Umstand vor dem Hintergrund der Wertungen des StGB besonders deutlich hervortritt, so stellt sich gleichwohl die Frage, warum er nicht schon unabhängig davon viel stärker in das Zentrum der öffentlich-rechtlichen Debatte gerückt ist. Auch aus deren Binnenperspektive sollte man eigentlich eine intensivere Eruiierung von prinzipiellen, an der Art der Maßnahme anknüpfenden Einwänden jenseits der üblichen Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitsdogmatik erwarten.

a) So ist man als Zaungast aus einem anderen Rechtsgebiet zunächst erstaunt, mit welcher Leichtigkeit das Vorliegen einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Grundlage postuliert bzw. (so etwa in der Eilentscheidung des Bundesverfassungsgerichts) als selbstverständlich unterstellt wird.¹⁶ Immerhin enthält weder das Grundgesetz eine Regelung über Ausgangssperren, noch werden diese in den Kommentaren aus der Vor-Corona-Zeit einschlägig thematisiert.¹⁷ Dabei hätte die Pauschalität einer solchen Maßnahme, die sie von den (durchweg nur konkret-individuell vorzunehmenden) herkömmlichen Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit der Person grundlegend unterscheidet, doch ihre gesonderte Re-

gelung nahegelegt. Angesichts ihres exzessiven Gebrauchs durch die Besatzungsmächte nach dem zweiten Weltkrieg dürfte auszuschließen sein, dass sich die Mütter und Väter des Grundgesetzes ihrer nicht bewusst waren. Die einzig plausible Erklärung, warum sich das Grundgesetz dazu nicht verhält, dürfte darin liegen, dass man die Ausgangssperre damals (wie auch in den nachfolgenden Jahrzehnten bis März 2020) als typisches Unterdrückungsinstrument von Besatzungsmächten und totalitären Regimes¹⁸ wahrnahm, das in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat undenkbar erschien.

b) Definitiv verbieten dürfte sich nach alledem zunächst eine Lesart, wonach Ausgangssperren nicht einmal dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (der mit demjenigen von Art. 104 GG identisch sei) unterfallen, sondern lediglich eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit darstellen sollen:¹⁹ Diese Sichtweise verkennt, dass der kategoriale Unterschied zwischen der Bewegungsfreiheit als bloßem Ausdruck eines selbstbestimmten Handelns und der (im Strafrecht wie gesagt durch § 35 StGB und § 239 StGB flankierten) Freiheit der Person i.e.S. darin liegt, ob es um die Möglichkeit geht, einen bestimmten Ort aufzusuchen, oder aber darum, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen.²⁰ Dabei hat die besondere Qualität der Fortbewegungsfreiheit im letztgenannten Sinn nichts damit zu tun, ob eine eventuelle Beeinträchtigung im Wege einer Festnahme oder festnahmeähnlichen Zwangseinwirkung oder auf andere Weise erfolgt. Ein sanktionsbewehrtes staatliches Verbot, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen, muss deshalb stets als – bei flächendeckender Verhängung gegen einen Großteil der Bevölkerung entsprechend massiver – Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG interpretiert werden.²¹ Ob die Unterbindung der Fortbewegung die Kriterien einer „Freiheitsentziehung“ i.S.v. Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG erfüllt, ist dabei sekundär und lediglich für die Frage relevant, ob Maßnahmen der betreffenden Art einem Richtervorbehalt unterliegen.²²

¹⁵ Zum Ganzen bereits *Erb*, Die Ausgangssperre als Bankrotterklärung des Rechtsstaats, Online-Publikation v. 14.4.2021, S. 4, abrufbar unter <https://erb.jura.uni-mainz.de/veroeffentlichungen> (15.11.2021).

¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 = NVwZ 2021, 789 Rn. 33 ff., wo die Problematik nicht einmal ansatzweise thematisiert wird.

¹⁷ Siehe auch *Möllers*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 15.4.2021, S. 5, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw15-de-infektionsschutzgesetz-833590> (15.11.2021).

¹⁸ Zu dieser Vorbelastung der Maßnahme auch *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670; *Herzmann*, DÖV 2006, 678 (679).

¹⁹ *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (668); *Kingreen*, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2021, Teil 1 Kap. 1 Rn. 66.

²⁰ Insofern nicht nachvollziehbar die ausdrückliche Gleichsetzung beider Aspekte bei *Kingreen* (Fn. 19), Rn. 66.

²¹ Zutreffend *F. Schmitt*, NJW 2020, 1626; *Kießling* (Fn. 13), § 28a Rn. 41; *Guckelberger*, NVwZ Extra 9a/2020, 1 (11); *Boehme/Neßler*, NVwZ 2021, 670; *Schwarz*, COVuR 2021, 258 (260 f.); eingehend *Sangs/Eibenstein*, JZ 2021, 710 (716) m.w.N.

²² Ebenso *F. Schmitt*, NJW 2020, 1626 (1627). Dies führt freilich automatisch dazu, dass eine unter den Begriff der „Freiheitsentziehung“ zu subsumierende Ausgangssperre schon deshalb verfassungswidrig wäre, weil eine solche bei einer abstrakt-generellen Maßnahme prinzipiell nicht realisierbar erscheint (aus diesem Grund eine nicht durch Ausnahmetatbestände gelockerte Ausgangssperre für verfassungswidrig erachtend denn auch *Johann/Gabriel*, in: *Eckart/Winkelmüller* [Hrsg.], *Beck'scher Online-Kommentar, Infek-*

c) Nun enthält auch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (selbstverständlich) keine absolute Gewährleistung. An der Tragfähigkeit der Schrankenbestimmung in S. 3 drängen sich im vorliegenden Zusammenhang – wiederum vor dem oben unter a) ausgeführten Hintergrund und mit Blick auf das Gewicht des betroffenen Rechtsguts – indessen erhebliche Zweifel auf: Liegt es nicht näher, Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG (ausschließlich) so zu interpretieren, dass er Freiheitsbeschränkungen bei einzelnen Personen oder allenfalls Personengruppen ermöglicht, bei denen ein hinreichend gewichtiger konkreter Anlass besteht (im vorliegenden Kontext etwa Quarantänemaßnahmen bei Vorliegen eines Ansteckungsverdachts), aber eben keine pauschale Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit der gesamten Bevölkerung?²³ Für eine solche Sichtweise spricht im Übrigen, dass Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG eine Beschränkung der Freiheit der Person nur „auf Grund“, nicht aber „durch“ ein Gesetz zulässt, also offenkundig keine abstrakt-generellen, sondern nur konkret-individuelle Eingriffe im Blick hat. Schon ihrem Wortlaut nach passt die Schrankenbestimmung hiernach jedenfalls nicht auf eine *unmittelbare* gesetzliche Anordnung von Ausgangssperren, wie sie – insofern in offenkundig verfassungswidriger Weise – durch § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG erfolgt ist.²⁴

d) Neben der Frage, ob das Grundgesetz für die Verhängung von Ausgangssperren überhaupt eine Ermächtigungsgrundlage enthält, vermisst man vielfach ein hinreichendes Problembewusstsein dafür, ob die Methode, mit der die Politik durch die Verhängung von Ausgangssperren Ansteckungsgefahren bekämpfen wollte, grundsätzlich eine zulässige Form staatlicher Verhaltensregulierung sein kann:²⁵ Da

tionsschutzrecht mit Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung [SchAusnahmV], Stand: 1.7.2021, IfSG § 28 Rn. 35). Hieraus folgt indessen keinesfalls umgekehrt, dass eine nicht als „Freiheitsentziehung“ qualifizierte Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit für die Betroffenen per se von minderer Relevanz und deshalb auch als gegen die gesamte Bevölkerung gerichtete abstrakt-generelle Maßnahme legitimierbar wäre.

²³ Erb (Fn. 15), S. 2 f.

²⁴ Überzeugend *Sangs/Eibenstein*, JZ 2021, 710 (716). Ob und wie sich das Bundesverfassungsgericht in der für Ende November angekündigten abschließenden Entscheidung über die „Bundesnotbremse“ mit diesem frappierenden Aspekt auseinandersetzt, war bei Abschluss des vorliegenden Beitrags noch nicht absehbar.

²⁵ Vgl. etwa das unreflektierte Lob des entsprechenden Konzepts bei *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (668); vom Bundesverfassungsgericht wurde der Aspekt bei der – insoweit ohne jede Kritik erfolgten – Beschreibung der Intention des Gesetzgebers jedenfalls im Eilverfahren wiederum komplett vernachlässigt, BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 = NVwZ 2021, 789 Rn. 35; immerhin ansatzweise ins Spiel gebracht von OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21 = BeckRS 2021, 6292 Rn. 36, durch eine Betonung des Vorrangs anderer Maßnahmen zur Durchsetzung der Kontaktbeschränkungen.

ein spätabendlicher Spaziergang kein Ansteckungsrisiko begründet (wegen der geringen Zahl von Menschen auf der Straße insofern im Gegenteil besonders ungefährlich ist), haben die Ausgangssperren ja nicht einmal ansatzweise eine *unmittelbar* infektionsschützende Wirkung.²⁶ Ihr Konzept bestand vielmehr ausschließlich in dem Versuch, Menschen von wechselseitigen Besuchen abzuhalten und auf diese Weise Verstöße gegen die Kontaktbeschränkungen zu verhindern, indem man pauschal die Fortbewegungsfreiheit aller, einschließlich der mutmaßlich rechtstreuen, die Erfordernisse des Infektionsschutzes uneingeschränkt respektierenden Mehrheit, aufhob.²⁷ Regelverstöße einzelner, die tatsächlich eine Ansteckungsgefahr begründen mögen, wurden also mit einer gegen die Gesamtbevölkerung gerichteten Repressalie bekämpft.²⁸ Damit vergleichbar wäre etwa ein Regelungskonzept, das die (bekanntlich überwiegend spätabends erfolgenden) Trunkenheitsfahrten verantwortungsloser Personen dadurch zu unterbinden sucht, dass allen Autofahrern die Benutzung ihres Fahrzeugs ab einer bestimmten Uhrzeit verboten wird, sofern nicht ein eng gefasster Ausnahmetatbestand eingreift.²⁹ Entspricht das Leitbild einer solchen Form hoheitlicher Gefahrenabwehr nicht eher dem Umgang eines Bauern mit seiner Viehherde als demjenigen eines Rechtsstaats mit seinen mündigen Bürgern?

e) Die in der Ausgangssperre zum Ausdruck kommende Entgrenzung staatlicher Machtentfaltung, bei der die Freiheit der Person zur beliebigen Verfügungsmasse der Krisenpolitik degeneriert, erscheint nicht deshalb weniger beunruhigend, weil sie in anderen demokratischen Staaten Europas schon früher und z.T. exzessiver praktiziert wurde³⁰ (zuletzt erneut in Österreich, wobei angesichts der Einbeziehung selbst der geimpften Bevölkerungsmehrheit in diesem Fall von einem legitimen [rechts-]staatlichen Handeln m.E. schlechthin nicht mehr die Rede sein kann). Dieser Umstand liefert allenfalls eine psychologische Erklärung dafür, wie es auch in unserem Land zu einer derartigen Enthemmung einer politischen Mehrheit und zu der weitgehenden Gleichgültigkeit kommen

²⁶ So bereits OVG Lüneburg, Beschl. v. 7.4.2021 – 13 ME 166/21 = BeckRS 2021, 6292 Rn. 20.

²⁷ Zu diesem Hintergrund der Ausgangssperren BT-Drs. 19/28444, S. 12, wobei selbst die dort angeführten Einzelstudien zu dem Ergebnis kommen, dass der Einfluss von Ausgangssperren auf das Infektionsgeschehen allenfalls als „moderat“ anzusehen ist, vgl. dazu auch *Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 15.4.2021, S. 7 f, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw15-de-infektionsschutzgesetz-833590> (15.11.2021).

²⁸ Kritisch unter diesem Aspekt auch *Guckelberger*, NVwZ Extra 9a/2020, 1 (12); allgemein kritisch gegen die Rechtfertigung von Maßnahmen „mit der unterstellten gebündelten Unvernunft der Betroffenen“ *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (704).

²⁹ Erb (Fn. 15), S. 3 f.

³⁰ In den Versuch einer Legitimation der Maßnahme einbezogen von *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (668).

konnte, mit der Verwaltungsjustiz, (zumindest vorläufig) das Bundesverfassungsgericht und die Medien dies hingenommen haben.³¹

IV. Pflicht zur rechtzeitigen Optimierung der Impfstoffversorgung

Ein anderes Feld, auf dem die Politik gut daran getan hätte, sich an Wertungen der Strafrechtsordnung zu orientieren, ist die Beschaffung der Impfstoffe zu einer Zeit, als diese im Inland noch nicht in ausreichenden Mengen verfügbar waren, um jeden Impfwilligen kurzfristig damit zu versorgen.

1. Bremsfaktoren bei der Impfstoffversorgung

Nachdem seit Dezember 2020 zunächst ein und bald darauf weitere Impfstoffe gegen Covid-19 alle Phasen der klinischen Erprobung durchlaufen hatten, lief die Impfkampagne in Deutschland bekanntlich schleppend an, jedenfalls deutlich langsamer als in Großbritannien und in den USA, von Israel und den Seychellen ganz zu schweigen (wobei Israel seiner Rolle als Pilotland für Biontech/Pfizer und die Seychellen aufgrund ihrer geringen Einwohnerzahl allerdings besondere Bedingungen aufwies). Die Impfstoffknappheit hielt trotz einer deutlichen Erhöhung der Liefermengen ab April 2021 letzten Endes bis Anfang Juli 2021 an und wirkte entsprechend lang als Bremse bei der Immunisierung der impfwilligen Bevölkerungsmehrheit. Für die Bundesregierung bestanden zu unterschiedlichen Zeitpunkten in mehrerlei Hinsicht faktische Möglichkeiten, dieser Situation entgegenzuwirken:

a) Im Sommer 2020 legte die Bundeskanzlerin bekanntlich Wert darauf, die Beschaffung der Impfstoffe ausschließlich über die EU vorzunehmen und hielt an dieser Linie auch dann noch fest, als die EU zögerliche Verhandlungen führte, statt möglichst schnell möglichst große Impfstoffmengen zu bestellen, wie es die USA und Großbritannien zu dieser Zeit getan haben. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, warum es die Bundesregierung versäumt hat, sich von in Deutschland ansässigen Firmen bei der Vergabe von Fördergeldern zur Forschung und zum schnellen Aufbau von Produktionskapazitäten im Gegenzug Vorkaufsrechte an der Produktion der ersten Monate einräumen zu lassen.

b) Im Dezember 2020 hätte man den Start der Impfkampagne durch die Erteilung von Notfallzulassungen beschleunigen können, wie sie u.a. in Großbritannien und in den USA erteilt wurden, statt auf das Votum der Europäischen Arzneimittel-Agentur zu warten. Auf diese Weise hätte eine Reihe von Angehörigen der höchsten Risikogruppe etliche Wochen früher geimpft werden können.

c) Schließlich hätte die Bundesregierung Anfang 2021 die Möglichkeit gehabt, sich auf EU-Ebene mit aller Kraft für ein Exportverbot von Corona-Impfstoffen in Nicht-EU-Staaten einzusetzen, vergleichbar mit den zu dieser Zeit in den USA geltenden Regelungen. Nach Inbetriebnahme des Marburger Biontech-Werks im März hätte man notfalls auch auf nationaler Ebene hoheitliche Maßnahmen ergreifen können, die einen Export ausschließlich in EU-Partnerstaaten, nicht aber

in Drittstaaten erlaubt hätten. Stattdessen hat man hingenommen, dass im kritischen Zeitraum bis Mitte Mai Presseberichten zufolge fast die Hälfte der in der EU produzierten Impfstoffe in Drittstaaten exportiert wurde.³² Dies hatte zwangsläufig zur Folge, dass die Impfkampagne in Europa und mithin auch in Deutschland im Frühsommer bei weitem noch nicht da angekommen war, wo sie zu diesem Zeitpunkt bereits hätte sein können.

2. Zusätzliche Todes- und Erkrankungsfälle

Die Auswirkungen all dieser Verzögerungen der Impfkampagne, die zunächst mit dem Höhepunkt der „zweiten Welle“ der Ansteckungen mit der Ursprungsvariante und später mit der durch die „Alpha-Variante“ verursachten „dritten Welle“ korrelierte, liegen auf der Hand: Viele Menschen – und zwar gerade solche aus den bei der Impfung grundsätzlich priorisierten Risikogruppen – erkrankten noch zu einem Zeitpunkt, als sie bei schnellerer Verfügbarkeit größerer Impfstoffmengen bereits geimpft gewesen wären, was im Hinblick auf die bei diesen Personen besonders hohe Sterblichkeit zu einer hohen Zahl vermeidbarer Todesfälle geführt hat. Dies dürfte evident und im Grundsatz unbestreitbar sein. Diskutieren kann man allenfalls über die genaue Anzahl, bei der naturgemäß nur grobe Schätzungen möglich sind; der Wuppertaler Ökonom Paul Welfens ging insofern bereits Anfang März 2021, also vor Auslaufen der „dritten Welle“, in einem Presseinterview von 27.000 zusätzlichen Todesfällen aus.³³

3. Handlungsoptionen der Politik

Die deutsche Politik hätte zweifellos die Möglichkeit gehabt, durch entsprechende Maßnahmen für beschleunigte Impfstofflieferungen zu sorgen und damit eine jedenfalls im fünfstelligen Bereich anzusiedelnde Zahl von Todesfällen sowie hunderttausende z.T. extrem schwerwiegende Erkrankungsfälle in der inländischen Bevölkerung zu verhindern: Ein faktisches oder rechtliches Hindernis, der EU im Sommer ein kurzfristiges Ultimatum zur Bestellung großer Impfstoffmengen aus allen erfolgversprechenden Projekten zu stellen und nach dessen Verstreichen diese Bestellungen selbst zu tätigen, ist nicht ersichtlich. Was die Bundesregierung an einem solchen Vorgehen hinderte, war ausschließlich eine europapolitische Opportunität, die ihr Ziel einer Stärkung der Institutionen der EU am Ende noch nachhaltig verfehlte, indem letztere Gelegenheit erhielten, sich als schwerfällig und unfähig

³¹ Erb (Fn. 15), S. 5.

³² Vgl. etwa (freilich mit positiver Bewertung dieses Umstands) die Europa-Kolumne von Koch, Handelsblatt v. 17.5.2021, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/meinung/kolumnen/europa-kolumne/europa-kolumne-die-eu-ist-beim-impfstoff-management-deutlich-besser-als-ihr-ruf/27197832.html?ticket=ST-4336438-hxdj6l1BbW3ac0GbefON-ap4> (15.11.2021).

³³ Vgl. Mayer, Merkur.de v. 7.3.2021, abrufbar unter <https://merkur.de/welt/impfungen-corona-deutschland-todesfaelle-tote-lockdown-tote-experte-professor-kritik-90229554.html> (15.11.2021).

hig zu erweisen. Ein eventueller finanzieller Mehraufwand vorsorglicher Bestellungen und einer maximalen Förderung des aus damaliger Perspektive ebenfalls noch vorsorglichen Aufbaus großer inländischer Produktionskapazitäten konnte in diesem Zusammenhang schon deshalb kein tragfähiges Argument sein, weil eine erfolgreiche Impfkampagne ersichtlich der einzige Weg aus einer Katastrophe war, deren Fortdauer schon rein wirtschaftlich betrachtet jeden Monat Kosten verursachte, die um ein Vielfaches höher lagen, als dies selbst bei noch so großzügigen Investitionen in die Impfkampagne der Fall gewesen wäre.³⁴ Dementsprechend wird man auch die Nichterteilung einer Notfallzulassung für den Biontech-Impfstoff Anfang Dezember 2020 schwerlich damit legitimieren können, dass in diesem Fall der Staat die Haftung anstelle des Herstellers übernommen hätte.³⁵ Was schließlich den gegen Exportverbote gerichteten praktischen Einwand betrifft, man hätte auf diese Weise Gegenmaßnahmen der betroffenen Länder riskiert, unter denen die Versorgung mit Rohprodukten leiden könnte, ist Folgendes zu bemerken: Sollte eine solche Lieferabhängigkeit tatsächlich bestanden haben, hätte man das Problem ja einfach dadurch lösen können, dass man die betreffenden Staaten von einem Exportverbot ausnimmt. Das Beispiel der USA hat im Übrigen ja gezeigt, wie erfolgreich man die Impfkampagne im eigenen Land beschleunigen kann, indem man Exporte zunächst unterbindet. Es ist nicht einmal ersichtlich, dass die USA durch diese Maßnahme ernsthafte diplomatische Verwicklungen ausgelöst hätten. Die Bundesregierung hätte es in der Hand gehabt, ein entsprechendes Exportverbot zu erlassen, und zwar durch eine Rechtsverordnung gem. § 6 Abs. 1 S. 1 AWG;³⁶ hielte man eine erweiterte gesetzliche Grundla-

ge für erforderlich, hätte durch eine einschlägige Gesetzesinitiative ihre Schaffung eingeleitet werden können.

4. Bedeutung der in der Dogmatik der Unterlassungsdelikte verankerten Unterscheidung zwischen Garanten- und Solidaritätspflichten

Unabhängig davon, ob die genannten Versäumnisse tatsächlich strafrechtliche Relevanz haben könnten (dazu und zu den hiergegen vorgebrachten Einwänden unten V. 2.), zeigen im StGB verankerte Wertungen der Rechtsordnung, dass wir es jedenfalls mit einem von Rechts wegen zu missbilligenden Verhalten gegenüber der eigenen Bevölkerung zu tun haben. Dies gilt auch und gerade für die Zulassung umfangreicher Impfstoffexporte in Drittstaaten zu einer Zeit, als die Versorgung der Menschen in Deutschland und Europa noch nicht flächendeckend gewährleistet war. Versuche in Politik und Medien, Exportbeschränkungen mit dem Kampfbegriff des „Impfnationalismus“ als verwerflich zu brandmarken, lassen sich auf diesem Weg als eine moralisierende Rhetorik entlarven, die nicht mit den Vorgaben der Rechtsordnung in Einklang steht.

a) Dass die Devise „die eigene Bevölkerung zuerst“ an dieser Stelle mit den Wertungen unserer Rechtsordnung nicht nur vereinbar ist, sondern durch diese geradezu gefordert wird, zeigt ein Blick auf die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Die dort geläufige Unterscheidung zwischen Garantenpflichten und Solidaritätspflichten mit den daraus folgenden Konsequenzen für die Behandlung von Pflichtenkollisionen spricht eine eindeutige Sprache: Gerät bei einem Unfall ein eigenes und ein fremdes Kind in Lebensgefahr, und hat man de facto nur die Möglichkeit, eins von ihnen zu retten, so ist die Pflichtenkollision dahingehend aufzulösen, dass man aufgrund der Garantenstellung dem eigenen Kind helfen muss.³⁷ Die unterlassene Hilfeleistung gegenüber dem frem-

³⁴ Beispiel Schweiz: Bis zu vier Milliarden Franken kostet eine Verzögerung des Impfens um einen Monat, siehe *Benz/Feldges*, Neue Züricher Zeitung v. 9.1.2021, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/wirtschaft/corona-impfung-kosten-der-langsamkeit-grenzen-der-schnelligkeit-ld.1595082> (15.11.2021).

³⁵ Dazu *aerzteblatt.de* v. 18.12.2020, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/119502/Coronaimpfst-off-Diese-Nachteile-birgt-eine-Notfallzulassung> (15.11.2021).

Nicht weniger angreifbar erscheint die damals vom Bundesgesundheitsminister gegebene Begründung, man wolle durch das Abwarten auf die Entscheidung der Europäischen Arzneimittel-Agentur das „notwendige Vertrauen der Menschen“ in den Impfstoff sicherstellen: Das Problem bestand im Dezember 2020 anders als heute ja nicht darin, dass es mehr Impfstoff als Impfwillige gegeben hätte. Und die Frage, ob sich nunmehr, nach reichlicher Verfügbarkeit der Impfstoffe, mehr oder weniger Menschen impfen lassen, mag von vielen Faktoren abhängen, aber mit Sicherheit nicht davon, dass man mit der Verabreichung des Biontech-Impfstoffs im Dezember 2020 bis zum Vorliegen der „bedingten“ Zulassung durch die Europäische Arzneimittel-Agentur gewartet hat!

³⁶ Kurzfristig wäre dies gem. § 6 Abs. 1 S. 1 AWG sogar per Allgemeinverfügung möglich gewesen, wie es beim Erlass eines vorübergehenden Exportverbots für medizinische

Schutzausrüstung Anfang März 2020 denn auch praktiziert wurde, vgl. *Bundesanzeiger* v. 4.3.2020, B 1.

³⁷ So die heute deutlich h.M., vgl. etwa *Neumann*, in: *Schüemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* am 15. Mai 2001, 2001, S. 421 (436); *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2019, Rn. 516; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1992, 15. Abschn. Rn. 7; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 99; *Murmann*, *Grundkurs Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 25 Rn. 67; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. 2020, § 49 Rn. 40, 45; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 124; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 50. Aufl. 2020, Rn. 1213; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 68. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 11b; *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 4. Aufl. 2017, § 34 Rn. 31; *Rönnau*, in: *Cirener/Radtke/Rissing van-Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 125; *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 31; *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.),

den Kind wird in dieser Situation vom Gesetz hingegen nicht gefordert, sie ist i.S.v. § 323c StGB „unzumutbar“. Würde ein Elternteil gleichwohl das eigene Kind sterben lassen, um stattdessen das fremde zu retten, so hätte er also eine Strafe wegen Mordes oder Totschlags durch Unterlassen zu erwarten.

b) Dieser Vorrang von Garantenpflichten vor Solidaritätspflichten ist wiederum keine strafrechtliche Besonderheit. Auch hier ist vielmehr davon auszugehen, dass das Strafrecht umgekehrt an grundlegende Wertungen der Gesamtrechtsordnung anknüpft, deren Allgemeingültigkeit nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass sie außerhalb strafrechtlicher Zusammenhänge in der Regel keine Aufmerksamkeit erregen, und die in einem Rechtsstaat deshalb auch für politisches Handeln verbindlich sein müssen. Im vorliegenden Kontext bedeutet dies: Bei der Frage, ob im Inland hergestellter Corona-Impfstoff zunächst einmal für die eigene Bevölkerung reserviert oder teilweise für den Export freigegeben werden soll, dürfen sich die Politiker nicht nur für ersteres entscheiden, sondern müssen dies sogar tun, um sich nicht

Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 32 ff. Rn. 176; a.A. *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 6 Rn. 135; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 22. Kap. Rn. 64; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 137; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 77; *Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 47. Letzteren ist entgegenzuhalten, dass die Unzulässigkeit, das Leben eines der Betroffenen als solches höher zu gewichten, keinen Hinderungsgrund dafür bildet, dem Unterlassungstäter aus einem anderen Grund – nämlich aufgrund seiner besonderen Pflichtenstellung – rechtlich vorzuschreiben, wie er sich in der Situation zu verhalten hat. Dabei ist unerfindlich, wie eine Hilfspflicht, die vom Gesetz ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt wurde, dass ihre Erfüllung „ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist“ (diesen Aspekt zutreffend hervorhebend *Beulke*, in: *Hettinger/Hillenkamp/Köhler* [Hrsg.], Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1 [5 ff.]; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 123; *Schlehofer*, in: *Erb/Schäfer* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 252; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 75), dem Garanten die Möglichkeit eröffnen sollte, sich sanktionslos einer nach § 13 Abs. 1 StGB relevanten qualifizierten Rechtspflicht zu entziehen. Die bei Kollision tatsächlich gleichwertiger Pflichten eintretende Wahlfreiheit des Hilfspflichtigen stellt im Hinblick auf die insofern von Rechts wegen eröffnete willkürliche Herrschaft über Leben und Tod im Grunde genommen ohnehin eine Ungeheuerlichkeit dar. Sie muss deshalb – gerade wegen der besonderen Stellung des Lebensrechts – strikt auf solche Fälle beschränkt bleiben, in denen sie aufgrund einer absoluten, unter keinem wie auch immer gearteten Aspekt rechtlich auflösbaren „Pattsituation“ unvermeidbar erscheint.

dem Vorwurf einer Verletzung der höherrangigen Pflicht auszusetzen. Eine Ausnahme lässt sich allenfalls dort rechtfertigen, wo wir von grenzüberschreitenden Garantenpflichten ausgehen können. Angesichts der engen Verflechtung innerhalb der EU, die mittlerweile zu den tragenden Säulen unseres Staatsverständnisses gehört, erscheint das mit Blick auf die Menschen in EU-Partnerstaaten naheliegend. Wobei hier natürlich noch dazukommt, dass ein gegen andere EU-Länder gerichtetes Exportverbot angesichts der europaweit vernetzten Produktionsprozesse wohl tatsächlich die Zulieferketten sprengen würde. Im Verhältnis zu der Bevölkerung in Drittstaaten ist hingegen keine Sonderverantwortlichkeit deutscher Politiker ersichtlich, hier geht es ausschließlich um Solidarität.

c) Dabei war zunächst einmal auch kein Raum für eine Unterstützung der z.T. pathetisch eingeforderten³⁸ „globalen Impfgerechtigkeit“: Entsprechende Aufforderungen zum „Teilen“ haben dort ihre Berechtigung, wo es um wirtschaftliche Ressourcen geht, die zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung in ärmeren Ländern benötigt werden. Insofern hat für Europa, wo heute so viel Impfstoff verfügbar ist, dass niemand mehr darauf warten muss, mittlerweile in der Tat die Stunde der Solidarität geschlagen, in der es dringend geboten erscheint, ärmeren Ländern so viel Impfstoff wie möglich verbilligt oder kostenlos zu überlassen. Im Frühjahr 2021 bestand das Problem aber noch nicht in einer lediglich wirtschaftlichen Knappheit, bei der man mit Fug und Recht sagen kann, wir können uns doch mit etwas weniger zufriedengeben, um anderen zu helfen. Damals betraf die Knappheit vielmehr die lebensrettenden Ressourcen als solche, und die waren mit Blick auf die Menschen, die sie konkret benötigten, letzten Endes nicht teilbar: Entweder jemand bekam seine Impfung rechtzeitig, oder er bekam sie nicht rechtzeitig, bevor er sich mit dem Virus infizierte. Die Politiker konnten ihrer Verantwortung gegenüber den Impfwilligen, die Corona in Deutschland und Europa zu dieser Zeit noch als lebensgefährliche Infektion traf, nicht ein bisschen stärker oder ein bisschen weniger stark nachkommen, um Raum für solidarisches Verhalten nach außen zu gewinnen. Gegenüber denjenigen, für die die Impfung zu spät kam, weil die Impfdosis, die sie andernfalls rechtzeitig erhalten hätten, exportiert wurde, sind sie ihrer Verantwortung vielmehr gar nicht nachgekommen. Sie haben die Prioritäten damit in einer Weise gesetzt, die ihnen aufgrund ihrer primären Verantwortung für die inländische Bevölkerung nicht zustand.

d) Da es um Leben und Tod in der eigenen Bevölkerung ging, ist auch nicht ersichtlich, welche übergeordneten Interessen die Politik hätten legitimieren sollen, ihre diesbezüglichen Schutzpflichten hintanzustellen: Der Regierung eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats steht es nicht zu, zur Verfolgung außenpolitischer Ziele über die Leichen eigener Bürger zu gehen. In einer solchen Situation mussten eventuell

³⁸ Vgl. etwa *Engelhardt*, Rundfunkbeitrag in „Deutschlandfunk Kultur“ v. 1.4.2021, abrufbar unter https://www.deutschlandfunkkultur.de/impfplattform-covax-die-reichen-laender-zuerst.979.de.html?dram:article_id=495055 (15.11.2021).

drohende diplomatische Missstimmungen, Beeinträchtigungen von Handelsbeziehungen und unerwünschte geopolitische Folgen der „Impfstoffdiplomatie“ Russlands und Chinas in anderen Weltgegenden notfalls eben hingenommen und ertragen werden. Entscheidend für die Unvereinbarkeit der Inanspruchnahme eines politischen Handlungsermessens mit den Anforderungen des Rechts war an dieser Stelle, dass wir es nicht mit einer graduellen Steigerung des allgemeinen Lebensrisikos zu tun hatten, bei der die Politik mehr oder weniger frei ist, wie sie damit umgeht. Es ging vielmehr um eine so massive und konkrete Bedrohung von Leib und Leben großer Bevölkerungsgruppen, dass deren Abwendung von Rechts wegen allerhöchste Priorität genießen musste. Das Interessante ist dabei, dass die Bundesregierung Letzteres ja im Wesentlichen selbst so gesehen hatte: Wie sonst hätte sie die Corona-Pandemie zum Anlass nehmen können, Grundrechte über Monate hinweg flächendeckend in einer Weise einzuschränken, wie es diese Republik zuvor nicht einmal ansatzweise erlebt hat? Dann war von der Bundesregierung aber zu verlangen, bei der Beschaffung eines lebensrettenden Impfstoffs in vergleichbar robuster Weise zu agieren, wie sie das beim „Lockdown“ tat. Sie war dazu sogar umso mehr verpflichtet, als hier keine Eingriffe in Grundrechte der Bürger im Raum standen, die auch dort, wo es um Leben und Tod geht, immer noch eine Abwägung erforderlich machen, sondern ausschließlich politische Opportunität.³⁹ Wann, wenn nicht hier, sollten jemals die „besonderen Umstände“ vorliegen, unter denen sich die politische „Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen [kann], dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht genüge getan werden kann“⁴⁰?

V. Strafbarkeit der verantwortlichen Politiker?

Wenn man das Vorgehen der Politik in den beiden hier ausgeführten Zusammenhängen somit als mit grundlegenden Wertungen der Rechtsordnung unvereinbar bezeichnen kann, ist damit natürlich noch nicht gesagt, ob sich die federführenden Akteure dabei strafbar gemacht haben. Die dafür notwendigen spezifischen Voraussetzungen sind weitaus schwieriger zu beurteilen. Ihre Prüfung führt z.T. auf rechtliches Neuland, weshalb hier nur eine vorläufige Einschätzung möglich ist. Dabei ist ihr grundsätzliches Vorliegen tendenziell zu bejahen, wobei eine effektive Strafbarkeit freilich an § 17 S. 1 StGB scheitern dürfte.

³⁹ Dazu bereits *Erb*, Strafbarkeit des Unterlassens einer maximalen Beschleunigung der COVID-19-Impfungen in Deutschland durch die Bundesregierung, Online-Publikation Januar 2021, S. 3 f., abrufbar unter <https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/03/Gutachten-Coronaimpfstoff.pdf> (15.11.2021).

⁴⁰ Für die Möglichkeit entsprechender Ausnahmen vom Grundsatz, wonach „dem Gesetzgeber bei der Erfüllung von Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu[komme], der auch Raum lässt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen“, ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 4.5.2011 – 1 BvR 1502/08 = NVwZ 2011, 991 Rn. 38.

I. Verhängung von Ausgangssperren

Was die verfassungswidrige Verhängung von Ausgangssperren betrifft, so ist zunächst danach zu differenzieren, ob diese durch formelles Gesetz (so im Falle der „Bundesnotbremse“ in § 28b IfSG) oder durch rechtswidrige Rechtsverordnungen oder Allgemeinverfügungen erfolgte. Im erstgenannten Fall kommen strafrechtliche Sanktionen schon deshalb nicht in Betracht, weil eine ausdrückliche Aufhebung der persönlichen Fortbewegungsfreiheit in einem Gesetz zugleich zum Ausdruck bringt, dass die Maßnahme nicht strafbar sein soll, womit eine Bestrafung aller wie auch immer beteiligten Akteure – ungeachtet einer eventuellen Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit – von dem zur Tatzeit gegebenen Gesetzeswortlaut nicht gedeckt und mithin nach Art. 103 Abs. 2 GG unzulässig wäre.⁴¹ Bei denjenigen, die Ausgangssperren durch rechtswidrige Rechtsverordnungen oder Allgemeinverfügungen anordnen oder solche Anordnungen vollziehen, ließe sich hingegen über eine Anwendung von § 239 StGB diskutieren. Dabei käme das bekannte Problem zum Tragen, inwieweit ein psychischer Zwang, der die Ausübung der Fortbewegungsfreiheit erschwert, aber nicht faktisch unmöglich macht, eine „Freiheitsberaubung auf andere Weise“ darstellt. Auch wenn die heute h.M. davon ausgeht, dass die Bindung eines anderen an den gegenwärtigen Aufenthaltsort durch Instrumentalisierung seiner Angst vor Nachteilen hiervon grundsätzlich nicht erfasst wird,⁴² dürften gute Gründe dafür sprechen, einen (in diesem Zusammenhang bislang soweit ersichtlich nicht thematisierten) durch sanktionsbewehrte hoheitliche Anordnungen erzwungenen Verzicht auf Fortbewegung unter diese Tatbestandsvariante zu subsumie-

⁴¹ Ein Anwendungsfall der Radbruchschen Formel, mit der das BVerfG in der „Mauerschützen-Entscheidung“ die Nichtanwendung eines zur Tatzeit gesetzlich normierten Rechtfertigungsgrunds legitimieren wollte (BVerfG, Beschl. v. 24.10.1996 – 2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94 = BVerfGE 95, 96 [133 ff.]) wäre hier selbstverständlich nicht diskutabel, so dass die Fragwürdigkeit einer hierauf gestützten Einschränkung des – von Art. 103 Abs. 2 GG ohne jeden Vorbehalt garantierten – Grundsatzes „nullum crimen sine lege“ (dazu *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Januar 2021, Art. 103 Abs. 2 Rn. 133 f.) dahinstehen kann. Für den – wesentlich eleganteren – Ansatz des BGH, einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG in den „Mauerschützen-Fällen“ deshalb zu verneinen, weil die Nichtanwendung des seinerzeit im Grenzgesetz der DDR geregelten Rechtfertigungsgrunds unter Einhaltung der Wortlautgrenze mit einer verfassungsrechtlich zulässigen abweichenden Auslegung begründet werden konnte (BGH, Urt. v. 3.11.1992 – 5 StR 370/92 = BGHSt 39, 1 [29 f.]), ist im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls kein Raum.

⁴² Vgl. etwa *Wieck-Noodt*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 30 f.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 37), § 239 Rn. 6b; *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 239 Rn. 7; tendenziell a.A. allerdings wohl BGH, Beschl. v. 8.3.2001 – 1 StR 590/00 = NStZ 2001, 420.

ren. Hier ist nämlich die aus Opfersicht drohende Konfrontation mit der unüberwindbaren Übermacht staatlicher Zwangsausübung zu berücksichtigen, die ja z.B. auch allgemein zum Anlass genommen wird, bei einer vorgetäuschten Beschlagnahme das Vorliegen einer Vermögensverfügung zu verneinen.⁴³ Einer Strafbarkeit entgehen dürften die verantwortlichen Politiker und Verwaltungsbeamten in dieser Konstellation richtigerweise (nur) dadurch, dass sie an die Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens geglaubt haben und man ihnen diese Einschätzung angesichts dessen Deckung durch die meisten Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte nicht als vermeidbaren Verbotsirrtum i.S.v. § 17 S. 2 StGB vorwerfen kann.

2. Versäumnisse bei der Impfstoffbeschaffung

Komplizierter liegen die Dinge hinsichtlich einer möglichen Strafbarkeit wegen Tötungs- und Körperverletzungsdelikten durch Unterlassen im Hinblick darauf, dass die damalige Bundeskanzlerin und ihr Gesundheitsminister einer maximalen Beschleunigung der Impfkampagne unter den oben unter IV. 1. und 3. ausgeführten Gesichtspunkten keine maximale Priorität eingeräumt haben.

a) Relativ leicht überwindbar wären wohl Probleme im Zusammenhang mit der (Quasi-)Kausalität des Unterlassens, die daraus resultieren, dass es schwierig sein dürfte, diese in Bezug auf ganz bestimmte Erkrankungen- und Todesfälle nachzuweisen: Hier wäre zunächst zu überlegen, ob bei Taten mit einer unüberschaubaren Vielzahl von Opfern deren jeweilige Identität überhaupt sicher feststehen muss, oder ob es nicht genügt, mit der erforderlichen prozessualen Sicherheit eine Mindestzahl an Opfern festzustellen.⁴⁴ Unabhängig davon bestünde u.U. aber auch die Möglichkeit, dass sich ein Gericht in einigen konkreten Einzelfällen eine prozessual hinreichende Gewissheit verschaffen kann, dass frühere Impfungen den tatbestandsmäßigen Erfolg verhindert hätten. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass spätestens im Frühjahr 2021, als man die Impfkampagne noch durch ein Exportverbot hätte beschleunigen können, für jedermann offenkundig war, dass jeder Tag Verzögerung Menschenleben kostet, die Verantwortlichen dies also als Folge ihrer Prioritätensetzung in Kauf nahmen und mithin bedingt vorsätzlich handelten. Das würde hinsichtlich der dann in Betracht kommenden §§ 212, 13 StGB und §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13

⁴³ BGH, Urt. v. 2.5.1952 – 4 StR 867/51 = NJW 1952, 796; BGH, Urt. v. 16.10.1952 – 5 StR 330/52 = NJW 1953, 73 (74); BGH, Beschl. v. 15.3.2011 – 4 StR 40/11 = NJW 2011, 1979 Rn. 7; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 115; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Fn. 42), § 242 Rn. 96; *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 37), § 242 Rn. 35.

⁴⁴ Vgl. dazu *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 59 ff.; kritisch gegenüber derartigen Ansätzen zu einer derartigen „Opfer-Wahlfeststellung“ *K. Tiedemann/I. Tiedemann*, in: Geppert/Bohnert/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, 1992, S. 139 (144 ff.).

StGB ggf. eine Versuchsstrafbarkeit eröffnen, für die es keiner Kausalitätsfeststellung bedarf.

b) Größere Schwierigkeiten bereitet die für eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts gem. § 13 StGB erforderliche Garantenstellung, die bei Regierungspolitikern – wohl aufgrund der bislang fehlenden Praxisrelevanz – soweit ersichtlich noch nicht diskutiert wurde. Der *Verfasser* hat diese an früherer Stelle bejaht, weil nicht ersichtlich ist, warum diejenigen, die in der Staatsführung höchste Ämter übernehmen, für die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben beim Schutz von Leib und Leben der Bevölkerung nicht in gleicher Weise strafrechtlich haften sollten, wie das bei sonstigen Amtsträgern auf den unterschiedlichsten Hierarchieebenen unstreitig der Fall ist.⁴⁵

aa) Dem sind die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags in einer Ausarbeitung vom 18.2.2021⁴⁶ mit der Begründung entgegengetreten, eine solche Garantenstellung könne weder aus dem Amtseid noch aus der allgemeinen staatlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit hergeleitet werden: Ersterer bringe lediglich eine ethisch-moralische Verpflichtung zum Ausdruck, während Letztere in diesem Zusammenhang im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG zu unbestimmt und im Übrigen zu uferlos sei; so ließe sie sich z.B. ebenso gut im Zusammenhang mit tödlichen Verkehrsunfällen zur Begründung einer Garantenpflicht aktivieren, diesen durch Einführung einer generellen Geschwindigkeitsbegrenzung entgegenzutreten.⁴⁷ Der Unterschied zu anderen Amtsträgern liege dabei darin, dass für Regierungspolitikern keine gesetzliche Zuweisung ganz bestimmter Schutz-

⁴⁵ *Erb* (Fn. 39), S. 3.

⁴⁶ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, WD 7 - 3000 – 012/21, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/829898/542c143a0152558970c821201b06999c/WD-7-012-21-pdf-data.pdf> (15.11.2021).

⁴⁷ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags (Fn. 46), S. 9 ff. Die zusätzliche, auf einen Zeitungsartikel mit einem Interview des Staatsrechtslehrers Markus Ogorek im Wiesbadener Kurier v. 10.2.2021, S. 4, zurückgehende Behauptung einer weitergehenden „Uferlosigkeit“ des hier vertretenen Ansatzes in dem Sinn, dass sich „nach dieser Logik [...] auch Mitglieder des Bundestages strafbar machen“ könnten, indem sie es unterlassen, ein Gesetz zu beschließen oder einzubringen, liegt neben der Sache: Parlamentarier unterscheiden sich sowohl in ihrer Rechtsstellung als auch in der Reichweite ihrer individuellen Möglichkeiten, staatliche Maßnahmen unmittelbar effektiv zu steuern, von der – die weisungsbefugte Spitze der Exekutive bildenden – Regierung so fundamental, dass ihre strafrechtliche Behandlung durch diejenige von letzterer in keiner Weise determiniert wird. Bei ihnen dürfte die Zuschreibung einer persönlichen strafrechtlichen Verantwortung für die Entscheidungen des Parlaments in der Tat fernliegend sein; eine nähere Untersuchung dazu würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen.

pflichten bestehe.⁴⁸ Im Übrigen drohten erhebliche „Verwerfungen in Bezug auf den Gewaltenteilungsgrundsatz“, wenn die Strafverfolgungsorgane über Handlungspflichten von Regierungsmitgliedern entscheiden wollten, bei denen diesen ein politischer Ermessensspielraum zukommt.⁴⁹

bb) Der Ansatz, die Spitze der Exekutive wegen ihrer umfassenden Zuständigkeit und der insofern naturgemäß geringeren Spezifizierung ihrer Aufgaben von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für pflichtwidriges Unterlassen freizustellen, ist im Ansatz verfehlt und stellt die Dinge auf den Kopf. Wäre der Ansatz zutreffend, so müsste er für Unternehmensleitungen bei konsequenter Betrachtung in gleicher Weise gelten. Bei diesen ist aber anerkanntermaßen das Gegenteil der Fall – für sie folgt aus ihrer Allzuständigkeit für die Geschicke des Unternehmens und die Folgen seiner Tätigkeit bekanntlich eine (ggf. auch strafrechtlich sanktionierte) umfassende Verantwortung.⁵⁰ Beim Staatsapparat ist nun aber ebenso wenig einzusehen wie bei Wirtschaftsunternehmen, warum die strafrechtliche Relevanz eines Versagens vor den dienstlichen Verpflichtungen ausgerechnet bei denjenigen enden sollte, die in der Hierarchie, die sie kraft ihrer Weisungsbefugnisse kontrollieren, an der Spitze stehen. Dass die Garantenpflichten auf diese Weise letzten Endes die Summe aller Zuständigkeiten der Organisation für den Schutz strafrechtlich geschützter Rechtsgüter umfassen, liegt hier wie da in der Natur der Sache und begründet keine *zusätzliche* Unbestimmtheit, die über das im Zusammenhang mit § 13 StGB allgemein zu konstatierende Maß hinausginge. Im Hinblick auf die Möglichkeiten, Aufgaben in weitem Umfang zu delegieren, kann man ihnen auch nicht per se eine unzumutbare Uferlosigkeit attestieren.

cc) Das Problem liegt an ganz anderer Stelle und ist als solches auch keineswegs auf Regierungsangehörige beschränkt, sondern betrifft in gleicher Weise Hoheitsträger auf nachgeordneten Ebenen bis hin zum Streifenpolizisten, aber auch Angehörige von Wirtschaftsunternehmen, die eigenverantwortliche Entscheidungen treffen und dabei Sicherheitsaspekte gegen andere Interessen abwägen müssen: Die Sicherheit kann in solchen Fällen ungeachtet ihres hohen Stellenwerts keinen Vorrang um jeden Preis beanspruchen. Um einen Stillstand des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens zu vermeiden, werden gewisse Abstriche vom maximal denkbaren Schutz vor Gefahren von der Rechtsordnung vielmehr als „erlaubtes Risiko“ toleriert.⁵¹ Aus diesem Grund haften Regierungsvertreter in dem gegen die hier vertretene Position als *argumentum ad absurdum* in Stellung gebrachten Beispiel (s.o. 2. b) aa) ebenso wenig für tödliche Verkehrsunfälle, die durch das Fehlen einer allgemeinen Geschwindigkeitsbegrenzung bedingt sind, wie der Geschäftsführer einer

Chemiefirma für Gesundheitsschäden von Anwohnern durch einen Betriebsunfall, den er bei Einhaltung aller Sicherheitsvorschriften nicht durch zusätzliche, überobligationsmäßige Schutzvorkehrungen verhindert hat. Entsprechendes gilt im öffentlichen wie im privaten Sektor auch für Verantwortungsträger auf untergeordneten Hierarchieebenen, die ein ihnen eingeräumtes sicherheitsrelevantes Ermessen in vertretbarer Weise ausgeübt haben. Die Dinge ändern sich jedoch in allen Fällen, wenn der Ermessensspielraum und mit diesem das erlaubte Risiko für das betroffene Rechtsgut überschritten wird. Um eine übermäßige strafrechtliche Haftung zu verhindern, die die Entscheidungsfreudigkeit der Verantwortlichen in ihrerseits gefährlicher Weise hemmen könnte, mag es sich in bestimmten Bereichen anbieten, die Strafbarkeit auf offensichtlich unvertretbare Entscheidungen zu beschränken (entsprechend einem Ansatz, den die Rechtsprechung bei der Anwendung von § 266 StGB etabliert hat⁵²). Ebenso wie bei untergeordneten Amtsträgern und Verantwortlichen in Wirtschaftsunternehmen muss es aber auch für Regierungspolitiker eine Schwelle geben, jenseits derer die evidente Verletzung von Pflichten zum Schutz strafrechtlich geschützter Rechtsgüter strafrechtliche Sanktionen nach sich zieht. Eine andere Sichtweise liefe darauf hinaus, der Spitze der Exekutive eine nur noch auf politischer Ebene sanktionierbare, aber von den Bindungen des Rechts vollständig gelöste Herrschaft über Leben und Tod einzuräumen. Dies sollte sich in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat eigentlich von selbst verbieten.

dd) Die Differenzierung zwischen einigermaßen vertretbaren Ermessensentscheidungen und evidenten Überschreitungen des legitimen politischen Handlungsspielraums liefert zugleich den Schlüssel zur Überwindung der Bedenken, die die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags hinsichtlich der Gewaltenteilung vorgebracht haben: Dieser Grundsatz wäre in der Tat verletzt, wenn die Justiz eine allgemeine Kontrolle des Ermessens von Regierungsmitgliedern in Anspruch nehmen wollte, um alle möglichen Folgen politischer Entscheidungen einer strafrechtlichen Sanktionierung zuzuführen. Die Dinge ändern sich jedoch wiederum, sobald offenkundige und gravierende Pflichtverstöße im Raum stehen: Könnten sich die Regierenden auch in diesem Fall noch hinter dem Grundsatz der Gewaltenteilung verschanzen, um mit dessen Hilfe eine durch keine persönlichen Sanktionsrisiken mehr begrenzte Handlungsfreiheit zu erlangen, so würde seine Funktion auf den Kopf gestellt. Angesichts der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von aktivem Tun und garantenpflichtwidrigem Unterlassen kann eine strafrechtliche Ahndung dabei auch prinzipiell nicht auf das aktive Tun beschränkt werden. So ist nicht einzusehen, warum der Grundsatz der Gewaltenteilung erlauben sollte, einen Minister für von ihm angeordnete standrechtliche Erschießungen strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen, nicht jedoch für eine willkürlich unterlassene Anordnung von Maßnahmen zur Rettung einer Vielzahl vom Tod bedrohter Bürger des Lan-

⁴⁸ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags (Fn. 46), S. 11 f.

⁴⁹ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags (Fn. 46), S. 12 f.

⁵⁰ Grundlegend im „Lederspray-Fall“ BGH, Urt. v. 26.6.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106 (123 ff.).

⁵¹ Allgemein zu dieser Rechtsfigur *Roxin/Greco* (Fn. 37), § 11 Rn. 66 ff.

⁵² Grundlegend BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 (192); im Schrifttum etwa *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 37), § 266 Rn. 19b m.w.N.

des. Um zu verhindern, dass sich eine Staatsanwaltschaft anschickt, durch ein fragwürdiges Strafverfahren die laufenden Regierungsgeschäfte zu stören und auf diese Weise „Verwerfungen in der Gewaltenteilung“ heraufzubeschwören, könnte man allenfalls verfassungspolitisch in Erwägung ziehen, Regierungsmitgliedern auch dann, wenn sie nicht zugleich Parlamentarier sind, eine Immunität zu gewähren, die eine Strafverfolgung vor Ende der Amtszeit nur bei Aufhebung derselben durch den Bundestag erlaubt.

ee) Nach alledem bleibt zu klären, ob die Versäumnisse, die der damaligen Bundeskanzlerin und ihrem Gesundheitsminister bei der Beschaffung des Covid-19-Impfstoffs vorzuwerfen sind, eine offenkundige und schwerwiegende Überschreitung ihres legitimen politischen Handlungsspielraums darstellen. Die hierfür maßgebliche Frage lautet: Konnte man das im Frühjahr 2021 für einige hunderttausend Menschen in Deutschland bestehende und sich bei einigen zigtausend von ihnen realisierende Risiko, infolge der unterbliebenen Ausschöpfung aller Möglichkeiten zur Beschleunigung der Impfstoffbeschaffung an der Krankheit zu sterben, wenigstens ansatzweise noch mit üblichen allgemeinen Lebensrisiken wie dem Tod infolge einer Grippeerkrankung oder infolge eines Verkehrsunfalls vergleichen, bei denen die Politik in Abwägung mit beliebigen gesellschaftlichen Interessen entscheiden kann, inwieweit sie zu ihrer weiteren Absenkung aktiv wird? Oder handelte es sich um eine Katastrophe, deren tödliche Folgen den Rahmen eines solchen Risikos offensichtlich bei weitem sprengten, und die das Rechtsgut „Leben“ damit in einer Unmittelbarkeit bedrohte, die für legitime politische Gegenerwägungen keinen Raum mehr ließ und die bedingungslose Ergreifung aller Maßnahmen erforderte, sofern diese nicht ihrerseits eine unmittelbare Gefährdung hochstehender Rechtsgüter beinhalteten? Für Letzteres spricht vorliegend nicht nur die Dimension der Katastrophe, die nach Zahl der in kurzer Zeit drohenden zusätzlichen Todesfälle (von einer weitaus größeren Zahl ernster, z.T. schwerwiegender und mit Langzeitfolgen verbundener zusätzlicher Erkrankungen gar nicht zu reden) wohl jede vermeidbare Gefährdung, die üblicherweise als „allgemeines Lebensrisiko“ eingestuft wird, um ein Vielfaches überschritt. Hinzu kommt vielmehr der bereits oben unter II. 4. d) angesprochene Gesichtspunkt, dass die Bundesregierung die in dieser Phase der Coronapandemie drohenden Gefahren für Leib und Leben selbst als so massiv und konkret eingestuft hat, dass sie ihnen – bei innerhalb des allgemeinen Lebensrisikos angesiedelten Gefahren schlechthin undenkbar – mit extrem einschneidenden Mitteln bis hin zur weitgehenden Suspensierung elementarer Grundrechte der Bürger begegnen durfte und musste.

c) Die Entscheidung über die Strafbarkeit fällt hiernach wiederum bei der Bewertung des – sicherlich auch hier gegebenen – Verbotssirrtums als „vermeidbar“ oder „unvermeidbar“. In diesem Fall wird man der damaligen Bundeskanzlerin und ihrem Gesundheitsminister wohl aufgrund der – wenn auch sehr oberflächlichen und im Ergebnis nicht überzeugenden – Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags nicht vorwerfen können, dass sie die Rechtspflicht zur Sicherstellung einer schnellstmöglichen Impfstoffversor-

gung unter Hintanstellung aller gegenläufigen politischen Belange verkannt haben.

VI. Schlussbemerkung

Wenn sich die Bundeskanzlerin, ihr Gesundheitsminister und andere für den staatlichen Umgang mit der Corona-Krise verantwortliche Personen hiernach *nicht* strafbar gemacht haben, ist dies im Hinblick darauf, dass sie in einer von Ungewissheiten beherrschten Situation zweifellos nach bestem Wissen und Gewissen um einen angemessenen Umgang mit der allgemeinen Notlage bemüht waren, sicherlich kein unbefriedigendes Ergebnis. Es bedeutet aber nicht, dass das Strafrecht zur Art und Weise, wie die Regierung – und sei es in einer noch so extremen Ausnahmesituation – mit ihren Bürgern umgeht, von vornherein nichts zu sagen hätte: Soweit grundlegende Wertungen der Strafrechtsordnung die Fragwürdigkeit bestimmter Vorgehensweisen offenbaren, und dies ggf. weitaus deutlicher, als es die gängigen Argumentationsmuster des öffentlichen Rechts leisten könnten, ist die Strafrechtswissenschaft berufen, die entsprechenden Positionen möglichst früh in die Debatte einzuführen. Dass damit zumindest die abstrakte Möglichkeit einer Strafbarkeit der betreffenden Politiker ins Spiel kommt, liegt in der Natur der Sache. Praktische Relevanz würde diese indessen nur dann erlangen, wenn die strafrechtlichen Bedenken im allgemeinen Diskurs frühzeitig ein solches Maß an Aufmerksamkeit fänden, dass sich die Verantwortlichen nicht mehr auf die Unvermeidbarkeit eines Verbotssirrtums berufen könnten.

Unterlassene Hilfeleistung gegenüber Covid-19-Patienten über die Landesgrenze hinaus?

Von Privatdozentin Dr. Dorothea Magnus, LL.M. (San Diego, Kalifornien), Hamburg*

Die Coronapandemie bringt die Intensivstationen vieler Länder bis an ihre Belastungsgrenze. Im Rahmen der europäischen Solidarität hat auch Deutschland seit der ersten Welle der Pandemie Patienten aus dem EU-Ausland aufgenommen. Beruht diese Versorgung von EU-Patienten auf reiner Freiwilligkeit oder stellt sie eine Pflicht zur Solidarität dar, deren Verletzung unter Umständen strafbewehrt ist? Machen sich deutsche Ärzte gar strafbar, wenn sie bei noch ausreichenden Kapazitäten die Behandlungsübernahme gegenüber europäischen Nachbarn verweigern? Der Beitrag zeigt, unter welchen Voraussetzungen eine Strafbarkeit bei grenzüberschreitenden Fällen in Betracht kommt.

I. Einleitung

Während die Problematik der Triage in der Strafrechtswissenschaft in den letzten Monaten breit diskutiert wurde,¹ fehlen bislang Beiträge zur Frage der grenzüberschreitenden Strafbarkeit in Triage-Konstellationen. Dabei ist die Frage grundlegend: Machen sich Ärzte in deutschen Kliniken strafbar, wenn sie die Behandlung von Covid-19-Patienten aus dem angrenzenden Ausland in Notsituationen verweigern? Sie eröffnet ein weites Feld an schwierigen Problemen, die vom Geltungsbereich des deutschen Strafrechts über genuin strafrechtliche Fragen bis hin zu europarechtlichen und nicht zuletzt ethischen Fragen reichen.

Ein Ausgangsfall soll die Problematik veranschaulichen: Eine französische Klinik in Metz bittet die nächstgelegene deutsche Klinik in Saarbrücken (ca. 60 km entfernt), einen an Corona schwer erkrankten Patienten zu übernehmen, da alle Intensivbetten auch der nächsten französischen Krankenhäuser belegt seien und der Patient sonst unweigerlich sterben müsse. Die deutsche Chefärztin verweigert die Behandlungs-

übernahme. Der französische Patient stirbt. Hat sich die Ärztin strafbar gemacht?

Dieser Fall ist vor dem Hintergrund der ersten, zweiten und nunmehr dritten „Welle“ der Pandemie-Ausbreitung zu sehen.² Krankenhäuser haben deutschlandweit Intensivstationen frei gemacht, um für den Ernstfall genügend Betten, Lungenmaschinen, Beatmungsgeräte etc. zur Verfügung zu haben. Insbesondere aus Grenzregionen wie dem Elsass und Lothringen, der französischen Großregion Grand Est, aber auch aus anderen Nachbarländern kamen die entsprechenden Anfragen nach Aufnahme von Patienten, die von den Krankenhäusern ihrer Heimatländer wegen Überlastung nicht versorgt werden konnten. Tatsächlich haben mittlerweile alle Bundesländer Covid-19-Patienten aus dem EU-Ausland aufgenommen oder Intensivbetten zumindest angeboten und medizinische Geräte oder ärztliche Expertise zur Verfügung gestellt.³ Bereits Anfang Mai 2020 hatte sich die französische Europa-Staatssekretärin bei einem Besuch in Saarbrücken dafür bedankt, dass Deutschland allein bis dahin aus der Großregion Grand Est 150 Covid-19-Patienten aufgenommen und versorgt hatte.⁴ Insgesamt wurden aus dieser Region mehr Patienten nach Deutschland als in andere französische Regionen verlegt. Auch u.a. aus Italien, den Niederlanden, Belgien, Tschechien, Polen, der Slowakei hat Deutschland inzwischen schwerkranke Corona-Patienten übernommen.⁵

Die Frage, die sich stellt, ist folgende: Beruht diese Versorgung von EU-Patienten auf reiner Freiwilligkeit oder stellt sie eine Pflicht zur Solidarität dar, deren Verletzung unter Umständen sogar strafbewehrt ist? Können sich Ärzte strafbar machen, wenn sie die Behandlungsübernahme gegenüber europäischen Nachbarn verweigern? Zugespitzt kommt es zu

* Die Autorin ist Privatdozentin an der Universität Hamburg.

¹ Siehe nur *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704; *Sowada*, NSTZ 2020, 452; *Hoven*, JZ 2020, 449; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627; *Walter*, GA 2020, 656; *Waßmer*, JA 2021, 298; *Tolmein*, NJW 2021, 270; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403; *Busch*, ZStW 132 (2020), 742; *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481; *Taupitz*, MedR 2020, 440; aus verfassungsrechtlicher Sicht *Lindner*, MedR 2020, 723; *Häberle/Kotzur*, NJW 2021, 132; *Lehner*, DÖV 2021, 252; siehe auch *Gaede*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl. 2021, Rn. 1775 ff.; *Gerson*, in: *Esser/Tsambikakis*, *Pandemiestrafrecht, Aktuelles Recht für die Praxis*, 2020, § 3 Rn. 1 ff.; *Huster*, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.) *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2021, Kap. 8 Rn. 45 ff.; *Hörnle/Huster/Poscher*, *Triage in der Pandemie*, 2021; *Bockholdt*, in: *Schlegel/Meßling/Bockholdt*, *COVID-19, Corona-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales*, 2020, § 9 Rn. 116 ff.; *BVerfG NVwZ* 2020, 1353; *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151; *Ast*, ZIS 2020, 268; *Jansen*, ZIS 2021, 155; *Streng-Baunemann*, ZIS 2021, 170.

² Angesichts der Mutationen des Coronavirus sind auch weitere Pandemieschübe in Zukunft nicht ausgeschlossen.

³ Europäische Kommission, *Coronavirus: European Solidarity in action*, abrufbar unter

<https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/coronavirus-european-solidarity-action>

(14.11.2021); *Krams*, *Euronews* v. 8.3.2021, abrufbar unter <https://de.euronews.com/2021/03/08/deutschland-und-polen-nehmen-schwerkranke-corona-patienten-aus-der-slowakei-auf> (14.11.2021); *ÄrzteZeitung* v. 16.10.2020, abrufbar unter

<https://www.aerztezeitung.de/Politik/Kliniken-bereiten-sich-auf-Corona-Patienten-aus-der-ganzen-EU-vor-413801.html>

(14.11.2021); siehe zu weiteren aktuellen Zahlen von EU-Patienten, die Deutschland aufgenommen hat: *Ettel*, *WELT* v. 12.4.2020, abrufbar unter

<https://www.welt.de/wirtschaft/article207206669/Corona-Deutschland-leistet-medizinische-Hilfe-fuer-EU-Partner.html> (2.10.2021).

⁴ *Wiegel*, *FAZ* v. 5.6.2020, S. 2.

⁵ *Auswärtiges Amt* v. 17.4.2020, abrufbar unter

<https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/europa/maas-corona-europa/2328038> (14.11.2021); Europäische Kommission (Fn. 3).

einer grenzüberschreitenden Triage, wenn der Arzt bzw. die Ärztin auswählen muss, wem er bei begrenzten Ressourcen ein Intensivbett geben würde: dem Patienten aus dem Ausland oder dem (zukünftigen) Patienten im Inland? Um diese Frage beantworten zu können, ist nach deutschem Recht zu klären, ob die ausländischen Patienten überhaupt zum Kreis der potentiell intensiv zu behandelnden Personen i.S.d § 323c StGB gehören.

Vorweg ist dabei zunächst eine wichtige Klarstellung erforderlich: Solange die Behandlung eines Patienten tatsächlich noch nicht übernommen, der Patient noch nicht in die Klinik oder Praxis eingeliefert wurde, scheidet eine rechtswidrige Tötung durch Unterlassen aus. Die h.M. verlangt für die hier notwendige Garantenpflicht, die sich aufgrund einer Beschützergarantenstellung ergeben würde, dass der Arzt bzw. die Ärztin die Behandlung bereits tatsächlich übernommen hat.⁶ Das ist aber erst der Fall, wenn die Arztperson zur Behandlung, ärztlichen Beratung oder Anamnese konkret ansetzt oder nach Aufnahme ansetzen müsste. Allein der Abschluss des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages reicht nicht aus.⁷ Die Schutzpflicht wird Ärzten nicht abstrakt und generell auferlegt. Auch wenn bereits eine verbale – ggf. telefonische – Behandlungszusage zur Übernahme der Schutzfunktion führen kann, entsteht jedenfalls bei einer Zurückweisung des Patienten keine Garantenstellung.⁸

Folgt man dieser, m.E. zutreffenden h.M., so scheiden Tötungsdelikte im oben geschilderten Fall ohne Weiteres aus. Denn eine Behandlungsübernahme war noch nicht erfolgt. In der Notaufnahme entsteht diese Schutzpflicht in dem Moment, in dem der Patient eingeliefert wird. Daran fehlt es, wenn der Patient wie im vorliegenden Fall im Ausland ist. Die Ärztin wird auch nicht unmittelbar mit einem ablehnenden Telefonanruf zum Garanten. Fälle der Telemedizin mögen hier anders zu bewerten sein.⁹ Sie entsprechen aber nicht

der hier behandelten Situation, bei der um Krankenaufnahme erst nachgesucht wird.

Auch wenn in Fällen der geschilderten Art Tötungsdelikte durch Unterlassen ausscheiden, so kann dennoch eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung in Betracht kommen.¹⁰ Hier liegt der Schwerpunkt der Problematik. Dabei ist zunächst zu klären, ob § 323c StGB, der ein Mindestmaß an menschlicher Solidarität von jedem einzelnen verlangt, angesichts der grenzüberschreitenden Komponente überhaupt anwendbar ist.

II. Strafanwendungsrecht

Da die Anfrage in dem Beispielfall aus dem Ausland kam, der Patient nicht deutscher Staatsbürger ist und sich auch nicht auf deutschem Territorium befindet, könnte man zweifeln, ob der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts eröffnet ist. Gemäß § 3 StGB, der das Territorialitätsprinzip regelt, gilt das deutsche Strafrecht nur für „Taten, die im Inland begangen werden“. Wo wurde hier die Tat – der unterlassenen Hilfeleistung – begangen? Der Unglücksfall, zu dem man die akut verlaufende Krankheit rechnen muss,¹¹ ist in Frankreich vorgefallen. Die Ablehnung der Hilfe ist jedoch auf deutscher Seite und zwar fernmündlich erfolgt. § 9 Abs. 1 S. 1 StGB bestimmt, dass „eine Tat an jedem Ort begangen ist, an dem der Täter gehandelt hat oder“ – und das ist hier relevant – „im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen“. Hier hätte die Ärztin in Deutschland, nämlich in ihrer Klinik, die Hilfe vornehmen müssen, wenn sie erforderlich und ihr zumutbar war, um den Schaden, d.h. den Tod des Patienten abzuwenden. Danach läge der Handlungsort in Deutschland und es handelte sich um eine Inlandstat.

Gleichwohl kann man daran einen Moment zweifeln, da die Ärztin in dem Augenblick, als der Anruf kam und der Patient sich noch ca. 60 km entfernt in Frankreich befand, gar nicht hätte Hilfe leisten können. Das war ihr faktisch unmöglich. Der Vorwurf, den man ihr jedoch macht, ist, dass sie die – spätere, ihr mögliche – Hilfe fernmündlich abgelehnt hat. Diese mündliche Absage wird in Deutschland ausgesprochen, in Frankreich kommt sie an. Bei *Unterlassungsdelikten* ist anerkannt, dass Handlungsort nicht nur der Ort ist, an dem der Täter hätte handeln müssen (sog. Vornahmeort), sondern auch der Ort, an dem er sich während der Dauer seiner Handlungs- und Erfolgsabwendungspflicht aufhält (sog. Aufenthaltsort).¹² Der Aufenthaltsort liegt im Beispielfall in

meier/Schrag-Slavu, Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin im Rettungsdienst, 2010, S. 105 f.

¹⁰ Siehe nur *Roxin* (Fn. 7), § 32 Rn. 71; *Ranft*, JZ 1987, 908 (914); *Kreuzer*, NJW 1967, 278.

¹¹ Siehe unten III. 1.

¹² BVerfG StV 2017, 236 Rn. 34; *Denga*, StV 2018, 609 (612); *Satzger*, JURA 2010, 108 (112); *Werle/Jeffberger*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 6), § 9 Rn. 19; *Ambos*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. 2020, § 9 Rn. 14; *Eser/Weißer*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 8), § 9 Rn. 5; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 9 Rn. 3; *Rotsch*, ZIS 2010, 172;

⁶ BGHSt 40, 257, (266); BGH NJW 1979; RGSt 75, 68 (73); OLG Düsseldorf NStZ 1991, 531; BayObLG JZ 1973, 319; OLG Dresden StV 2015, 120; *Weigend*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 36; *Otto/Brammsen*, JURA 1985, 592 (595); *Roxin*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 70 f.; *Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand*, 2000, S. 407 f. Zum speziellen Fall des Bereitschaftsarztes siehe BGHSt 7, 211 (212); *Kühl*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 73 f.; *Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 39; *Ranft*, JZ 1987, 908 (914).

⁷ Vgl. BGHSt 47, 229; BGH MedR 2001, 310; *Dannecker/Streng*, MedR 2011, 131.

⁸ *Roxin* (Fn. 6), § 32 Rn. 71; *Gaede* (Fn. 6), § 13 Rn. 38; *Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 28; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, Kommentar, 3. Aufl. 2018, StGB §§ 211, 212 Rn. 7.

⁹ Zur „Telemedizin“ *Biermann*, in: *Ulsenheimer/Gaede* (Fn. 1), Rn. 467 f.; *Ulsenheimer/Bock*, ebenda, Rn. 661 ff.; *Katzen-*

Deutschland, nämlich dort wo die Ärztin sich aufhält, als sie sich entscheidet, nicht zu helfen. Dieser Aufenthalt begründet einen Tatort im Inland. Insoweit unterscheidet sich der Fall von anderen grenzüberschreitenden Distanzdelikten, wie z.B. Beleidigung, Volksverhetzung oder Verabredung zu Straftaten bei Telefonaten ins Ausland. Diese haben nicht den Charakter eines echten Unterlassungsdeliktes wie § 323c StGB, für das der Vornahme- und der Aufenthaltsort maßgebend ist.¹³

Es handelt sich daher um eine Inlandstat, der Tatort liegt im Inland. Auf Grundsätze des aktiven Personalitätsprinzips (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB), da die Täterin Deutsche ist, ist deswegen ebenso wenig abzustellen wie auf den Umstand, dass das Opfer Franzose ist und daher auch das französische Recht Anwendung finden könnte. Jurisdiktionskonflikte sind ggfs. zwischenstaatlich zu lösen, wobei das Territorialitätsprinzip eine vorrangige Stellung hat.¹⁴ Nach dem Territorialitätsprinzip, § 3 StGB, ist der Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts eröffnet.

III. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung, § 323c StGB

1. Unglücksfall

Der Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung setzt „einen Unglücksfall oder eine gemeine Not oder Gefahr“ voraus. Ob eine lebensbedrohliche Krankheit einen Unglücksfall darstellt, ist fraglich. Nicht jede Erkrankung ist ein Unglücksfall i.S.d. § 323c StGB. Anerkannt ist jedoch, eine Erkrankung bei akuter Verschlechterung des Gesundheitszustands als „Unglücksfall“ einzustufen.¹⁵ Auch wenn der Krankheitsverlauf nach den jetzigen Erkenntnissen über Covid-19 zu einem gewissen Grade voraussehbar ist, kann der Gesundheitszustand des Infizierten im Einzelfall schnell und nicht vorhersehbar umschlagen in einen lebensbedrohlichen Zustand, bei

dem dringendste Hilfe notwendig ist. Dann ist ein Unglücksfall zu bejahen.

Ob die Coronapandemie als eine Seuche darüber hinaus eine gemeine Gefahr i.S.d. § 323c StGB darstellt, ist angesichts der aktuellen Zahlen und der weltweiten unkontrollierten Ausbreitung des Virus nach hier vertretener Auffassung ebenfalls zu bejahen. Bei der gemeinen Gefahr, die für eine Vielzahl an Menschen bestehen muss, kommt es auf die Plötzlichkeit der Gefahr und Bedrohung nicht an.¹⁶

§ 323c StGB verlangt weiter, dass die Hilfe „bei einem Unglücksfall“ unterlassen wurde. Das Merkmal „bei“ wird nach der Ratio der Hilfeleistungspflicht als lediglich „anlässlich“ des Unglücksfalls verstanden.¹⁷ Nach vorherrschender Ansicht ist nicht nur derjenige zur Hilfe aufgerufen, der unmittelbarer Zeuge des Vorfalls ist oder anschließend hinzukommt. Auf eine nahe räumliche Beziehung zu dem Unglücksfall kommt es nicht zwingend an.¹⁸ Dass sich im Beispielsfall die lebensbedrohliche Situation nicht vor den Augen der Ärztin abspielte, sondern der Patient sich noch in Frankreich befand, schließt nicht per se einen Unglücksfall oder die gemeine Gefahr aus.

Beiden Tatbestandsmerkmalen ist auch nicht eine inhärente Begrenzung auf Unglücksfälle oder gemeine Gefahren in Deutschland zu entnehmen. Denn damit würden die Regeln zum internationalen Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts unzulässig unterlaufen. Bedeutung kann die größere Distanz allerdings unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit gewinnen.¹⁹

2. Erforderlichkeit

Bejaht man bei Covid-19-Patienten einen Unglücksfall bzw. die gemeine Gefahr, dann verlangt § 323c StGB weiter, dass die Hilfe erforderlich ist. Das ist sie, wenn sie geeignet ist, einen drohenden Schaden abzuwenden, also die Notlage zu beheben oder zumindest abzumildern.²⁰ Bei schwerkranken

Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 6), § 9 Rn. 7; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 9 Rn. 4.

¹³ Zur Rechtsnatur siehe *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 323c Rn. 1; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018 § 323c Rn.1; *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 323c Rn. 1 ff.; v. *Heitschel-Heinegg*, in: v. Heitschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 50. Ed., Stand: 1.5.2021, § 323c Rn. 2; *Gaede* (Fn. 6), § 323c Rn. 3; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 44. Aufl. 2020, Rn. 1042.

¹⁴ Europarat, Europäischer Ausschuss für Kriminalitätsprobleme (European Committee on Crime Problems), Extraterritorial criminal jurisdiction, 1990, p. 21; EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Terrorismus, Art. 9 Abs. 1, Amtsblatt Nr. L 164 v. 22.6.2002, S. 0003 f.; *Ambos* (Fn. 12), Vor § 3 Rn. 65 m.w.N.

¹⁵ BGHSt 6, 152; BGH NJW 1983, 351; BGH NStZ 1985, 122 (409); *Freund* (Fn.13), § 323c Rn. 25; *Gaede* (Fn. 6), § 323c Rn. 4; *Kühl* (Fn. 13), 323c Rn. 2.

¹⁶ *Freund* (Fn. 13), § 323c Rn. 70; *Stein*, in: Wolter (Fn. 12), § 323c Rn. 21; zum vergleichbaren Fall der Infektiosität einer HIV-infizierten Person siehe *Kühl* (Fn. 13), § 323c Rn. 3; *Hecker* (Fn. 13), § 323c Rn. 9; *Meurer*, in: Szwarz (Hrsg.), AIDS und Strafrecht, 1996, S. 133 (149); *Schünemann*, ebenda, S. 9 (45).

¹⁷ BGHSt 21, 50 (53); *Spendel*, in: Heghmanns/Popp (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2009, § 323c Rn. 34; *Freund* (Fn. 13), 323c Rn. 66; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 323c Rn. 6; *Stein* (Fn. 16), § 323c Rn. 26 m.w.N.; v. *Heitschel-Heinegg* (Fn. 13), § 323c, Rn. 24; *Lenk*, JuS 2018, 229 (232) m.w.N.

¹⁸ *Freund* (Fn. 13), 323c Rn. 66; *Kühl* (Fn. 13), § 323c Rn. 4; *Hecker* (Fn. 13), § 323c Rn. 22; *Geppert*, JURA 2005, 44; *Welzel*, NJW 1953, 327; *Geilen*, JURA 1983, 138; i.E. ebenso BGHSt 2, 298; 21, 50 (52).

¹⁹ Siehe unten III. 3.

²⁰ BGHSt 14, 213 (216); 17, 166 (168); *Spendel* (Fn. 17), § 323c Rn. 82; *Freund* (Fn. 13), § 323c Rn. 76; *Kühl* (Fn. 13), § 323c Rn. 5; *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (515); *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 342.

Covid-19-Patienten hilft ggf. nur künstliche Beatmung mit den dafür nötigen Geräten. Ist die Arztperson dazu in der Lage, so ist diese Hilfeleistung grundsätzlich erforderlich. Stirbt der Patient gleichwohl, weil er nicht mehr zu retten war, ist wegen der zwingenden ex ante-Betrachtung die Hilfe erforderlich, wenn zum Zeitpunkt der Behandlungsübernahme noch Überlebenschancen bestanden.²¹

Könnte sich die deutsche Klinik, Praxis oder Arztperson hingegen darauf berufen, dass französische Ärzte vor Ort, also in Frankreich, bereits ausreichend Hilfe leisten könnten, ließe das die Erforderlichkeit der Hilfe in Deutschland entfallen. Sind indes die rechtzeitig zugänglichen Kliniken auf französischer Seite wegen Überlastung nicht in der Lage, den Patienten zu behandeln, so ist die Hilfe desjenigen erforderlich, der rascher und wirksamer helfen kann.²² Kann die französische Klinik den Patienten nicht ausreichend versorgen, begründet das grundsätzlich die Erforderlichkeit der Hilfeleistung auf der grenznahen deutschen Seite.

Zum Element der Erforderlichkeit gehört auch, dass die Hilfeleistung dem Hilfeleistungspflichtigen grundsätzlich physisch-reell möglich ist.²³ Bei den hier erörterten Fällen ist dafür notwendig, dass den nächstmöglichen Helfern insoweit genügend Kapazitäten an Intensivbetten und Pflegepersonal zur Verfügung stehen. Ebenso ist erforderlich, dass die Einreise von hochinfektiösen Patienten aus dem Ausland von der Exekutive grundsätzlich erlaubt wurde. Das ist angesichts vorübergehender Grenzsicherungen und Absonderungsregelungen, d.h. Quarantäne- und Isolationsanordnungen, durchaus fraglich. Allerdings zeigt die Aufnahme und Behandlung von Coronapatienten aus dem Ausland in den Fällen, in denen die ausländischen Kliniken die Behandlung nicht mehr übernehmen konnten, dass die deutsche Exekutive die Einreise hier erlaubt hat.²⁴ An der Erforderlichkeit der Hilfeleistung der deutschen Krankenhäuser fehlt es mithin nicht.

3. Zumutbarkeit

Besonders problematisch und schwierig zu beantworten ist schließlich, ob und wann einer deutschen Klinik, Praxis oder Arztperson die Behandlungsübernahme zumutbar ist. Ist die Zumutbarkeit zu verneinen, dann scheidet eine Strafbarkeit des an sich Hilfeleistungspflichtigen aus. Zumutbar ist nach dem Wortlaut des § 323c StGB eine Hilfeleistung insbesondere dann, wenn sie „ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne

Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich“ ist. Eine Eigengefahr liegt bei einer Behandlungsübernahme in dem Risiko der Eigenansteckung, das bei Covid-19 erheblich ist. Indessen lässt sich bei Ärzten das Risiko einer Ansteckung nie ganz ausschließen; es gehört zum typischen Berufsrisiko. Ihre Ausbildung befähigt sie zudem, sich angemessen zu schützen. Das Ansteckungsrisiko entlastet sie deshalb, sofern entsprechende Schutzausrüstung vorhanden ist, anders als Laien, nicht von der Hilfeleistungspflicht.²⁵

Unzumutbar wäre eine Behandlungsübernahme auch, wenn ihr andere wichtige Pflichten entgegenstehen würden, die bei einer Übernahme verletzt würden.²⁶ Hier sind in unserem Zusammenhang zwei Konstellationen zu unterscheiden. Die erste Konstellation zeichnet sich dadurch aus, dass die angefragte Klinik oder Praxis zwar gegenwärtig noch freie Ressourcen für die Behandlung von Covid-19-Patienten hat, dass aber recht sicher voraussehbar ist, dass sie diese Ressourcen für eigene schon vorhandene oder bald zu erwartende Patienten aus dem regelmäßigen (inländischen) Einzugsbereich brauchen wird. In der zweiten Konstellation werden diese Ressourcen vorsorglich für zukünftige Patienten aus dem Inland vorgehalten, die ggf. noch eingeliefert werden könnten, wofür angesichts der Corona-Entwicklung eine gewisse, aber schwer einzuschätzende Wahrscheinlichkeit besteht.

a) Erste Konstellation: Behandlung eigener Patienten in der Klinik, die Ressourcen bald brauchen könnten

Zumutbar und aufgrund ihrer Garantenpflicht sogar geboten wäre es für die Ärzte in der ersten Konstellation, die Patienten zu behandeln, die sich bereits in der Klinik oder Praxis befinden, und Anfragen über zukünftige Patienten aus dem Ausland hintanzustellen. Durch die tatsächliche Behandlungsübernahme sind Ärzte zuvörderst den tatsächlich vor Ort eingelieferten Patienten verpflichtet.²⁷ Ist zu erwarten, dass diese die medizinischen Ressourcen in absehbarer Zeit, also schon sehr bald benötigen, dürfen die Ärzte sie ihnen nicht vorenthalten. Dasselbe gilt gegenüber Patienten, die unmittelbar eingeliefert werden. Es zählt insoweit, wer zuerst bei der Krankenhausaufnahme tatsächlich erscheint. Auch diesen gegenüber werden Ärzte zu Beschützergaranten, d.h. sie müssen die Patienten vor solchen Schäden bewahren, deren Vermeidung innerhalb ihres Herrschaftsbereichs liegt.²⁸ Werden damit die Ressourcen, vielleicht bis auf eine

²¹ BGHSt 17, 166; 14, 216; BGH VRS 14, 196; BGH JR 1956, 347; Freund (Fn. 13), 323c Rn. 81; Gaede (Fn. 6), § 323c Rn. 10; Kühl (Fn. 13), § 323c Rn. 5; Hecker (Fn. 13), § 323c Rn. 16; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Hrsg.), Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 39 Rn. 18.

²² BGH NStZ 1997, 127; OLG Hamm NJW 1968, 212 (213); OLG Karlsruhe NJW 1979, 236; Freund (Fn. 13) 323 Rn. 82; Hecker (Fn. 13), § 323c Rn. 16; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 13), § 323c Rn. 20.

²³ BGH NJW 1983, 351; Fischer (Fn. 12), § 323c Rn. 5.

²⁴ Siehe dazu Gesetzentwurf des „Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“, BT-Drs. 19/18967, S. 54 ff.

²⁵ Hecker (Fn. 13), § 323c Rn. 19; Spendel (Fn. 17), § 323c Rn. 123; Spengler, DRiZ 1990, 259 (zur Ansteckungsgefahr mit HIV).

²⁶ BGHSt 17, 166 (170); Pawlik, GA 1995, 360 (372); Engländer, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 657 (660); Spengler, DRiZ 1990, 259; Frisch, GA 2016, 121.

²⁷ S.o. I.

²⁸ BGHSt 37, 106 (119); 40, 257, (266); BGH NJW 1979; RGSt 75, 68 (73); OLG Düsseldorf NStZ 1991, 531; Knauer/Brose (Fn. 8), StGB §§ 211, 212 Rn.7; Kudlich, in: Satzger/

kleine Notreserve, ausgeschöpft, ist die Aufnahme weiterer Patienten nicht mehr zumutbar, übrigens gleichgültig, ob neue Patienten von diesseits oder jenseits der Grenze kommen. Bei dieser Konstellation scheidet mithin eine Strafbarkeit nach § 323c StGB aus.

b) Zweite Konstellation: Freihalten von Intensivbetten für zukünftige Patienten aus Deutschland

Würden Ärzte jedoch in der zweiten Konstellation wichtige andere Pflichten verletzen, wenn sie Patienten aus dem Ausland nicht aufnehmen und stattdessen Betten für zukünftige Patienten aus dem Inland freihalten?

Es mag zynisch erscheinen, eine Abteilung mit leeren Intensivbetten freizuhalten, während in der Nachbarstadt jenseits der Grenze Menschen sterben. Doch könnten Ärzte berechtigt sein, genau dies zu tun, um im Ernstfall im Interesse ihrer dann eingelieferten Patienten einer Überlastungssituation vorzubeugen. Dass tatsächlich viele Kliniken in Deutschland Intensivstationen freigemacht und freigelassen haben, entspricht der Realität. So hatten die Kliniken schon bald nach Beginn der Corona-Pandemie die Zahl an Intensivbetten von 28.000 auf 40.000 erhöht, indem ein nennenswerter Teil an planbaren Behandlungen zurückgefahren wurde.²⁹ Mittlerweile wird die Verteilung der Intensivbetten bundesweit koordiniert.³⁰ Die verwaltungsrechtliche Anordnung, in Kliniken mit Intensivstationen eine Anzahl von Intensivbetten freizumachen und für künftig eingelieferte Corona-Patienten freizuhalten, stellt grundsätzlich eine andere wichtige Pflicht im Sinne des § 323c StGB dar. Aber bedeutet diese Pflicht, nur Personen aus Deutschland aufzunehmen? Kann sich die Chefärztin im oben geschilderten Beispielfall auf das Argument stützen, dass sie nur deutsche Staatsbürger oder Personen behandeln müsse, die schon in Deutschland sind? Dafür könnte sprechen, dass der deutsche Staat, auf den diese Entscheidung zur Eindämmung der Corona-Pandemie zurückgeht, einen Schutzauftrag seinen Bürgern gegenüber hat.³¹ Französische Staatsbürger jenseits der Grenze wären, so lässt sich argumentieren, nicht von diesem Schutzauftrag erfasst.

Allerdings sieht § 323c StGB eine mitmenschliche Solidaritätspflicht für jedermann in Unglücks- und Notfällen vor. Das gilt unabhängig von der Nationalität dessen, der sich in dieser Lage befindet. Ist er ein schwer erkrankter Patient und,

wie im Ausgangsfall, EU-Bürger, greift für ihn auch der europäische Schutzauftrag ein. Wollte man bei Inlandstaaten EU-Bürger abweisen und mithin bei der lebensrettenden Behandlung nach der Nationalität differenzieren, so läge darin ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV. Das gilt jedenfalls dann, wenn es um die Aufnahme in ein staatlich betriebenes Krankenhaus geht, da alle staatlichen Stellen dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV unterworfen sind. Zunehmend wird aber auch eine Direktwirkung des Verbots im Privatrechtsverkehr vertreten, zumal für Fälle, in denen ein deutliches Machtgefälle zwischen den Parteien besteht. Im Verhältnis Krankenhaus-Patient ließe sich ein solches Ungleichgewicht sehen.³²

Das Diskriminierungsverbot verbietet die Benachteiligung von Unionsbürgern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit.³³ Der Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit (der Personen, die an Corona erkrankt sind), ist in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als Jedermann-Grundrecht – und nicht als sog. Deutschengrundrecht – ausgestaltet; jede natürliche Person kann sich auf ihn berufen.³⁴ Der Versorgungsauftrag der Krankenhäuser bezieht sich zwar in erster Linie auf die inländische Bevölkerung, zumal die Krankenhäuser in weiten Teilen aus öffentlichen Zuschüssen finanziert werden. Eine Verwaltungsanordnung, Intensivbetten *ausschließlich* für inländische Patienten vorzuhalten, wäre jedoch wegen der genannten europarechtlichen Regelungen problematisch. Zu bedenken ist allerdings, dass Art. 18 AEUV kein absolutes Recht schafft, sondern Eingriffe grundsätzlich gerechtfertigt werden können.³⁵ Ebenso wie der Gesundheitsschutz Einschränkungen des Grenzverkehrs und der Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) rechtfertigen kann³⁶ – wovon in der Coronapandemie viele Mitgliedstaaten zumindest vorübergehend Gebrauch gemacht haben –, muss der Gesundheitsschutz auch Eingriffe in das allgemeinere Diskriminierungsverbot rechtfertigen können. Auch hier sind jedoch eine Verhältnis-

³² Vgl. zum Ganzen v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. 2, Stand: Mai 2021, AEUV Art. 18 Rn. 25 ff. mit zahlreichen Nachw.

³³ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 18 Rn. 3 ff.; v. *Bogdandy* (Fn. 32), AEUV Art. 18 Rn. 6 ff.; *Khan/Henrich*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV, AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2017, AEUV Art. 18 Rn. 8 ff.

³⁴ *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.8.2021, Art. 2 Rn. 64; zur Unionsbürgerschaft und den Deutschenrechten siehe *Hilf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, EG Art. 17 Rn. 52.

³⁵ *Rossi*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Ausländerrecht, Stand: 1.4.2021, AEUV Art. 18 Rn. 46a.

³⁶ *Rossi* (Fn. 35), AEUV Art. 18, Rn. 46b; siehe zur Notwendigkeit einer stärker evidenzbasierten Rechtskontrolle (die auch bei den Coronamaßnahmen sinnvoll wäre) *Meßerschmidt*, DÖV 2021, 277.

Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 33.

²⁹ Siehe Ärzteblatt v. 2.4.2020, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/111624/Intensivbetten-Deutschland-mit-hoher-Versorgungsdichte-im-internationalen-Vergleich> (14.11.2021).

³⁰ Deutsche Krankenhausgesellschaft, Stand: November 2021, abrufbar unter <https://www.dkgev.de/dkg/coronavirus-fakten-und-infos/> (14.11.2021).

³¹ Allgemein zum staatlichen Lebensschutzauftrag *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 43. Lfg., Stand: Februar 2004, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 1; *Steiner*, in: Spickhoff (Fn. 8), Rn. 15; BVerfGE 39, 1.

mäßigkeitsprüfung und die konkreten Umstände des Einzelfalles mit zu beachten.³⁷ Während Fälle der Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Covid-19-Patienten noch nicht vom EuGH mit Blick auf Art. 18 AEUV entschieden worden sind, ist zumindest anzuzweifeln, dass die Nationalität als alleiniges Kriterium für die Behandlung – mit der drohenden Todesfolge bei Nichtbehandlung – der Verhältnismäßigkeitsprüfung genügen würde. Eine Verwaltungsanordnung, die vorschreibt, Betten allein für inländische Patienten freizuhalten, müsste diesen europarechtlichen Vorgaben genügen und wäre ggf. europarechtswidrig. Für die strafrechtliche Bewertung ist indes entscheidend, ob „der nächste Retter“ (im In- oder Ausland) bei dem Unglücksfall Hilfe geleistet hat oder nicht. Eine ggf. rechtswidrige Verwaltungsanordnung wäre für die Ärztin unverbindlich bzw. allenfalls über § 17 StGB mit zu berücksichtigen.

c) Vorschlag: Ausdehnung der Hilfspflicht in die Europa-regionen

Gleichwohl ist klar, dass Deutschland nicht ausländische Patienten aus aller Welt aufnehmen kann. Dies bei Strafe dennoch zu fordern, überspannt den Solidaritätsgedanken der unterlassenen Hilfeleistung bei weitem. Doch wo ist die Grenze zu noch zumutbarer Hilfeleistung auch jenseits des deutschen Staatsterritoriums zu ziehen? Der angedeutete Konflikt lässt sich nur auflösen, wenn für die Abgrenzung ein geeignetes Kriterium zur Verfügung steht.

Hierfür kommt die räumliche Distanz zum Unfallort in Betracht, die oben beim Merkmal Unglücksfall schon kurz erwähnt wurde. Eine konkrete Hilfspflicht erfordert eine gewisse Nähe zum Unglücksort. Auch wenn keine unmittelbare Anwesenheit notwendig ist und der Hilfspflichtige auch nicht unmittelbar Zeuge des Unglücks geworden sein muss, ist doch eine so enge räumliche Verbindung erforderlich, dass ein schnelles Hilfeleisten tatsächlich möglich ist. Deshalb ist eine solche räumliche Nähe bei einem Coronafall, der sich etwa in Südamerika, aber z.B. auch in Süditalien, Griechenland oder Spanien ereignet, sicherlich nicht mehr gegeben. Die europäische Solidarität wird hier ebenfalls Hilfeleistungen nahelegen.³⁸ Strafrechtlich bewehrt ist ihre Unterlassung nicht.

Anders ist dagegen nach hier vertretener Auffassung für die benachbarten Grenzregionen in der EU zu entscheiden, insbesondere für solche, die sich auch rechtlich als sog. Europaregion zu einer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit verpflichtet haben.³⁹ Hier ist die wechselseitige Kooperation

und Solidarität durchaus recht weit vorangeschritten. So gibt es mittlerweile 28 Europaregionen mit deutscher Beteiligung⁴⁰ sowie zwölf sog. Europäische Verbünde für territoriale Zusammenarbeit (EVTZ),⁴¹ denen deutsche Grenzregionen angehören. Vier dieser Verbünde, die u.a. „crossing borders in health“ fördern,⁴² haben auch ihren Sitz in Deutschland und Schritte für ein grenzüberschreitendes Krisenmanagement für Corona eingeleitet.⁴³ Zudem fördert die Union im Bereich des Gesundheitswesens „die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, die darauf abzielt, die Komplementarität ihrer Gesundheitsdienste in den Grenzgebieten zu verbessern“.⁴⁴ Die Richtlinie (EU) 2011/24 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung⁴⁵ hat die gerade für Grenzregionen bedeutsame Patientenmobilität über die Grenze erleichtert und hierfür Versicherungsfragen und Kostenerstattung harmonisiert. Ganz generell hat der EuGH aus den Grundfreiheiten für Patienten ein Recht auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung abgeleitet.⁴⁶ Aus dieser Lage sind Folgerungen auch für die Hilfeleistungspflicht abzuleiten. Es ist mit dem Zusammenwachsen der Grenzregionen nicht mehr zu vereinbaren, dass erforderliche und zumutbare Hilfe abgelehnt werden dürfte, nur weil der Hilferuf von jenseits der Grenze kommt.

Der Einzugsbereich einer Klinik für Hilfeleistungen wie Corona-Intensivpflege, die nur sie erbringen kann, sollte in den hier behandelten Fällen deshalb über die Grenze hinausreichen; im oben geschilderten Beispielfall etwa einen Radius rund um Saarbrücken umfassen, bis sich dieser Kreis mit dem der nächsten Klinik mit freien Corona-Betten berührt. Jedenfalls innerhalb dieses Radius' sollte die Klinik zur Hilfeleistung verpflichtet sein, gleichgültig, ob sich der Unglücksfall oder die gemeine Gefahr diesseits oder jenseits der Grenze ereignet hat.

Reichmann, Theory and practice of transborder cooperation, 1993, S. 241.

⁴⁰ Europäische Kommission, Die territoriale Zusammenarbeit in Europa, 2015, S. 1 ff., 79; *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015, Stichwort: Regionen (Euregio).

⁴¹ Siehe dazu die entsprechenden Verordnungen VO (EG) 1082/2006 und VO (EU) 1302/2013.

⁴² Siehe näher

<https://euregio-mr.info/de/themen/gesundheitsversorgung.php> (2.10.2021).

⁴³ Siehe die Angaben im offiziellen EVTZ-Register unter https://portal.cor.europa.eu/egtc/CoRAactivities/Documents/Official_List_of_the_EGTCs.pdf?Web=0 (14.11.2021). Insgesamt bestehen derzeit (Stand: 15.6.2021) 79 EVTZ.

⁴⁴ Art. 168 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 AEUV.

⁴⁵ ABl. EU 2011 Nr. L 88, S. 45.

⁴⁶ Vgl. bspw. EuGH, Urt. v. 28.4.1998 – C-158/96 (Kohll) = Slg. 1998, I-1935; EuGH, Urt. v. 12.7.2001 – C-368/98 (Vanbraekel) = Slg. 2001, I-5382; EuGH, Urt. v. 16.5.2006 – C-372/04 (Watts) = Slg. 2006, I-4376. Die Richtlinie (EU) 2011/24 hat diese Rechtsprechung aufgenommen, siehe Erwägungsgrund 10 der Richtlinie.

³⁷ Vgl. allgemein zur Verhältnismäßigkeitsprüfung EuGH, Urt. v. 23.1.1997 – C-29/95 (Pastoors), Rn. 24; EuGH, Urt. v. 25.1.2011 – C-382/08 (Neukirchinger), Rn. 35

³⁸ Die europäische Solidarität ist in Art 3 Abs. 2 UAbs. 3 EUV sowie in der Solidaritätsklausel des Art. 222 AEUV ausdrücklich angesprochen.

³⁹ Europarat, European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities, Madrid, 21.5.1980; Europäisches Parlament und Rat, Verordnung (EU) Nr. 1301/2013 v. 20.12.2013 (Europäischen Fonds für regionale Entwicklung); siehe auch *Ratti*/

Würde der Beispielsfall ganz im Inland spielen und die Chefarztin den Kranken trotz freier Betten abweisen, wären die Zumutbarkeit der Hilfeleistung und eine Strafbarkeit nach § 323c StGB kaum zweifelhaft. Warum sollte das allein wegen der europäischen Dimension anders sein? Bei gegenteiliger Entscheidung würde durch die Hintertür der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts doch wieder eingeschränkt. Folgt man aber der Auffassung, dass es sich um eine Inlandstat handelt, darf dieses Ergebnis nicht auf kaltem Weg revidiert werden, indem die Zumutbarkeit in einem nationalstaatlichen Sinn interpretiert wird. Zudem werden die Behandlungskosten der ausländischen Patienten aus Bundesmitteln finanziert.⁴⁷ So hat die Bundesregierung im Zuge des „Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ eine Änderung des SGB V beschlossen, nach welcher der Bund die Kosten für europäische Intensivpatienten übernimmt, die in deutschen Krankenhäusern wegen mangelnder Kapazität im Heimatland behandelt werden (§ 219a Abs. 6 SGB V n.F.).⁴⁸ Bundesgesundheitsminister Jens Spahn betonte: „Die Behandlungskosten übernimmt Deutschland, das ist unser Verständnis von Solidarität“.

Folgt man meinem Vorschlag und sieht in der Freihaltung von Betten für lediglich zukünftig erwartete Patienten aus Deutschland keine wichtige Pflicht, die eine Hilfeleistung unzumutbar macht, dann wären die objektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 323c StGB zu bejahen. Die Hilfeleistung gegenüber den EU-Nachbarn in den Grenz- und speziell den Europaregionen wäre erforderlich und zumutbar. Ihre Verweigerung – trotz freier Betten – würde zur Strafbarkeit nach § 323c StGB führen.

4. Weitere Strafbarkeitsvoraussetzungen

Der Vorsatz der Ärzte, die Hilfe zu unterlassen, ist dann ohne weiteres anzunehmen. Eine Rechtfertigung aufgrund rechtfertigender Pflichtenkollision scheidet ebenso aus wie ein rechtfertigender Notstand. Erstere ist erst möglich, „wenn mehrere Patienten auch tatsächlich (und sei es nur über eine Anmeldung durch einen Rettungswagen) einen konkreten Behandlungsanspruch geltend machen“.⁴⁹ Dies ist offensichtlich nicht der Fall, wenn die zukünftigen Patienten, für die die Betten freigehalten werden, noch gar nicht anwesend oder gemeldet sind. Der rechtfertigende Notstand scheidet an der Interessenabwägung, da dem konkret zu rettenden Leben die rein hypothetische Rettungschance zukünftiger Patienten

gegenübersteht.⁵⁰ Das Interesse, das Leben noch nicht vorhandener Patienten zu schützen, überwiegt nicht das beeinträchtigte Interesse, nämlich den sicheren Tod des anfragenden ausländischen Patienten. Die Tat ist rechtswidrig. Sie ist auch schuldhaft. Ein entschuldigender Notstand gem. § 35 StGB scheidet aus, da Ärzte in diesen Fällen keine konkrete Gefahr von sich oder einer anderen ihnen nahestehenden Person abwenden.

IV. Schlussfolgerungen

Es besteht ein Strafbarkeitsrisiko für Ärzte gem. § 323c StGB, wenn sie die Aufnahme eines Notfallpatienten aus dem angrenzenden Ausland ablehnen, obwohl in ihrer Klinik die Ressourcen für die Intensivversorgung nicht ausgeschöpft sind. Im Rahmen der jeweiligen Kapazitäten ist nach der hier vertretenen Auffassung Hilfe zu leisten, wenn äußerste Not und eine unmittelbare räumliche Nähe zum Inland (insbesondere in den Europaregionen und den EVTZ) besteht. Die Hilfespflicht ergibt sich in den Europaregionen nicht nur daraus, dass diese sich stärker als andere Regionen zur europäischen Zusammenarbeit verpflichtet haben, sondern aus der unmittelbaren Nähe zur deutschen Landesgrenze. Hier kommt der Gedanke der physisch-realen Möglichkeit des nächsten Retters, Hilfe zu leisten, zum Ausdruck, welcher der Erforderlichkeit der Hilfeleistung des § 323c StGB zugrunde liegt. Der Einzugsbereich einer Klinik für Hilfeleistungen wie Corona-Intensivpflege sollte deshalb über die Grenze hinausreichen und genau den Radius umfassen, der sich bis zu der nächsten Klinik mit freien Corona-Betten (dem „nächsten Retter“) erstreckt. In diesem Radius sollte die Klinik zur Hilfeleistung verpflichtet sein, gleichgültig, ob sich der Unglücksfall oder die gemeine Gefahr diesseits oder jenseits der Grenze ereignet hat. Mitmenschliche Solidarität erscheint dann geboten, wenn Patienten nicht vor Ort behandelt werden können, hingegen auf deutscher Seite noch Kapazitäten vorhanden sind. Eine Strafbarkeit bei Verletzung dieser Solidaritätspflicht erscheint nicht unangemessen. Allerdings steht dieses Ergebnis unter dem Vorbehalt der europarechtlichen Regelungen und dem Umstand, inwieweit der Gesundheitsschutz einen Eingriff in das europäische Diskriminierungsverbot zu rechtfertigen vermag. Sind indes die Kapazitäten ausgeschöpft oder steht die Behandlung von bereits aufgenommenen oder direkt eingelieferten Patienten in der Klinik an, so scheidet eine Strafbarkeit der Ärzte nach § 323c StGB aus. Anfragen über zukünftige Patienten aus dem Ausland dürfen Ärzte dann sanktionslos hintanstellen. Es ist zu hoffen, dass dieser Fall Deutschland in einer weiteren Pandemiewelle nicht unmittelbar bevorsteht.

⁴⁷ Deutsche Bundesregierung, Mitteilung v. 21.4.2020, abrufbar unter

<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/europaeische-solidaritaet-1745232> (14.11.2021).

⁴⁸ BT-Drs. 19/18967, S. 3, 28, 43.

⁴⁹ So *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (407); vgl. auch *Sternberg/Lieben*, MedR 2020, 627; *Gaede* (Fn. 1), Rn. 1783 f.; *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 12), § 34 Rn. 47 f.; *Schlehofer*, ebenda, Vor § 32 ff. Rn. 261; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 6), § 34 Rn. 125.

⁵⁰ *Neumann* (Fn. 49), § 34 Rn. 68 ff.; *Erb* (Fn. 49), § 34 Rn. 130 ff.; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 8), § 34 Rn. 22 m.w.N.

Acerca del discurso científico-jurídico

O: ¿Qué puede y debe hacer un recensor?*

De Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn**

Alexy, siguiendo a Habermas, ha formulado las siguientes tres reglas para un discurso jurídico libre de dominación:

1. Todo aquél que puede hablar, puede participar en el discurso.
2. a) Todos pueden cuestionar todas las afirmaciones,
b) Todos pueden introducir afirmaciones en el discurso,
c) Todos pueden expresar sus posiciones, deseos y necesidades.
3. A ningún hablante puede serle impedido ejercer los derechos previstos en los numerales 1 y 2 por medio de las limitaciones predominantes dentro y fuera del discurso.

De acuerdo con la regla del numeral 3, quien abre un foro destinado a un discurso científico – por ejemplo, una revista especializada – no puede rechazar un texto enviado, argumentando que él u otros sospechan de la falta de imparcialidad de su remitente. Debido a una sospecha de parcialidad – y solo puede ser una sospecha, pues, como hecho interno, la parcialidad no puede establecerse con certeza, y mucho menos probarse – un juez o cualquier otro agente decisor, así como un asesor o evaluador, puede y debe ser excluido de participar en un proceso en el que se decide sobre intereses contrapuestos, es decir, de un proceso judicial o de uno en el que se decide sobre la concesión de fondos a solicitantes que compiten entre sí. En el discurso científico solo puede excluirse una afirmación cuando el hablante infringe las reglas de la forma debida y de la objetividad.

Yo iré un paso más allá y formularé una regla adicional para el discurso científico:

4. En el discurso científico, todo participante tiene que partir de que lo que dice otro participante es dicho porque éste lo considera correcto.

* Publicado en alemán en ZIS 2021, 348. Traducción de *Gustavo Urquiza*, LL.M. y doctorando en la Georg-August Universität de Göttingen (GAU). El traductor agradece al Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos por sus valiosas sugerencias, así como a la Göttinger Verein zur Förderung der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie sowie ihrer praktischen Anwendung e.V. por su generosa contribución material para la elaboración de la presente traducción.

** Anotación de la Prof. Dr. Ingeborg Puppe: Por razones de fluidez y legibilidad del texto, al referirme a personas me abstengo de mencionar en cada caso las formas masculina y femenina del sustantivo, así como las construcciones artificiales del participio. Utilizo la forma masculina sólo porque, a diferencia de la femenina, aquella no está asociada necesariamente con el género masculino. Muestra una falta de confianza en nosotras mismas si las mujeres creemos que tenemos que recordar constantemente que también estamos allí, en lugar de presuponerlo como algo obvio.

Bajo este presupuesto, la cuestión referida a los motivos por los que el participante ha dicho algo no es relevante en absoluto. La única cuestión a indagar es si lo dicho es correcto o incorrecto. Quien especula sobre los motivos de la afirmación realizada por otro en una discusión científica, abandona el ámbito del discurso científico y entra en otro tipo de discurso, respecto del cual no rige el privilegio de la libertad científica, ni el del § 193 Var. 1 StGB, sino más bien la prohibición del § 186 StGB (afirmar, con respecto a otra persona, un hecho que afecta el honor y que no puede probarse). Tampoco el interés de defenderse ante críticas injustificadas o no objetivas permite justificar con base en el § 193 StGB (en el sentido de una salvaguarda de intereses legítimos) una afirmación que afecte el honor del crítico, pues un medio mucho más eficaz de defenderse frente a una crítica injustificada consiste en refutarla objetivamente. Algo distinto vale únicamente para la crítica no objetiva y ofensiva.

De vuelta pues al discurso científico. ¿Qué reglas ha de seguir en el discurso científico quien critica otra opinión o hace una reseña de una contribución científica? En primer lugar, él tiene que leer cuidadosamente el texto criticado. En la medida que lo critica, debe reproducirlo correctamente y no recortarlo, ni tergiversarlo. Ciertamente, en la discusión científica actual, un recurso habitual consiste en recortar o desfigurar la posición contraria para poder deshacerse de ella más fácilmente, sin abordarla seriamente. Esto no puede ocurrirle nunca a un recensor. Él tiene que presentar y probar cuidadosamente con ayuda del texto cada error que le atribuye al autor.

En la ciencia jurídica existen dos clases de razones para rechazar una opinión jurídica, una teoría jurídica, un resultado o su fundamentación. La primera clase de esas razones consiste en haber encontrado un error en la posición presentada. La segunda clase, consiste en que pese a que no hay nada que objetar a la formulación y fundamentación de la opinión jurídica en cuestión, se llega a la conclusión de que existen mejores razones a favor de otra posición jurídica. Aunque esto es una cuestión de opiniones, el recensor también puede entrar en una discusión de ese tipo con el autor. Es deber de todo crítico y, especialmente, de un recensor, aclarar si las razones por las cuales rechaza una posición jurídica corresponden a la primera o a la segunda clase de razones. Por consiguiente, a pesar de su severidad, no se le puede negar el uso de las palabras “incorrecto”, “erróneo” o “inconcluso”.

Una explicación puede ser considerada incorrecta, en primer lugar, cuando ella incurre en un error de razonamiento. Los errores lógicos clásicos son la contradicción, el razonamiento circular y la confusión conceptual. La acusación de haber incurrido en un error de razonamiento, o sea, en un error lógico, es grave y por consiguiente tiene que ser demostrada cuidadosamente por medio del texto criticado. A menudo, esto no es tan fácil como muchos creen. Así, por ejemplo, no constituye ya automáticamente una contradicción que el autor haga una excepción a una regla formulada por él. Sin

embargo, la fundamentación de la excepción tiene que ser lógicamente compatible con la fundamentación de la regla. La mayoría de las veces, las contradicciones no se encuentran en los resultados de una teoría, sino en sus fundamentos. En la metodología y en la literatura jurídico-penal esa contradicción es frecuentemente denominada contradicción valorativa, con lo cual también se da a entender que no se necesitaría ser tan preciso al fundamentarla. Esto es incorrecto. Una contradicción valorativa también es una auténtica contradicción y quien incurre en ella muestra que cambia sus convicciones según las necesidades y, por lo tanto, que no resulta creíble. Por consiguiente, una contradicción valorativa también tiene que ser demostrada cuidadosamente con base en el texto.

Respecto a la confusión conceptual no hay mucho que decir. Aquí la tarea sólo consiste en descubrirla. Una vez descubierta, es fácil mostrarla con base en los distintos significados de la palabra utilizada. Una confusión conceptual es solo posible, porque en el lenguaje natural los conceptos son dependientes del contexto, es decir, las palabras que forman el lenguaje natural significan algo distinto en diferentes contextos. La mayoría de las veces, esos significados están profundamente interrelacionados. El ideal de que una misma expresión (signo) posea exactamente el mismo significado en cualquier contexto solo puede alcanzarse en un lenguaje exacto, es decir, en un lenguaje artificial, el cual probablemente tiene sus conceptos definidos, pero también es pobre en el sentido de que solo permite expresar una determinada clase de pensamientos, como, por ejemplo, el lenguaje de las matemáticas o el de la física teórica. En el lenguaje natural es imposible crear un nuevo signo lingüístico para cada modificación del significado de un concepto. Además, es dudoso que ello fuese deseable, ya que al fin y al cabo mediante una identidad terminológica se expresa que dos conceptos se hallan interrelacionados. Es decir, suponer que una misma palabra significa lo mismo en cualquier contexto también constituye un error de razonamiento.

El razonamiento circular no es en sí mismo algo lógicamente incorrecto, sino, por el contrario, un imperativo lógico. Es decir, aquél se presenta como una tautología, cuando la tesis inicial es repetida con otras palabras, o como una implicación, cuando de la tesis inicial es extraída una conclusión. El error de razonamiento consiste en pretender haber demostrado la tesis inicial a través de esa tautología o implicación. Resulta especialmente exasperante cuando un razonamiento circular aparece como *argumentum ad absurdum* para refutar una posición contraria. Aquí la corrección de la propia posición es presupuesta y proyectada en la posición opuesta. De esa forma se puede atribuir a la posición contraria todos los errores posibles, por ejemplo, una contradicción, una conclusión errónea o una infracción de principios elementales del Derecho, como la prohibición de una ficción en el Derecho penal o el principio *in dubio pro reo*. Esta forma del razonamiento circular es usado habitualmente en los manuales, para acercar la literatura dominante a los estudiantes y, al mismo tiempo, proporcionarles una muestra argumentativa accesible para refutar posiciones contrarias con rapidez, sin esfuerzo intelectual y, por eso, de forma más efectiva en la evaluación universitaria (“Klausur”). Un censor nunca puede proceder

así con la opinión jurídica del autor que es objeto de la recensión.

También pueden ser criticadas como erróneas las infracciones de las reglas de la elaboración de conceptos jurídicos. Desde Jhering, el estándar de la elaboración de tales conceptos jurídicos reconoce que estos no nos son dados y que no pueden ser tomados de un cielo conceptual idealista, ni de la naturaleza, ni de la vida, sino que tienen que ser elaborados por nosotros mismos. Esos conceptos constituyen herramientas para solucionar problemas jurídicos y el único criterio de su corrección es su idoneidad respecto a ese objetivo.

A quien declara que los hechos, sobre todo, las distinciones fácticas, son determinantes, pero sin justificarlo con su utilidad instrumental para la solución de los problemas jurídicos planteados, se le reprocha llevar a cabo una elaboración conceptual naturalista, y por eso, metodológicamente incorrecta. Pero muchos de los normativistas contemporáneos dirigen ese reproche contra quien, por cualquier razón, señala que los hechos y distinciones fácticas resultan determinantes para la solución de problemas jurídicos. Dado que en el Derecho se trataría siempre de valoraciones, los conceptos jurídicos solo podrían contener valoraciones. Esto conduce entonces a la elaboración de las denominadas fórmulas valorativas para la decisión de cuestiones jurídicas.

Así como hoy se habla de una falacia naturalista, esto podría denominarse la falacia normativista. Ya que toda valoración se refiere necesariamente a hechos, un concepto valorativo no tiene ningún sentido si no está claro a qué clase de hechos se refiere y bajo qué condiciones fácticas ha de ser aplicado. En el Derecho rige lo siguiente: los hechos sin valoraciones son ciegos, pero las valoraciones sin hechos son vacías.

Es importante distinguir entre las razones de la definición del contenido de un concepto jurídico y el contenido mismo del concepto jurídico. Las razones para la definición de un concepto corresponden siempre al ámbito de la utilidad (“*Zweckmäßigkeit*”), o sea, a la valoración de los resultados que surgen de la definición de este concepto en la solución de un problema jurídico. El contenido mismo del concepto es idealmente algo puramente fáctico. A diferencia del Derecho civil, en el Derecho penal el concepto de persona comprende al niño en el vientre materno desde el inicio de las contracciones de dilatación uterinas. Con esto se persigue el objetivo de conceder al no nacido protección frente una infracción negligente del deber de cuidado, en especial, por parte de los obstetras, ya durante el nacimiento. Mediante un cardiotocógrafo se puede medir si esas contracciones de apertura han empezado o no. Frecuentemente, este ideal en la elaboración de conceptos jurídicos (se habla de una desnortativización del concepto) no se puede alcanzar con plenitud, de modo que en su forma más general el concepto contiene todavía elementos valorativos. De todos modos, ello es solo un ideal.

Se denomina teoría jurídica a una propuesta de solución de uno o más problemas jurídico determinados, es decir, la puesta a disposición de herramientas conceptuales para la solución de cuestiones jurídicas. También existen criterios generales respecto a la calidad de una teoría jurídica. Por ejemplo, ella tiene que ser completa, en el sentido de que

resuelva el respectivo problema en todos los casos en los que él se presente. Una teoría también es incompleta cuando su autor no aborda las objeciones que surgen contra la solución del problema. También es deber de todo autor científico comparar su solución al problema con otras soluciones propuestas en la literatura y demostrar su superioridad, especialmente, cuando aquella es nueva. Si el autor no lo hace, no realiza plenamente su tarea, lo cual puede serle criticado por el recensor.

Una delicada tarea de todo recensor es resumir los resultados de su análisis del trabajo objeto de recensión. La conocida frase: "Nadie que se ocupe de este tema en el futuro podrá pasar por alto esta obra" suena bien, pero en el fondo no dice nada, porque sólo expresa el deber evidente de todo autor de tener en cuenta la bibliografía pertinente. Si, en opinión del recensor, el trabajo presenta errores diversos y graves, entonces, el resumen de la recensión no puede ser halagador. Cómo se formula esto constituye una cuestión de estilo.

Algunas palabras más sobre la especial situación de las mujeres en la ciencia jurídica. Tras más de 40 años como científica jurídica, no puedo negar que las mujeres han sido relegadas durante mucho tiempo en esta disciplina, y por cierto, no sólo en la adjudicación de los puestos más importantes, sino también con respecto a la atención recibida en la discusión jurídico-científica. Hasta hace poco existía todavía en la ciencia jurídica un prejuicio contra las mujeres, el cual era incluso más difícil de combatir al ser en gran parte inconsciente. Esto sólo puede superarse gradualmente, con mucha paciencia y esfuerzo. Sin embargo, las mujeres cometeríamos un error funesto si, en cierta medida como compensación por esa relegación, exigiéramos ahora un trato preferencial para nosotras en la discusión científica. Al hacerlo, sólo fomentariamos que nuestras contribuciones científicas fuesen ignoradas. Es decir, debemos afrontar la crítica científica sin reservas y, aunque sea dura y la consideremos injusta, resistir la tentación de lanzar contra ella acusaciones de discriminación. Aquí también se aplica la regla del discurso prevista en el numeral 4. Quien acusa a un crítico de haber escrito motivado por una actitud misógina abandona el discurso científico y maneja uno diferente, más concretamente, uno de crítica social, para el cual no rige la prerrogativa de la libertad científica (artículo 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental).

Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit von Anstaltsleitern bei vollzugsöffnenden Entscheidungen im Strafvollzug

Von Prof. Dr. Ineke Regina Pruin, Bern*

I. Einleitung

Im Juni 2018 sorgte ein Urteil des Landgerichts Limburg¹ für große Verunsicherung bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Straf- und Maßregelvollzug. Das Gericht verurteilte eine Vollzugsleiterin und einen Vollzugsleiter wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB, weil ein Gefangener bei einem Dauerausgang auf der Flucht vor einer Verkehrskontrolle mit einem anderen Fahrzeug zusammenstieß, dessen Fahrerin daraufhin verstarb. Über die Lockerungsfähigkeit des Gefangenen gab es unterschiedliche Ansichten in der Justizvollzugsanstalt. Dennoch wurde der Gefangene von der einen Angeklagten in den offenen Vollzug verlegt. Der zweite Angeklagte genehmigte regelmäßige Langzeitausgänge, wobei er die Weisung erteilte, dass der Gefangene während dieser Zeit keine Kraftfahrzeuge führen dürfe. Dass der Gefangene dies dennoch regelmäßig tat, blieb in der Anstalt unbemerkt, obwohl der Gefangene beim Wiedereintritt in die Anstalt regelmäßig einen Autoschlüssel abgab. Auf die Revision der Angeklagten hat der BGH das Urteil des Landgerichts Limburg aufgehoben und die Angeklagten freigesprochen.² Dennoch bleiben in der Praxis Unsicherheiten hinsichtlich möglicher (berufsspezifischer) Strafbarkeitsrisiken für Entscheidungsverantwortliche im Strafvollzug bestehen. Sie betreffen vollzugsöffnende Entscheidungen, wenn sich die diesen zugrundeliegenden Prognosen im Nachhinein als im Ergebnis unrichtig erweisen, weil die Gefangenen während der Lockerungen Straftaten begehen oder fliehen. Das Urteil gibt Anlass, die Prüfung des Fahrlässigkeitsdelikts für Sachverhalte zu konkretisieren, in denen es um mit Prognosen verbundene Sorgfaltspflichten geht. In Frage stehen konkret die bei Prognosen anzulegenden Sorgfalthmaßstäbe, aber auch die Vorhersehbarkeit der Fahrlässigkeitserfolge oder der Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei Straftaten, die Gefangene während Lockerungen begehen.³

* Die Verf. ist Assistenzprofessorin an der Universität Bern.

¹ LG Limburg, Urt. v. 7.6.2018 – KLS - 3 Js 11612/16 = BeckRS 2018, 21970.

² BGHSt 64, 217 = NJW 2020, 2124 mit Anm. *Peters* = JZ 2020, 955 mit Anm. *Kaspar* = JR 2020, 518 mit Anm. *Schöch* = NStZ 2020, 411 mit Anm. *Schiemann*.

³ Nicht in den Blick nimmt der vorliegende Beitrag vorsätzliche Straftaten von Vollzugsleitern im Zusammenhang mit Vollzugslockerungen, denen keine praktische Relevanz zukommt (für vorsätzliches Handeln der anordnenden Ärzte bei missbrauchten Lockerungen bei Untergebrachten in der Psychiatrie vgl. *Grünebaum*, Zur Strafbarkeit des Therapeuten im Maßregelvollzug bei fehlgeschlagenen Lockerungen, 1996, S. 41). Wenn Gefangene vorsätzlich pflichtwidrig Lockerungen erhalten, ist an den Tatbestand der Gefangenenbefreiung (§ 120 StGB) zu denken. Möglich ist auch eine Teilnahme strafbarkeit am Hauptdelikt des Gefangenen oder sogar Mittäterschaft, wenn die Lockerung als ein funktionaler Tatbeitrag für die Tat des dann befreiten Gefangenen angese-

Der vorliegende Beitrag will diese Fragen auf der Grundlage des aktuellen BGH-Urteils sowie der vorangegangenen einschlägigen Urteile und des Schrifttums beleuchten. Dabei sollen zum einen Anforderungen an auf Prognosen basierenden Ermessensentscheidungen herausgearbeitet werden. Zum anderen soll aufgezeigt werden, inwiefern typische strafvollzugliche Lebenssachverhalte dogmatische Diskussionen um den Aufbau der Fahrlässigkeitsprüfung anreichern können.

II. In Betracht kommende Delikte und die Diskussion um den Aufbau der Fahrlässigkeitsprüfung

Das jüngste BGH-Urteil befasste sich mit Grundsätzen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit von Leitern von Strafvollzugsanstalten angesichts einer Lockerungsprognose im Strafvollzug, wenn Gefangene während einer Vollzugslockerung, wie z.B. während eines Hafturlaubs, eine einschlägige Straftat begehen. Wiederholt und konkretisiert wurden dabei Grundsätze, die bereits für leitende Ärzte von psychiatrischen Krankenhäusern für Straftaten dort untergebrachter Patienten während Lockerungen formuliert worden waren.⁴

Den Anstaltsleitern ist nach den Strafvollzugsgesetzen der Länder die Verantwortung für den gesamten Vollzug übertragen.⁵ Die am ehesten in Betracht kommenden Fahrlässigkeitsdelikte bei Straftaten Gefangener sind die fahrlässige Körperverletzung nach § 229 StGB sowie die fahrlässige Tötung nach § 222 StGB, denkbar ist auch die fahrlässige Brandstiftung nach § 306d StGB. Begeht der Gefangene während einer Lockerung eine Körperverletzung, Tötung oder Brandstiftung, ist der Verletzungserfolg durch die Vollzugsentscheidung im Sinn der Äquivalenztheorie mitverursacht.⁶ Näherer Erörterungen bedarf es hingegen im Hinblick auf die Prüfung der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung, der Vorhersehbarkeit sowie des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs.

III. Objektive Sorgfaltspflichtverletzungen bei vollzugsöffnenden Entscheidungen

Nach der Rechtsprechung des BGH handelt fahrlässig, wer eine objektive Pflichtverletzung begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade diese Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg herbeigeführt hat.⁷

hen werden kann. Im Überblick: *Neubacher*, JuS 2005, 1101; *Kusch*, NStZ 1985, 385.

⁴ BGHSt 49, 1 = NJW 2004, 237 = JZ 2004, 975 mit Anm. *Saliger* = StV 2004, 484 mit Anm. *Roxin*; auf das Urteil bezugnehmend *Stefanopoulou*, R&P 2020, 19.

⁵ Vgl. z.B. § 106 LJVollzG RP.

⁶ *Neubacher*, JuS 2005, 1101 (1104).

⁷ Der vorliegende Beitrag folgt dem vom BGH vertretenen Prüfungsaufbau des Fahrlässigkeitsdelikts (vgl. z.B. die für die Thematik besonders maßgeblichen Urteile BGH NJW 2020, 2125 und BGH NJW 2004, 237).

Die Pflichtwidrigkeit ergibt sich aus einem objektiven Verstoß gegen eine Sorgfaltsnorm, die gerade dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts dient.⁸ Die Art und das Maß der anzuwendenden Sorgfalt folgen „den Anforderungen, die bei objektiver Betrachtung der Gefahrenlage ex ante an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind“.⁹ Sie kann in Verstößen gegen Rechtsnormen oder berufliche Pflichten zu finden sein.¹⁰

Fraglich ist also, welche Anforderungen bei vollzugsöffnenden Entscheidungen im Strafvollzug an einen besonnenen und gewissenhaften Anstaltsleiter gestellt werden dürfen. Zunächst ist festzuhalten, dass im Fall von Straftaten Gefangener während dieser Vollzugsöffnungen nicht das falsche Prognoseergebnis an sich (= als nicht rückfallgefährdet eingeschätzte Täterinnen oder Täter werden rückfällig) als Sorgfaltspflichtverletzung angesehen werden darf. Denn soweit die Gesetze Prognosen vorsehen, ist die Gefahr eines falschen Prognoseergebnisses immer immanent. Prognosen sind Wahrscheinlichkeitsaussagen über die Zukunft, denen eben diese Unsicherheit des Ergebnisses eigen sind.¹¹ Nur weil sie sich ex post als falsch herausgestellt haben, müssen die Prognose sowie die auf ihr basierende Entscheidung aus der für die Fahrlässigkeitsprüfung maßgeblichen ex ante-Perspektive nicht fehlerhaft gewesen bzw. sorgfaltswidrig zustande gekommen sein. Die Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Prognosen im Vollzug können sich also nicht darauf richten, hundertprozentig richtige Vorhersagen zu treffen. Vielmehr muss es um die Pflicht gehen, das Prognoseergebnis so gut wie möglich abzusichern. Maßgeblich dafür ist, dass Vorschriften zu Entscheidungsverfahren eingehalten werden und sowohl die Prognose als auch die auf ihr beruhende Entscheidung die objektiv zu bedenkenden Kriterien berücksichtigt und angemessen abwägt. In diesem Zusammenhang ist bei vollzugsöffnenden Entscheidungen immer auch das Spannungsverhältnis zu beachten, in dem der Vollzug steht: Einerseits soll die Allgemeinheit (innerhalb und außerhalb der Justizvollzugsanstalt) vor weiteren Straftaten der Gefangenen geschützt werden, andererseits haben die Gefangenen einen verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch auf Resozialisierung,¹² für dessen Umsetzung vollzugsöffnende Maßnahmen als Vorbereitung auf das Leben in Freiheit (und dessen Erprobung) evident sind.¹³

Relevante Vorschriften für die Bestimmung der Sorgfaltspflichten bei prognosebasierten Öffnungsentscheidungen finden sich seit der Föderalismusreform im Jahr 2006¹⁴ in den daraufhin erlassenen Ländergesetzen zum Vollzug der Freiheitsstrafe. Die landesrechtlichen Regelungen unterscheiden

sich insbesondere im Hinblick auf den Lockerungsmaßstab voneinander.¹⁵ Diese Unterschiede können je nach Bundesland andere Auswirkungen auf die Bestimmung der Sorgfaltspflicht haben. Gleich ist, dass für die Öffnungsentscheidung jeweils zunächst die Eignung unter Berücksichtigung der Flucht- und Missbrauchsgefahr zu prüfen ist und im Anschluss daran eine fehlerfreie Ermessensentscheidung getroffen werden muss, auf die die Gefangenen einen Anspruch haben.¹⁶ Die auf der Grundlage des Resozialisierungsziels zu genehmigenden Lockerungen gehen mit der Inkaufnahme von Restrisiken in Bezug auf Rückfälle oder Flucht einher.¹⁷ Die in Frage kommende Sorgfaltspflichtverletzung hängt davon ab, unter welchen Umständen diese Restrisiken in Kauf genommen werden dürfen. Auch hierfür legen die Vollzugsgesetze Bewertungsmaßstäbe fest. Diese unterscheiden sich nicht nur auf Länderebene, sondern in vielen Bundesländern unterscheiden sich auch die Bewertungsmaßstäbe in Bezug auf den offenen Vollzug von denjenigen für die Lockerungsentscheidungen. Deshalb bietet es sich an, die Sorgfaltmaßstäbe getrennt voneinander zu betrachten. In Anlehnung an die diesem Beitrag zugrundeliegende BGH-Entscheidung vom 26. November 2019 wird die Bestimmung der Sorgfaltspflichten anhand der landesgesetzlichen Regelungen im Land Rheinland-Pfalz erörtert. Da sich in Rheinland-Pfalz die Bewertungsmaßstäbe für die Verlegung in den offenen Vollzug, die Lockerungen des Vollzugs und die Lockerungen des Vollzugs in den letzten sechs Monaten vor der Entlassung voneinander unterscheiden, sind diese ländergesetzlichen Regelungen ein guter Ausgangspunkt für die Bestimmung der Sorgfaltspflichten in anderen Bundesländern, die in der Regel mindestens einen der hier besprochenen Bewertungsmaßstäbe anlegen. Neben den möglichen Sorgfaltspflichtverletzungen im Zusammenhang mit vollzugslockernden Entscheidungen wird die fehlende oder nicht ausreichende Kontrolle von Weisungen, die im Zusammenhang mit Lockerungen erteilt worden sind, als strafbarkeitsauslösende Sorgfaltspflichtverletzung untersucht.

1. Sorgfaltspflichtverletzungen bei Entscheidungen zur Verlegung in den offenen Vollzug

Nach § 22 Abs. 2 LJVVollzG RP sollen Gefangene im offenen Vollzug untergebracht werden, „wenn sie dessen besonderen Anforderungen genügen, namentlich nicht zu befürchten ist, dass sie sich dem Vollzug entziehen oder die Möglichkeiten des offenen Vollzugs zu Straftaten missbrauchen werden“. Eine Unterbringung im offenen Vollzug unterscheidet sich von derjenigen im geschlossenen Vollzug dadurch, dass es keine oder geringere Vorkehrungen gegen Entweichungen gibt.¹⁸ Gleichwohl bleibt der Aufenthalt in einer offenen Anstalt sehr strukturiert und den Gefangenen ist es nicht erlaubt, die Anstalt ohne Erlaubnis zu verlassen oder vom vorgegebenen Tagesablauf abzuweichen.

⁸ BGH NStZ 2020, 411 (412); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 15 Rn. 20.

⁹ BGH NStZ 2020, 411 (412).

¹⁰ *Fischer* (Fn. 8), § 15 Rn. 26.

¹¹ Dazu ausführlich *Verrel*, R&P 2001, 182 (184).

¹² BVerfGE 35, 202 (235).

¹³ *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 524 ff.

¹⁴ 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl I., S. 2034.

¹⁵ *Pruin*, in: Bock/Harrendorf/Ladiges (Hrsg.), Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft, 2015, S. 139 (153).

¹⁶ *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 354 und 553.

¹⁷ *Salinger*, JZ 2004, 978; *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 535.

¹⁸ *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 345.

Die Entscheidung über die Unterbringung im offenen Vollzug ist sehr komplex und diese Komplexität wirkt sich auch auf die Bestimmung der Sorgfaltspflicht aus. Zunächst muss die Eignung überprüft werden, die insbesondere anhand der Fluchtgefahr und der Gefahr der Begehung von Straftaten eingeschätzt wird. Bei diesen Voraussetzungen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die nur eingeschränkt¹⁹ gerichtlich überprüfbar sind. Auf der Grundlage der Eignungseinschätzung ist sodann eine fehlerfreie Ermessensentscheidung über die Öffnung des Vollzugs zu treffen, die das Resozialisierungsziel und den Grad der Ermessensbindung berücksichtigt. Nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ist auch diese Ermessensentscheidung nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar.²⁰

Eine die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auslösende Sorgfaltspflichtverletzung liegt auf der Ebene der Eignungsprüfung unter Berücksichtigung dieser Grundsätze (nur) dann vor, wenn die Vollzugsbehörde (vertreten durch die Vollzugsleitung) den Beurteilungsspielraum verlässt. Dies kann geschehen, indem ihr grobe Beurteilungsfehler unterlaufen,²¹ sie die Eignung gar nicht einschätzt oder die Beurteilung auf einer Grundlage trifft, die aus vollzugsfachlicher Sicht schlicht nicht nachvollziehbar ist. Hier ist also zu prüfen, ob die Entscheidung in einem Bereich bleibt, den ein besonnener und gewissenhafter Vollzugsleiter im konkreten Fall als Beurteilungsrahmen abgesteckt hätte. Dabei ist auch die Frage erheblich, welches Sonderwissen der Vollzugsleiter zu berücksichtigen hat. Für Vollzuglockerungen hat der BGH die Sorgfaltspflicht bisher in zwei Entscheidungen konkretisiert: Eine Pflichtwidrigkeit liegt danach vor, wenn „die Missbrauchsgefahr aufgrund relevant unvollständiger oder unzutreffender Tatsachengrundlage oder unter nicht vertretbarer Bewertung der festgestellten Tatsachen verneint worden ist“²². Die Vollzugsleitung ist in diesem Zusammenhang allerdings mit der Problematik konfrontiert, dass in Bezug auf die Eignungsfeststellung weder abschließend geklärt ist, wann eine vollständige oder zutreffende Tatsachengrundlage vorliegt, noch wie die festgestellten Tatsachen zueinander in Beziehung zu setzen sind, um zu einer vertretbaren Entscheidung zu kommen. Dennoch bewegt sich ihre Beurteilung nicht völlig im luftleeren Raum:

Zunächst bestehen hinsichtlich des Zustandekommens der Beurteilungen Verfahrensvorschriften, die eine besonnene „Durchschnittsleitung“ zu befolgen hat: Aus § 14 Abs. 5

i.V.m. § 15 Abs. 1 LJVVollzG RP ergibt sich (wie auch in den anderen Landesgesetzen), dass die Anstaltsleitung die Vollzugsplankonferenz²³ an der Entscheidung zu beteiligen hat. Das Treffen einer Entscheidung über die Verlegung in den offenen Vollzug ohne Rücksprache mit den an der Konferenz beteiligten Stellen kann also als Sorgfaltspflichtverletzung angesehen werden. Weitere Verfahrensvorschriften finden sich im LJVVollzG RP nicht, auch sind keine Verwaltungsvorschriften vorhanden, in denen das formelle Verfahren näher ausgestaltet würde. In der Entscheidung vom 26. November 2019 hat der BGH § 13 Abs. 3 S. 2 LJVVollzG RP angesprochen, wonach Unterlagen aus der Vollstreckung und dem Vollzug vorangegangenen Freiheitsentziehungen, insbesondere Erkenntnisse der Gerichts- und Bewährungshilfen sowie der Führungsaufsicht einzubeziehen sind. Die so ermittelten Informationen dienen dazu, die Gefangenen insbesondere hinsichtlich ihres Bewährungs- und Vollzugsverhaltens besser einzuschätzen. Diese Vorschrift gilt allerdings unmittelbar nur für das Diagnoseverfahren zu Beginn des Vollzugs. Mittelbar gilt sie allerdings auch für das Prognoseverfahren, weil bei einer pflichtgemäßen Einbeziehung in das Diagnoseverfahren diese Unterlagen dann auch für das Prognoseverfahren über die Lockerungen zur Verfügung stünden. Der BGH hat außerdem in seiner Entscheidung eine Aussage darüber getroffen, dass die Vollzugsleitung grundsätzlich nicht verpflichtet ist, Akten über Vorverurteilungen der Gefangenen für ihre Lockerungsentscheidungen beizuziehen. Dies gilt auch mit Hinweis auf die dem Aufnahmegesuch bei Freiheitsstrafen und Sicherungsverwahrung beizufügenden Anlagen nach (aktuell) Nr. 8 VGO RP²⁴, wonach Vorstrafen betreffende Urteile grundsätzlich nicht beizufügen sind. Allerdings betont der BGH auch, dass „im Einzelfall die Sorgfaltspflicht bestehen“ kann, „die den Vorstrafen des Verurteilten zugrunde liegende Kriminalität über das in den genannten Vorschriften gebotene Maß hinaus aufzuklären“.²⁵ Dazu verweist der BGH auf ein Urteil aus dem Jahr 1990²⁶, in dem es um Verantwortlichkeiten für Folgen unsachgemäßer Silobegasung geht. Dieser Verweis ist im Hinblick auf den Vollzug so zu verstehen, dass ausnahmsweise die Sorgfaltspflicht zum Beizug von Akten zu Vorverurteilungen entstehen kann, wenn die in Betracht kommenden Rückfalltaten von besonderer Schwere sind oder aus anderen Ausnahmegründen die Lockerungen besonders risikoreich erscheinen.

Zur inhaltlichen Frage der Eignung für den offenen Vollzug haben Rechtsprechung und Wissenschaft einige Kriterien entwickelt. Das zu prüfende Merkmal der Flucht- oder Missbrauchsgefahr trägt der Sicherungsaufgabe des Vollzugs

¹⁹ Arloth/Krä, Strafvollzugsgesetze von Bund und Ländern, Kommentar, 5. Aufl. 2021, StVollzG § 10 Rn. 7; Laubenthal (Fn. 13), Rn. 350.

²⁰ Für den Prüfungsmaßstab der Strafvollstreckungskammer ist dieser Grundsatz in § 115 Abs. 5 StVollzG normiert.

²¹ Zu Beurteilungsfehlern im Verwaltungsrecht grundlegend: Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 47 ff.

²² BGH NJW 2020, 2124 (2126), mit Verweis auf BGH NJW 2004, 237. Vgl. auch Schöch, in: Duncker/Koller/Foerster (Hrsg.), Forensische Psychiatrie, Entwicklungen und Perspektiven, Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag, 2006, S. 317 (319); Pollähne, NStZ 1999, 51 (54).

²³ In der Vollzugsplankonferenz beraten die Anstaltsleitung, die Fachdienste (Psychologen, Sozialpädagogen, Werksdienst etc.) und andere an der Vollzugsgestaltung maßgeblich Beteiligte über die Vollzugsmaßnahmen für die einzelnen Gefangenen. Näher: Laubenthal (Fn. 13), Rn. 264 f.

²⁴ Vollzugsgeschäftsordnung des Landes Rheinland-Pfalz v. 14.12.2017, JBl. 2018, 4.

²⁵ BGH NJW 2020, 2124 (2126).

²⁶ BGHSt 37, 184 = NJW 1991, 501.

Rechnung.²⁷ Die Vollzugsleitung hat eine Gesamtwürdigung der prognostisch maßgeblichen Umstände vorzunehmen.²⁸ Flucht- oder Missbrauchsgefahr können nur angenommen werden, wenn konkrete Tatsachen vorliegen, die die Annahme stützen, der oder die Gefangene wolle fliehen oder die geringere Sicherung des offenen Vollzugs zur Begehung von Straftaten missbrauchen. Welche Umstände für die Prognose maßgeblich sind, ist allerdings nicht endgültig geklärt. Im Hinblick auf die Fluchtgefahr sollen frühere Fluchten oder Fluchtversuche, fehlende soziale Bindungen, das Beiseiteschaffen von Vermögenswerten oder auch ein neues Ermittlungsverfahren mit drohender hoher Strafe berücksichtigt werden.²⁹ Als Prognosekriterien für die Missbrauchsgefahr werden „die Persönlichkeit des Gefangenen, sein Vorleben, (etwaige) frühere Straftaten, die Umstände und das Gewicht der Tat, die Tatmotivation sowie die Entwicklung im Vollzug“³⁰ genannt. Diese Prognosekriterien lehnen sich an die Risikofaktoren an, welche die kriminologische Rückfallforschung auf empirischer Grundlage für die Prognose der Rückfälligkeit ermittelt hat.³¹ Es ist mittlerweile anerkannt, dass strukturierte Prognoseinstrumente, welche die Gefahr von Rückfalltaten unter Berücksichtigung empirisch validierter Kriterien ermitteln, rein intuitiven Prognosen überlegen sind.³² Bisher sind für den Vollzug einsetzbare Prognoseinstrumente allenfalls für bestimmte Vollzugspopulationen (z.B. Sexualstraftäter) vorhanden,³³ und selbst hier ersetzen sie die vom Gesetz geforderte individuelle Einschätzung des konkreten Einzelfalls nicht, sondern können lediglich dabei helfen, den Einzelfall im „kriminologischen Erfahrungsraum“³⁴ zu verorten.³⁵

Im Hinblick auf die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit dürfen hier lediglich der Wissenstand und die Fähigkeit zur Prognose eines durchschnittlichen Vollzugsleiters berücksichtigt werden. In aller Regel sind Vollzugsleiter keine Experten der forensischen Psychiatrie, sodass von ihnen kein besonderes Spezialwissen in Bezug auf neueste Forschungserkenntnisse oder wissenschaftliche Diskussionen über die spezifischen Mängel der einzelnen Prognosekriterien erwartet werden kann. Erwartbar ist hingegen, dass sie ihre Prognosen über die Flucht- und Missbrauchsgefahr nicht (nur) rein intuitiv mit Blick auf ihren gesunden Menschenverstand treffen, sondern dass sie die diskutierten Prognosekriterien wahrnehmen und entscheiden, ob und inwiefern sie auf den konkreten Einzelfall anzuwenden sind. Einer Einschätzung der Flucht- oder Missbrauchsgefahr, die derlei Überlegungen gar nicht erkennen lässt, fehlt es an einer vollständigen Tatsachengrundlage und sie ist in der Folge sorgfaltspflichtwidrig. Wie und mit welcher Folge die Kriterien im Einzelfall angewendet werden, bleibt dann dem gerichtlich nicht überprüfaren Beurteilungsspielraum überlassen.

Diese Wertungen gelten grundsätzlich auch für den Maßstab, mit dem die Vollzugsleitung die Flucht- und Missbrauchsgefahr einzuschätzen hat. Laut § 22 LJVollzG RP darf sie „nicht zu befürchten“ sein. Hinsichtlich des materiellen Gehalts der Entscheidung hat der BGH in seinem Urteil bekräftigt, dass die Vollzugsbehörde „mehrere – jeweils gleichermaßen rechtlich vertretbare – Entscheidungen treffen kann“³⁶. Fraglich ist, wo die Grenze des Unvertretbaren erreicht ist, die eine Sorgfaltspflichtverletzung bedeuten und somit eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auslösen kann. Da eine hundertprozentig sichere Prognose schon nach der Definition der Prognose als einer „Wahrscheinlichkeitsaussage“ nicht möglich ist,³⁷ kann das „nicht zu befürchten“ aus § 22 LJVollzG RP nicht in dem Sinn ausgelegt werden, dass eine Flucht- oder Missbrauchsgefahr sicher ausgeschlossen werden muss. Vielmehr geht es darum, dass die Risiken nach einer Abwägung aller relevanten Aspekte in Kauf genommen werden dürfen. In die Fahrlässigkeitsdogmatik übersetzt heißt dies, dass ein Bereich des erlaubten Risikos vorhanden ist, den der Anstaltsleiter ausschöpfen kann, ohne dass er eine Sorgfaltspflichtverletzung begeht.³⁸ Das erlaubte Risiko ist insofern normativ vorstrukturiert, als die Anstaltsleitung auf der einen Seite das verfassungsrechtlich gesicherte Resozialisierungsgebot und auf der anderen Seite die Sicherheitsinte-

²⁷ Laubenthal (Fn. 13), Rn. 352.

²⁸ OLG Frankfurt a.M. StV 2003, 399.

²⁹ Hettenbach, in: Graf/Gerhold (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafvollzugsrecht Rheinland-Pfalz, Stand: 1.8.2020, RhPflJVollzG § 22 Rn. 17 m.w.N. aus der Rspr.

³⁰ Hettenbach (Fn. 29), RhPflJVollzG § 22 Rn. 19.

³¹ In der internationalen Vollzugspraxis setzt sich zunehmend die Anlehnung an die von Bonta/Andrews, *The psychology of criminal conduct*, 6. Auflage 2017, S. 44 ff., kategorisierten Risikofaktoren durch. Die deutsche Diskussion wird durch die Darstellung der Risikofaktoren nach Nedopil, *Forensische Psychiatrie: Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht*, 3. Aufl. 2007, sowie durch Rasch, *Forensische Psychiatrie*, 2. Aufl. 1999, geprägt.

³² Rettenberger, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2018, 28 (31).

³³ Ein Überblick über die vorhandenen Prognoseinstrumente findet sich bei Streng, *Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3. Aufl. 2012, S. 380 ff., Dünkel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 57 Rn. 107 ff.

³⁴ Boetticher et al., *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2007, 90 (99).

³⁵ Rettenberger, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2018, 28 (34).

³⁶ BGH NJW 2020, 2124 (2126), mit Verweis auf BVerfG NStZ-RR 2019, 391.

³⁷ Dünkel (Fn. 33), § 57 Rn. 108 m.w.N.

³⁸ Das erlaubte Risiko im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung zur Begrenzung der Sorgfaltspflichten heranzuziehen, entspricht unter anderem der Meinung von Mitsch, *JuS* 2018, 1167; Kaspar, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 41; Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2020, § 33 Rn. 26. Anderer Ansicht sind wohl Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 50. Aufl. 2020, Rn. 265, Teil II, Kap. 6, die das erlaubte Risiko wie bei der Prüfung von Vorsatzdelikten im Rahmen der objektiven Zurechnung prüfen wollen.

ressen der Allgemeinheit, konkret die Wahrscheinlichkeit und Schwere möglicherweise drohender Straftaten und Rechtsverletzungen,³⁹ zu berücksichtigen hat. In diesem Spannungsfeld muss eine sorgfältige Abwägung erfolgen,⁴⁰ die sich auch in der Entscheidungsbegründung wiederfindet. Die Grenze des erlaubten Risikos ist überschritten, wenn die Eignungsbeurteilung für den offenen Vollzug unter Berücksichtigung aller Umstände unvertretbar erscheint.⁴¹ An dieser Stelle entstehen in Bezug auf etwaige Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten die stärksten Unsicherheiten. So soll die Eignung für vollzugsöffnende Maßnahmen bei Gefangenen, die wegen eines schweren Gewalt- oder Sexualdelikts inhaftiert sind, besonders gründlich geprüft werden.⁴² Andererseits kann allein aus der Deliktsart oder der Strafhöhe eine fehlende Eignung nicht hergeleitet werden.⁴³ Aufgrund dieser vollzugsfachlichen Unbestimmtheiten kann der Prüfungsmaßstab für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sich nur darauf richten, ob die für die Bestimmung der Gefährlichkeit evidenten Faktoren überhaupt erwogen worden sind.

Vergleichbare Maßstäbe sind auf der nächsten Stufe der Eignungsbeurteilung anzusetzen. Über die Bewertung der Flucht- und Missbrauchsgefahr hinaus muss der zu beurteilende Gefangene den besonderen Anforderungen des offenen Vollzugs genügen. Auch hinsichtlich dieses Merkmals gibt es keine abschließenden und zwingend anwendbaren Maßstäbe, wohl aber von der Rechtsprechung entwickelte Beurteilungskriterien. Die Eignung ist im Hinblick auf die reduzierten oder aufgehobenen Sicherheitsvorkehrungen im offenen Vollzug zu bestimmen. Der Rechtsprechung zufolge sind deshalb zum Beispiel die Gemeinschaftsfähigkeit und die Gemeinschaftsverträglichkeit, die Bereitschaft zu uneingeschränkter Mitarbeit, die korrekte Führung unter geringer Aufsicht oder die Aufgeschlossenheit gegenüber sozialpädagogischen Bemühungen zu überprüfen.⁴⁴ Zum (nicht mehr gültigen) § 10 des Strafvollzugsgesetzes des Bundes beschrieben Verwaltungsvorschriften der Länder Beurteilungsrichtlinien für die Ungeeignetheit für den offenen Vollzug, die auch weiterhin in der Vollzugspraxis Erwähnung finden. Danach können als weitere Bewertungsmaßstäbe die Suchtgefahr der Gefangenen oder die Befürchtung eines negativen Einflusses auf andere Gefangene herangezogen werden. Auch

hier gilt wieder, dass der Beurteilungsspielraum die Freiheit lässt, vertretbare Entscheidungen zu treffen.

Wenn die Eignung für den offenen Vollzug positiv festgestellt ist, muss noch eine Ermessensentscheidung getroffen werden, die ebenfalls Ansatzpunkt für eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sein kann, wenn hier nicht vertretbare Entscheidungen getroffen werden. Dabei ist der Grad der Ermessensbindung zu berücksichtigen: Bei positiv festgestellter Eignung „soll“ eine Unterbringung im offenen Vollzug erfolgen. Das bedeutet, dass das Gesetz grundsätzlich davon ausgeht, dass der offene Vollzug mit Blick auf die Resozialisierung als die geeignetere Vollzugsform anzusehen ist. Bei der für die Fahrlässigkeitsprüfung erforderlichen Beurteilung der Grenze des Vertretbaren muss also berücksichtigt werden, dass die Vollzugsleitung hier nur in besonderen Ausnahmefällen die Unterbringung im offenen Vollzug versagen darf.⁴⁵

2. Sorgfaltspflichtverletzungen bei Entscheidungen zu Vollzugslockerungen

In Bezug auf die Gewährung von Vollzugslockerungen⁴⁶ sind die Maßstäbe zur Ermittlung einer Sorgfaltspflichtverletzung in weiten Teilen mit denjenigen der Unterbringung im offenen Vollzug vergleichbar. Die Entscheidung richtet sich in Rheinland-Pfalz nach § 45 Abs. 2 LJVollzG RP. Auch hier müssen zunächst Prognosen über die Fluchtgefahr und die Gefahr der Begehung von Straftaten während der Lockerung angestellt werden, wobei für die Beurteilung dieser Gefahren der Vollzugsleitung wiederum ein Beurteilungsspielraum⁴⁷ zugestanden wird. Für das Entscheidungsverfahren gilt das für Öffnungsentscheidungen Gesagte. Ein erheblicher Unterschied besteht jedoch hinsichtlich des Entscheidungsmaßstabs: Lockerungen dürfen gewährt werden, „wenn verantwortet werden kann zu erproben, dass die Strafgefangenen [...] sich dem Vollzug der Freiheitsstrafe [...] nicht entziehen und die Lockerungen nicht zu Straftaten missbrauchen werden“. Der Rahmen des erlaubten Risikos ist im Vergleich zum Maßstab des „nicht zu befürchten“, der für den offenen Vollzug gilt, größer: Durch die Klausel „wenn verantwortet werden kann zu erproben“ wird ausgedrückt, dass eine Lockerung trotz eines bestehenden Restrisikos möglich ist, wenn dieses nach Abwägung aller Umstände in Kauf genommen werden kann.⁴⁸ Es muss daher zwar auch hier eine Gesamtabwägung mit dem Resozialisierungsziel des oder der

³⁹ BGH NJW 2020, 2124 (2126).

⁴⁰ Schatz, NStZ 2003, 581 (582).

⁴¹ BGH NJW 2020, 2124 (2126). Dass letztlich das erlaubte Risiko bei der Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung entscheidend ist, kann als Argument des Prüfungskonzepts von Roxin angesehen werden, der eine besondere Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung als ungenau ansieht und das Fahrlässigkeitsdelikt allein durch die Kriterien der objektiven Zurechnung ausfüllen will (Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, Fn. 11, § 24 Rn. 12), in deren Rahmen die Prüfung des erlaubten Risikos zentral ist.

⁴² Laubenthal (Fn. 13), Rn. 352.

⁴³ OLG Frankfurt a.M. StV 2003, 399 (400).

⁴⁴ Laubenthal (Fn. 13), Rn. 350; Arloth/Krä (Fn. 19), StVollzG § 10 Rn. 8.

⁴⁵ Laubenthal (Fn. 13), Rn. 354.

⁴⁶ Die Terminologie ist hinsichtlich der Vollzugslockerungen nicht einheitlich. In § 45 Abs. 1 LJVollzG RP gelten als Lockerungen im Erwachsenenstrafvollzug „namentlich“ der Begleitausgang, der unbegleitete Ausgang, der Langzeitausgang und der Freigang.

⁴⁷ BGH NJW 2020, 2124 (2126).

⁴⁸ Dieser Risikomaßstab wurde in der Gesetzgebungsgeschichte der Landesstrafvollzugsgesetze bewusst in Anlehnung an § 57 StGB und die dazugehörige Rechtsprechung gewählt. Hier hatte Frisch schon in ZStW 102 (1990), 707 (719 f.), das um der spezialpräventiven Ziele willen in Kauf zu nehmende Risiko beschrieben.

Gefangenen stattfinden,⁴⁹ die Grenze des Vertretbaren ist aber weiter gesteckt als im Rahmen des offenen Vollzugs.

Auch unterscheiden sich die Verpflichtungsgrade der Ermessenentscheidung beim offenen Vollzug von denjenigen bei Vollzugslockerungen: Während das Ermessen im Fall der Unterbringung im offenen Vollzug nach den rheinland-pfälzischen Regelungen gebunden ist („sollen [...] untergebracht werden“), ist es im Fall der Lockerungsgewährungen frei („dürfen [...] gewährt werden“), so dass der Ermessensspielraum der Anstaltsleitung vergrößert wird und die Grenzen der Unvertretbarkeit ihrer Entscheidung verengt werden. Dies ist auch dem Umstand geschuldet, dass im Vergleich zu den oben beschriebenen Öffnungsentscheidungen bei Lockerungsentscheidungen der Gefangene nicht nur in einen weniger gesicherten Vollzugsalltag überführt wird, sondern – je nach Lockerungsart begleitet oder unbegleitet – in die Außenwelt. Gebunden wird das Ermessen hingegen wiederum dann, wenn die Strafgefangenen sechs Monate vor ihrer geplanten Entlassung stehen: Dann „sind“ ihnen laut § 49 Abs. 4 S. 1 LJVollzG RP die „erforderlichen Lockerungen zu gewähren, sofern nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit“ eine Flucht oder ein Missbrauch der Lockerungen zu Straftaten zu erwarten ist. In diesen Fällen wird also der Ermessensspielraum hinsichtlich der Lockerungsversagung enger⁵⁰ und das erlaubte Risiko größer im Vergleich zur Verantwortungsklausel bei den Lockerungen außerhalb der Entlassungsphase. Damit wird gesetzlich berücksichtigt, dass die kurz vor der Entlassung stehenden Gefangenen ohnehin bald freie Menschen sein werden und somit die Erprobung dieser Freiheit, die zudem noch mit verhaltensleitenden Weisungen verbunden werden kann, angezeigt ist.

Letztlich bleibt es auch hier im Hinblick auf die Prüfung einer Sorgfaltspflichtverletzung bei der Wertung, dass selbst „mutige“ Entscheidungen keine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen, solange das erlaubte Risiko nicht offensichtlich in nicht vertretbarer Weise überschritten worden ist.⁵¹ Dies gilt auch dann, wenn sich die Entscheidung rückwirkend als „falsch“ erweist.

3. Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Überprüfung von Weisungen

Lockerungen im Strafvollzug (§ 47 LJVollzG RP) können mit Weisungen verbunden werden.⁵² Weisungen sind Verhaltensanordnungen, die Flucht- oder Missbrauchsgefahren reduzieren sollen.⁵³ Bei der Erteilung von Weisungen können Sorgfaltspflichtwidrigkeiten auftreten, die eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auslösen. Im aktuellen Urteil hat der BGH

verdeutlicht, dass es eine Sorgfaltspflichtwidrigkeit darstellt, wenn die Weisungen nicht mindestens stichprobenartig auf ihre Einhaltung überprüft werden.⁵⁴

Aus dogmatischer Sicht ist zunächst fraglich, ob es sich bei einer fehlenden Kontrolle der Einhaltung von Weisungen oder einer fehlenden Weisungserteilung nicht eher um eine Pflichtwidrigkeit durch Unterlassen als um eine Pflichtwidrigkeit durch Tun handelt. Nach Ansicht des BGH kommt es für die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit an.⁵⁵ Dieser ist im Fehlen der Kontrollen zu sehen, also in einem Unterlassen, weil dem Vollzugsleiter durch den Erlass der Weisung eine (zusätzliche) Verhaltenspflicht obliegt, die Einhaltung dieser Weisungen auch zu überwachen. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht zwischen Tun und Unterlassen unterschieden werden sollte, weil jeder Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ohnehin eine Unterlassung innewohne.⁵⁶ Im Fall der fehlenden Kontrolle von Weisungen hat diese Unterscheidung dann keine besonderen Auswirkungen auf das Strafbarkeitsrisiko, wenn den Anstaltsleitern im Straf- und Maßregelvollzug eine Garantenstellung zukommt. Eine Garantenstellung kann aus der Aufgabenbestimmung des Vollzugs hergeleitet werden.⁵⁷ Danach hat der Vollzug „die Aufgabe, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten zu schützen“⁵⁸. Anstaltsleiter sind also grundsätzlich (Überwacher-)Garanten dafür, dass der Allgemeinheit (innerhalb und außerhalb der Vollzugsanstalt) keine (Rückfall-)Gefahren seitens der Gefangenen drohen.⁵⁹ Für die Bestimmung einer konkreten Handlungspflicht kann die Aufgabenbestimmung allerdings nicht herangezogen werden: Die als „Aufgabe“ betitelte Bestimmung enthält keine einzelnen Handlungsgebote, aus denen eine solche Pflicht entstehen könnte, sondern ist als allgemeine Ausrichtung des Vollzugs zu verstehen.⁶⁰ Sie betrifft die inhaltliche Ausgestaltung des Vollzugs,

⁵⁴ BGH NJW 2020, 2124.

⁵⁵ Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 6, 59, siehe z.B. BGH NJW 2009, 89 (91). Kritisch jüngst wieder *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (2 f.).

⁵⁶ Zum Beispiel *Herzberg* JZ 1988, 573 (579).

⁵⁷ Zur Funktionenlehre vgl. etwa *Kühl* (Fn. 12), § 13 Rn. 12; *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 13 Rn. 9. Ein Überblick über den Meinungsstand zu den Garantenpositionen findet sich bei *Wolf*, Die Strafbarkeit des Psychiaters bei Zwischenfällen mit untergebrachten Patienten, 2007, S. 219 ff.

⁵⁸ § 2 S. 2 LJVollzG RP; zu den Regelungen in den anderen Bundesländern und zur Diskussion über Ziel und Aufgabe im Vollzug vgl. *Laubenthal* (Fn. 23), Rn. 137 ff.

⁵⁹ *Weigend*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 33; BGH NStZ 2003, 151. Für Ärzte in psychiatrischen Kliniken nimmt *Stefanopoulou*, R&P 2020, 19 (21), eine solche Garantenpflicht an; ebenso *Grünebaum* (Fn. 3), S. 47 ff., 86 ff., und *Wolf* (Fn. 57), S. 236.

⁶⁰ In Bezug auf die Strafvereitelung bei einer Nichtanzeige zum (mittlerweile nicht mehr geltenden) § 2 StVollzG des Bundes hat der BGH festgestellt, dass dieser eine bloße Ziel-

⁴⁹ *Beck*, in: Graf/Gerhold (Fn. 29), Stand: 1.8.2020, RhPflJVollzG § 45 Rn. 17.

⁵⁰ Die Lockerungen können nur in begründeten Ausnahmefällen versagt werden.

⁵¹ In diesem Sinn schon *Kusch*, NStZ 1985, 385 (392).

⁵² In einigen Bundesländern sind die Anstaltsleitungen bei der Gewährung von Lockerungen sogar zur Weisungserteilung verpflichtet, siehe die Übersicht bei *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 555.

⁵³ *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 555.

die dem Schutz der Allgemeinheit auch dadurch Rechnung trägt, dass der Vollzug behandlungs- und resozialisierungsorientiert ausgestaltet wird, um das Rückfallrisiko der Gefangenen so gut wie möglich zu verringern.⁶¹ Die Garantspflicht des Vollzugsleiters wird hingegen durch die (Sorgfalts-)Pflichten bestimmt, die ihm auferlegt sind.⁶² Aus der Weisungserteilung resultiert die Pflicht, die erlassenen Weisungen zu kontrollieren. Die fehlende oder unzureichende Kontrolle einer Weisung stellt damit eine Sorgfaltspflichtverletzung dar,⁶³ die von der Garantstellung umfasst ist. Weisungen sind danach zumindest stichprobenartig zu überprüfen. Im Hinblick auf die Überprüfungspflicht müssen dabei auch die Kapazitäten des Vollzugs Berücksichtigung finden. So kann vom Vollzug nicht verlangt werden, Bedienstete zur Bespitzelung der gelockerten Gefangenen einzusetzen und dies wäre mit Blick auf den Resozialisierungsgrundsatz und eine damit einhergehende „Erprobung“ der Freiheit auch nicht statthaft. Abstinenzweisungen bezüglich Alkohol oder Substanzmittel können jedoch ohne übermäßigen Aufwand durch regelmäßige Testungen bei Wiedereintritt in den Vollzug vorgenommen werden, wie es in der Praxis auch gehandhabt wird. Die Kontrolle der Weisung, keine Kraftfahrzeuge zu führen, kann stichprobenartig durch das Vorzeigen von Tickets des öffentlichen Nahverkehrs kontrolliert werden, wenn (wie im aktuellen BGH-Fall) die Lockerungen (auch) zum Besuch der weiter entfernt lebenden Partnerin gewährt worden sind. Im konkreten BGH-Fall hatte die offensichtliche Abgabe eines Autoschlüssels beim Wiedereintritt in den Vollzug eine Nachfragepflicht ausgelöst.⁶⁴

bestimmungsnorm sei, nicht aber einzelne Handlungsgebote enthalte (BGH NJW 1997, 2061). Diese Formulierung ist allerdings irreführend, da das einzige Ziel des Vollzugs nach h.M. die Resozialisierung ist, vgl. *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 149 m.w.N.

⁶¹ *Verrel*, GA 2003, 595 (603).

⁶² Dieser Zirkelschluss spricht wiederum für die Ansicht, die bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht zwischen Tun und Unterlassen unterscheidet. Für die oben herausgearbeitete Sorgfaltspflicht, im Fall von Vollzugslockerungen deren Voraussetzungen für die Gewährung sorgfältig zu prüfen, soll sich bei Sorgfaltswidrigkeiten die Strafbarkeit deshalb nach den Grundsätzen des Begehungsdelikts richten, *Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 44), § 13 Rn. 52; EGMR, Urt. v. 24.10.2002 – 37703/97 (*Mastromatteo v. Italien*) = NJW 2003, 3259 (3260 f.).

⁶³ BGH NJW 2020, 2124.

⁶⁴ Unklar bleibt hingegen, wie der Vollzug die Lockerungen an sich stichprobenartig überprüfen soll, wie es der BGH (NJW 2020, 2124) anspricht. Die rechtzeitige Rückkehr in den Vollzug wird nicht nur stichprobenartig, sondern regelmäßig überprüft. Die Überprüfung, ob die Vollzugslockerungen zu Straftaten missbraucht worden sind, kann keine Beobachtungspflicht des Vollzugs während der Lockerungen auslösen, denn dieses wäre eine nicht leistbare Aufgabe. Auch hier bleibt es wohl wiederum bei Nachforschungspflichten, wenn beispielsweise die Gefangenen aus den Lockerungen mit Gegenständen zurückkehren, die angesichts

IV. Die objektive Vorhersehbarkeit des Erfolges bei Sorgfaltspflichtverletzungen im Vollzug

Wenn eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, ist es für die Begründung des Fahrlässigkeitsunrechts weiterhin erforderlich, dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt und der Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen objektiv voraussehbar gewesen sind.⁶⁵

Man könnte diesen Prüfungspunkt bei Straftaten Gefangener in geöffneten Vollzugssettings für unproblematisch halten und vertreten, Straftaten wären immer objektiv vorhersehbar, da Restrisiken im Rahmen von Prognosen niemals sicher ausgeschlossen werden können.⁶⁶ Eine solche Sichtweise würde allerdings die im Rahmen der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung bei Prognosen entwickelten Grundsätze untergraben:⁶⁷ Es darf nicht darum gehen, ob eine Straftat an sich möglich ist, denn diese Frage ist ja genau diejenige, die die Prognose niemals sicher verneinen kann. Ein solcher Vorhersehbarkeitsmaßstab ist deshalb mit dem Wesen der Prognose nicht vereinbar.⁶⁸ Vielmehr muss es um die Vorhersehbarkeit der konkreten Tat und ihres konkreten Verlaufs gehen, damit der Vollzugsleitung ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, wenn sie trotz dieser Vorhersehbarkeit eine Lockerungsentscheidung trifft. Diesen Grundsatz hat der BGH in seiner jüngsten Entscheidung bekräftigt: Kausalverläufe, die „so sehr außerhalb der gewöhnlichen Erfahrung liegen, dass der Täter auch bei der nach den Umständen des Falls gebotenen und ihm nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen zuzumutenden Sorgfalt nicht mit ihnen zu rechnen braucht“, sind nicht vorhersehbar.⁶⁹ Wenn der Erfolg erst durch das Zusammenwirken mehrerer Umstände eingetreten ist, „müssen auch diese Umstände für den Täter erkennbar sein, weil nur dann der Erfolg für ihn voraussehbar ist“.⁷⁰ Diese Grundsätze sind aufgrund der nicht ausschließbaren Rückfallgefahr bei Gefangenen für den Vollzug besonders bedeutsam. Im aktuellen BGH-Fall ergab sich durch die Kumulation mehrerer außergewöhnlicher Umstände, dass die Vorhersehbarkeit nicht angenommen wurde. Der Tod einer Frau wurde dadurch verursacht, dass der in eine Verkehrskontrolle geratene Gefangene sich mit der Polizei als Geisterfahrer auf der Gegenfahrbahn eine Verfolgungsjagd lieferte. Der BGH hat sich in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich dazu geäußert, dass diese Verfolgungsjagd auf der Gegenfahrbahn sowie die Rammversuche der Polizei selbst eine

ihrer finanziellen Stellung oder ihres Lebensstils verwundern müssten.

⁶⁵ *Kaspar*, JuS 2012, 19.

⁶⁶ In Bezug auf Lockerungsentscheidungen so vertreten von *Verrel*, R&P 2001, 184; *Grünebaum* (Fn 3), S. 58 ff., 60; LG Göttingen NStZ 1985, 410.

⁶⁷ So schon *Kusch*, NStZ 1985, 385 (392), mit Hinweis darauf, dass eine so begründete pauschale Vorhersehbarkeit zur Einschränkung der Lockerungen führen würde.

⁶⁸ *Stefanopoulou*, R&P 2020, 19 (22).

⁶⁹ BGH NJW 2020, 2124 (2128), mit Hinweisen auf frühere Urteile.

⁷⁰ BGH NJW 2020, 2124 (2128), mit Hinweisen auf frühere Urteile.

Pflichtwidrigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen Dienstvorschriften darstellten.⁷¹ Er hat jedoch bekräftigt, dass die Vorhersehbarkeit ausschließen könne, wenn „der Beitrag anderer Personen zum Geschehen in einem gänzlich vernunftwidrigen Verhalten besteht“⁷², dem möglicherweise nicht nur das Fluchtverhalten des Gefangenen, sondern auch das der Polizeibeamten subsumiert werden kann.⁷³

Anders wäre der Fall im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit möglicherweise zu bewerten, wenn der Vollzugsleiter gewusst hätte, dass der Gefangene häufig ohne Führerschein Auto fährt und bei einer solchen „normalen“ Fahrt bereits einmal ein Opfer durch die fehlende Fahrkunst des Gefangenen zu Tode gekommen ist.

V. Die objektive Zurechnung bei Sorgfaltspflichtwidrigkeiten im Vollzug

Nicht alle kausal auf die Pflichtwidrigkeit zurückzuführenden und vorhersehbaren Erfolge lösen eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aus. Vielmehr müssen die Erfolge auch objektiv zurechenbar sein. Dazu muss sich gerade die durch die mangelnde Sorgfalt des Täters gesetzte Gefahr im eingetretenen Erfolg verwirklicht haben.⁷⁴ Die Zurechnung erfolgt nach rechtlichen Bewertungsmaßstäben, und wird in verschiedenen Konstellationen eingeschränkt. In Bezug auf vollzugsöffnende Entscheidungen sind vor allen Dingen die Grundsätze zur Einschränkung der objektiven Zurechnung relevant, die sich auf erfolgsverursachende Handlungen Dritter beziehen oder die eine Verantwortlichkeit mit Blick auf den fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang⁷⁵ ausschließen.

1. Vorsätzliche Taten Dritter

Gerade bei der Frage nach der Verantwortlichkeit für Straftaten von Gefangenen ist danach zu fragen, ob die Zurechnung dadurch unterbrochen wird, dass die vorsätzliche Tatbegehung der oder des Gefangenen eine vorrangige Verantwortlichkeit begründet, die mögliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten

Dritter (und damit auch der Vollzugsleiter) verdrängt.⁷⁶

Nach den haftungsbeschränkenden Gedanken des so genannten Regressverbots⁷⁷ soll der Kausalverlauf bei vorsätzlichem Dazwischentreten Dritter grundsätzlich unterbrochen werden, sodass eine Strafbarkeit von Vollzugsleitern in diesen Fällen ausgeschlossen wäre. Das radikale Regressverbot ist allerdings abzulehnen, weil es der Äquivalenztheorie widerspricht, nach der alle für den Erfolg kausalen Bedingungen gleichrangig sind.⁷⁸ Dennoch ist es richtig, bei fremden Vorsatztaten die Haftung auf Ausnahmefälle zu beschränken und Bewertungsmaßstäbe zu entwickeln, die auch die jeweiligen Verantwortungsbereiche der Handelnden im Auge behalten.⁷⁹

Auch das in diesem Zusammenhang entwickelte Verantwortungsprinzip, nach dem jeder lediglich für seine eigenen rechtswidrigen Taten verantwortlich ist, überzeugt in Bezug auf Vollzugsentscheidungen nicht.⁸⁰ Warum sollten die Verantwortlichen für eine Entscheidung zur Öffnung des Vollzugs (durch Verlegung in den offenen Vollzug oder durch die Gewährung von Vollzugslockerungen) grundsätzlich nicht haftbar sein, wenn durch ihre pflichtwidrigen Entscheidungen die rechtswidrige Straftat des Dritten überhaupt erst möglich wird?⁸¹

Überzeugender ist in diesem Zusammenhang der für das Verhalten im Straßenverkehr entwickelte Vertrauensgrundsatz, demzufolge grundsätzlich niemand sein eigenes Verhalten daran auszurichten braucht, dass jemand sich regelwidrig oder unvernünftig verhält, sondern nur daran auszurichten hat, nicht selbst fremde Güter zu gefährden.⁸² Teilweise wird vertreten, dass der Vertrauensgrundsatz im Bereich der Lockerungsgewährung generell nicht gelten könne, weil bei Haftstrafen verurteilten Straftätern nicht ausgeschlossen werden könne, dass sie Straftaten begehen, und entsprechend nicht darauf vertraut werden dürfe, dass sie dieses nicht täten.⁸³ Ein solcher genereller Ausschluss verkennt aber wiederum die Besonderheiten der Lockerungsprognose: Eine

⁷¹ Henningsmeier/Kubink, Forum Strafvollzug 2019, 331 (333), mit Hinweis auf LG Limburg.

⁷² BGH NJW 2020, 2124 (2128). Entgegen der Urteilsanmerkung von Peters, NJW 2020, 2128 (2129), wird somit konkret begründet, welche Aspekte des Verlaufs außerhalb der Lebenserfahrung lagen.

⁷³ Der Vertrauensgrundsatz wird im vorliegenden Beitrag nicht im Rahmen der Vorhersehbarkeit, sondern der objektiven Zurechnung diskutiert.

⁷⁴ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 156.

⁷⁵ Der BGH prüfte den Pflichtwidrigkeitszusammenhang lange unter dem Stichwort der Kausalität (BGH JR 1989, 383), betont aber seit BGHSt 11, 1, dass es inhaltlich um eine Zurechnung nach „rechtlichen Bewertungsmaßstäben“ geht, also um Wertungen im Bereich der objektiven Zurechnung, vgl. Schatz, NStZ 2003, 581 (583); Neubacher, JURA 2005, 857 (861).

⁷⁶ Grop/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 50, 66, prüfen das Regressverbot und den Vertrauensgrundsatz schon bei der Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung.

⁷⁷ Vgl. Übersicht bei Grünebaum (Fn 3), S. 47.

⁷⁸ Schon RGSt 61, 318; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 74), Vor § 13 Rn. 101j m.w.N.

⁷⁹ In diesem Sinne sind auch die Anmerkungen von Roxin, StV 2004, 485 (487), zu verstehen.

⁸⁰ So auch Grünebaum (Fn. 3), S. 48 f.

⁸¹ Dieser Fall ist vergleichbar mit dem von Roxin gebildeten Beispielfall, in dem das spätere Opfer einen Mörder in sein Haus hineinlässt, in dem Vertrauen darauf, ihm werde nichts geschehen (Roxin, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 177 [197]).

⁸² Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 74), § 15 Rn. 171.

⁸³ Schaffstein, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 795 (800); Grünebaum (Fn 3), S. 50; Roxin, StV 2004, 485 (487).

pflichtgemäß durchgeführte Prognose versucht doch gerade die Frage zu beantworten, ob und inwieweit dem Gefangenen vertraut werden kann.⁸⁴ Der Vertrauensgrundsatz ist also grundsätzlich auch bei Lockerungsprognosen anwendbar und ermöglicht die Unterteilung in Verantwortungssphären: Die über Lockerungen entscheidenden Personen müssen ihre Pflichten erfüllen und vertretbare Entscheidungen treffen. Wenn sie das tun, dürfen sie darauf vertrauen, dass die betreffenden Gefangenen sich nicht regelwidrig verhalten bzw. keine neuen Straftaten begehen, und sind für die Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstaten dieser Gefangenen nicht strafrechtlich verantwortlich.

Nach der eingangs angeführten Definition schließt der Vertrauensgrundsatz die strafrechtliche Verantwortung von Vollzugsleitern im Fall der Begehung von Straftaten Gefangener nach vollzugsöffnenden Entscheidungen allerdings nicht aus: Bei einer Verletzung der oben beschriebenen Sorgfaltspflichten gefährden Vollzugsleiter fremde Güter. Für diese Gefährdungen sind sie verantwortlich.⁸⁵ Ein genereller Ausschluss der Zurechnung auch für den Fall, dass die Sorgfaltspflichten verletzt werden, würde dafür sorgen, dass der Schutzzweck der für die Sorgfaltspflichtverletzungen herangezogenen Normen untergraben würde.⁸⁶

2. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Relevant ist im Zusammenhang mit Prognoseentscheidungen im Vollzug hingegen die Konstellation der Einschränkung der objektiven Zurechnung in den Fällen des fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs. Dieser ist ausgeschlossen, wenn das pflichtgemäße Verhalten (das so genannte rechtmäßige Alternativverhalten) ebenso zum Verletzungserfolg geführt hätte.⁸⁷ Begründet wird die Unterbrechung der Zurechnung damit, dass in diesen Fällen dem Sorgfaltsmangel bei wertender Betrachtung keine Bedeutung zukommen dürfte.⁸⁸ Letztlich geht es hier also um die normative Wertung, wie bedeutend der Sorgfaltsmangel für den Erfolg tatsächlich war.

Lehre und Rechtsprechung sind sich nicht einig, wie zu entscheiden ist, wenn das pflichtgemäße Verhalten ebenso zum Verletzungserfolg geführt hätte.⁸⁹ Nach der Vermeidbarkeitstheorie des BGH und der h.M. im Schrifttum muss die Gewissheit oder zumindest die an Sicherheit grenzende

Wahrscheinlichkeit vorliegen, dass bei pflichtgemäßem Alternativverhalten der Erfolg ausgeblieben wäre.⁹⁰ Nach der von Roxin begründeten⁹¹ und von Teilen der Literatur vertretenen Risikoerhöhungslehre reicht es für die Zurechnung aus, wenn sich das Risiko des Erfolgsintritts durch die Sorgfaltspflichtverletzung im Vergleich zum Risiko beim rechtmäßigen Verhalten deutlich erhöht hat und nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, dass der Erfolg ebenso bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.⁹² In den typischen Vollzugskonstellationen können die beiden Ansätze durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen führen: Besteht die Sorgfaltspflichtverletzung in einer Verfahrensverletzung wie z.B. der fehlenden Beteiligung der Vollzugskonferenz, kann in vielen Fällen nicht mit Gewissheit oder mindestens an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, ob die korrekte Beteiligung dazu geführt hätte, dass das Rückfallrisiko besser erkannt und deshalb die Lockerung versagt worden wäre. Das Risiko der Fehleinschätzung und damit der Lockerung, die für den Erfolg kausal war, hat sich aber durch die Nichtbeteiligung erhöht, weil möglicherweise Aspekte ans Licht gekommen wären, die eine Lockerung verhindert hätten.

Gegen die Risikoerhöhungslehre wird eingewendet, dass sie den Zweifelssatz einschränke, indem sie den Erfolg bereits zurechne, ohne dass feststehe, dass die Sorgfaltspflichtverletzung tatsächlich zu einer Risikoerhöhung geführt habe. Die Vertreter der Risikoerhöhungslehre wenden dagegen ein, dass es an dieser Stelle nicht um verfahrensrechtliche Grundsätze wie den Zweifelsatz, sondern um die normative Frage gehen müsse, ob „schon die bloße Möglichkeit der Erfolgsverursachung durch erlaubtes Alternativverhalten als Haftungsausschluss anzuerkennen ist, obwohl dem schutzbedürftigen Opfer konkrete Rettungschancen entzogen wurden“.⁹³ Gerade in Zusammenhang mit Sorgfaltspflichtverletzungen des Vollzugs zeigt sich aber, dass die Vermeidbarkeitstheorie die überzeugendere normative Wertung ermöglicht: Es erscheint nicht angemessen, den Vollzugsleiter wegen eines Verfahrensverstößes für eine fahrlässige Tötung haftbar zu machen, wenn auch die Einhaltung der Verfahrensregeln den Erfolg möglicherweise nicht verhindert hätte. Eine Strafbarkeit scheidet allerdings weder am Kriterium der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung noch bei der Vorhersehbarkeit des Erfolges, sodass es des eingrenzenden Kriteriums auf der Ebene der objektiven Zurechnung bedarf. Nur so wird letztlich sichergestellt, dass der Erfolg tatsächlich „durch Fahrlässigkeit“ verursacht wurde, so wie das Gesetz es in § 222 StGB vorsieht.⁹⁴

⁸⁴ Stefanopoulou, R&P 2020, 19 (23).

⁸⁵ In diesem Sinn auch Neubacher, JURA 2005, 857 (862). Diese Wertung steht der obigen Ablehnung einer generellen Garantenpflicht der Vollzugsleiter nicht entgegen, da es bei dieser um eine sich aus § 2 LJVollzG RP ergebende generelle und abstrakte Garantenpflicht gehen würde, während es hier um die konkrete Pflicht geht, Sorgfaltsanforderungen ordnungsgemäß zu erfüllen, um so den Schutz der Bevölkerung so gut wie möglich zu gewährleisten.

⁸⁶ So auch Henningsmeier/Kubink, Forum Strafvollzug 2019, 331 (333).

⁸⁷ Fischer (Fn. 8), § 15 Rn. 29.

⁸⁸ Schatz, NSTz 2003, 581 (583).

⁸⁹ Zusammenfassung des Meinungsstreits und der Argumente bei Magnus, JuS 2015, 402 (404 f.).

⁹⁰ BGHSt 11, 1; Gropp/Sinn (Fn. 76), § 12 Rn. 88; Duttge, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 181.

⁹¹ Roxin, ZStW 74 (1962), 411.

⁹² Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 44; umfassend Roxin/Greco (Fn. 41), § 11 Rn. 88 ff.

⁹³ Kühl (Fn. 92), § 15 Rn. 44.

⁹⁴ Gropp/Sinn (Fn. 76), § 12 Rn. 88.

In Fällen, in denen die Sorgfaltspflichtverletzung darin besteht, dass aufgrund eines Beurteilungsfehlers eine schlichtweg nicht vertretbare Lockerungsentscheidung getroffen wurde, kommt es auf den Meinungsstreit nicht an. Hier kommen beide Theorien zu dem Ergebnis, dass ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang vorliegt.

Auch nach der Vermeidbarkeitstheorie muss jedoch ermittelt werden, ob das pflichtgemäße Alternativverhalten den Erfolg verhindert hätte. Eine korrekte Vergleichshypothese zu bilden, in der das pflichtgemäße Alternativverhalten an die Stelle des sorgfaltswidrigen Handelns gesetzt wird, kann gerade auch in Bezug auf typische Vollzugssituationen schwierig sein.⁹⁵ Die Frage ist, welche hypothetischen Kausalverläufe berücksichtigt werden dürfen. Diese Frage hat der BGH in seinem Urteil über Lockerungen bei Unterbringungen in psychiatrischen Kliniken konkretisiert:⁹⁶ Das dieser Entscheidung zugrundeliegende Urteil des Landgerichts Potsdam hatte den Pflichtwidrigkeitszusammenhang abgelehnt, weil ein Untergebrachter zwar während eines (aufgrund einer im Ergebnis grob unververtretbaren Entscheidung) sorgfaltspflichtwidrig gewährten Urlaubs erhebliche Straftaten begangen hatte, er aber wegen der maroden Sicherungseinrichtungen der Klinik diese sowieso ohne besondere Schwierigkeiten durch einen Ausbruch hätte verlassen können.⁹⁷ Der BGH hob dieses Urteil auf⁹⁸ und führte aus, dass nicht jeder hypothetische Kausalverlauf hinzugedacht werden kann, um den Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu unterbrechen. Durch sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten ersetzt werden darf danach nur der dem Täter vorgeworfene Tatumstand. Darüber hinaus „darf von der konkreten Tatsituation nichts weggelassen, ihr nichts hinzugedacht und an ihr nichts verändert werden“.⁹⁹ Für den Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei sorgfaltspflichtwidrigen Vollzugslockerungen bedeutet diese Rechtsprechung, dass nicht einfach Alternativverläufe hinzugedacht werden können, mit denen die Gefangenen auch ohne die Lockerungen aus der Anstalt entkommen wären. Dies gilt zumindest dann, wenn der alternative Kausalverlauf nur möglich, nicht aber sicher ist. In dem vom Landgericht Potsdam entschiedenen Fall wurde der gewaltsame Ausbruch des Untergebrachten nur vermutet.¹⁰⁰ Bei der Bildung eines hypothetischen Verlaufs bei pflichtgemäßem Verhalten (im zugrundeliegenden Fall der Untersagung des Ausgangs) dürfen nur solche alternative Verläufe hinzugedacht werden, die der konkreten Tatsituation zuzurechnen sind.¹⁰¹ Im vorliegenden Fall hätte das hinzugedachte Geschehen (der Ausbruch) eine völlig andere autonome Willensbildung des Untergebrachten erfordert, deren Hinzudenken im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs nicht

erlaubt ist.¹⁰² Hinzugedacht werden darf mit anderen Worten nur ein (hypothetisches) pflichtgemäßes „Täterverhalten unter sonst gleichen Tatumständen“.¹⁰³ Die Frage ist damit, ob der Täter selbst bei rechtmäßigem Alternativverhalten den gleichen Erfolg verursacht hätte, wenn der restliche Tatablauf gleich geblieben wäre.¹⁰⁴ Unerheblich ist, ob Dritte (in diesem Fall der Untergebrachte) bei rechtmäßigem Alternativverhalten den Erfolg anderweitig verursacht hätten.

Im zugrundeliegenden Fall stellte der BGH zutreffend fest, dass mit der in Frage stehenden Ausgangsgewährung ein konkretes (weiteres) Risiko geschaffen wurde, das zu der Tatgeneigtheit des Untergebrachten noch hinzukam.¹⁰⁵ Das rechtmäßige Alternativverhalten, die Ausgangsversagung, hätte deshalb den konkreten Erfolg verhindert, sodass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang bejaht wurde.

Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass diese Wertungen für Straftaten Gefangener anlässlich von Vollzugslockerungen nicht ebenso gelten würden. In Fällen, in denen die Sorgfaltswidrigkeit in einer nicht vertretbaren Lockerungsentscheidung besteht, wird es deshalb wohl schwerlich zu einem Ausschluss des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs kommen.

Wahrscheinlicher ist ein solcher Ausschluss hingegen bei Sorgfaltspflichtwidrigkeiten, die auf einer fehlenden Kontrolle von Weisungen beruhen. Hier ist im Rahmen der Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zu fragen, ob die pflichtgemäße Kontrolle der Weisungen den Erfolg verhindert hätte. Wenn etwa einem suchtgefährdeten Gefangenen für seine (sorgfaltsgemäß erteilten) Lockerungen die Weisung erteilt wird, keinen Alkohol zu konsumieren, dann aber keine diesbezüglichen Kontrollen stattfinden und der Gefangene während der Lockerungen im Rausch einen anderen Menschen körperlich misshandelt, dann wäre sowohl nach der Vermeidbarkeitstheorie als auch nach der Risikoerhöhungstheorie der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben. Wenn aber in diesem Fall die Körperverletzung auch ohne Alkoholeinfluss stattgefunden hätte, hätte eine pflichtgemäße Alkoholkontrolle keine erfolgsrelevanten Auswirkungen gehabt, sodass der Zusammenhang mit der Sorgfaltspflichtverletzung fehlt – und damit der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ausgeschlossen ist.

VI. Fazit

Die obenstehenden Ausführungen haben gezeigt, an welchen Stellen der Fahrlässigkeitsprüfung die Weichen für die Strafbarkeit von Prognoseentscheidungen im Strafvollzug gestellt werden. Ganz maßgeblich geht es um die Wertung, ob eine Sorgfaltspflichtverletzung angenommen werden kann, ob der Erfolg vorhersehbar war und ob der Pflichtwidrigkeitszusammenhang unterbrochen wird.

⁹⁵ *Schatz*, NStZ 2003, 581 (583).

⁹⁶ BGHSt 49, 1 (für weitere Fundstellen siehe Fn. 4).

⁹⁷ LG Potsdam, Urteil v. 18.10.2002 – 23 KLs 1/02.

⁹⁸ BGH NStZ 2004, 151; zustimmend *Stefanopoulou*, R&P 2020, 19 (20 f.).

⁹⁹ BGH NStZ 2004, 151.

¹⁰⁰ *Stefanopoulou*, R&P 2020, 19 (20, dort Fn. 9).

¹⁰¹ BGH JZ 2004, 975 (977).

¹⁰² BGH JZ 2004, 975 (977); kritisch *Schatz*, NStZ 2003, 581 (584 f.); *Magnus*, JuS 2015, 402 f.

¹⁰³ *Magnus*, JuS 2015, 402 (403).

¹⁰⁴ So auch *Roxin*, StV 2004, 485 (486), in seiner Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.11.2003 – 5 StR 327/03.

¹⁰⁵ *Schatz*, NStZ 2003, 581 (586).

Herausfordernd wird die Bewertung insbesondere durch das Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe und die Eröffnung von Ermessensspielräumen, denn diese erschweren klare Maßstäbe für die Definition des erlaubten Verhaltens. Andererseits sind sie alternativlos, da nur durch die Beurteilungsspielräume des Vollzugs der Vielfalt der unterschiedlichen Konstellationen im Zusammenhang mit diesen Entscheidungen Rechnung getragen werden kann und sichergestellt wird, dass diejenigen, die diese Konstellationen und das besondere System des Vollzugs am besten kennen, die Entscheidungen treffen. Durch das Zugeständnis von Beurteilungsspielräumen wird der Vollzugsleitung also ein Vertrauensvorschuss gewährt, der auch berücksichtigt, dass sie eine besondere gesellschaftliche Verantwortung übernimmt. Dieser Vertrauensvorschuss darf im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung nicht konterkariert werden, indem im Fall von Straftaten während Lockerungen retrospektiv die im Ergebnis richtige Prognoseentscheidung als Maßstab für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit angelegt wird. Der BGH hat in seinem jüngsten Urteil diese Restriktionen bei der Fahrlässigkeitsprüfung verdeutlicht. Strafbarkeitsrisiken für die Vollzugsleiter bleiben aber weiterhin bestehen. Konkretisiert worden sind in erster Linie die Sorgfaltspflichten hinsichtlich der (formellen) Frage, welche Unterlagen im Entscheidungsverfahren beizuziehen sind. Unsicher bleibt hingegen, ab wann eine Lockerungsentscheidung als „unvertretbar“ angesehen werden muss oder wie Lockerungen generell zu überprüfen sind, damit keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit droht.

Kaspar hat vorgeschlagen, die Sorgfaltspflichten für Vollzugsleiter durch Verwaltungsvorschriften und Schulungen über die Einhaltung derselben zu konkretisieren.¹⁰⁶ Fraglich ist, ob hierdurch im Hinblick auf Strafbarkeitsrisiken wirklich etwas erreicht werden kann. Denn auch die Ausformulierung von Standards oder Verwaltungsvorschriften vermag die eigentliche Problematik nicht zu beheben, dass menschliches Verhalten auch mit den besten Mitteln nicht vorhersehbar ist und dass wir auch im 21. Jahrhundert – zum Glück – noch weit davon entfernt scheinen, sichere Vorhersagen über menschliches Verhalten in der Zukunft treffen zu können. Besser als die Illusion zu nähren, dass durch die richtige Anwendung von Vorschriften die Gefahren gänzlich ausgeschlossen werden könnten, scheint die Auseinandersetzung mit der Frage zu sein, wer die Risiken für während der Lockerungen begangene Straftaten zu tragen hat. Bei der Beantwortung dieser Frage darf nicht außer Acht gelassen werden, dass trotz spektakulärer Einzelfälle die Missbrauchsquoten anlässlich von Lockerungen sehr gering sind.¹⁰⁷ Diese empirische Erkenntnis rechtfertigt es, der Vollzugsleitung Beurteilungsspielräume zuzugestehen und eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nur unter ganz besonderen Umständen zuzulassen. Eine solche Sichtweise hat der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Strafbarkeit von Vollzugsleitern erfreulicherweise gefördert. Im Fall der Strafbarkeit des Arztes bei untergebrachten Patienten hat er die Berücksichtigung

von „ganz erheblichen Anforderungen bis an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit“ angemahnt.¹⁰⁸ Auch im Fall der Strafbarkeitsüberprüfung von Vollzugsleitern darf nicht vergessen werden, dass diese durch das Spannungsverhältnis zwischen Sicherungs- und Resozialisierungsauftrag stark gefordert sind. Dieser Umstand sollte auch weiterhin durch eine restriktive Bewertung von Beurteilungsfehlern bei Öffnungs- und Lockerungsprognosen berücksichtigt werden. Zu Recht hat *Schöch* darauf hingewiesen, dass Urteile wie dasjenige des Landgerichts Limburg geeignet seien, das Entscheidungsverhalten der Verantwortlichen bei der Gewährung von vollzugsöffnenden Maßnahmen restriktiv zu beeinflussen.¹⁰⁹ Wie gezeigt, kann eine gründliche Beachtung der Fahrlässigkeitsdogmatik in Verbindung mit einer Berücksichtigung der interdisziplinären Prognoseforschung das Risiko solcher Verunsicherungen absenken.

¹⁰⁶ *Kaspar*, JZ 2020, 959 (964).

¹⁰⁷ *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 560 ff.; *Dünkel/Pruin/Beresnatzki/Treig*, NK 2018, 36.

¹⁰⁸ BGH StV 2004, 484 (485).

¹⁰⁹ *Schöch*, JR 2020, 518 (525).

Grenzen des Rechtsschutzes bei der akzessorischen Rechtshilfe in der Schweiz

Theorie vs. Realität

Von RA Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL.M. (London), St. Gallen,
RAin PD Dr. iur. Madeleine Camprubi, Zürich*

Zur Förderung der Rechtshilfe sieht die Schweiz seit Ende der 1990er Jahre vor, dass Verfügungen, mit welchen Zwangsmaßnahmen der Rechtshilfe angeordnet werden, grundsätzlich erst am Schluss des Verfahrens, kurz bevor die Beweismittel oder Vermögenswerte an das Ausland übermittelt bzw. transferiert werden, gerichtlich überprüft werden können. Unter Vorbehalt offensichtlicher Mängel werden die Rechtshilfesuche ansonsten zunächst ausgeführt, was dem Vertrauensprinzip entspricht und in der Theorie den Grundrechten der Betroffenen genügen sollte, weil der ersuchende Staat die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der beantragten Zwangsmaßnahmen gewähren sollte. Die Autoren zeigen auf, dass dieses an sich vertretbare Konzept infolge verschiedener praktischer Ausführungsgegebenheiten in der Realität jedoch nicht ohne Weiteres aufgeht. Das Risiko, dass Rechtshilfesuchen in der Schweiz trotz gravierender Fehler zunächst entsprochen wird und Zwangsmaßnahmen jahrelang aufrechterhalten bleiben, ist als hoch einzustufen, sodass sich die geltende restriktive Rechtsschutzpraxis zu Beginn des Verfahrens nicht rechtfertigt.

I. Tragweite der akzessorischen Rechtshilfe für die Betroffenen

Die akzessorische oder „andere“ Rechtshilfe gemäß dem dritten Teil des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe (schwIRSG)¹ umfasst Auskünfte, Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen zur Unterstützung der Rechtspflege des ersuchenden Staates in der Schweiz und zur Verwendung in einem bestimmten strafrechtlichen Verfahren im Ausland. Dazu gehören namentlich die Beweiserhebung, insbesondere die Beschlagnahme, die Einvernahme von Personen, die Übermittlung von Schriftstücken, Gegenständen oder der Transfer von Vermögenswerten zur Einziehung oder zur Rückerstattung an den Berechtigten.² Anwendbar ist nach Schweizer Lehre und Praxis im Vordergrund das Verwaltungsrecht, da die internationale Rechtshilfe gemäß ihrer gesetzlichen Gestaltung in der Schweizer Rechtsordnung eine administrative Aufgabe darstellt. Dabei wird eingeräumt, dass sie eine enge Konnexität zum Strafrecht hat, weshalb vielfach vom „hybriden Charakter“ des Rechtshilferechts die

* Der Verf. ist Managing Partner, Rechtsanwalt und Notar bei der Teichmann International (Schweiz) AG und Lehrbeauftragter an der Universität Kassel, der Internationalen Anti-Korruptions-Akademie in Wien und der Hochschule für Wirtschaft Zürich. Die Verf. ist Rechtsanwältin bei der Teichmann International (Schweiz) AG und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

¹ Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (schwIRSG; Systematische Rechtssammlung Nr. 351.1).

² Art. 63 Abs. 2 und Abs. 3 schwIRSG; Definition des Bundesamtes für Justiz, Die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 9. Aufl. 2009, S. 5.

Rede ist.³ Fehlt es dem Staatsvertragsrecht und dem schwIRSG an einer einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorschrift, ist daher gemäß dem Verweis im schwIRSG grundsätzlich das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (schwVwVG)⁴ anwendbar; die Ausführung der Rechtshilfehandlungen richtet sich allerdings für die kantonalen Behörden nach der schweizerischen Strafprozessordnung (schwStPO) bzw. für die Bundesbehörden nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)⁵.

Die akzessorische Rechtshilfe zieht schwerwiegende Einschränkungen der Rechte der Betroffenen nach sich. Insbesondere tangieren die Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögenswerten sowie deren Überweisung an das Ausland die Eigentumsgarantie nach Art. 26 Bundesverfassung (BV).⁶ Gemäß der Praxis des EGMR greift eine solche Maßnahme zudem in die sog. zivilrechtlichen Ansprüche der Betroffenen im Sinne von Art. 6 EMRK⁷ ein. Die Beschlagnahme von Dokumenten, insbesondere von Bankunterlagen, und deren Weiterleitung an die ausländischen Behörden entspricht einem Eingriff in die Privatsphäre gem. Art. 13 BV und Art. 8 EMRK.⁸ Die sog. Schrankentrias gem. Art. 36 BV (Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses, Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips)⁹ muss

³ Botschaft zur Totalrevision der Rechtspflege v. 28.2.2001, Bundesblatt 2001, S. 4420. Die Rechtshilfe wird deshalb vorwiegend durch Strafverfolgungsbehörden ausgeführt, Bundesamt für Justiz (Fn. 2), S. 5. Zum hybriden Charakter dieses Verfahrens siehe namentlich Forster, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 1.

⁴ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (schwVwVG; Systematische Rechtssammlung Nr. 172.021); Art. 12 schwIRSG verweist auf das schwVwVG und auf das kantonale Recht. Letzteres spielt in der Praxis jedoch keine Rolle mehr, näheres dazu Dangubic/Keshelava, in: Niggli/Heimgartner (Hrsg.), Internationales Strafrecht, Basler Kommentar, 2015, IRSG Art. 12 Rn. 5.

⁵ Schweizerische Strafprozessordnung (schwStPO; Systematische Rechtssammlung Nr. 312.0), Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (schwVStrR; Systematische Rechtssammlung Nr. 313.0); Art. 80a schwIRSG; siehe auch Art. 54 schwStPO; BGE 138 IV. 40 E. 4.; Dangubic/Keshelava (Fn. 4), IRSG Art. 12 Rn. 3.

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 18.4.1999 (Systematische Rechtssammlung Nr. 101; BV).

⁷ Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl. 2019, S. 237 bei Fn. 2454 mit Hinweisen.

⁸ Zimmermann (Fn. 7), S. 237.

⁹ Dazu statt Vieler Schweizer, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesver-

eingehalten werden bzw. die Maßnahme muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen und durch die in Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgelisteten öffentlichen Interessen gerechtfertigt sein. Prozessual sind zudem der Anspruch auf eine Beurteilung durch ein Gericht (Art. 6 EMRK, Art. 29 BV) bzw. auf eine wirksame Beschwerde gem. Art. 13 EMRK zu beachten, wobei Letzterer keine Beurteilung durch eine Gerichtsinstanz im Sinne von Art. 6 EMRK garantiert.¹⁰ Ein Anspruch auf einen doppelten Instanzenzug besteht nicht.

Es stellt sich die Frage, wie das Verfahren der internationalen Rechtshilfe und der Rechtsschutz in der Schweiz das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an der Beförderung und Beschleunigung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen und den tangierten Grundrechten und prozessualen Garantien der Betroffenen regeln und ob und inwiefern sie heutigen Maßstäben auch genügen.

II. Entwicklung der Gewichtung der konträren privaten und öffentlichen Interessen

Die Gewichtung der öffentlichen Interessen an der internationalen Kooperation bei der Strafverfolgung, die gem. Art. 36 BV bzw. Art. 6 und 8 EMRK die Einschränkung der Privatinteressen rechtfertigen sollen, hat sich im Laufe der letzten fünfzig Jahre in der Schweiz signifikant geändert.

Der Bund, dem die primäre Zuständigkeit im Völkerrecht zusteht,¹¹ hat erst in den 1970er Jahren den Erlass eines Gesetzes zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen in Angriff genommen. Bis zum Erlass des schwIRSG¹², das gemeinsam mit seiner Ausführungsverordnung, der IRSV¹³, im Jahr 1983 in Kraft getreten ist, war diese Materie grundsätzlich nur in Staatsverträgen, die vor allem das Auslieferungsrecht betrafen, und in vereinzelt besonderen kantonalen Gesetzen materiell geregelt. Die Kantone waren für die Be-

handlung der ausländischen Rechtshilfesuche zuständig¹⁴ und haben dabei in der Regel ihre straf- oder verwaltungsprozessualen Regeln analog herangezogen.¹⁵ Bei der Ermittlung und Auslegung der anwendbaren Verfahrensregeln spielte das im Bundesrecht verankerte Bankgeheimnis eine wichtige Rolle. So weist das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 1978 darauf hin, dass das Bankgeheimnis für die Entwicklung der schweizerischen Wirtschaft eine bedeutende Rolle gespielt habe.¹⁶ In den 1970er Jahren stand dabei schon fest, dass staatsvertragliche Verpflichtungen der Schweiz kollidierendem kantonalem Recht¹⁷ und auch dem im Bundesrecht verankerten Bankgeheimnis¹⁸ vorgehen. Ausdrückliche Rechtsgrundlagen wurden durch die Ratifizierung des Europäischen Rechtshilfeabkommens (EuRhÜbk)¹⁹ geschaffen. Dieses ist 1967 für die Schweiz, relativ kurz nach dem Zustandekommen des Abkommens im Jahr 1959, in Kraft getreten, wobei in den 1960er und -70er Jahren nur ein Bruchteil der heute über 50 zählenden Vertragsstaaten das Übereinkommen ratifiziert hatte.²⁰ Dem schwIRSG ging 1977 eine erste Kodifizierung in Form des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (BG-RVUS)²¹ voraus, das die in Ermangelung bundesweit geltender Regeln erforderlichen Ausführungsvorschriften zum Rechtshilfevertrag zwischen der Schweiz und den USA²² enthielt.

¹⁴ BGE 106 Ib 341 E. 2. Siehe zum Prinzip der Einzelermächtigung des Bundes (Art. 3 BV) namentlich *Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 5 ff.

¹⁵ Analoge Anwendung des kantonalen Strafprozessrechts zulässig: BGE 105 Ib 211 E. 4.

¹⁶ BGE 104 Ia 49 E. 4a.

¹⁷ Siehe namentlich BGE 99 Ia 78 E. 5a (betreffend Vorrang des EuRhÜbk vor dem Tessiner Strafprozessrecht); 96 I 752 E. 1 (betreffend Vorrang des Madrider Abkommens über die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken und der Pariser Verbandsübereinkunft vor dem Schweizer Markenschutzgesetz).

¹⁸ BGE 104 Ia 49 E. 4a (Das Bundesgericht begründete dies damit, dass das Bankgeheimnis nicht Verfassungsrang habe).

¹⁹ Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, abgeschlossen in Straßburg am 20.4.1959 (Sammlung Europäischer Verträge Nr. 30). Das EuRhÜbk ist am 20.3.1967 für die Schweiz in Kraft getreten (Systematische Rechtssammlung Nr. 0.351.1) und wird in der Schweiz amtlich mit EUeR abgekürzt.

²⁰ Das waren Dänemark, Italien, Griechenland, Norwegen 1962); die Schweiz, Israel (1967); Schweden (1968); die Niederlande, die Türkei (1969); Liechtenstein (1979); Belgien (1975); Deutschland, Luxemburg (1977); siehe EuRhÜbk unter „Geltungsbereich“.

²¹ Bundesgesetz v. 3.10.1975 zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, am 23.1.1977 in Kraft getreten (Systematische Rechtssammlung Nr. 351.93).

²² Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegen-

fassung, St. Galler Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2014, Art. 36 Rn. 14 ff.

¹⁰ Dieses Recht betrifft dafür nicht nur die strafrechtlichen Anklagen und zivilrechtlichen Ansprüche gem. Art. 6 EMRK (*Meyer-Ladewig/Renger*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer [Hrsg.], Nomos Kommentar, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 13 Rn. 5).

¹¹ Siehe Art. 8, 9 und 102 Ziff. 8 BV-1871 (Art. 8: „Dem Bund allein steht das Recht zu, Krieg zu erklären und Frieden zu schliessen, Bündnisse und Staatsverträge, namentlich Zoll- und Handelsverträge mit dem Auslande, einzugehen.“ Art. 9: „Ausnahmsweise bleibt den Kantonen die Befugnis, Verträge über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei mit dem Auslande abzuschliessen; jedoch dürfen dieselben nichts dem Bunde oder den Rechten anderer Kantone zuwiderlaufendes enthalten.“ Art. 102 Ziff. 8: „Er wahrt die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen, und besorgt die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt.“)

¹² Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen v. 20.3.1981 (Systematische Rechtssammlung Nr. 351.1).

¹³ Verordnung über internationale Rechtshilfe in Strafsachen v. 24.2.1982 (Systematische Rechtssammlung Nr. 351.11).

Der Erlass des schwIRSG hat damit zunächst eine klaffende Lücke geschlossen, die sowohl für die Ausführung der internationalen Rechtshilfe als auch mit Blick auf das Legalitätsprinzip und die Grundrechte der Betroffenen problematisch war. In den 1980er Jahren wuchs das Interesse des Bundes an der Rechtshilfe und der rechtspolitische Fokus verschob sich vom Schutz der Souveränität der Schweiz auf deren vermehrte Mitwirkung bei der internationalen Bekämpfung der organisierten Kriminalität und des Terrorismus. Das mündete namentlich in der Ratifizierung des Übereinkommens über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten aus dem Jahr 1990 (GeldwÜ), des Strafrechtsübereinkommens über Korruption aus dem Jahr 1999, welche für die Schweiz 1993 bzw. 2006 in Kraft traten,²³ und innerstaatlich im Erlass des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (schwGwG)²⁴, das 1998 rechtskräftig wurde.

Darüber hinaus wurde das schwIRSG, 15 Jahre nach seiner Annahme, zum Zweck der Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtshilfeverfahrens einer eingehenden Teilrevision unterzogen.²⁵ Es ging darum, die Reputation der Schweiz zu verbessern, die nach Meinung unter anderem des Bundesrats wegen des extensiv ausgebauten und föderalistisch geprägten Rechtsmittelsystems international gelitten habe.²⁶ Zu diesem Zweck wurde im Wesentlichen der Rechtsschutz zulasten der Betroffenen gestrafft und eingeschränkt. Da der Rechtsschutz nur im schwIRSG geregelt ist, kann das Auslegungsprinzip der Günstigkeit, wonach bei einer Kollision zwischen einem Abkommen und dem nationalen Recht die für die Rechtshilfe günstigere Vorschrift vorgehen soll,²⁷ nicht greifen.²⁸ Zu beachten sind aber nach

seitige Rechtshilfe in Strafsachen, abgeschlossen am 25.5.1973, in Kraft getreten am 23.1.1977 (Systematische Rechtssammlung Nr. 0.351.933.6).

²³ Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten v. 8.11.1990 (Sammlung Europäischer Verträge Nr. 141; Systematische Rechtssammlung Nr. 0.311.53; in der Schweiz amtlich mit GwÜe abgekürzt); Strafrechtsübereinkommen über Korruption v. 27.1.1999 (Sammlung Europäischer Verträge Nr. 173; Systematische Rechtssammlung Nr. 0.311.55).

²⁴ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung v. 10.10.1997 (Systematische Rechtssammlung Nr. 955.0).

²⁵ Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Änderung v. 4.10.1996 (Amtliche Sammlung 1997, S. 114, Bundesblatt 1995, III, S. 1), in Kraft seit 1.2.1997.

²⁶ Siehe Botschaft des Bundesrats betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, Bundesblatt 1995, III, S. 1, 5.

²⁷ BGE 135 IV 212 E. 2.3; 125 II 569 E. 10a. Die Grundrechte müssen allerdings bei der Auslegung mitberücksichtigt werden (BGE 123 II 595 E. 7c).

wie vor die Verfahrensgarantien, insbesondere Art. 6 und 13 EMRK. Die Einschränkung des Rechtsschutzes fußt im Grundgedanken, den das Bundesgericht in einem älteren Entscheid als „gegenseitiges Vertrauen in die Rechtspflege von Staaten des gleichen Kulturkreises“ bezeichnet hatte.²⁹ Dementsprechend sollen heute die Schweizer Behörden ausländische Ersuchen weder in Bezug auf die Zuständigkeit der ersuchenden ausländischen Behörde noch auf die Wahrheit der Sachverhaltsdarstellung noch auf den Nutzen und das Ausmaß der ersuchten Maßnahmen oder auf die Einhaltung des Spezialitätsvorbehalts in Zweifel ziehen.³⁰ Diese rechtshilfefreundliche Linie wurde weiter anlässlich der Totalrevision der Bundesrechtspflege am Anfang des 21. Jahrhunderts befolgt, bei welcher unter anderem die noch bestehenden parallelen Rechtsmittelzuständigkeiten des Bundes und der Kantone bei der akzessorischen Rechtshilfe beseitigt wurden.³¹

III. Extensive Einschränkung des Rechtsschutzes bei der Revision des schwIRSG im Jahre 1996

1. Leitlinien der Einschränkungen

Rechtsmittel können nur gegen Verfügungen, mit denen das Rechtshilfeverfahren abgeschlossen wird, allenfalls zusammen mit den vorangehenden Zwischenverfügungen, erhoben werden. Im Interesse der Rechtsvereinheitlichung ist ein Bundesorgan als erste Instanz vorgesehen. Trotz der gesetzgeberischen prinzipiellen Zuordnung der Rechtshilfe zu den Verwaltungsaufgaben ist das schweizerische Bundesstrafgericht³² für den erstinstanzlichen Rechtsschutz zuständig. Nach dem Eintretensentscheid der zuständigen Rechtshilfebehörde, der im Prinzip nicht anfechtbar ist, sollte das Rechtshilfeverfahren grundsätzlich ohne Unterbrechung bis zum Schluss geführt werden.³³ Die Zwischenverfügungen, mit denen die Zwangsmaßnahmen angeordnet werden, sind sofort vollstreckbar.³⁴ Ähnlich wie im Verfahren vor der letzten Instanz,

²⁸ Vgl. Bundesamt für Justiz (Fn. 2), S. 30: „Sind die Rechtshilfemassnahmen jedoch nicht im EUeR, sondern nur im s-IRSG vorgesehen (wie die Herausgabe von Vermögenswerten nach Art. 74a s-IRSG), muss die Rechtshilfe gemäss diesem Gesetz gewährt werden.“ (EUeR ist die schweizerische Abkürzung für das EuRhÜbk).

²⁹ BGE 104 Ia 49 E. 4b.

³⁰ Bundesamt für Justiz (Fn. 2), S. 29, 33; siehe z.B. BGE 132 II 81 E. 2.1 („Der Rechtshilferichter hat weder Tat- noch Schuldfragen zu prüfen und grundsätzlich auch keine Beweiswürdigung vorzunehmen, sondern ist vielmehr an die Sachverhaltsdarstellung im Ersuchen gebunden, soweit sie nicht durch offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet wird.“); vgl. *Glutz*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 67a Rn. 52.

³¹ Botschaft Rechtspflege 2001, Bundesblatt 2001, S. 4421 f.

³² Art. 80e schwIRSG.

³³ Bundesblatt 1995, III, S. 12.

³⁴ Art. 80l Abs. 2 schwIRSG.

dem schweizerischen Bundesgericht,³⁵ sind bereits bei der ersten Rechtsmittelinstanz Zwischenverfügungen nur selbstständig anfechtbar, wenn sie einen unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken;³⁶ das Rechtsmittel hat dabei grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung.³⁷ Die Rechtsprechung legt das Erfordernis des unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteils allerdings trotz des gleichlautenden Wortlauts strenger aus als bei der Anfechtung von Zwischenverfügungen vor dem Bundesgericht. Gemäß dieser (viel kritisierten) Praxis³⁸ reicht die Beschlagnahme bzw. Sperre zur Begründung eines unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht. Es bedarf noch eines darüber hinaus gehenden Nachteils und die Betroffenen sollen insbesondere nicht über sonstige, nicht blockierte, Konten verfügen.³⁹ Bankguthabensperren dürften damit de facto kaum anfechtbar sein,⁴⁰ obwohl die Betroffenen von Anfang an daran gehindert werden, frei über die Gegenstände oder das Guthaben zu verfügen, und dieser Nachteil nicht rückgängig gemacht werden kann.⁴¹ Der Bundesrat hatte im Rahmen der gesetzgeberischen Revisionsarbeiten angegeben, dass die Anfechtbarkeit die Ausnahme bleiben solle, und beispielhaft auf Beweisausforschungen hingewiesen.⁴² Abgesehen davon, dass beim angegebenen Beispiel nicht einleuchtet, inwiefern die Beweisausforschung bereits vor der Schlussverfügung einen unmittelbaren Schaden anrichten sollte, wurde im Grunde genommen der Praxis der Balanceakt überlassen, brauchbare Kriterien zur Beschränkung der Anfechtbarkeit von Beschlagnahmen und Kontosperrern auszuarbeiten, ohne dabei Art. 6 EMRK zu verletzen, der bei „civil rights“ (wozu die Eigentumsgarantie gehört) einen Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung „innerhalb angemessener Frist“ einräumt.

Obwohl nicht in Art. 80i schwIRSG erwähnt, geht das Bundesstrafgericht – gestützt auf eine historische und teleologische Auslegung – davon aus, dass wie in Art. 49 lit. b schwVwVG auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden darf,⁴³

womit die Beschwerde als vollkommenes Rechtsmittel ausgestaltet ist. Zudem ist das Bundesstrafgericht nicht an die Parteibegehren,⁴⁴ allerdings wohl an den Streitgegenstand⁴⁵ (der weitgehend von den Parteirügen abhängt) gebunden.

Die ausländischen Ersuchen werden zentral durch das Bundesamt für Justiz (BJ) summarisch geprüft; diese Instanz hat sie anzunehmen, wenn sie nicht offensichtlich unzulässig erscheinen. Ihr Entscheid ist nicht anfechtbar.⁴⁶ Das BJ kann sogar vorläufige Maßnahmen treffen, wenn ein ausländisches Ersuchen erst angekündigt wurde, wobei dem ersuchenden Staat eine Frist zur Gesucheinreichung gesetzt werden muss.⁴⁷ Die zuständige kantonale Rechtshilfebehörde, an welche das Ersuchen weitergeleitet wurde, braucht ihrerseits die Entgegennahme des ausländischen Rechtshilfesuchens, den sog. Eintretensentscheid, nur summarisch zu begründen.⁴⁸ Das Gesetz widmet zudem der Möglichkeit der Einwilligung der Berechtigten zur Herausgabe von Schriftstücken, Auskünften oder Vermögenswerten, damit das Rechtshilfeverfahren ganz oder teilweise „gütlich“⁴⁹ abgeschlossen werden kann, eine ganze Vorschrift.⁵⁰ Es bedarf zudem keines Strafurteils mehr für die definitive Sicherungs- oder Vermögenseinziehung; ein entsprechendes rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil genügt.⁵¹ Ein Exequaturverfahren ist nicht erforderlich;⁵² entsprechend dem kollisionsrechtlichen Vertrauensprinzip sind solche ausländischen Sicherungs- oder Vermögenseinziehungsentscheide nur in Bezug auf offensichtliche Ungereimtheiten, die Einhaltung rechtsstaatlicher Garantien und den schweizerischen Ordre Public zu überprüfen.⁵³

Der Rechtsschutz wurde anlässlich der Totalrevision der Bundesrechtspflege, die im Jahr 2007 in Kraft trat, noch weiter eingeschränkt. Im Bereich der kleinen Rechtshilfe ist ein Weiterzug zum Bundesgericht von vornherein nur bei

schwerdeinstanzen verfügen); *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80i Rn. 3. Art. 80i Abs. 3 schwIRSG lautete vor seiner Aufhebung durch das Inkrafttreten des VGG am 1. Januar 2007: „Vorbehalten bleiben die Beschwerdegründe des kantonalen Verfahrensrechts.“

⁴⁴ Art. 25 Abs. 6 schwIRSG.

⁴⁵ Bundesstrafgericht, Entscheid v. 17.2.2011 – RR.2010.208, E. 3; *Gless/Schaffner*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 25 Rn. 45.

⁴⁶ Art. 78 Abs. 4 schwIRSG.

⁴⁷ Art. 18 Abs. 2 schwIRSG.

⁴⁸ Art. 80a schwIRSG.

⁴⁹ Bundesblatt 1995, III, S. 13.

⁵⁰ „Vereinfachte Ausführung“ nach Art. 80c schwIRSG.

⁵¹ Art. 74a schwIRSG; *Aeppli*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 74a Rn. 7, 41. Gem. Art. 33a schwIRSV muss die Schweiz warten, bis der ausländische Entscheid vorliegt oder ihr mitgeteilt wird, dass ein solcher Entscheid nicht mehr erfolgen kann.

⁵² *Aeppli* (Fn. 51), IRSG Art. 74a Rn. 44.

⁵³ *Aeppli* (Fn. 51), IRSG Art. 74a Rn. 46; BGE 146 II 150 E. 7.1 m.H. Kritisch dazu *Fiolka*, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 609 ff., 615 f.

³⁵ Vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (Bundesgesetz v. 17.6.2005 über das Bundesgericht, Systematische Rechtssammlung Nr. 173.110).

³⁶ Art. 80e Abs. 2 schwIRSG; Bundesblatt 1995, III, S. 13. Zur Verfahrensbeschleunigung sind Gerichtsferien zudem unbeachtlich, Art. 12 Abs. 1 schwIRSG (Bundesblatt 1995, III, S. 16; *Dangubic/Keshelava* (Fn. 4), IRSG Art. 12 Rn. 6).

³⁷ Art. 80l Abs. 3 schwIRSG.

³⁸ *Eymann*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 80e Rn. 22 m.w.N.

³⁹ BGE 130 II 329 E. 2; 128 II 353 E. 3; *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80e Rn. 5 f.

⁴⁰ So auch *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80e Rn. 8.

⁴¹ Vgl. für das innerstaatliche Recht BGE 128 I 129 E. 1.

⁴² Bundesblatt 1995, III, S. 30.

⁴³ Bundesstrafgericht, Entscheid v. 23.2.210 – RR.2009.26, E. 2 (unter Verweis auf Art. 49 lit. b schwVwVG); Bundesstrafgericht, Entscheid v. 21.5.2007 – TPF 2007 57, E. 3.2 (das Bundesstrafgericht sollte gemäß den Materialien über die gleiche Kognition wie die bisherigen kantonalen Be-

Beschlagnahmen, bei der Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten oder der Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich möglich. Außerdem muss es sich um einen „besonders bedeutenden Fall“ (ohne Konkretisierung, womit dem Bundesgericht ein weiter Auslegungsspielraum zusteht) handeln.⁵⁴ Ansonsten bleibt es beim Entscheid der einen und einzigen Rechtsmittelinstanz, des Bundesstrafgerichts.⁵⁵

Die Gestaltung des Rechtsschutzes bei der kleinen Rechtshilfe bringt das Trennungsmodell zum Ausdruck, das der schweizerischen Rechtshilfe zugrunde liegt und wonach die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der beantragten Zwangsmaßnahmen prinzipiell dem ausländischen Staat überlassen wird. Die Idee einer lediglich neutralen, administrativen Ausführung der ausländischen Begehren durch die Schweiz wird großgeschrieben. Die beschränkten Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Rechtshilfe und für die Bestimmung und Ausführung der Rechtshilfe Maßnahmen gemäß Staatsvertragsrecht und nationalem schwIRSG werden vom BJ nur summarisch geprüft, da vermutungsweise von deren Erfüllung ausgegangen werden soll. Auch die kantonalen Exekutivbehörden haben ihren Eintretensentscheid nur summarisch zu begründen. Zur Förderung der Rechtshilfe ist entgegen dem allgemeinen Verwaltungsverfahren, in welchem grundsätzlich jede Verfügung anfechtbar ist (vgl. Art. 44 i.V.m. Art. 5 schwVwVG), eine gerichtliche Kontrolle in der Anfangs- und Ausführungsphase der Rechtshilfe höchstens im Falle eines drohenden unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Betroffenen und im Übrigen erst beim Abschluss des Rechtshilfeverfahrens zulässig. Dieser Abschluss kann abhängig von der Dauer des ausländischen Verfahrens auch erst Jahre später⁵⁶ eintreten. Das nimmt der Gesetzgeber bewusst in Kauf.

2. Spontane Übermittlung von Informationen und Beweismitteln

Auch wenn zwischen dem Eintretensentscheid und dem Erlass der Schlussverfügung Jahre vergehen können, können die Verfügungen der Rechtshilfebehörden immerhin gerichtlich überprüft werden, bevor die Daten oder Vermögenswerte

an das Ausland übermittelt bzw. transferiert werden.⁵⁷ Die Revision des schwIRSG im Jahre 1996 hat aber in Anlehnung an Art. 10 GeldwÜ („unaufgeforderte Übermittlung von Informationen“) die Möglichkeit eingeführt, Informationen und Beweismittel bereits an das Ausland zu übermitteln, bevor die gerichtliche Kontrolle überhaupt in Frage kommt. Die sog. spontane Übermittlung gem. Art. 67a schwIRSG, mit welcher eine schweizerische Strafrechtsbehörde Beweismittel und Informationen, die sie für ihre eigene Strafuntersuchung gesammelt hat, unaufgefordert an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde weiterleitet, ist, wenn überhaupt, höchstens ex post, im Zusammenhang mit einer Beschwerde gegen eine allfällige Schlussverfügung anfechtbar, falls der ausländische Staat in der Folge ein Rechtshilfeverfahren beantragt hat.⁵⁸ Vorausgesetzt wird für die spontane Übermittlung nur die Eröffnung eines Strafverfahrens in der Schweiz, womit die Verantwortung für den genügenden Tatverdacht⁵⁹ bei den Schweizer Strafverfolgungsbehörden liegt. Die Eröffnung des Strafverfahrens kann unter anderem auf eine Anzeige der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS)⁶⁰ zurückgehen,⁶¹ sodass in der Praxis die Schwelle für die spontane Übermittlung in der Sache nicht besonders hoch sein muss. Eine gesetzliche Schranke wurde nur für den Geheimbereich eingebaut, aus welchem grundsätzlich keine Beweismittel übermittelt werden dürfen.⁶² Auch wenn das Institut der spontanen Übermittlung gemäß dem Bundesrat die „Denunziation nicht fördern“ solle,⁶³ sieht das Gesetz keine entsprechenden besonderen Schutzvorkehrungen vor. Dies ist insbesondere im Hinblick auf missbräuchliche Strafverfahren im Ausland, welche durch die spontane Übermittlung von Informationen allenfalls gefördert werden, problematisch.⁶⁴ So kann es sich für ausländische Behörden, welche aus politischen Gründen auf der Suche nach Vermögenswerten von Zielpersonen sind, zum Beispiel lohnen, Informationen über konstruierte und somit auf frei erfundenen Sachver-

⁵⁷ Vgl. Art. 74 Abs. 1 schwIRSG.

⁵⁸ BGE 129 II 549 E. 6.1; 125 II 238 E. 6; *Glutz* (Fn. 30), IRSG Art. 67a Rn. 65. Dieser Autor postuliert, dass vor der Übermittlung von Beweismitteln an das Ausland immer zuerst eine Schlussverfügung (Art. 80e schwIRSG) erlassen werden müsste (a.a.O. Rn. 71).

⁵⁹ Vgl. *Glutz* (Fn. 30), IRSG Art. 67a Rn. 35.

⁶⁰ Der MROS (Money Laundering Report Office Switzerland) im Bundesamt für Polizei kommt entsprechend ihren Aufgaben gem. Art. 23 schwIRSG eine Relais- und Filterfunktion zwischen den Finanzintermediären und den Strafverfolgungsbehörden zu. Sie ist die nationale Zentralstelle, welche Verdachtsmeldungen entgegennimmt.

⁶¹ Art. 305ter Abs. 2 schwStGB, Art. 9 s-GwG; vgl. *Glutz* (Fn. 30), IRSG Art. 67a Rn. 39.

⁶² Art. 67a Abs. 4 schwIRSG. Der Geheimbereich richtet sich nach den Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 9 schwIRSG i.V.m. Art. 168 ff. schwStPO), siehe *Glutz* (Fn. 30), IRSG Art. 9 Rn. 1.

⁶³ Bundesblatt 1995, III, S. 24.

⁶⁴ Für konkrete Vorgehensmuster siehe z.B. *Teichmann*, *Journal für Strafrecht* 8 (2021), 253 (254).

⁵⁴ Art. 84 BGG. Nur Zwischenentscheide betreffend die Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen sind unter den gleichen Voraussetzungen wie vor dem Bundesstrafgericht oder, wenn die Gutheißung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen kann, anfechtbar (Art. 93 BGG).

⁵⁵ Art. 25, 80e schwIRSG; siehe auch Art. 35 StBOG (Strafbehördenorganisationsgesetz v. 19.3.2010, Systematische Rechtssammlung Nr. 173.71).

⁵⁶ Die lange Dauer wird noch durch Art. 33a schwIRSV untermauert, wonach Gegenstände und Vermögenswerte, die erst gestützt auf ein rechtskräftiges und vollstreckbares ausländisches Urteil herausgegeben werden (Art. 74a Abs. 3 schwIRSG), solange beschlagnahmt bleiben, bis der Entscheid vorliegt oder der ersuchende Staat mitteilt, dass ein solches Urteil nicht mehr zu erwarten sei. Siehe auch *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80e Rn. 8.

halten beruhende Strafverfahren mit der Presse zu teilen. Diese Informationen zwingen schweizerische Finanzintermediäre zu einer MROS-Meldung, wodurch die spontane Übermittlung von Informationen durch die Schweizer Strafbehörden an die zuständigen ausländischen Strafbehörden in Gang gesetzt und die „fishing expedition“ des ausländischen Staates auf elegante Art und Weise vollendet wird.

3. Beschränktes materielles Prüfungsprogramm

Für Rechtshilfesuche sind entsprechend dem Trennungsmodell wenige Ausführungshindernisse vorgesehen. Überwiegende Staatsinteressen der Schweiz gehen jedenfalls vor,⁶⁵ wobei die Beurteilung dieser Frage dem BJ vorbehalten ist.⁶⁶ Im Übrigen wird vom rechtshilferechtlichen Kooperationsprinzip nur bei schwerwiegenden Mängeln abgewichen:

Diese betreffen zum einen das ausländische Strafverfahren. Dieses darf keine schweren Mängel aufweisen,⁶⁷ soll nicht der EMRK oder dem UNO-Pakt II (IPbpR) widersprechen⁶⁸ und darf nicht durchgeführt werden, um eine Person wegen ihrer politischen Anschauungen, wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder aus Gründen der Rasse, Religion oder Volkszugehörigkeit zu verfolgen.⁶⁹

Zum anderen wird auf die Natur des verfolgten Delikts abgestellt. Die Schweiz soll aus Gründen ihrer Staatssouveränität in erster Linie für Straftaten ohne politischen Hintergrund, d.h. Straftaten außerhalb des (finanz-)politischen und des militärischen Bereichs, Rechtshilfe leisten: Für die Verfolgung von Straftaten, die vorwiegend politischen Charakter haben, die Verletzung militärischer oder ähnlicher Pflichten, oder fiskalische, währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Maßnahmen betreffen, ist die Kooperation grundsätzlich ausgeschlossen.⁷⁰ Die Straftat soll zudem auch nach Schweizer Recht strafbar sein.⁷¹ Die Voraussetzung der doppelseitigen Strafbarkeit hat sich die Schweiz bemerkenswerterweise auch für die Staaten des EuRhÜbk ausbedungen.⁷² Folgerichtig dürfen gemäß dem Spezialitätsvorbehalt Informationen und Dokumente vom ersuchenden Staat grundsätzlich nur in Bezug auf die Straftaten, für die die Rechtshilfe erbeten wird und zulässig ist, verwendet werden.⁷³

⁶⁵ Art. 1a schwIRSG; siehe auch Art. 2 lit. b EUeR.

⁶⁶ Art. 17 Abs. 1 schwIRSG.

⁶⁷ Vgl. Art. 2 lit. d schwIRSG.

⁶⁸ Siehe Art. 2 lit. a schwIRSG.

⁶⁹ Art. 2 lit. b bzw. Art. 2 lit. c schwIRSG; siehe auch Art. 2 lit. a EUeR.

⁷⁰ Art. 3 Abs. 1–3 schwIRSG; ähnlich Art. 1 Abs. 2 EuRhÜbk (keine Anwendung auf Verhaftungen, Strafurteile und militärische strafbare Handlungen, die nicht nach gemeinem Recht strafbar sind).

⁷¹ Art. 8 schwIRSG.

⁷² Art. 5 EuRhÜbk i.V.m. Art. 5 Vorbehalte und Erklärungen EuRhÜbk (Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen v. 21.3.1996, Bundesblatt 1999, S. 1351).

⁷³ Art. 67 schwIRSG; Art. 2 EuRhÜbk i.V.m. Art. 2 lit. b Vorbehalte und Erklärungen EuRhÜbk (Bundesbeschluss

Zur Verhinderung, dass die Rechtshilfe für Zwangsmaßnahmen beantragt wird, die nach dem Recht des ersuchenden Staats nicht zulässig wären, erfordert das schwIRSG für die schwerwiegenderen Maßnahmen der kleinen Rechtshilfe (Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen, Herausgabe von Gegenständen) eine Zulässigkeitsbestätigung vom ersuchenden Staat.⁷⁴ Dieses Erfordernis wird durch die Gerichtspraxis und Lehre relativiert, die entgegen dem Gesetzeswortlaut eine solche Bestätigung nur im Zweifelsfall anfordern.⁷⁵ Für die übrigen Fälle ist diesbezüglich weder im schwIRSG noch im EuRhÜbk eine solche formelle Voraussetzung vorgesehen.⁷⁶ Aufgrund des Günstigkeitsprinzips spielt die restriktivere Vorschrift des GeldwÜ, wonach Zwangsmaßnahmen abgelehnt werden dürfen, wenn sie nach dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Staats nicht zulässig wären, in der Praxis wohl keine Rolle, zumal es sich nur um eine Kann-Vorschrift handelt.⁷⁷ Materiell gilt für die Schweiz dennoch, dass die beantragte Zwangsmaßnahme mit dem internen Recht des ersuchenden Staates vereinbar sein muss.⁷⁸ Wenn der Mangel nicht offensichtlich ist, bleibt es jedoch aus praktischen Gründen den Betroffenen überlassen, die Rechtswidrigkeit der beantragten Maßnahme geltend zu machen.

IV. Kognition und faktische Grenzen der Prüfung der Ausschlussgründe

Das schwIRSG sieht ausdrücklich nur eine Einschränkung der Kognition des BJ bei der Vorprüfung der ausländischen Ersuchen vor; das BJ habe sie nur mit Bezug auf offensichtliche Fehler zu untersuchen.⁷⁹ Im Übrigen sollten die Rechtshilfebehörden die Ausschlussgründe grundsätzlich mit voller Kognition prüfen. Dennoch heißt das nicht, dass die schweizerischen Behörden nach allen möglichen Fehlern suchen müssten oder sollten. Entsprechend dem Trennungsmodell

über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen v. 21.3.1996, Bundesblatt 1999, S. 1351)

⁷⁴ Art. 76 lit. c schwIRSG. Dieser Vorbehalt ist auch im Anwendungsbereich der europäischen Geldwäschereikonvention zu beachten (Art. 18 Abs. 3 GeldwÜ).

⁷⁵ BGE 123 II 161 E. 3b; *Kuster*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 76 Rn. 2.

⁷⁶ Art. 28 Abs. 3 lit. b schwIRSG; *Engler*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 28 Rn. 24. Die Schweizer Rechtshilfebehörde hat damit in Abweichung von Art. 8 schwIRSG nur zu kontrollieren, ob die vorgeworfenen Taten nach Schweizer Recht strafbar wären.

⁷⁷ Art. 18 Ziff. 2 GeldwÜ; dieser Ausschlussgrund sollte dabei nur zurückhaltend zum Zug kommen (Rapport explicatif de la Convention de l'Europe relative à la Convention relative au blanchiment v. 8.11.1990, Ziff. 67, abrufbar unter <https://rm.coe.int/16800cb619>).

⁷⁸ Art. 28 Abs. 3 lit. b schwIRSG; *Engler* (Fn. 76), IRSG Art. 28 Rn. 24. Die Schweizer Rechtshilfebehörde hat damit in Abweichung von Art. 8 schwIRSG nur zu kontrollieren, ob die vorgeworfenen Taten nach Schweizer Recht strafbar wären.

⁷⁹ Art. 17 Abs. 2 schwIRSG.

kommt nur das begrenzte Prüfungsprogramm zur Anwendung, sodass de facto die Rechtshilfesuche nur mit beschränkter Kognition überprüft werden.

Mangels anderslautender Vorschrift unterliegt die Ermittlung des rechtlich relevanten Sachverhalts aufgrund der Maßgeblichkeit des Verwaltungsverfahrensrechts dabei grundsätzlich der Untersuchungsmaxime gem. Art. 12 schwVwVG,⁸⁰ wobei die Mitwirkungspflichten der Parteien gem. Art. 13 schwVwVG auch zu berücksichtigen wären. Diese dürfen aber aufgrund der Schranken des Akteneinsichtsrechts⁸¹ in der Praxis erst in Frage kommen, nachdem die beantragten Zwangsmaßnahmen bereits angeordnet und vollstreckt wurden, wobei von vornherein fraglich ist, inwiefern den Betroffenen, die für die Einleitung des Rechtshilfeverfahrens nicht verantwortlich sind, eine solche Mitwirkungspflicht zuzumuten ist.⁸² Ferner ist die Untersuchungsmaxime aufgrund des Territorialitätsprinzips stark relativiert. Die Rechtshilfebehörden dürfen keine Ermittlungshandlungen im Ausland vornehmen, sodass sie im Wesentlichen auf die Angaben im Rechtshilfesuch und in seinen Beilagen⁸³ angewiesen sind. Zu beachten ist zudem, dass eine sorgfältige Untersuchung des Kontextes und der Einzelheiten eines ausländischen Verfahrens durch die Schweiz ressourcenintensiv ist. Dadurch, dass die Prüfung der materiellen Ausschlussgründe den kantonalen Rechtshilfebehörden überlassen ist, und nicht einem zentralen Bundesorgan mit Spezialisten (vgl. z.B. die Erkennungsdienste des Bundesamtes für Polizei, fedpol), nimmt der Gesetzgeber in Kauf, dass Ausschlussgründe erst Jahre nach der Anordnung der Zwangsmaßnahmen, gestützt auf entsprechende Rügen der Betroffenen im Rechtsmittelverfahren, aufgedeckt werden.

Insgesamt dürfte sich die Prüfung des Rechtshilfesuchs bei der kleinen Rechtshilfe in der Praxis im Wesentlichen auf die Frage beschränken, ob der durch den ausländischen Staat kurz dargestellte Sachverhalt⁸⁴ unter mindestens einen Schweizer Straftatbestand aus dem zulässigen Bereich (d.h. Straftatbestände außerhalb des [finanz-]politischen und/oder militärischen Bereichs unter Ausschluss von Steuerdelikten) subsumiert werden kann. Vorbehalten bleiben offensichtlich unzulässige Rechtshilfesuche. Dabei ist davon auszugehen, dass politisch motivierte Rechtshilfesuche in aller Regel die Voraussetzungen der Rechtshilfe zumindest dem An-

schein nach einhalten und entsprechende Ungereimtheiten deshalb vielfach nicht auffallen dürften.

Die Befugnis, ergänzende Informationen einzuholen, wird nur im schwIRSG und nur in Bezug auf die formellen Anforderungen erwähnt.⁸⁵ Mit Blick auf das generelle Ziel der Förderung der Rechtshilfe und das Vertrauensprinzip ist wegen der Verzögerung, die ein solches Ergänzungsgesuch mit sich bringt, von einer gewissen Hemmschwelle für die Ausübung dieser Befugnis auszugehen. Das gilt umso mehr, als die Möglichkeit besteht, dass sich allfällige Unklarheiten im Laufe des Verfahrens auflösen, sodass das Rechtshilfesuch zum Zeitpunkt der Anfechtbarkeit der Schlussverfügung alsdann zweifelsfrei zulässig wäre. Desgleichen dürfte die Bereitschaft, angeordnete Zwangsmaßnahmen entsprechend den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts zu widerrufen, aufgrund der genannten Umstände stark gebremst sein.

Nach dem Gesagten dürften bei der aktuellen Ausgestaltung des Rechtshilfeverfahrens in der Schweiz aus rein praktischen Gründen selbst schwerwiegende Mängel des ausländischen Strafverfahrens wie namentlich Verletzungen der EMRK oder des UNO-Pakt II (IPbPR) höchstens in extremen Fällen, z.B. bei notorischen Dissidenten und Oppositionellen eines Regimes, dessen Rechtsstaatlichkeit bekanntlich zweifelhaft ist, zu Beginn des Rechtshilfeverfahrens entdeckt werden. In allen anderen Fällen dürften die beantragten Zwangsmaßnahmen der kleinen Rechtshilfe in aller Regel gutgeheißen und angeordnet und damit die Individualrechte der Betroffenen intensiv einschränkt werden, ohne dass irgendeiner der in der Revision des schwIRSG 1996 vorgesehenen Ausschlussgründe seine Wirkungen entfalten könnte. Aufgrund der zeitlichen Gestaltung des Rechtsschutzes hinkt unseres Erachtens das Trennungsmodell. Denn die Einschränkungen des Rechtsschutzes werden durch die Ausschlussgründe, die zum Zeitpunkt der Entgegennahme von Rechtshilfesuchen zu prüfen sind, nicht wieder wettgemacht – im Gegenteil. Sie sind dadurch, dass die Rechtshilfebehörden den Sachverhalt nicht umfassend festzustellen, sondern sich auf die Rechtmäßigkeit des ausländischen Strafverfahrens grundsätzlich zu verlassen haben, und dass die Betroffenen am Anfang des Verfahrens nicht mitwirken können, faktisch äußerst rudimentär. Abhilfe kann erst im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens geleistet werden. Dabei befinden sich hier die Betroffenen in einer besonders ungünstigen Situation. Sie müssen vielfach vom Ausland aus die in der Schweiz angeordnete Maßnahme bekämpfen, sind an die Verfahrensvorschriften und namentlich an die unter den gegebenen Umständen als kurz zu bezeichnenden Fristen (zehn Tage bei Zwischenverfügungen und 30 Tage bei Endverfügungen) gebunden. Sie tragen außerdem das Kostenrisiko. Schließlich stoßen die erstinstanzlichen Rechtshilfebehörden schon aus strukturellen Gründen an ihre Grenzen bei der Feststellung des Sachverhalts.

⁸⁰ Art. 12 sschwIRSG i.V.m. Art. 12 schwVwVG.

⁸¹ Art. 80b Abs. 2 lit. c schwIRSG; vgl. auch Art. 27 schwVwVG (Ausnahme vom Akteneinsichtsrecht für wesentliche öffentliche oder private Interessen).

⁸² Siehe Art. 13 Abs. 1 lit. a und b schwVwVG. Die Verwaltung trägt für ein von Amts wegen eingeleitetes Verfahren grundsätzlich allein die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung, siehe *Auer/Binder*, in: *Auer/Müller/Schindler* (Hrsg.), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 13 Rn. 21.

⁸³ Siehe zu den formellen Anforderungen Art. 27–28 schwIRSG; Art. 14 EUeR.

⁸⁴ Art. 28 Abs. 3 lit. a schwIRSG; Art. 14 Abs. 2 EuRhÜbk; kritisch auch *Fiolka* (Fn. 53), S. 609 ff., 615 f.

⁸⁵ Art. 28 Abs. 6 schwIRSG.

V. Zeitpunkt der Anfechtbarkeit des Eintretensentscheids

Erschwerend kommt hinzu, dass unter Vorbehalt des Verbots der formellen Rechtsverweigerung die Betroffenen keinen Einfluss auf die Dauer bis zum Erlass einer anfechtbaren Schlussverfügung nehmen können, auch wenn die Behörden zur beförderlichen Erledigung der Ersuchen verpflichtet sind.⁸⁶

Die Rechtshilfebehörde kann gemäß dem Wortlaut von Art. 80d schwIRSG den Zeitpunkt, ab welchem die gerichtliche Überprüfung im Normalfall möglich ist, direkt steuern. Sie hat gemäß dieser Vorschrift die Verfügung über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe zu erlassen, wenn sie das Ersuchen als ganz oder teilweise erledigt „erachtet“. Freilich hat sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu handeln.⁸⁷ Der Ermessensspielraum bezüglich des Zeitpunkts des Erlasses der Schlussverfügung ist aber wegen der vielen Varianten, die ihr zur Verfügung stehen und die nicht näher normiert sind, äußerst groß. Die Rechtshilfebehörde kann warten, bis sämtliche Begehren des ersuchenden Staates erledigt sind, darf aber auch Teile davon vorgängig abschließen. Dabei regelt das Gesetz nicht, wie die Verfügungen zu den Rechtshilfebegehren aufgeteilt werden sollen. Die Rechtshilfebehörde kann zudem auch Eintretens-, Zwischen- und Schlussverfügungen kombinieren.⁸⁸ Offen ist namentlich, ob nebst einer Aufteilung der Rechtsbegehren nach Materie (z.B. Erledigung des Antrags auf Dokumentenvermittlung, während der Antrag auf Übertragung von Vermögenswerten nur zu einer Beschlagnahme führt und im Übrigen offengelassen wird⁸⁹) auch eine bedingte Schlussverfügung (z.B. Schlussverfügung unter der Bedingung, dass der ausländische Staat in Bezug auf den Transfer von Vermögenswerten noch ein rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil erlässt) zulässig sei. Letztere Option ist unseres Erachtens fragwürdig,⁹⁰ weil sie dem System widerspricht, dass prinzipiell erst Endverfügungen anfechtbar sind,⁹¹ wird aber durch keine Gesetzesvor-

schrift ausdrücklich ausgeschlossen. Eine Aufteilung in verschiedene bedingte Teilschlussverfügungen hat für die Betroffenen sowie auch für die Rechtshilfebehörde den Vorteil, dass die Voraussetzungen für die Entgegennahme und das Eintreten in das Rechtshilfeverfahren bereits zu einem früheren Zeitpunkt gerichtlich überprüft werden können; das bedeutet aber unter Umständen, dass die Betroffenen mehrmals Rechtsmittel erheben müssen.

Mit Blick auf dieses besonders weitreichende Ermessen dürfte eine rechtswidrige Ermessensausübung⁹² in Bezug auf den Zeitpunkt des Erlasses einer normal anfechtbaren Schlussverfügung kaum je vorliegen. Zudem haben die Betroffenen ein Interesse an der früheren Anfechtbarkeit, weshalb die Fragen zum Zeitpunkt und zur Erledigungsform nie den Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens bilden dürften. In Ermangelung eines normierten Zeitfensters ist es umgekehrt kaum möglich, den Erlass einer Schlussverfügung gerichtlich durchsetzen zu lassen.

Bei äußerst langen Fällen (ab ungefähr 15 Jahren!) nehmen sich die Gerichte das Recht, auf die Schlussverfügung zu verzichten, und behandeln die betreffenden Beschlagnahmen und Kontensperren als Schlussverfügungen.⁹³ Diese punktuelle Korrektur lässt sich mit Blick auf das krasse Missverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse und den betroffenen privaten Interessen jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips ohne weiteres rechtfertigen.

Um widersprüchliche Urteile zu vermeiden, sieht zudem das Bundesstrafgericht zugunsten der Betroffenen in relativ freier Auslegung von Art. 80e schwIRSG vor, dass bei Rechtshilfesuchen, die sowohl die Beschlagnahme von Gegenständen und die Sperre von Bankguthaben als auch die Übermittlung von (Bank-)Informationen beantragen, sämtliche Zwischenverfügungen betreffend diese Zwangsmaßnahmen zusammen mit der ersten Schlussverfügung, die ergeht (unabhängig davon, welche Zwangsmaßnahmen sie betrifft), mitangefochten werden können.⁹⁴ Diese aus individualrechtlicher Sicht begrüßenswerte Rechtsprechung hilft allerdings nur dort, wo nebst einer weiteren Zwangsmaßnahme die

werden, dass ein entsprechendes rechtskräftiges und vollstreckbares ausländisches Urteil eingereicht wird, siehe *Heimgartner/Niggli* (Fn. 87), IRSG Art. 80d Rn. 15.

⁹² Siehe Art. 80i lit. a schwIRSG (Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens); vgl. Art. 49 lit. a schwVwVG.

⁹³ Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 18.8.2006 – 1A.335/2005, E. 1; Bundesstrafgericht, Entscheid v. 29.10.2007 – RR.2007.77, E. 2.3.4 (über 20-jährige Kontosperre); Bundesstrafgericht, Entscheid v. 2.5.2014 – RR.2013.236. Dazu *Zimmermann* (Fn. 7), S. 543; *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80e Rn. 18 ff.

⁹⁴ Bundesstrafgericht, Entscheid v. 11.2.2021 – RR.2020.159-165, E. 2.1.; Bundesstrafgericht, Entscheid v. 8.2.2013 – RR.2012.173, E. 1.3.3. Aus praktischen Gründen dürfte in aller Regel die Schlussverfügung betreffend die Informationsübermittlung erlassen werden, weil es für den Transfer von beschlagnahmten Gegenständen und Werten eines rechtskräftigen Urteils bedarf.

⁸⁶ Art. 17a schwIRSG; Bundesblatt 1995, III, S. 17.

⁸⁷ *Heimgartner/Niggli*, in: *Niggli/Heimgartner* (Fn. 4), IRSG Art. 80d Rn. 4.

⁸⁸ *Heimgartner/Niggli* (Fn. 87), IRSG Art. 80d Rn. 2.

⁸⁹ Siehe den Anwendungsfall in Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 20.10.2005 – 1A_145/2005, Sachverhalt A. sowie E. 1.1.

⁹⁰ Vgl. *Heimgartner/Niggli* (Fn. 87), IRSG Art. 80d Rn. 4, die die Teilschlussverfügung nur im Kontext verschiedener Rechtshilfemaßnahmen erwähnen („Betrifft ein Ersuchen verschiedene Rechtshilfemaßnahmen ist indessen auch eine teilweise Erledigung mittels Schlussverfügungen möglich.“).

⁹¹ Der Erlass einer Teilverfügung betreffend die erste Phase der Rechtshilfe (Entgegennahme, Eintreten und erste Vollstreckungsmaßnahmen, Teilschlussverfügung diesbezüglich) braucht dabei jedenfalls eine Suspensivbedingung, wenn die Vollstreckung des Rechtshilfebegehrens (z.B. Übermittlung von Dokumenten oder Überweisung von Vermögenswerten) von weiteren Dokumenten, die erst später im ausländischen Verfahren erlassen werden, abhängig ist. So kann die Herausgabe von möglicherweise der Einziehung unterliegenden Vermögenswerten nur unter der Suspensivbedingung verfügt

Übermittlung von Informationen, die von der Sache her schneller behandelt werden kann, beantragt wird. Sie wirft zudem bei einer Mehrzahl von Rechtshilfesuchen Umsetzungsfragen auf.

VI. Würdigung: Theorie versus Realität

In der Theorie wirkt das seit der Revision im Jahr 1996 geltende Rechtsschutzkonzept überzeugend: Aufgrund des rechtshilferechtlichen Vertrauensprinzips verlässt sich die Schweiz auf den ersuchenden Staat und verweigert in Anwendung des Trennungsmodells die kleine Rechtshilfe nur bei offensichtlichen Ungereimtheiten. Zur Förderung der internationalen Strafverfolgung sind Rechtsmittel gegen Zwangsmaßnahmen erst unmittelbar vor der definitiven Ausführung (d.h. Informationenübermittlung, Transfer von Gegenständen und Werten) zulässig. Das (legitime) Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der ausländischen Verfahren macht deren Überprüfung durch die Schweizer Behörden entbehrlich, soweit dieses Vertrauen nicht durch offensichtliche Fehler zerstört wird. Die Gesetzesmäßigkeit, das genügende öffentliche Interesse und die Verhältnismäßigkeit (vgl. Art. 36 BV, Art. 8 EMRK) der beantragten Zwangsmaßnahmen können damit vermutet werden.

Die Realität sieht unseres Erachtens jedoch anders aus. Aus rein faktischen Gegebenheiten ist das Risiko hoch, dass Zwangsmaßnahmen trotz gröberer Fehler des ausländischen Strafverfahrens angeordnet und in der Folge jahrelang aufrechterhalten bleiben, ohne dass dies von einem Gericht untersucht werden kann. Die Möglichkeiten der zuständigen Rechtshilfebehörden, das ausländische Verfahren zu untersuchen, sind aufgrund des Territorialitätsprinzips von vornherein eingeschränkt. Die Betroffenen, die das ausländische Strafverfahren vielfach kennen dürften, können zum Zeitpunkt der Anordnung der Zwangsmaßnahmen nicht mitwirken. Zudem dürften die Rechtshilfebehörden, insbesondere die zuständigen kantonalen Instanzen, bei der Feststellung des Sachverhalts schon ressourcenmäßig an ihre Grenzen stoßen. Dieses Risiko stellt die Konstruktion, wonach Eintretens- und Zwangsmaßnahmeverfügungen zu Beginn des Rechtshilfeverfahrens nur beschränkt gerichtlich überprüft werden müssen, nach hier vertretener Meinung in Frage.

Solange die Rechtslage unverändert bleibt und der Gesetzgeber an der genannten Konstruktion festhält, wäre demnach in Bezug auf die erstinstanzliche Rechtshilfeausführung zu fordern, dass die Untersuchungsmaxime gem. Art. 12 schwVwVG bei der Prüfung, ob Ausschlussgründe (die ohnehin auf das Minimum eingeschränkt sind) vorliegen, ihre volle Wirkung entfaltet, auch wenn es nur darum geht, gröbere Fehler zu entdecken. Mit Blick auf die Individualrechte müssten beim geringsten Zweifel zusätzliche Informationen vom ersuchenden Staat verlangt und subsidiär die Rechtshilfe verweigert werden. Das gilt wegen des aufgezeigten Missbrauchsrisikos insbesondere im Zusammenhang mit ausländischen Rechtshilfesuchen, die im Anschluss an eine spontane Übermittlung von Informationen eingereicht werden. Das rechtshilferechtliche Vertrauensprinzip bezieht sich gerade nicht auf mögliche Ausschlussgründe. Es darf nicht vermutet werden, dass diese nicht vorhanden seien. Sie dienen der

Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit und der Individualrechte, sodass die Feststellung des Sachverhalts zum Ziel haben muss, das Fehlen von Ausschlussgründen klar und deutlich festhalten zu können. Bereits beim Verdacht, dass ein Ausschlussgrund vorliegen könnte, sollten vom ersuchenden Staat zusätzliche Informationen angefordert werden. Das Günstigkeitsprinzip erfordert allerdings, dass dem ersuchenden Staat die Gelegenheit gegeben wird, den Sachverhalt zu ergänzen oder weitere Informationen zum Verfahren einzu-reichen. Desgleichen sollte das gesetzlich vorgesehene Erfordernis einer Zulässigkeitsbestätigung betreffend die Vereinbarkeit der beantragten Zwangsmaßnahmen mit dem inländischen Recht des ersuchenden Staates konsequent umgesetzt und die Bestätigung zumindest summarisch kontrolliert werden.

In Bezug auf die Rechtsschutzebene wäre im Sinne einer verfassungs- und menschenrechtskonformen Auslegung zu begrüßen, wenn die Rechtsschutzvorschriften des schwIRSG nicht ohne Grund zulasten der Betroffenen ausgelegt werden. Das Günstigkeitsprinzip soll nur gewährleisten, dass möglichst solche Lösungen gewählt werden, die für die Rechtshilfe förderlich sind. Es erfordert jedoch keine systematische Auslegung zulasten der Grundrechte. Gestützt auf den Wortlaut von Art. 80e Abs. 2 schwIRSG sowie auf den menschen- und verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung innerhalb angemessener Frist (Art. 6 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV) und auf eine systematische Kohärenz zwischen dem schwIRSG und dem Bundesgerichtsgesetz sollten in diesem Sinne Beschlagnahmen und Kontosperrern grundsätzlich als unmittelbare, nicht wiedergutzumachende Schäden eingestuft werden. Sie sollten damit ohne Weiteres direkt im Anschluss an ihre Anordnung gerichtlich überprüft werden können. Es besteht umso mehr Raum für eine solche, verfassungs- und menschenrechtskonforme Auslegung, als der Gesetzgeber keine Kriterien zur Einschränkung der Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen, die wie z.B. Kontosperrern die Individualrechte der Betroffenen unmittelbar und nicht wiedergutmachbar einschränken, aufgestellt hat. Das sollte den ausländischen Strafverfolgungsanspruch nicht vereiteln, weil dem Rechtsmittel grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt.

De lege ferenda würden ein gesetzlich verankerter Zeitrahmen für Zwangsmaßnahmen und/oder die Pflicht der Schweizer Behörden zur periodischen Einholung von aktualisierten Informationen sicherstellen, dass der ersuchende Staat das Strafverfahren effektiv vorantreibt. Schließlich besteht unseres Erachtens Handlungsbedarf in Bezug auf die Ressourcen, die den Rechtshilfeinstanzen zur Verfügung stehen, um Hintergründe eines ausländischen Verfahrens zu untersuchen. Es soll damit eine gewisse Unabhängigkeit der Schweiz gegenüber dem Ausland sichergestellt werden, was die Tatsachenfeststellung angeht. Der Einbezug spezialisierter Bundesinstanzen, wie z.B. der Nachrichtendienste oder der Bundespolizei, wäre dementsprechend erwägenswert. Außerdem dürfte die ausdrückliche gesetzliche Verankerung der Möglichkeit des Widerrufs von Zwischenverfügungen zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens die Umsetzung der Ausschlussgründe fördern und das Risiko, dass die Schweiz menschenrechtswidrige oder sonst grob fehlerhafte Verfahren unterstützt, verringern.

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

Eric Hilgendorf (Hrsg.), Das Schuldprinzip im deutsch-chinesischen Vergleich, Beiträge der vierten Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands in Hangzhou vom 8. bis 12. September 2017, Mohr Siebeck Verlag, 2019, 256 S., € 79.

Das Wichtigste vorweg: Die Lektüre des hier besprochenen Tagungsbandes lohnt sich – was bekanntlich nicht bei allen Werken aus dieser Gattung der Fall ist. Er versammelt Vorträge, die 2017 auf der 4. Tagung des von *Eric Hilgendorf* und *Genlin Liang* gegründeten Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands in Hangzhou gehalten wurden. Es geht um die „Schuld“ als zentrale Kategorie des Strafrechtsdenkens, um das große Ganze also. Der Band beweist eindrucksvoll, dass der deutsch-chinesische Austausch im Bereich des Strafrechts lebt und gerade auch im Bereich der Grundlagenfragen besonders fruchtbar sein kann. Dazu trägt auch bei, dass sich das chinesische Strafrecht in einer Umbruchphase befindet: Nachdem man sich ursprünglich stark an das sowjetische System mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen angelehnt hatte, mehrten sich im Laufe der Zeit kritische Stimmen, die eine Neuorientierung im Sinne einer überzeugenderen Systembildung forderten. Der Blick insbesondere der jüngeren Generation der chinesischen Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler richtet sich seither zunehmend nach Deutschland und auf den von der ganz h.M. vertretenen dreistufigen Deliktsaufbau. Viele chinesische Kolleginnen und Kollegen sprechen nicht nur hervorragendes Deutsch, sondern sind auch sehr gut über die deutsche Strafrechtsdogmatik samt ihrer geschichtlichen Entwicklung informiert – auf entsprechend hohem Niveau verlaufen dann rechtsvergleichende Diskussionen, was auch bei dem vorliegenden Band ins Auge sticht. Das Interesse von chinesischer Seite ist aus den genannten Gründen also groß. Idealerweise ist Rechtsvergleichung aber keine Einbahnstraße. Und tatsächlich profitiert man auch aus deutscher Sicht von den chinesischen Beiträgen, da scheinbare Gewissheiten in Frage gestellt und alternative Perspektiven eröffnet werden.

Der Band ist übersichtlich in vier Teile gegliedert. Im ersten einführenden Themenkomplex werden allgemeine Fragen der Bedeutung der Systemkategorie Schuld erörtert (S. 3 ff.). Es folgen Beiträge zu den Themen Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum (S. 65 ff.) sowie Vorsatz und Fahrlässigkeit (S. 159 ff.). Abschließend wird der Themenkomplex „Schuldfähigkeit und Zumutbarkeit“ erörtert. Das Format, das neben Hauptreferaten auch Kommentare vorsieht, hat in einem Tagungsband die nicht ganz zu vermeidende Schwäche einer gewissen Redundanz. Schwer wiegt das hier allerdings nicht, da sich die Kommentatorinnen und Kommentatoren sichtlich bemüht haben, nicht nur zu paraphrasieren, sondern eigene inhaltliche Akzente zu setzen. Außerdem entsteht so ein interessanter Einblick in die Kontroversen innerhalb der chinesischen Strafrechtswissenschaft, der durch die Kommentierung chinesischer Beiträge durch chinesische Kolleginnen und Kollegen zustande kommt.

Hao Che zeichnet in seinem einführenden Beitrag zum „Wandel der strafrechtlichen Haftungslehre in China“ die historische Entwicklung des chinesischen Strafrechts nach (S. 3 ff.). Er legt dar, dass die Hinwendung zum dreistufigen Verbrechenaufbau das Interesse an Fragen der Systemkategorie „Schuld“ in China befördert hat, während Letztere im Rahmen des Vier-Elemente-Systems sowjetischer Prägung nicht adäquat thematisiert werden konnten (S. 7). Erwähnt wird ein aus deutscher Perspektive interessantes, weil so im dreistufigen Verbrechenaufbau nicht existierendes Element, das (nicht unbedingt selbsterklärend) als „Tatsumme“ übersetzt wird; im Kern geht es dabei um verschiedene in den Delikten des Besonderen Teils verankerte quantitative Mindestanforderungen an das Gewicht der Tathandlung oder des Taterfolgs, z.B. den Wert der Sache beim Diebstahl. Deren Nichtvorliegen schließt die materielle Strafbarkeit aus, aber über ihre dogmatische Verankerung besteht keine Einigkeit; insbesondere ist es eine offene Frage, ob der Täter diesbezüglich mit Vorsatz handeln muss. Soweit man dies ablehnt, liegt es nahe, die „Tatsumme“ mit *Genlin Liang* (auf der Grundlage des dreistufigen Verbrechenaufbaus) als objektive Bedingung der Strafbarkeit einzuordnen (S. 26). Soweit dies als „Ausnahme vom Schuldprinzip“ bezeichnet wird, um präventive oder kriminalpolitische Ziele zu verfolgen (S. 27 f.) wäre dies aus deutscher Sicht verfassungsrechtlich problematisch, denn hierzulande geht man (schon aufgrund der Verankerung in der Menschenwürdegarantie) von einer umfassenden Geltung des Prinzips aus. Immerhin deutet die Formulierung darauf hin, dass hier durchaus Friktionen mit dem Schuldprinzip bestehen, wie auch der Kommentar von *Weigend* deutlich macht (S. 61). Es ist interessant zu erfahren, dass auch in China die Ansicht vertreten wird, dass der Täter bezüglich dieser objektiven Merkmale zumindest mit Fahrlässigkeit handeln muss, um einen Verstoß gegen das Schuldprinzip zu vermeiden (S. 28).

Eric Hilgendorf liefert im Anschluss einen Überblick über die Systemkategorie der Schuld und ihre Ausprägungen aus Sicht des deutschen Strafrechts (S. 31 ff.). Er bekräftigt den (in China noch nicht etablierten) dreistufigen Verbrechenaufbau und bezeichnet die systematische Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld als „eine der wichtigsten rechtstheoretischen Errungenschaften der letzten 100 Jahre“ (S. 33). Interessant ist, dass nach *Hilgendorf* die Kategorie der Schuld „auf der Grundlage von Zweckmäßigkeitserwägungen“ bestimmt werde, wobei der Gedanke der „Kriminalitätsprävention“ die Hauptrolle spiele (S. 47). Auch wenn dafür im Rahmen der Tagung sicher kein Raum war, hätte man dazu gerne mehr gehört – denn das Zusammenspiel von Schuld und Prävention ist ja die straftheoretische Grundfrage schlechthin; und die Tatsache, dass das Schuldprinzip (nach meiner Ansicht in übertriebener Art und Weise) trotz seiner notorischen Vagheit oft als festes Bollwerk gegen präventive Expansionstendenzen beschrieben wird, steht einer präventiven Funktionalisierung doch eigentlich entgegen.

In seinem Kommentar zu den Beiträgen von *Che* und *Hilgendorf* legt *Jun Feng* dar, dass der bisherige Schuldbegriff „unausgereift“ und ein umfassenderer Begriff nötig sei. Wenn es nicht notwendig sei, auf Rechtsuntreue mit Strafe zu

reagieren, bestehe keine Schuld, und Strafverfolgung sei überflüssig (S. 54). Als Beispiel wird u.a. eine Art tätiger Reue genannt, bei der ein (nicht vorbestrafter) Dieb eine Geldbörse reumütig zurückgibt – nach deutschem Recht wäre das allerdings, sofern schon Vollendung eingetreten und ein Rücktritt daher ausgeschlossen ist, eine rein strafmildernde Schadenswiedergutmachung. Man müsste also genauer darlegen, wie das im Einzelfall fehlende „Strafbedürfnis“, sofern es keine gesetzliche Grundlage gefunden hat, hinreichend präzise bestimmt werden kann. *Feng* liefert dafür keine ausdifferenzierten Maßstäbe, plädiert aber (erkennbar von *Jakobs* inspiriert) für einen an der gesellschaftlichen Zweckmäßigkeit orientierten Schuld begriff.

In seiner Darstellung des Verbotsirrtums im deutschen Recht berichtet sodann *Schuster* über die historische Entwicklung des geltenden Rechts mit seiner Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum in den §§ 16 und 17 StGB. Er kritisiert zu Recht die zu strenge Handhabung des Vermeidbarkeitskriteriums in § 17 S. 1 StGB, welche die Bedeutung der z.T. schwierigen Zuordnung zu einer der beiden Irrtumskategorien verschärft (S. 82 f.). In China liegen die Dinge anders, denn dort existiert, wie *Qingren He* in seinem Beitrag klarstellt, keine gesetzliche Regelung des Unrechtsbewusstseins betreffend (S. 85). Dementsprechend verläuft die Diskussion dort in deutlich weniger engen Bahnen. Ein möglicher gesetzlicher Bezugspunkt ist § 14 des chinesischen StGB. Danach ist vorsätzliches Handeln gegeben, wenn der Täter eine Straftat im Wissen begeht, dass das eigene Handeln sozialschädliche Folgen haben könne (!) und er dies auch wolle oder in Kauf nehme (S. 86). Teilweise wird eine Übereinstimmung der Kenntnis der Sozialschädlichkeit mit dem Unrechtsbewusstsein angenommen, was aber bis heute umstritten ist. Durch die zunehmende Orientierung am deutsch-japanischen Strafrecht, die *He* als „Wissens-transformation“ bezeichnet, sei das Unrechtsbewusstsein als eigenständige Kategorie betont worden, die zunehmend wissenschaftliche Aufmerksamkeit erhalten habe. *He* ist der Auffassung, dass das Kernproblem des Unrechtsbewusstseins nicht die Zuordnung zu Vorsatz und Schuld sei, sondern die inhaltliche Frage, „unter welchen Voraussetzungen der Täter nicht mehr strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird“ (S. 89). Herrschend sei in der Wissenschaft ein Verständnis, wonach ein unvermeidbarer Verbotsirrtum die Schuld ausschließe und bei vermeidbarem Irrtum eine Strafmilderung oder sogar ein Absehen von Strafe möglich sei (S. 91 – Letzteres wäre eine interessante Anregung für eine Erweiterung von § 17 S. 2 StGB de lege ferenda!). *He* selbst vertritt eine (in ihren Konturen nur angedeutete) normativ-funktionalistische Schuldtheorie, auf deren Grundlage das fehlende Unrechtsbewusstsein nicht auf der Schuld-, sondern bereits auf der Unrechtsebene verortet wird (S. 97 ff.).

Sehr grundlegend und tiefgründig sind die Ausführungen von *Xuan Chen* über das Schuldprinzip, die Prävention und das Unrechtsbewusstsein (S. 103 ff.). Auch er betont Zusammenhänge von Schuld und Prävention und führt m.E. völlig zu Recht aus, dass die Beachtung des Schuldprinzips (im Sinne einer Vermeidung ungerechter Bestrafung) zugleich notwendige Voraussetzung eines präventiv wirksamen

Strafrechts ist; daher sei es auch fraglich, wenn behauptet werde, das Schuldprinzip könne nur über den Gedanken der Vergeltung hergeleitet werden (S. 105 mit Fn. 12). *Chen* bezweifelt die Berechtigung des in China nach wie vor geltenden Grundsatzes „error iuris nocet“ – die fast ausnahmslose Irrelevanz des fehlenden Unrechtsbewusstseins sei u.a. ein Verstoß gegen das Schuldprinzip. Es könne gerade angesichts der zunehmenden Komplexität strafrechtlicher Normen nicht ohne Weiteres von einer Unrechtskenntnis der Bürger ausgegangen werden: „Es ist für den Normalbürger schlichtweg unmöglich, alle Gesetze im Detail zu kennen“ (S. 107 f., zustimmend *Kindhäuser* in seinem Kommentar auf S. 146). Man müsse hier sauber zwischen der materiell-inhaltlichen Ebene und derjenigen der prozessualen Feststellung trennen – das Problem der „Schutzbehauptungen“, das meines Erachtens ein entscheidender Hintergrund der vergleichsweise strengen Behandlung der (laut eigener Aussage) im Verbotsirrtum handelnden Täterinnen und Täter ist, wird von *Chen* an dieser Stelle zu Recht thematisiert (S. 108 f.). Nach einer umfassenden Diskussion kommt *Chen* mit beachtlichen Argumenten zum Ergebnis, dass das Unrechtsbewusstsein bereits als Bestandteil des Vorsatzes anzusehen sei (S. 109 ff.). Er wirft insbesondere die auch hierzulande oft thematisierte und z.T. verneinte Frage auf, ob die in den §§ 16 und 17 StGB enthaltene Privilegierung des Irrtums über Tatumstände gegenüber dem Verbotsirrtum sachgerecht sei. Und das ist, wie *Chen* präzise analysiert, in der Tat fragwürdig – auch *Kindhäuser* konzediert in seinem Kommentar, dass die Schuldtheorie „bereichsweise auf durchaus schwankendem Boden errichtet“ sei (S. 139). Dass die sich im Verbotsirrtum befindende Person eine rechtsfeindlichere Gesinnung aufweise bzw. die sich „nur“ über Tatsachen irrende eher rechtstreu sei, ist eine reine Behauptung: Beide Personen glauben aus ihrer subjektiven Sicht heraus, rechtstreu zu handeln – und bei beiden wird man regelmäßig davon ausgehen können, dass sie bei Kenntnis der tatsächlichen Lage von der Handlung Abstand genommen hätten. Es stelle sich daher die Frage, warum der Verbotsirrtum strenger behandelt werden sollte, zumal die Schuldtheorie eine unzulässige, generalpräventiv bzw. kriminalpolitisch motivierte „Aufweichung des Schuldprinzips“ sei (S. 112 ff.) – dass bei der Schaffung des § 17 StGB vom deutschen Gesetzgeber tatsächlich kriminalpolitische Erwägungen eine wichtige Rolle spielten, wird später von *Feldle* in seinem Kommentar betont (S. 151 f.).

Auch *Liangfang Ye* erörtert in seinem Beitrag die Position des Unrechtsbewusstseins im Strafrechtssystem (S. 124 ff.). Er bestreitet, dass § 14 des chinesischen StGB mit seinem Hinweis auf die Kenntnis der Sozialschädlichkeit als Vorsatzelement für die Frage der systematischen Stellung des Unrechtsbewusstseins fruchtbar gemacht werden könne, der Wortlaut lege dies jedenfalls nicht nahe (S. 123 f.). Im Ergebnis schließt er sich jedoch der Ansicht von *Chen* an, wonach das Unrechtsbewusstsein als Teil des Vorsatzes zu verstehen sei – auch wenn man der traditionellen chinesischen Verbrechenslehre mit ihren vier Elementen folgt (S. 125 ff.). Er diskutiert weitere Differenzierungen bei der Ermittlung des vorhandenen Unrechtsbewusstseins anhand der klassischen Einteilung der Delikte in *delicta mala per se* und *delicta mere*

prohibita; bei Letzteren sei eher (wenn auch hier tendenziell nur ausnahmsweise) ein fehlendes Unrechtsbewusstsein trotz Kenntnis der Tatumstände anzuerkennen (S. 127).

In seinem Beitrag über das „Schicksal des Unrechtsbewusstseins in China und Deutschland“ (S. 131 ff.) bezeichnet *Genlin Liang* die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum sowie die Vermeidbarkeit von Letzterem als „Trendthema“ in der chinesischen Diskussion (S. 132). Unter dem Einfluss des deutschen und japanischen Strafrechts habe man in der chinesischen Strafrechtswissenschaft mittlerweile die eingeschränkte Schuldtheorie akzeptiert; in der chinesischen Strafrechtspraxis habe der Verbotsirrtum aber nach wie vor „keine Auswirkungen“ (S. 133).

Ein weiteres klassisches Thema, um das im deutschen Strafrecht lange Zeit gerungen wurde, erörtert im folgenden Beitrag *Su Jiang*: die Stellung des Vorsatzes im Verbrechenaufbau (S. 159 ff.). Er stellt klar, dass die Frage in China sehr umstritten ist, soweit der dreistufige Deliktsaufbau deutscher Prägung vertreten wird (auf der Grundlage des herkömmlichen Deliktsaufbaus mit seinen vier Voraussetzungen gilt dies nicht, wie auch *Xingliang Chen* in seinem Kommentar anmerkt, S. 185). Das liege daran, dass die Entwicklung der chinesischen Verbrechenlehre anders als in Deutschland nicht von der finalen Handlungslehre beeinflusst worden sei (S. 162). Oft werde der Vorsatz unter dem Einfluss neoklassischer Lehren (die wiederum eher am japanischen Strafrecht orientiert seien) als Schuldmerkmal eingeordnet. *Su Jiang* selbst plädiert im Einklang mit dem herrschenden Verständnis in Deutschland für eine Einordnung als Tatbestandsmerkmal; der Vorwurf, eine solche Verankerung führe zu einem „subjektivistischen“ Strafrecht, sei unbegründet (S. 162 f.). Der Vorsatz gehöre „als Kern des Handlungsunrechts“ in den Tatbestand (S. 164). Dafür spreche auch die Tatsache, dass der Vorsatz (anders als in Deutschland und Japan) in einigen Vorschriften des Besonders Teils ausdrücklich erwähnt werde und zudem besondere subjektive Tatbestandsmerkmale wie spezielle Absichten anerkannt seien. Eine Differenzierung zwischen den zuletzt genannten und dem Vorsatz sei „nicht logisch und daher nicht vertretbar“ (S. 165 – das wird *Xingliang Chen* nicht gern gehört haben, der insoweit ausdrücklich anderer Meinung ist, S. 188 und S. 191). Es sei falsch und entspreche auch nicht dem „allgemeinen Verständnis der Bürger“, wenn man die Wegnahme einer Sache in der Annahme, sie gehöre einem selbst, als tatbestandlichen Diebstahl qualifiziere (S. 165). Daneben sei der Vorsatz auf der Ebene der Schuld relevant und könne zur Lösung des auch in China sehr umstrittenen Erlaubnistatbestandsirrtums herangezogen werden (S. 167 ff.). In seinem Kommentar widerspricht *Xingliang Chen* dieser Einordnung und schlägt vor, den Vorsatz im Rahmen der Schuld zu prüfen (S. 185 ff.). Schlagkräftige Argumente bleibt er allerdings schuldig; insbesondere stellt es entgegen *Chen* kein ernsthaftes Problem dar, dass der Tatbestand durch eine Integration des Vorsatzes „ausgedehnt“ werde und die Schuldebene zugleich an Bedeutung verliere (S. 186). Denn das ist eine eher ästhetische Frage, die soweit ersichtlich mit keinen inhaltlichen Unterschieden verbunden ist. Auch dass dadurch die Grenze zwischen Unrecht und Schuld verwischt werde

(so *Chen* S. 188), ist nicht zwingend, sondern hängt letztlich von den Prämissen über die Natur des Unrechts ab; das zeigt der Stand der Diskussion in Deutschland, wo man die strikte Trennung von objektiven und subjektiven Elementen als überholt ansieht.

Dongyan Lao setzt sich in ihrem Beitrag kritisch mit der „Vorhersehbarkeit des Erfolgs in der Fahrlässigkeitslehre“ auseinander (S. 173). Der Bezug zum Oberthema wird dadurch hergestellt, dass *Lao* explizit der Frage nachgeht, in welchem Verhältnis Vorhersehbarkeit und Schuldprinzip stehen. Rechtstheoretisch interessant ist der knappe Hinweis auf die Bedeutung der „sozialen Realität“, der sich nach Meinung der *Autorin* Rechtsbegriffe „anpassen“ müssen – dazu hätte man gerne mehr gehört; unklar bleibt an dieser Stelle die Bedeutung dieser Aussage für das Thema der Vorhersehbarkeit. *Lao* geht davon aus, dass entgegen der h.M. die Zurechnungsstrukturen bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten nicht identisch seien; bei ersteren gehe es um Willenszurechnung, während Fahrlässigkeitsdelikte von einer normativen Zurechnung geprägt seien, bei der das Risiko eine zentrale Rolle spiele (S. 175 f.). Davon ausgehend meint *Lao* nun, dass die auf Vorhersehbarkeit basierende Fahrlässigkeitslehre nicht dem in der Risikogesellschaft bestehenden Präventionsbedürfnis entspreche (S. 177). So ganz erschließt sich dies im Folgenden aber nicht (auch *Guangquan Zhou* bestreitet in seinem ansonsten weitgehend zustimmenden Kommentar diesen Zusammenhang, S. 195). Die *Autorin* bleibt den Beweis schuldig, dass gerade das Kriterium der Vorhersehbarkeit ernsthafte Strafbarkeits- und damit Präventionslücken reißt – ganz abgesehen von der Frage, ob man ein solches (auch) schuldrelevantes Kriterium allein mit Hinweis auf angebliche Präventionsbedürfnisse bzw. ein „rechtspolitisch unerwünschte[s] Zurechnungsergebnis“ (S. 180) einschränken oder abschaffen kann. Die *Autorin* macht es sich meines Erachtens zu leicht, wenn sie meint, dass die Schuld sich auf das Unrecht beziehe und das Fahrlässigkeitsdelikt einen vom Vorsatzdelikt abweichenden Unrechtstypus darstelle, so dass auch die „Schuldtypen“ unterschiedlich seien (S. 184) – soll das heißen, dass auch das Schuldprinzip in seiner schützenden Funktion beim Fahrlässigkeitsdelikt einen anderen (d.h. weniger umfassenden) Gehalt hat? Dass die nach Ansicht der *Autorin* an die Stelle der Vorhersehbarkeit tretende „Zuständigkeit“ für das geschaffene Risiko selbst kaum materielle Kriterien enthält und daher höchst unbestimmt ist, liegt auf der Hand (*Kusche* schlägt in seinem Kommentar vor, konturierend den Vertrauensgrundsatz heranzuziehen, S. 201 – dieser hilft hier allerdings nur bedingt weiter, da er selbst in seinen Voraussetzungen nicht unumstritten ist und zudem eher zur Beschränkung und nicht zur originären Begründung von Verantwortlichkeit bzw. „Zuständigkeit“ herangezogen wird). Die Beschreibung, wonach ein Erfolg dem Täter dann zuzurechnen ist, „wenn das verletzte Rechtsgut von bestimmten Normen geschützt“ ist, bleibt unklar – welche Normen sind damit gemeint? Die Strafnorm selbst kann es kaum sein, sonst bliebe das Kriterium ohne jeden begrenzenden Gehalt. Überhaupt stellt sich die Frage, warum die Vorhersehbarkeit gerade in ihrer Eigenschaft als empirisches Kriterium kritisiert wird (S. 179), wo die *Autorin* doch selbst eingangs auf

die Relevanz der „sozialen Realität“ und damit auch der Empirie hingewiesen hat. Und wenn das für die Strafbarkeit erforderliche „unerlaubte Risiko“ schließlich als (relevante) sorgfaltswidrige Handlung definiert wird und relevant wiederum nur solche Sorgfaltspflichtverletzungen sein sollen, die eine strafrechtliche Haftung begründen können (S. 182), erscheint dies zirkulär.

Den letzten Themenkomplex eröffnet *Jan C. Joerden* mit einem Überblick über Schuldfähigkeit und *actio libera in causa* aus Sicht des deutschen Rechts (S. 207 ff.). Auf der Basis der Systematisierung von *Hruschka* wird die *actio libera in causa* als Fall der „außerordentlichen Zurechnung“ bezeichnet. Das eröffnet den Blick auf parallele Konstellationen wie § 17 S. 2 StGB bzw. § 35 Abs. 1 S. 2 StGB, bei denen die allgemeinen Voraussetzungen des schuldlosen bzw. entschuldigten Handelns zwar an sich erfüllt sind, der Täter sich aber aufgrund seines Vorverhaltens dennoch einen Schuldvorwurf gefallen lassen muss. Eine solche Regelung fehlt aber eben nun gerade im Bereich des § 20 StGB, was meines Erachtens eines der entscheidenden Argumente gegen eine vergleichbare ungeschriebene Ausnahme im Bereich von § 20 StGB ist. Zu Recht fordert *Joerden* daher *de lege ferenda* eine ausdrückliche Regelung (S. 222).

Über die Entwicklung der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens berichtet *Yu Wang*. Sie beschreibt anschaulich das Problem, dass man sich im Laufe der Zeit sowohl an der (ursprünglich stark vom deutschen Strafrecht beeinflussten) japanischen Dogmatik orientiert habe als auch an der mittlerweile in manchen Punkten davon deutlich abweichenden deutschen Dogmatik; dieser „doppelte Einfluss“ erschwere die Schaffung einer eigenständigen und konsistenten chinesischen Strafrechtsdogmatik (S. 225 f.). Bei der Diskussion des schillernden Begriffs der Unzumutbarkeit betont *Wang* völlig zu Recht (entgegen der später auf S. 238 f. von *Mingkai Zhang* vertretenen Position), dass man das Anders-Handeln-Können im Sinne des Schuldvorwurfs nicht mit der Zumutbarkeit verwechseln dürfe (S. 229). In der Tat bleibt der schuldunfähige Täter nicht deswegen straflos, weil man ihm die Einhaltung der Strafgesetze nicht „zumuten“ will oder kann, sondern weil man ihn dazu definitionsgemäß gar nicht in der Lage sieht. Anders formuliert: Die Frage der Zumutbarkeit von Normorientierung stellt sich nur bei der Person, die dazu prinzipiell in der Lage ist (so auch *Ignor* in seinem Kommentar auf S. 248 f.). Wie in Japan (und anders als in Deutschland), wird in China offenbar vielfach vertreten, dass die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens als ungeschriebener Entschuldigungsgrund anzuerkennen sei – auch dies sei die Folge der zunehmenden Anerkennung des dreistufigen Verbrechensaufbaus, während die Unzumutbarkeit im herkömmlichen System der vier Strafbarkeitselemente keinen Platz habe (S. 232). *Wang* selbst lehnt dies ab, da ein „nicht eingegrenzter übergesetzlicher Entschuldigungsgrund“ der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts zuwiderlaufe (S. 233). Das muss man meines Erachtens nicht so streng sehen: Da sich die Entschuldigung auf Ausnahmekonstellationen beziehen soll, dürfte sie zu keiner generalpräventiven Einbuße führen (so auch der Beitrag von *Zhang*, der auf die äußerst geringe Freispruchquote in China verweist, S. 241).

Was bleibt ist ein Bestimmtheitsproblem, das bei der hier vorliegenden Wirkung zugunsten der Angeklagten aber verkräftbar erscheint. Auch *Ignor* plädiert abschließend aus der Sicht eines Praktikers anhand eines konkreten Beispiels für die Anerkennung der Rechtsfigur der entschuldigenden Unzumutbarkeit, mit der man auf Fälle fehlender Strafwürdigkeit reagieren könne (S. 249 ff.). Das überzeugt vor allem dann, wenn man sich die übergreifende Funktion des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor Augen führt, der die Härten abstrakt-genereller Regelungen im (möglicherweise atypischen) Einzelfall abmildern soll. Institute wie die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens können dazu beitragen, vergleichbar dem ähnlich gelagerten übergesetzlichen entschuldigenden Notstand, auf den auch *Ignor* verweist (S. 250 f.). Die Möglichkeit einer Einstellung gem. §§ 153 ff. StPO ist demgegenüber eine reine Verlegenheitslösung, zumal ihre Voraussetzungen nicht in allen einschlägigen Fällen gegeben sein werden – auch insofern kann man *Ignor* nur zustimmen.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass es sich beim vorliegenden Band, wie eingangs bereits angedeutet, um eine anregende Lektüre handelt. Hier werden Grunddiskussionen entfaltet, die in Deutschland teilweise vor langer Zeit und unter anderen Vorzeichen geführt wurden. Die Ergebnisse dieser Auseinandersetzungen gemeinsam mit den chinesischen Kolleginnen und Kollegen erneut auf den Prüfstand zu stellen und vor dem Hintergrund des in vielerlei Hinsicht abweichend ausgestalteten chinesischen Strafrechts zu diskutieren, hat sich als ertragreich erwiesen. Man kann auf die Publikation der Beiträge der Nachfolgetagung, die sich Fragen von Täterschaft und Teilnahme gewidmet hat, gespannt sein.

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Augsburg