

Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?

Gedanken anlässlich der Diskussion in der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Thomas Grosse-Wilde, Bonn*

I. Konjunkturen im Wissenschaftsbetrieb

Recht abrupt häufen sich rund um das Thema der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages „Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?“ diverse Stellungnahmen im Schrifttum zur Lage und Verbesserung des deutschen Strafzumessungsrechts.¹ Zudem sind in den letzten Jahren mehrere einschlägige Monografien veröffentlicht worden,² eine Neubearbeitung des großen Werkes von *Bruns* wird nach mehr als 30 Jahren in diesen Tagen ausgeliefert.³ Auch andere Rechtsordnungen haben sich mit dieser Thematik jüngst auseinandergesetzt, so etwa der 19. Österreichische Juristentag 2015 in Wien mit der Frage: „Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen?“⁴; vollkommen unbemerkt von der deutschen Diskussion geblieben ist auch eine aktuelle Änderung der Strafzumessungsbestimmungen des US Model Penal Code (MPC), die nach einer 15 Jahre (!), auf insgesamt elf Konferenzen (!) des American Law Institute (ALI)⁵ währenden Beratung⁶ mit

* Der *Verf.* ist Habilitand am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Strafrechtsgeschichte (Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg), Universität Bonn.

¹ U.a. *Güntge*, ZIS 2018, 384; *Hoven*, Einspruch Magazin, 2018, abrufbar unter <https://einspruch.faz.net/einspruch-magazin/2018-10-03/771484e4c15d05606edb3c0f51ef52da/?GEPc=s3> (17.1.2018); *dies.*, KriPoZ 2018, 276; *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762; *Radtke*, DRiZ 2018, 250; *Streng*, StV 2018, 593; *Verrel*, JZ 2018, 811.

² U.a. *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, 2014, mit Rezension *Heghmanns*, ZIS 2016, 879; sowie *Streng*, GA 2015, 473; *Rastätter*, Strafzwecke und Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung, 2017; *Stahl*, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenlehre und Straftheorie, 2015; *Grosse-Wilde*, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, 2017; auch die Habilitationsschrift von *Gaede*, Der Steuerbetrug, 2016, widmet sich recht ausführlich der Strafzumessung, u.a. S. 796 ff.

³ *Bruns/Güntge*, Strafzumessung, 3. Aufl. 2018.

⁴ Mit den Gutachten von *Grafl* und *Schmoller*, siehe *Grafl/Schmoller*, Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen, 19. ÖJT, Bd. II/1.

⁵ Das 1923 gegründete ALI ist mit 3.000 gewählten (und weiteren ex officio-)Mitgliedern die führende Institution zur Systematisierung des US-amerikanischen Rechts, freilich haben seine Model Codes und Restatements keinerlei Gesetzesautoritative Kraft oder sonstige staatliche Bindungswirkung, jedoch ist ihr Einfluss auf die Auslegung und Reform des common law enorm.

einem 685-seitigen Abschlussbericht zur ersten Revision des US Model Penal Code nach seiner Verabschiedung 1962 auf dem 94. Treffen des ALI 2017 in Washington geführt hat⁷ – eine doch recht ausgreifende Reformdebatte in den angeblich „strafrechtswissenschaftsfreien“ Vereinigten Staaten.⁸ Obwohl dieses Thema hierzulande „eigentlich ein Dauerbrenner der Reformdiskussion sein müsste“⁹, bewegt sich das Strafzumessungsrecht weiterhin weitgehend „unterhalb des Radars“ der deutschen Strafrechtswissenschaft, wie nachfolgend anhand einiger Rechtsprobleme und Entscheidungen illustriert werden soll. Beklagt worden ist dieser Zustand freilich schon allzu oft, etwa von *Horn* vor knapp 40 Jahren in seiner Besprechung des *Brunsschen* Leitfadens des Strafzumessungsrechts:

„Sie [Anm. des *Verf.*: die Arbeit von *Bruns*] ist in gleichem Maße Mahnung an die (vorzugsweise anderweitig orientierte) Strafrechtswissenschaft, mit den gleichen methodischen Mitteln, die sie unermüdlich an Problemen

⁶ Siehe *Revesz*, Vorwort zum Model Penal Code: Sentencing, Proposed Final Draft, S. xiii, abrufbar unter <https://robinainstitute.umn.edu/publications/model-penal-code-sentencing-proposed-final-draft-approved-may-2017> (17.1.2019).

⁷ Federführender Berichterstatter („Reporter“) war *Kevin R. Reitz*, siehe näher *Revesz* (Fn. 6), S. xiii.

⁸ *Dubber*, ZStW 121 (2009), 977: „Eine Erörterung der Frage nach dem Einfluss der amerikanischen Strafrechtswissenschaft auf die amerikanische Strafrechtspflege stößt zunächst auf das Problem, dass es weder eine amerikanische Rechtswissenschaft im Allgemeinen noch eine amerikanische Strafrechtswissenschaft im Besonderen gibt.“ Sowie in Fn. 1: „Die Idee einer Wissenschaft des Rechts ist seit dem Legal Realism des frühen 20. Jahrhunderts in den U.S.A. nur noch von historischem Interesse.“ Das ist eine fragwürdige Charakterisierung der amerikanischen (Straf-)Rechtswissenschaft mit einer Überbetonung des Rechtsrealismus, der nur *eine*, wenn auch einflussreiche Strömung unter mehreren geblieben ist; siehe zu einer vernichtenden Kritik durch einen der wohl berühmtesten zeitgenössischen US-amerikanischen Strafrechtswissenschaftler (der sich auch als solcher versteht) *Michael S. Moore*, Educating Oneself in Public, 2000, S. 30: „In American legal thought we have seen two waves of scepticism about law, the badly labelled ‚Legal Realists‘ of the 1920s and 1930s, and the Critical Legal Studies Movement of the 1970s and 1980s. Both movements generated far more heat than light. Neither had the patience or the sophistication to become an interesting scepticism about law. Their practitioners were too ill-read, too motivated by the political bottom line, too anti-philosophical in their interests, or just too stupid or sloppy, to be interesting.“

⁹ So zutreffend jüngst *Verrel*, JZ 2018, 811.

wie Vorsatz, Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeitszusammenhang erprobt, endlich auch dem Strafzumessungsrecht zu Leibe zu rücken, damit diese Disziplin das Etikett ‚Recht‘ auch (wieder) verdient.“¹⁰

Daher und unter dem Eindruck der Diskussion und Abstimmungsergebnisse des 72. DJT, die sich weitgehend mit einem selbstbewussten „Weiter so“ zusammenfassen lassen, mag die Prognose nicht übermäßig pessimistisch sein, dass die Debatte alsbald wieder gänzlich einschlafen wird (freilich nicht, ohne dass sich vorher die Diskutanten der weltweit einmaligen Qualität der deutschen, ergo eigenen Diskussion und des deutschen Rechtsstaates überhaupt versichert haben) und damit auch dieser Beitrag eher den Charakter eines „esoterischen (Selbst-)Gesprächs“ annimmt.¹¹

II. Ein „Entweder-Oder“-Fehlschluss

In ein grundlegend falsches Fahrwasser gerät die deutsche Debatte um mehr Regeln für die Strafzumessung schon allein dadurch, dass sowohl auf dem 72. DJT als auch allgemein in der deutschen Strafrechtswissenschaft immer wieder die US-amerikanischen Federal Sentencing Guidelines als Blaupause für ein exaktes Regelwerk von „bindenden“ Strafzumessungsrichtlinien“ präsentiert und als häufig einzige Alternative zum „freien tatrichterlichen Ermessen“ angeboten werden. Nun sind die Vereinigten Staaten von Amerika als solche und speziell die Bundes-Strafzumessungsrichtlinien wohl das denkbar schlechteste Beispiel weltweit für inhaltlich wie formal überzeugende Regeln für eine gerechte und zweckmäßige Strafzumessung.¹² Die Inhaftierungsquote pro 100.000 Einwohner ist mit ca. 700 Einwohnern einmalig in der westlichen Welt,¹³ weit vor Staaten wie Russland oder Südafrika, und ca. neunmal so hoch wie in Deutschland.¹⁴ Die Strafzumessungstabelle (sentencing table) der Federal Sentencing Guidelines mit 43 Tatschwereinheiten (über-)determiniert

die zu verhängende Strafe bis auf einen extrem verengten, regelmäßig sechsmonatigen Strafrahmen, innerhalb dessen der Richter die konkrete Endstrafe festlegt,¹⁵ was im Schrifttum oftmals als viel zu rigide „sentencing machine“ kritisiert worden ist.¹⁶ Ein Experte des US-amerikanischen Strafzumessungsrechts, *Michael Tonry*, resümiert daher wie folgt:

„No one admires American sentencing systems. They are arbitrary and unjust, they are much too severe, they ruin countless lives, and they have produced a shameful system of mass incarceration. Ten or 20 years ago, many people and most politicians would have dismissed those two sentences as polemic. Today they express mainstream views. [...] Hamfisted laws – three-strikes, mandatory minimums, thruth-in-sentencing, life-without-parole – were enacted throughout the country. Some states enacted all of them. All enacted some. [...] No other country did anything remotely similar.“¹⁷

Die Arbeit des ALI an einer Reform des Strafzumessungsrechts geschah gerade in strikter Abgrenzung von den Federal Sentencing Guidelines: „When scholars from the American Law Instituted, an esteemed American law reform organization, sought to establish model sentencing laws, the message was clear: avoid the Federal Sentencing Guidelines regime at all costs.“¹⁸

Vor diese Alternative zur hergebrachten deutschen Strafzumessung gestellt, nimmt es nicht wunder, dass sich der 72. DJT fast einhellig gegen „bindende Strafzumessungsrichtlinien nach Art der US-amerikanischen Sentencing Guidelines“ (was immer das genau heißen mag – Bindungswirkungen können durch ganz verschiedene, komplizierte Mechanismen generiert werden¹⁹) ausgesprochen hat.²⁰ Aber das

¹⁰ *Horn*, NJW 1981, 672; ebenso jüngst *Hörnle*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 183 (208).

¹¹ Vgl. *Lackner*, Über neuere Entwicklungen in der Strafzumessungslehre, 1978, S. 10: „Die wissenschaftliche Diskussion über die Dogmatik der Strafzumessung hat – sagen wir es ehrlich – den Charakter eines esoterischen Gesprächs. In der Rechtsprechung jedenfalls hat sie keine sichtbaren Spuren hinterlassen.“

¹² Ein jüngst erschienener Sammelband ist zutreffend betitelt, *Reitz*, in: *Reitz* (Hrsg.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, 2017.

¹³ Siehe zu den zuletzt leicht rückläufigen Zahlen *Kaeble/Cowhig*, NCJ 251211, S. 4 Table 4 (abrufbar unter <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus16.pdf>, 17.1.2019), auch innerhalb des Common Law stellt die Gefangenenerate der USA eine absolute Ausnahme dar, die sechsmal höher als in Kanada, mehr als viereinhalbmal höher als in Australien und fast dreieinhalbmal höher als in Neuseeland ist, siehe *Reitz* (Fn. 12), S. 3.

¹⁴ Mit ca. 78 Inhaftierten je 100.000 Einwohner, siehe Council of Europe, SPACE I 2016.1 (Annual Penal Statistics SPACE I Prison Populations).

¹⁵ United States Sentencing Commission, Chapter 5 Part A, abrufbar unter

<https://www.uscc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-5> (17.1.2019).

¹⁶ Siehe etwa *Tonry*, *Sentencing Fragments, Penal Reform in America, 1975–2025*, 2016, S. 145: „The 43-level sentencing grid was one of the commission’s worst blunders. It confirmed skeptic’s worst stereotypes of arbitrary sentencing by numbers.“, auch wenn die Federal Sentencing Guidelines mittlerweile seit der Entscheidung *Booker vs. United States* 543 U.S. 220 (2005), nur noch „advisory“ für die Strafzumessungsentscheidung sind.

¹⁷ *Tonry* (Fn. 16), S. vii f.

¹⁸ *Gertner*, in: *Freiberg/Gelb* (Hrsg.), *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*, 2008, S. 103.

¹⁹ Siehe etwa *Reitz*, *Stanford Law Review* 58 (2005), 155 (156 f.): „Analysts of American sentencing guidelines, when drawing comparisons among a variety of jurisdictions, have used labels such as advisory, ‘voluntary,’ ‘presumptive,’ and ‘mandatory’ to portray different regimes. [...] These terms – which I have often used myself – have never been wholly adequate to capture the continuum of possibilities for the design of sentencing systems. [...] In addition, there are an infinite number of stops between a purely advisory approach

rechtsvergleichende Bild von „Sentencing Guidelines“, also rechtlichen Regeln, Leitplanken, Richtlinien etc. für die Strafzumessung, die das Ermessen des Tatrichters bzgl. der Strafmaßentscheidung in irgendeiner Form einschränken, ist viel komplizierter:

Dies gilt strenggenommen schon innerhalb der Vereinigten Staaten, für die es eine allzu beschränkte Sicht ist, sich auf die Bundesebene der Sentencing Guidelines zu fokussieren,²¹ wo doch ca. 90 % der Straftaten Verstöße gegen Strafgesetze der Bundesstaaten ausmachen und mehr als 90 % der Gefangenen in Gefängnissen der Bundesstaaten einsitzen.²² Die Sentencing Guidelines der Einzelstaaten kennen teilweise viel weniger Tatschwereinheiten, der Staat Washington etwa hat lediglich 16 Einheiten („Seriousness Levels“).²³ Auf Ebene der Einzelstaaten gibt es Beispiele für Strafrechtsordnungen mit Sentencing Guideline-Systemen von weitaus geringerer Punitivität,²⁴ etwa in Minnesota, das im Jahre 2005 eine Gefangenenrate von ca. 180 Personen pro 100.000

and a completely mandatory framework. The idea that some guidelines have ‚presumptive‘ or provisional legal force tells us little about how many teeth the guidelines have, how sharp the teeth are, and what issues they engage. There are many shades and degrees of ‚presumptiveness‘.“

²⁰ Siehe These II. 3. – abgelehnt mit 69 Nein-Stimmen, einer Ja-Stimme und zwei Enthaltungen, abrufbar unter https://www.djt.de/fileadmin/downloads/72/Beschluesse_gesamt_final.pdf (17.1.2019).

²¹ So aber trotz des Hinweises auf die notwendige Differenzierung zwischen Bundes- und Einzelstaatenebene auch das Gutachten von *Kaspar*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, Bd. 1, 2018, Gutachten C, S. 76 ff.; auch *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762 (2763 f.), beschäftigen sich nur mit den Federal Sentencing Guidelines. *Hörnle* (Fn. 10), S. 183 (203 f. in Fn. 55), hat ebenfalls jüngst auf die Wichtigkeit des Strafzumessungsrechts der einzelnen Bundesstaaten hingewiesen.

²² Siehe *Carson*, NCJ 251149, S. 3 (abrufbar unter <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p16.pdf> [17.2.2019]); Straftaten wegen Verstößen gegen Bundesgesetze betreffen vor allem Drogen- und Waffenbesitzdelikte, siehe U.S. Sentencing Commission, Federal Offenders in Prison – February 2017, abrufbar unter https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/quick-facts/BOP_Feb2017.pdf (17.1.2019).

²³ Washington State Adult Sentencing Guidelines Manual 2017, S. 94, abrufbar unter https://www.cfc.wa.gov/PublicationSentencing/SentencingManual/Adult_Sentencing_Manual_2017.pdf (17.1.2019); siehe auch *Tonry* (Fn. 16), S. 145 f.

²⁴ Die Gefangenenrate als Indikator für das Sanktionsniveau und die Punitivität einer Strafrechtsordnung heranzuziehen, ist selbstverständlich unterkomplex, siehe näher *Kunz*, in: Boers/Feltes/Kinzig/Sherman/Streng/Trüg (Hrsg.), Kriminologie – Kriminalpolitik – Strafrecht, Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag, 2013, S. 113 (116).

Einwohner aufwies²⁵ und damit unter derjenigen von Polen lag und in etwa derjenigen der Slowakei und Tschechiens entsprach.²⁶

„For mass imprisonment, the evidence of nationwide growth in imprisonment is more substantial, but the cross-sectional differences in current rates of incarceration are very large. A state like Minnesota is closer to the Czech Republic and England and Wales in prison levels than to Alabama and Delaware.“²⁷

Fragt man nach den Gründen, so wird die fehlende Politisierung des Strafjustizsystems in Minnesota genannt, da die Richter und Staatsanwälte zumeist ohne Gegenkandidaten und somit ohne Wahlkämpfe wiedergewählt würden.²⁸ Blickt man wiederum auf die Bindungswirkung von Sentencing Guideline-Systemen in den Vereinigten Staaten, so garantieren nach bisheriger Rechtslage keineswegs immer die Rechtsmittelgerichte deren Einhaltung:²⁹

„Over decades of experimentation with guidelines systems in the United States, this has led to great divergence in appellate practice in jurisdictions with otherwise-similar authorizing legislation. At one extreme, some appellate benches have conceived their role primarily as enforcers of the literal terms of sentencing. [...] At the opposite extreme, a number of appellate judiciaries have taken a ‚hands off‘ approach to sentence appeals, thus depriving guidelines of legal force – even the relatively modest ‚presumptive‘ force [...].“³⁰

²⁵ *Frase*, in: Freiberg/Gelb (Hrsg.), Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy, 2008, S. 83 (86); die Gefangenenrate ist seitdem gestiegen auf 290 pro 100.000 Einwohner im Jahre 2016, siehe *Kaebler/Cowhig* (Fn. 13), S. 11 Appendix Table 1, liegt damit aber immer noch relational am unteren Ende der Einzelstaaten der USA. Minnesota war notabene der erste Einzelstaat der USA, der Strafzumessungsrichtlinien 1978 eingeführt hat.

²⁶ Council of Europe, SPACE 2005.1 (Annual Penal Statistics), S. 16.

²⁷ *Zimring*, in: Reitz (Fn. 12), S. 181 (191).

²⁸ *Frase* (Fn. 25), S. 85.

²⁹ In diese Richtung aber *Kaspar* (Fn. 21), S. 80.

³⁰ *Reitz* (Reporter), Model Penal Code: Sentencing, 2017, § 7.09, Appellate Review of Sentences, Erläuterung, S. 498 f.; siehe auch *Reitz*, Stanford Law Review 58 (2005), 155 (161 f.): „In several states that employ advisory guidelines, a sentencing judge may deviate from the guidelines at will, without responsibility to give any statement of reasons. [...] Jurisdictions taking this approach include Missouri and the District of Columbia. In terms of judicial authority, these systems come very close to the traditional indeterminate sentencing framework, under which judges may pronounce any penalty they see fit to pronounce within statutory boundaries, with no burden of explanation. Unless a judge is foolish enough to make a gratuitous statement on the record that demonstrates the use of an impermissible consideration such

Es ist vielmehr vor allem der Mechanismus der Direktwahl von Staatsanwälten und Richtern, verbunden mit einer entsprechenden Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit für Strafzumessungsentscheidungen und Abweichungen von Guidelines, der zu einer faktischen Bindungswirkung führt.³¹ In England und Wales, in denen es seit 1998 ein „Sentencing Guidelines“-System gibt, herrscht demgegenüber eine recht engmaschige Kontrolldichte durch die Rechtsmittelgerichte:

„In contrast to the review conducted in the federal courts of appeals [Anm. des *Verf.*: der USA], appellate review of criminal sentences in England is quite robust. [...] The appellate court in England conducts *de novo* review of sentencing law and principles to develop a common law of sentencing independent of the English sentencing guidelines.³² [...] The English experience most clearly provides a rebuttal to the functional argument that there is no principled way to implement substantive reasonableness review without simply resorting to re-sentencing defendants on appeal.³³ [...] The English example shows that appellate courts are perfectly capable of providing guidance on sentencing law and policy, while still providing trial courts the discretion they need to craft sentences that are appropriate for each individual defendant.”³⁴

Dieses „englische Modell“ einer intensiveren Kontrolle der Strafzumessung durch Rechtsmittelgerichte wird nun auch

as race or religion, there is no realistic prospect of reversal on appeal.”

³¹ Siehe etwa die Studie von *Berdejó/Yuchtman*, *The Review of Economics and Statistics*, 95 (2013), 741, zu Strafzumessungsentscheidungen von Richtern im Bundesstaat Washington: „We present evidence that Washington State judges respond to political pressure by sentencing serious crimes more severely. Sentences are around 10% longer at the end of a judge’s political cycle than at the beginning; judges’ discretionary departures above the sentencing guidelines range increase by 50% across the electoral cycle, accounting for much of the greater severity.”

³² *Rosenbaum*, *The Journal of Appellate Practice und Process* 14 (2013), 81 (85).

³³ *Rosenbaum*, *The Journal of Appellate Practice und Process* 14 (2013), 81 (136).

³⁴ *Rosenbaum*, *The Journal of Appellate Practice und Process* 14 (2013), 81 (138); die *Autorin* weist aber auf den prozessual interessanten Aspekt hin, dass für ein Strafzumessungsrechtsmittel sowohl in den USA wie in England vom Beschwerdeführer eine detaillierte Begründung verlangt wird (152, mit Fn. 347), sodass eine Überprüfung der Strafzumessungsentscheidung prozedural weitaus schwieriger ist als in Deutschland (wo die pauschale Erhebung der allgemeinen Sachrüge zur Begründung der Strafzumessungsrevision grundsätzlich ausreicht, siehe aber zu Unsicherheiten der Abgrenzung von Verfahrensrüge und Sachrüge bei der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, *Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl. 2017, Rn. 1518e ff.).

neuerdings vom ALI im reformierten Model Penal Code für die Vereinigten Staaten befürwortet.³⁵ So heißt es in § 7.09. Abs. 5 lit. a:

„The appellate courts shall exercise *de novo* review of claims of errors of law. Whether a particular consideration is a legally permissible ground for departure from the sentencing guidelines is a question of law within the meaning of this Section.”

In der Erläuterung heißt es dazu:

„The Code’s underlying philosophy is that there should be collaboration and dialogue between the commission and the judiciary in the continuous development of a common law of sentencing, but the judiciary should hold ultimate dispositive power over most issues. [...] The ‘balance of power’ among commission, trial courts, and appellate courts is a critical design element of a guidelines system to ensure that sentencing guidelines enjoy a moderate degree of legal enforceability, but not so much as to choke off the appropriate sentencing discretion of trial courts in individual cases.”³⁶

Auch in anderen Rechtsordnungen wie dem „mixed legal system“ Südafrikas werden Strafzumessungsentscheidungen zunehmend als Rechtsfrage, als „question of law“ und damit revisibel angesehen. So entschied etwa jüngst ein südafrikanisches Obergericht, dass die Wertung, die Zustimmung eines zehnjährigen Kindes zu einer sexuellen Handlung sei ein wichtiger Strafmilderungsgrund für eine Vergewaltigung, einen revisiblen Rechtsfehler darstelle.³⁷

Diese knappen Hinweise sollen genügen, um zu illustrieren, wie vielgestaltig die verschiedenen Strafzumessungssysteme in Ländern mit „Sentencing Guidelines“ sind, zu denen ja neben den USA unter anderem England und Wales, Schott-

³⁵ *Reitz* (Reporter, Fn. 30), S. 496 ff.

³⁶ *Reitz* (Reporter, Fn. 30), § 7.09, Appellate Review of Sentences, Comment A S. 498.

³⁷ The Supreme Court of Appeal of South Africa, Director of Public Prosecutions, *Gauteng v Grobler* (6/2017) [2017] ZASCA 82 (2 June 2017), Rn. 19, 29: „That the [High] Court erred in law in imputing consent by conduct and/or acquiescence to the commission of the offences, by a child below the age of 12 and in its consideration thereof as an important factor in mitigation of sentence.’ [...] Accordingly, the dictum in *Mphaphama* that ‘the exercise of a judicial discretion in favour of a convicted person in regard to sentence cannot be a question of law’, is cast too wide. In particular it does not deal with the position where that discretion has been exercised on an incorrect legal basis. An exercise of a judicial discretion based on a wrong principle or erroneous view of the law is clearly a question of law decided in favour of a convicted person.” Abrufbar unter <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2017/82.pdf> (17.1.2019).

land, Australien, Neuseeland, Südafrika oder auch Israel³⁸ gehören. Die Gegner jeglicher Form einer Verrechtlichung der Strafzumessungsentscheidung in Form von „Sentencing Guidelines“ machen es sich daher zu einfach, stereotyp auf die Nachteile der US Federal Sentencing Guidelines zu verweisen. Schließlich ist auch das Narrativ, diese seien allein Ausdruck einer mit der Reagan-Ära beginnenden, konservativen Punitivitätsbewegung, im höchsten Maße unterkomplex. Sie sind vielmehr das Produkt einer eigenwilligen Allianz konservativer Kräfte einerseits mit linksliberalen Opferchutz- und Antidiskriminierungsaktivisten andererseits, die im grenzenlosen Ermessen der sog. „parole boards“ das Einfallstor für ethnische Diskriminierung in der Strafzumessung ausgemacht hatten.³⁹ Empirische Analysen bis in die neueste Zeit (also zugebenermaßen auch unter dem Regime der Sentencing Guidelines) geben ihnen damit auf eindrucksvolle, erschreckende Weise recht.⁴⁰

Rechtsvergleichend haben wir es also mit einer Art Antinomie zu tun: Während die deutsche Strafrechtswissenschaft auf Tatbestandsseite auf die strikte Einhaltung des *nulla poena sine lege*-Satzes pocht und den anglo-amerikanischen Rechtskreis mit Verachtung für die Möglichkeit strafbarkeitsbegründenden Gewohnheitsrechts straft, wird die Regellosigkeit der Strafzumessung weitgehend hingenommen:

„There is no comparable degree [Anm. des Verf.: zur US-amerikanischen Diskussion] of scholarly or public focus on the possibility of sentence disparity in Germany.“⁴¹

Dagegen wird sie im anglo-amerikanischen Rechtsraum und insbesondere in den Vereinigten Staaten seit den 70er Jahren als echtes Gerechtigkeitsproblem empfunden. Für die Rechtsvergleiche bleibt damit im Bereich der Strafzumessung noch unglaublich viel zu tun, um diese, sich in den letzten vier Jahrzehnten aufgetanen Unterschiede zufriedenstellend zu erklären:

³⁸ Siehe näher *Gazal-Ayal/Kannai*, *Federal Sentencing Reporter* 22, 2010, 232.

³⁹ Siehe näher *Tonry* (Fn. 16), S. 42 f.; *Lepore*, <https://www.newyorker.com/magazine/2018/05/21/the-rise-of-the-victims-rights-movement> (17.1.2019).

⁴⁰ Siehe aber zu weiterhin vorhandenen Strafmaßdifferenzierungen abhängig von gewissen persönlichen Eigenschaften wie Geschlecht und ethnischer Zugehörigkeit des Täters (oder des Opfers) *Bennett*, *The Yale Law Journal Forum* 2017, 391; United States Sentencing Commission, *Demographic Differences in Sentencing: An Update to the 2012 Booker Report*, 2017, wonach männliche, afro-amerikanische Straftäter für ähnliche Straftaten um knapp 20% längere Strafen erhalten als entsprechende weiße Straftäter; zur Nationalität des Beschuldigten als Einflussfaktor für staatsanwaltliche Entscheidungen in der Schweiz etwa jüngst *Ludewig/Lallave/De Matteis*, *Betrifft Justiz* 33 (2017), 178.

⁴¹ *Hörnle*, *Law and Contemporary Problems* 76 (2013), 189 (202).

„First, the claim that the standard mechanisms serving to regulate sentencing discretion in the American legal system today are considerably more formalized, rigid, and restrictive than those operating in civil law systems (as well as in other common law jurisdictions) seems to be at odds with the conventional way in which the essentials of American and European conceptions of adjudication are characterized in comparative law scholarship. American conceptions of adjudication are usually associated with a pragmatist approach to judicial lawmaking, a willingness to recognize the policymaking function of courts, and a ‚jurisprudential style‘ that gives much greater weight to substantive values of justice than other legal systems are willing to provide. The European legal tradition, by contrast, has long been famous for its striving to minimize the scope of judicial discretion and for its tendency to rely on codified legal norms for furthering that goal. In this context, both the proliferation of determinate sentencing mechanisms in American law and the resistance of European policymakers to adopt these mechanisms raise important questions for comparative legal scholarship.“⁴²

III. Welche Form von Regeln kann es für die Strafzumessung geben?

In der deutschen Debatte um die Reform des Strafzumessungsrechts lassen sich immer wiederkehrende Muster ausmachen:

Die Gegner einer weiteren Verrechtlichung des Strafzumessungsrechts assoziieren mit *Regeln* exakte notwendige und hinreichende Bedingungen, wann eine *genaue* Rechtsfolge in Form einer bestimmten Strafhöhe eintreten soll. Sowohl auf der Voraussetzungsseite wie auf der Rechtsfolgenseite der Norm müssten quantifizierbare Terme (des Erfolgsunrechts, der Schadenshöhe etc., ggf. des Handlungsunrechts/der numerisch bestimmten Strafhöhe in Form einer exakten Geld- oder Freiheitsstrafe) stehen. Da es solche Regeln natürlich nicht geben kann, sei das gesamte Ansinnen einer weiteren „Durchnormierung“ der Strafzumessung zum Scheitern verurteilt. Diese Argumentation unterliegt einem fundamentalen Fehler, den *H.L.A. Hart* in seinem Aufsatz über *Jherings* juristischen Begriffshimmel zutreffend wie folgt charakterisiert hat:

„I believe the fundamental intellectual error about the nature of law and legal concepts, which drew fire from Jhering, was exactly the same as stimulated Holmes and his followers to their attack; and I will attempt to say what the root of this intellectual error is. It can I think be most simply stated in the following way. The fundamental error consists in the belief that legal concepts are *fixed* or *closed* in the sense that it is possible to define them exhaustively in terms of a set of necessary and sufficient conditions; so that for any real or imaginary case it is possible to say with certainty whether it falls under the con-

⁴² *Aharonson*, *Law and Contemporary Problems* 76 (2013), 161 (162).

cept or does not; the concept either applies or it does not; it is logically closed.”⁴³

Hierbei übersieht der Regelskeptiker die Steuerungswirkung und Kraft von hinreichenden Bedingungen: Diese geben lediglich an, unter welchen Umständen *jedenfalls* ein juristischer Begriff erfüllt ist oder eine bestimmte Rechtsfolge eintritt und haben damit nicht den Anspruch, erschöpfend eine exakte Beschreibung aller Bedingungen für eine bestimmte Rechtsfolge anzugeben. Solche „partiellen“ Definitionen von Rechtsbegriffen und ganzen Normsätzen kennen wir etwa aus der Dogmatik des Allgemeinen Teils zum Versuch, in dem die grundsätzliche Regel gilt, dass eine Straftat jedenfalls versucht, wer einen Teil der tatbestandsmäßigen Handlungsbeschreibung vollständig ausführt.⁴⁴

Diese Definitionen sind in der Praxis gut handhabbar, wie schon die Alltagssprache mit vagen Begriffen wie „Kahlköpfigkeit“, „Haufen“ oder „Voralpenland“ beweist,⁴⁵ obwohl niemand eine erschöpfende Total-Definition im Sinne einer notwendigen und hinreichenden Bedingung für das Erfülltsein dieser Begriffe angeben kann.⁴⁶ Lockert man solche hinreichenden Bedingungen zusätzlich mit Ausnahmeklauseln auf, erhält man Argumentationslastregeln, die man für eine Verrechtlichung der Strafzumessung fruchtbar machen kann.⁴⁷ Diese „Angstklausele“ entkräften den Vorwurf der Schematisierung, „Mathematisierung“ und der Nichtberücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles.⁴⁸ Der 1. *Strafsenat* des BGH hat in seiner Rechtsprechung zum Strafrecht nun solche „aufgelockerten“ hinreichenden Bedingungen, also Argumentationslastregeln für Freiheitsstrafen über einem und über zwei Jahren, aufgestellt:

„Jedenfalls bei einem sechsstelligen Hinterziehungsbetrag wird die Verhängung einer Geldstrafe nur bei Vorliegen von gewichtigen Milderungsgründen noch schuldangemessen sein. Bei Hinterziehungsbeträgen in Millionenhöhe kommt eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur bei

Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht“.⁴⁹

In einer späteren Entscheidung hat er näher ausgeführt,

- dass eine Entschuldigung des Angeklagten,
- seine bisherige Unbestraftheit,
- eine Verfahrensdauer von dreieinhalb Jahren bis zur erstinstanzlichen Entscheidung,
- ein in der Hauptverhandlung abgelegtes Geständnis,
- und Entschuldigung sowie die vollständige Nachzahlung der geschuldeten und hinterzogenen Steuern (zumindest dann, wenn dies aufgrund der komfortablen Vermögensverhältnisse des Täters „keinen besonderen Verzicht“ für ihn bedeute),

jedenfalls *keine* besonders gewichtigen Milderungsgründe darstellten.⁵⁰ Zugleich betont der BGH, dass es sich bei seinen Regeln eben nicht um notwendige Bedingungen handelt – so kommt selbstverständlich eine nicht aussetzungsfähige Freiheitsstrafe auch bei Hinterziehungsbeträgen unter einer Million Euro in Betracht, sofern andere Strafschärfungsgründe (etwa aufwändige Täuschungssysteme im Ausland etc.) hinzukommen.⁵¹

Diese Form von Regelbildung beschränkt sich nun keineswegs auf Rechtsgebiete wie das Steuerstrafrecht, in dem sich das Erfolgsunrecht recht einfach weitgehend in Geldwerten quantifizieren lässt, vielmehr kann man diese auch für die Evaluierung des Handlungsunrechts fruchtbar machen. So war bis vor kurzem richterrechtlich ungeklärt, ob die verschiedenen Vorsatzformen einen unterschiedlichen Unrechts- und Schuldgehalt aufweisen. Die Rechtsprechung hielt dies – wie nicht anders zu erwarten – allein für eine Frage des Einzelfalles, siehe zusammenfassend *Miebach/Maier*:

„Der BGH zieht sich im Wesentlichen auf die Formulierung zurück, die Vorsatzform sei als selbständige Strafzumessungstatsache ungeeignet; erforderlich und zulässig sei die Würdigung allerdings im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters. In Einzelfällen hat die Rechtsprechung aber die Heranziehung des direkten

⁴³ Hart, in: Hart (Hrsg.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, S. 265 (269).

⁴⁴ Siehe näher *Puppe*, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3. Aufl., S. 84 ff.; krit. zu der Formel jedoch *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 110 ff.

⁴⁵ Siehe hierzu bereits *Bertrand Russell*, *Australasian Journal of Philosophy and Psychology* 1 (1923), 84 (86): „Baldness is a vague conception; some men are certainly bald, some are certainly not bald, while between them there are men of whom it is not true to say they must be either be bald or not bald.“

⁴⁶ Siehe zu Sorites-Paradoxie und vagen Begriffen *Gruschke*, *Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats*, 2014.

⁴⁷ Im rechtstheoretischen Schrifttum werden sie auch als „Prima facie“-Regeln bezeichnet, siehe näher *Grosse-Wilde* (Fn. 2), S. 181 ff.

⁴⁸ *Grosse-Wilde* (Fn. 2), S. 209 f.; *Giannoulis* (Fn. 2), S. 301; *Puppe*, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, S. 108.

⁴⁹ BGHSt 53, 71 (86). Ab einer Hinterziehungssumme von 100.000 Euro ist also im Regelfall eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr tatschuldangemessen, außer es liegen gewichtige Milderungsgründe vor. Dann kommt noch eine Geldstrafe in Betracht, deren Höchstmaß für eine Tat 360 Tagessätze nicht übersteigen darf, § 40 Abs. 1 S. 2 StGB – demnach ist für eine Tatschuld, für die mehr als ein Jahr Freiheitsstrafe angezeigt ist, eine Geldstrafe nicht mehr möglich, *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 33), Rn. 108. Ab einer Hinterziehungssumme von einer Million Euro ist eine Strafe von mehr als zwei Jahren (vgl. § 56 Abs. 2 StGB) mindestens schuldangemessen, außer es liegen besonders gewichtige Milderungsgründe vor.

⁵⁰ BGHSt 57, 123 (132) = BGH NJW 2012, 1458 (1460, Rn. 35).

⁵¹ BGH NZWiSt 2014, 35.

Vorsatzes zur Begründung höherer Strafe gebilligt, allerdings mit der Einschränkung, diese dürfe nicht dem obersten Bereich des Strafrahmens entnommen werden. Die Divergenzen und Nuancen bestehen fort. Der Tatrichter bleibt darauf verwiesen, sich bei der Strafzumessung nicht von formaler, schematischer Betrachtungsweise leiten zu lassen, sondern die Umstände des Einzelfalles zu würdigen.⁵²

Neuerdings hat der 2. Strafsenat ein Anfrageverfahren gemäß § 132 Abs. 3 GVG initiiert, ob beim vorsätzlichen Tötungsdelikt die Feststellung einer Tötungsabsicht *jedenfalls* in Relation zum bedingten Vorsatz zu Lasten des Angeklagten strafschärfend berücksichtigt werden könne. Auch hier handelt es sich richtigerweise um eine „aufgelockerte“ hinreichende Bedingung, also eine (nicht-numerische) Argumentationslastregel:

„Beabsichtigt der Täter den Tod des Opfers, ist dies ein Strafschärfungsgrund gegenüber einem Handeln mit *dolus eventualis*, außer es liegen besondere Umstände vor.“⁵³

Solche besonderen Umstände hat die Rechtsprechung selbst zu Recht angedeutet,⁵⁴ sofern bspw. der angestrebte Zustand des Todes des Opfers zugleich eine massive Gefahr für den Täter oder schutzbedürftige Dritte (wenn auch nicht auf erforderliche oder verhältnismäßige/angemessene Weise) abwendet, also Teilelemente des rechtfertigenden oder entschuldigenden Notstandes erfüllt sind. Im klassischen Haustyrannenfall wäre es daher nicht statthaft, der Täterin anzulasten, sie habe ihren Mann absichtlich, aber nicht bloß mit bedingtem Vorsatz getötet – hätte sie ihn nicht absichtlich getötet, wäre ihre Handlungsmotivation, große Furcht davor zu haben, dass dieser sie „überall hin“ verfolgen könne,⁵⁵ unverständlich. Hier wird also in einem Ausnahmefall die Absicht, ein geschütztes Rechtsgut zu schädigen, als Strafzumessungstatsache gänzlich neutralisiert. Dies ändert aber nichts daran, dass der 2. Strafsenat eine entsprechende Argumentationslastregel für Tötungsdelikte aufgestellt hat.⁵⁶

⁵² Miebach/Maier, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 194.

⁵³ BGH NStZ 2017, 216; siehe zum Ergebnis des Anfrageverfahrens und den teilweise widersprüchlichen Antworten der anderen Strafsenate zusammenfassend BGH NStZ 2018, 533 (534 f.).

⁵⁴ BGH NJW 1981, 2204 = JR 1981, 512 („spontane[n] Konflikten), mit Anm. Bruns.

⁵⁵ Siehe die Sachverhaltsschilderung im Haustyrannenfall BGH NJW 2003, 2464 (2465).

⁵⁶ Auf deren inhaltliche Güte kann hier nicht näher eingegangen werden, siehe instruktiv und dem 2. Strafsenat grundsätzlich zustimmend Tomiak, HRRS 2017, 225; a.A. dagegen Streng, StV 2017, 526 (528): „Angemessene Konsequenz aus dieser Problemsicht wäre aber gewesen, eine auf die Vorsatzform konzentrierte Strafschärfung oder -milderung abzulehnen, vielmehr ganz auf eine Gesamtbewertung der mitei-

Im Wirtschaftsstrafrecht hat der BGH in mehreren Entscheidungen zur Untreue deutlich gemacht, dass er eine Schädigung fremden Vermögens mit direktem Vorsatz für strafwürdiger gegenüber einer solchen mit bedingtem Vorsatz erachtet und tatrichterliche Feststellungen beanstandet, die sich mit apodiktischen Wendungen wie „Der Angeklagte handelte zumindest mit bedingtem Vorsatz“ begnügen, sofern Anhaltspunkte für *dolus directus* vorliegen;⁵⁷ ähnliche Entscheidungen finden sich im Steuerstrafrecht.⁵⁸ Freilich sind

einander verzahnten subjektiven Elemente abzustellen.“ Ähnlich Stam, JZ 2018, 601 (606 f. – Abstellen allein auf „das Tatmotiv“). Eine solche Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles der Tätermotivation würde sich aber vom Tatschuldprinzip entfernen, zutreffend Puppe (Fn. 48), S. 101: „Wenn aber ein Merkmal des Garantietatbestandes, also eine die Strafbarkeit begründende Eigenschaft der Tat, schon nicht anders aufgefaßt werden kann, denn als Verwirklichung eines Mindestgrades eines steigerungsfähigen Begriffs und damit als ein Ausschnitt aus einer vorausgesetzten Ordnung von Untereigenschaften, so ist damit die Relevanz dieser Ordnung für die Bestimmung von Unrecht und/oder Schuld vorausgesetzt, sie kann dann bei einer unrechts- und schuldorientierten Strafzumessung nicht ignoriert werden.“ Zudem überschätzt ein alleiniges Abstellen auf die Motive des Täters die Leistungsfähigkeit vieler Strafprozesse, in denen eine Ausforschung der subjektiven Tatseite über die Vorsatzform hinaus häufig gar nicht gelingt.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01 = StV 2002, 193 (198): „Die Taten des Angekl. sind durch besonders gravierende Pflichtverletzungen [...] und auch in subjektiver Hinsicht von hoher krimineller Energie gekennzeichnet. [...] Auch die strafmildernde Erwägung des LG, H. habe hierbei nur bedingt vorsätzlich gehandelt, ist rechtsfehlerhaft; H. handelte nach den Feststellungen offenkundig mit direktem Vorsatz. Diese Umstände sind für eine tragfähige Strafzumessung mitbestimmend.“ BGH, Beschl. v. 20.3.2008 – 1 StR 488/07 = NJW 2008, 2451 (2452): „Bezogen auf diesen tatbestandlichen Vermögensnachteil handelt ein Täter, der die die Pflichtwidrigkeit und den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände kennt, bei der Tathandlung dann auch mit direktem Vorsatz. Bei abweichenden Formulierungen in tatrichterlichen Urteilen handelt es sich in Fällen dieser Art in aller Regel um eine zu Gunsten des Angekl. wohlwollende, aber unzutreffende Umschreibung des tatsächlich Festgestellten, wie auch der vorliegende Fall zeigt. Dies sollte vermieden werden.“ Ebenso für den Betrug OLG Oldenburg, Beschl. v. 12.08.2008 – Ss 278/08 = StV 2009, 133 (LS); zustimmend Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 15 Rn. 5: „Im Hinblick auf den grds. unterschiedlichen Schuldgehalt sind im Urteil regelmäßig Feststellungen zur Vorsatzform erforderlich.“ Widersprüchlich daher, wenn er in § 46 Rn. 57 ausführt: „Abstufungen zwischen den verschiedenen Vorsatzformen besagen dagegen für sich allein nichts über das Maß der Tatschuld“.

⁵⁸ Vgl. BGHSt 57, 123 (128); strafmildernde Wertung des LG, Angeklagter habe bloß mit bedingtem Vorsatz gehandelt,

auch hier gewisse Ausnahmefälle einer „altruistischen“ Untreue zugunsten Dritter in „Robin Hood“-Manier denkbar, in denen der direkte Vorsatz strafzumessungsrechtlich durch eine besondere Motivation neutralisiert wird. Dies ändert aber wiederum nichts am Sinn und der Steuerungskraft der aufgestellten Argumentationslastregel, dass *ceteris paribus* der *dolus directus* bei der Untreue schwerer wiegt als der *dolus eventualis*.

IV. Die Kraft von Regeln – Umgehungsstrategien der Praxis

Nun könnte man defätistisch einwenden, solche Argumentationslastregeln für die Strafzumessung seien

- in der Praxis allzu leicht zu umgehen – entweder indem ein Gericht dann eben von der Ausnahmeklausel Gebrauch mache oder mittels Einschätzungsprärogative des Tatrichters „unliebsame Strafzumessungstatsachen“ einfach unter den Tisch fallen lasse;
- weiterhin viel zu grobschlächtig und für einen Großteil der abzuurteilenden Fallkonstellationen unterkomplex.

Dass diese Einwände größtenteils nicht zutreffen und Umgehungsstrategien zwar auch nach Einziehung von Rechtsregeln für die Strafzumessung weiter betrieben werden können, dann aber letztlich eben durch Begründungslasten explizit gemacht und entlarvt werden, soll knapp anhand von drei „prominenten“ Fallbeispielen erläutert werden.

1. Der „Fall Hoeneß“ – LG München II *wistra* 2015, 77

Das LG München II verurteilte Hoeneß in einem Eilprozess⁵⁹ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren wegen sieben tatmehrheitlicher Fälle der Steuerhinterziehung mit

sei fehlerhaft, da aus Urteilsfeststellungen sich ergebe, dass er mit *dolus directus* gehandelt habe); BGH, Urt. v. 21.8.2014 – 1 StR 13/14 = BeckRS 2014, 17289 Rn. 27; siehe auch jüngst BGH, Urt. v. 15.5.2018 – 1 StR 159/17 = BeckRS 2018, 24407 Rn. 38 f.

⁵⁹ Mit vier Tagen Verhandlungsdauer und Einbeziehung von 70.000 Dokumenten (!) im Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO, wobei der BGH verlangt, dass auch die Schöffen diese tatsächlich gelesen haben, BGH NStZ 2001, 161; zutreffend vermutet *Wessing*, FAZ v. 26.3.2014, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/hoeness-prozess-ein-deal-ohne-absprache-12863486.html> (17.1.2019), eine (automatisch rechtswidrige) Verständigung außerhalb von § 257c StPO; *Strate*, HRRS 2014, 134 (139 f.), spricht im Fall Hoeneß von einer „Verteidigung, die tatsächlich gar keine ist, dennoch aber ein glänzendes Ergebnis einführt – eine Freiheitsstrafe in Höhe von nur 3 Jahren und 6 Monaten für eine Steuerhinterziehungssumme von 28,5 Mio. Euro hat es in Bayern noch nie gegeben“, die „zu Recht das Mißtrauen [weckt], ob es hier mit rechten Dingen zugegangen ist“ und von einer von der Verteidigung betriebenen und durch die Staatsanwaltschaft im Ergebnis fortgesetzten Täuschung der Öffentlichkeit.

einer Gesamthinterziehungssumme von ca. 28,5 Millionen Euro. Die Einsatzstrafe von zweieinhalb Jahren wurde für jeweils zwei Taten verhängt, die allerdings um 4,184 Millionen Euro Hinterziehungssumme differierten – für eine Tat mit einer Hinterziehungssumme von ca. 14,934 Millionen Euro wurde genau dasselbe Strafmaß verhängt wie für eine mit lediglich 10,749 Millionen Euro hinterzogenen Steuern. In sämtlichen Fällen verneinte die Kammer das Vorliegen eines besonders schweren Falls der Steuerhinterziehung (der regelmäßig ab einer Hinterziehungssumme von 50.000 Euro anzunehmen ist, also trotz knapp 300-facher Überschreitung dieses Grenzwertes!), und zwar im Wesentlichen mit folgender Begründung:⁶⁰

„Dabei ist die Kammer in erheblichem Maße von den durch den BGH in seinem Urteil vom 02.12.2008 entwickelten Grundsätzen zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung abgewichen, weil dies angesichts der außerordentlichen Umstände des Einzelfalles geboten war. Der Angeklagte hat sich mit seiner – überstürzten – Selbstanzeige selbst steuerstrafrechtlichen Ermittlungen ausgeliefert. Mangels einer Rechtshilfe in Fällen ‚einfacher‘ Hinterziehung direkter Steuern durch die Schweizerische Konföderation wären Ermittlungen aber voraussichtlich nicht mit einem vergleichbaren Erfolg geführt worden, wenn sich der Angeklagte durch seine – insbesondere zuletzt – rückhaltlose Kooperation nicht geradezu ‚ans Messer geliefert‘ hätte.“⁶¹

Das LG München II ist also offenbar der Meinung, trotz des exorbitanten Erfolgs- (und korrespondierenden Handlungs-)unrechts sei der entscheidende besonders gewichtige Milderungsgrund, den das Schrifttum gerade nach der BGH-Entscheidung aus 2012 für „kaum denkbar“ hielt,⁶² gerade das Nachtatverhalten von Hoeneß. *Grasnick* erblickt in der Urteilsbegründung zu Recht eine „Chuzpe“ der Münchener Richter, „den Leser für dumm verkaufen“ zu wollen.⁶⁴ Denn dass das Nachtatverhalten von Hoeneß von Schuldeinsicht, Reue und einer Rückkehr zur Steuerehrlichkeit geprägt gewesen sei und damit einen außerordentlichen Strafmilderungsgrund begründet, lässt sich bis auf die letzten zwei Prozesstage des viertägigen Eilprozesses nicht ernsthaft behaupten.⁶⁵

⁶⁰ Die Strafzumessungsdetails zum Fall Hoeneß, etwa auch die Einstellungen gemäß § 154a Abs. 2 Abs. 1 Nr. 1 StPO wegen 5,519 Millionen Euro zu hoher Verlustvorträge, können hier nicht näher besprochen werden.

⁶¹ LG München II, Urt. v. 13.03.2014 – W5 KLS 68 Js 3284/13, S. 49 = *wistra* 2015, 77 (80).

⁶² Siehe zur regelmäßig großen Kongruenz von Handlungs- und Erfolgsumrecht speziell bei der Steuerhinterziehung *Grosse-Wilde* (Fn. 2), S. 211; *Streng* StV 2009, 639 (640); jüngst auch BGH NJW 2018, 2210 (2212), mit Anm. *Grosse-Wilde*, NZWiSt 2018, 457.

⁶³ *Gehm*, StBW 2012, 1184 (1187).

⁶⁴ *Grasnick*, FAZ v. 12.11.2014, S. 16.

⁶⁵ Das Urteil ist insoweit auch widersprüchlich, wie *Grasnick*, FAZ v. 12.11.2014, S. 16, zutreffend konstatiert.

Dass ein Täter, der „getrieben von der Angst handelt, eine Tatentdeckung stehe aufgrund der Berichterstattung des [Magazins] F unmittelbar bevor“,⁶⁶ einen solchen außerordentlichen Strafmilderungsgrund verdient, wenn der BGH der Ansicht ist,

- fehlende Vorstrafen,
- ein Geständnis,
- eine Entschuldigung und vollständige Schadenswiedergutmachung,

seien solche nicht,⁶⁷ erscheint fernliegend. Auch wenn der BGH – soweit erkennbar – über die Strafmilderung unwirksamer Selbstanzeigen noch nicht höchstrichterlich entschieden hat (und ob der Mantras der Besonderheiten eines jeden Einzelfalles und des Beurteilungsspielraums jeden Tatgerichts in der Strafzumessung vielleicht auch niemals entscheiden wird), hat das BVerwG in einem Disziplinarverfahren gegen einen Beamten folgende Selbstverständlichkeit ausgesprochen, die man über das Beamtenrecht hinaus auf das Steuerstrafrecht verallgemeinern kann:

„Einer Selbstanzeige, die der Beamte aus Furcht vor Entdeckung abgibt, kommt naturgemäß ein geringeres Gewicht als einer freiwilligen Offenbarung zu. Hier muss davon ausgegangen werden, dass der Beamte weniger aus innerer Einsicht als vielmehr in dem Bestreben tätig wird, die nachteiligen Folgen seines Fehlverhaltens so gering wie möglich zu halten.“⁶⁸

Nicht nachvollziehbar erscheint ebenfalls die Annahme des LG München II, Hoeneß habe sich objektiv „selbst ans Messer geliefert“ und sämtliche Ansatzpunkte für weitere Ermittlungen des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft München II seien mit Ausnahme der weiteren Kooperation des Angeklagten vorerst erschöpft gewesen.⁶⁹ Laut Presseberichten hatten sich bereits Whistleblower der Staatsanwaltschaft angeboten⁷⁰ und über kurz oder lang wären bei einer Presseberichterstattung über den Fall, die unmittelbar bevorstand, weitere Ermittlungsmöglichkeiten aller Voraussicht nach hinzugekommen. Dass Hoeneß sich selbstlos, heldenhaft und aus Verbrechervernunft irrational „ans Messer geliefert“ habe und ohne sein Mitwirken seine Straftaten niemals hätten aufgeklärt werden können, ist in Anbetracht der großen Ermittlungserfolge durch Ankauf von Steuer-CDs eine haltlose Annahme.⁷¹

⁶⁶ LG München II, Urt. v. 13.03.2014 – W5 KLS 68 Js 3284/13, S. 48 = wistra 2015, 77 (79).

⁶⁷ Siehe BGHSt 57, 123 (132) = BGH NJW 2012, 1458 (1460, Rn. 35), sowie bereits oben bei und in Fn. 50.

⁶⁸ BVerwG, Urt. v. 25. 7. 2013 – 2 C 63/11 = NVwZ-RR 2014, 105 (107).

⁶⁹ So aber LG München II, Urt. v. 13.03.2014 – W5 KLS 68 Js 3284/13, S. 21 f.

⁷⁰ Siehe DER SPIEGEL 12/2014, S. 101 (102 ff.).

⁷¹ Siehe zur grundsätzlichen Verwertbarkeit im Strafprozess BVerfG NStZ 2011, 103. Selbst wenn diese zutreffend wäre,

Angesichts dieser offensichtlichen Ungereimtheiten hätte wenigstens die Staatsanwaltschaft zwingend Revision einlegen müssen.⁷² Dass eine mehr als 13-fache Überschreitung der Schadenssumme, für die der BGH in aller Regel bis auf ganz außerordentliche (bisher gar nicht identifizierte) Fälle eine Mindestschuldstrafe von zwei Jahren und einem Monat vorsieht, bei einer Hinterziehungssumme, die wahrscheinlich die höchste zugunsten einer Privatperson im gesamten Jahr 2013 und darüber hinaus darstellt,⁷³ lediglich eine Erhöhung um fünf Monate (!), also eine schuldangemessene Strafe von zwei Jahren und sechs Monaten und keinen besonders schweren Fall (!) begründet, zeigt, dass schon die Einsatzstrafe flagrant „in der Oktave“ vergriffen ist.⁷⁴ Dass 4,184 Millio-

wäre es eine höchst fragwürdige, erläuterungsbedürftige (!) normative Zusatzannahme des Gerichts, eine rein objektiv vorliegende gewichtige Mithilfe des Angeklagten zur eigenen Überführung, ohne dass ein entsprechender subjektiver Kooperationswille und eine vollständige Rückkehr zur Steuerehrlichkeit von Anfang an vorliegen, sei ein außerordentlicher besonderer Strafmilderungsgrund (vgl. obige Fn. 68). Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung zur Wirksamkeit der sog. „Teilselbstanzeige“ statuiert, dass Ratio des Strafaufhebungsgrundes der nachträglichen Selbstanzeige gerade nicht bloß die konsequentialistische Erwägung der Sicherung des Steueraufkommens des Staates sei, sondern gerade die subjektiv festzustellende Rückkehr zur vollständigen Steuerehrlichkeit, BGHSt 55, 180. Dann müssen aber bei Strafmilderungen auch die subjektiven Motive des Steuerhinterziehers entscheidend sein, sodass ein solcher, der lediglich getrieben von der Angst handelt, eine Tatentdeckung stehe aufgrund der Berichterstattung des (Magazins) F unmittelbar bevor, keine außerordentliche Strafmilderung verdient; eine solche Motivevaluierung in der Strafzumessung wäre auch kein Verstoß gegen die Unterscheidung von Recht und Moral, siehe für den Rücktritt *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2005, § 36 Rn. 49; *Paeffgen*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 791 [813 f.]).

⁷² Worauf auch der BGH in einer Entscheidung eines Falles hingewiesen hat, in dem der Angeklagte durch 16 Taten insgesamt ca. 2,287 Millionen Euro hinterzogen hatte, wofür das Tatgericht eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verhängt hatte, BGH NJW 2011, 2450 (2451). Gemäß Nr. 147 Abs. 1 S. 3 RiStBV ist zur Nachprüfung des Strafmaßes ein Rechtsmittel nur einzulegen, wenn die Strafe in einem offensichtlichen Missverhältnis zu der Schwere der Tat steht.

⁷³ So auch *Grasnick*, myops 2014, 43 (47 f.): „Schaden [...], der mit zu den schwersten gehört, über die ein deutsches Gericht bisher jemals zu befinden hatte.“

⁷⁴ So auch *Grasnick*, FAZ v. 12.11.2014, S. 16 (für die Gesamtstrafe, was natürlich ebenfalls zutreffend ist) „in der Oktave vergriffen“; siehe auch *Strate*, zitiert von *Zenthöfer*, mypos 2015, 38 (76): „In einem Urteil vom 7.5.2013 hat die 5. Strafkammer unter Vorsitz von Herrn Rupert Heindl (Anm. des Verf.: dieselbe Strafkammer des LG München II,

nen Euro Schadensdifferenz, die für sich alleine schon einen besonders schweren Fall mehrfach begründen würden, eine *quantité négligeable* sein sollen, die gar keinen Einfluss auf das Strafmaß haben, ebenso.

Das Urteil wurde allerdings in den Medien allenthalben gefeiert, der Prozess sei eine „beeindruckende Leistung“,⁷⁵ ein „hohes Strafmaß“⁷⁶ sei verhängt worden, „Richter Gnadenlos hat seinem Ruf alle Ehre gemacht“,⁷⁷ das Urteil sei „maßvoll hart, aber gerecht.“⁷⁸ Auch ein Moralphilosoph hielt das Strafmaß für angemessen.⁷⁹ In der Strafrechtswissenschaft ist das Urteil indes nicht näher analysiert worden,⁸⁰ ein Anzeichen für das weiterhin vorherrschende absolute Desinteresse der deutschen Strafrechtswissenschaft am konkreten Strafzumessungsrecht.

Zu den aufsehenerregendsten Wortbeiträgen auf dem DJT in Leipzig gehörte diejenige des neuen Vorsitzenden des *I. Strafsenates* des BGH, Rolf Raum, der die Entscheidung des LG München II verteidigte und der den Fall Hoeneß als Beispiel dafür anführte, dass eine rein an Schadenssummen orientierte Strafzumessung viel zu grobschlächtig sei – eine nicht ansatzweise nachvollziehbare Einschätzung, die vielleicht darauf hindeutet, dass der *I. Strafsenat* alsbald von seinen ab 2008 selbst eingezogenen, revisiblen Strafzumessungsregeln für die Steuerhinterziehung wieder Abstand nehmen wird. Dass gerade diese Regeln aber im Fall Hoeneß die Urteilsbegründung durch diverse, unbeholfene Windungen zur Regelumgehung zu einer reinen Lächerlichkeit haben werden lassen, kann wohl niemand bestreiten.⁸¹

die über den Fall Hoeneß judizierte) gegen meinen Mandanten für jede Steuerhinterziehung, die über einer Hinterziehungssumme von 100.000,- Euro lag, eine Einsatzstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten festgelegt. Dieser Hinterziehungsbeitrag wurde im Fall von Uli Hoeneß 280 Mal überschritten. Und trotzdem enden wir für alles nur bei 3 Jahren und sechs Monaten? Das ist nicht nachzuvollziehen.“

⁷⁵ Sahan, *manager magazin* v. 13.3.2014,

<http://www.manager-magazin.de/politik/deutschland/a-958543-4.html> (17.1.2019).

⁷⁶ Steltzner, *FAZ* v. 13.3.2014,

<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/hoeness-urteil-ans-messer-geliefert-12845696.html> (17.1.2019).

⁷⁷ Steltzner, *FAZ* v. 13.3.2014,

<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/hoeness-urteil-ans-messer-geliefert-12845696.html> (17.1.2019).

⁷⁸ Prantl, *SZ* v. 14.3.2014,

<http://www.sueddeutsche.de/sport/hoeness-urteil-und-die-folgen-straft-muss-sein-1.1911892> (17.1.2019).

⁷⁹ Schälke im Interview mit *Zeit Online* v. 15.3.2014,

<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2014-03/hoeness-interview-moralphilosophie> (17.1.2019).

⁸⁰ Außer eben in den Stellungnahmen der (teilweise ehemaligen) Praktiker *Grasnick*, *Wessing* und *Strate*; siehe aber *Grosse-Wilde* (Fn. 2), S. 449 ff.

⁸¹ Die im Vorfeld wohl durch die Verteidigung in den Medien lancierte, vielbeschworene große „Lebensleistung“ des Fußballmanagers wird in der schriftlichen Urteilsbegründung nirgends angesprochen. Sie wäre im Übrigen ein hoch-

2. *Der Fall Werner Mauss – LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16)*⁸²

Der angeklagte, 77-jährige „Ex-Geheimagent“ Werner Mauss wurde wegen Steuerhinterziehung in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, die zur Bewährung ausgesetzt wurde. Mauss hatte laut den Urteilsfeststellungen Zinseinkünfte aus ehemaligem Treuhand- und nunmehr eigenem Stiftungsvermögen und Lebensversicherungen über Veranlagungszeiträume von 2002–2011 nicht deklariert, und damit einen strafrechtlich relevanten Steuerschaden von rund 13,8 Millionen Euro verursacht.⁸³ Der Angeklagte zahlte die jeweiligen Steuerhinterziehungsbeträge im Verlauf der Hauptverhandlung zurück, sodass die entstandenen Steuerschäden vollständig ausgeglichen wurden.⁸⁴ Trotz des nominell extrem hohen Steuerschadens gelangte die Kammer zur umfassenden „Abschmelzung“ der Hinterziehungsbeträge durch folgende Argumentation:

„Erheblich zu Gunsten des Angeklagten hat die Kammer berücksichtigt, dass der Angeklagte bei einer ordnungsgemäßen Versteuerung der angelegten Gelder erfolgreich in der Lage gewesen wäre, Ausgaben in erheblicher Höhe abzuziehen, wenn er nicht nur die Kapitalerträge, sondern auch die von Erträgen getätigten beruflichen Ausgaben ordnungsgemäß deklariert hätte. Diese Abzüge sind im Hinblick auf § 370 Abs. 4 S. 3 AO zwar nicht bei der Tatbestandverwirklichung zu berücksichtigen, nach herrschender Rechtsprechung ist jedoch im Rahmen der Strafzumessung eine Berücksichtigung möglich [...]. Hiervon hat die Kammer Gebrauch gemacht, denn dem Angeklagten war nicht zu widerlegen, dass er die Erträge der Geldanlagen für seine beruflich veranlassten Einsätze verwendet hat.“⁸⁵

problematischer außerordentlicher Strafmilderungsgrund, dazu zugleich in Fn. 93.

⁸² Abrufbar unter <https://openjur.de/u/2134870.html>; das Urteil, das zwischenzeitlich auf den Datenbanken NRWE, Juris und Beck-Online zugänglich war, wurde auf eine Anonymisierungsbeschwerde der Anwälte von Mauss wieder gelöscht, siehe hierzu näher *Zenthöfer*, Datenbanken löschen Mauss-Urteil, Manuskript-Artikel, *FAZ-Einspruch Magazin* vom 19.2.2019 (im Erscheinen). – Der BGH hat das Urteil jüngst wegen widersprüchlicher und rechtsfehlerhafter Feststellungen zum Vorsatz und Verbotsirrtum (siehe dazu nachfolgende Fn. 88) aufgehoben, BGH, Urt. v. 10.1.2019 – 1 StR 347/18.

⁸³ Siehe (inkl. Verkürzung des Solidaritätszuschlags) LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16), Rn. 516–518.

⁸⁴ Wie schon erwähnt, stellt die vollständige Nachzahlung der geschuldeten und hinterzogenen Steuern (zumindest dann, wenn dies aufgrund der komfortablen Vermögensverhältnisse des Täters „keinen besonderen Verzicht“ für ihn bedeute), keinen besonders gewichtigen Milderungsgrund dar, BGHSt 57, 123 (132) = BGH NJW 2012, 1458 (1460, Rn. 35 f.).

⁸⁵ LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16), Rn. 541.

Die Kammer errechnete daher eine hypothetische Steuerschuld für den (hypothetischen) Fall einer ordnungsgemäßen Deklaration von Kapitalerträgen und Ausgaben und leitete daraus einen „faktischen Steuerschaden“ für die Jahre 2006 und 2008–2011 (für die Jahre 2002–2005 sowie 2007 wären gar keine Steuern zu entrichten gewesen) von jeweils unter einer Million Euro ab.⁸⁶ Bei einer Einsatzstrafe von einem Jahr und sechs Monaten (für die Steuerhinterziehungen der Jahre 2009 mit ca. 960.000 Euro „faktischem Steuerschaden“ sowie 2010 mit ca. 930.000 Euro „faktischem Steuerschaden“) gelangte das Gericht so zu einer Gesamtstrafe von zwei Jahren trotz eines „faktischem Gesamtsteuerschadens“ von ca. 2,72 Millionen Euro (inkl. Solidaritätszuschlag).⁸⁷

Hier sollen weder die spezifischen steuerstrafrechtlichen Fragen eines „hypothetischen/faktischen Steuerschadens“ noch die durchaus fragwürdige Annahme eines (vermeidbaren) Verbotsirrtums, den die Kammer dem Angeklagten attestiert⁸⁸ (und daraus für die Strafzumessung ein „eher geringes Handlungsunrecht“ ableitet),⁸⁹ näher diskutiert werden.

⁸⁶ LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16), Rn. 548.

⁸⁷ LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16), Rn. 574 ff.

⁸⁸ LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16), Rn. 455 ff., 502 ff. Vollkommen unerörtert bleibt hierbei die ständige Rechtsprechung zum sog. bedingten Unrechtsbewusstsein, wonach ein Verbotsirrtum ausgeschlossen ist, wenn der Täter den Rechtsverstoß für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, siehe nur BGHSt 58, 15 (27): „Die bloße Berufung des Angeklagten auf einen Verbotsirrtum nötigt nicht dazu, einen solchen als gegeben anzunehmen. Es bedarf vielmehr einer Gesamtwürdigung aller Umstände, die für das Vorstellungsbild des Angeklagten von Bedeutung waren [...]. Zu einer solchen Gesamtwürdigung aller für das Vorstellungsbild des Angeklagten relevanten Umstände hätte indes hier Anlass bestanden. Dass dies unterblieben ist, lässt besorgen, dass die Strafkammer bei der Frage, ob dem Angeklagten die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun, von einem unzutreffenden Maßstab ausgegangen ist. Denn der Täter hat bereits dann ausreichende Unrechtseinsicht, wenn er bei Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt. Es genügt mithin das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im Einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen (st. Rspr. [...]).“ Dass diese Rechtsprechung im Schrifttum kritisiert wird, siehe nur *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 33; *Puppe*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 231 (235), steht auf einem anderen Blatt.

⁸⁹ LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16), Rn. 572. In Rn. 578 heißt es allerdings mehrdeutig: „Dabei kommt vorliegend aufgrund des vermeidbaren Verbotsirrtums auch hinzu, dass der Angeklagte jedenfalls bei der ursprünglichen Entschlussfassung, das Anlagevermögen nicht zu versteuern, kein Bewusstsein hatte, Unrecht zu tun.“

Vielmehr soll die Beweiswürdigung des Gerichts bzgl. der die Steuerschuld mindernden „Betriebsausgaben“ seines „Geheimdienst-Unternehmens“ etwas näher in den Blick genommen werden. Das Gericht bemüht dazu ausdrücklich den in dubio-Satz, Rn. 454 f.:

„Somit ist nach dem Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ zugunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass seine (nicht zu widerlegende) Einlassung zur beruflichen Verwendung zutreffend ist.“

Mauss hatte über seine Anwälte diverse „Betriebskosten“ in einer Tabellenform bzw. mit dürren Einlassungen geltend gemacht,⁹⁰ u.a. zur Terrorismusbekämpfung und zur Bekämpfung von organisierter Kriminalität mit Tätigkeiten in Südamerika, dem Nahen Osten und Asien. Die Kammer führt in ihrer Beweiswürdigung ausdrücklich an, dass es keinerlei Nachweis gibt, dass Mauss solche „Betriebskosten“ getätigt habe – in Rn. 450 ff. heißt es:

„In diesem Zusammenhang ist zwar nicht bewiesen, dass die Ausgaben der Höhe nach tatsächlich so getätigt wurden, ebenso wenig, dass nicht Zahlungen aus anderen Quellen, beispielsweise dem versteuerten Vermögen, wie vom Angeklagten in der Einlassung vom 06.03.2017 vorgetragen, getätigt wurden. Weiterhin konnte nicht aufgeklärt werden, ob der Angeklagte von Seiten seiner Auftraggeber Kosten erstattet erhielt; jedoch vermag die Kammer letztlich nicht in verlässlicher Weise festzustellen, in welcher abweichenden Höhe oder aus welcher abweichenden Quelle die vorgetragenen Ausgaben ggf. getätigt worden sein sollen. Denn auch insofern waren keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine (abweichende) Schätzung des Ausgabenanteils durch die Kammer im Verlauf der Beweisaufnahme feststellbar. Auch lassen sich aufgrund der Besonderheiten des hier zu entscheidenden Falles keine sicheren Schätzungen aufgrund von Ausgaben des Angeklagten in anderen Jahren machen, da Ausgaben nachvollziehbarer Weise insgesamt nicht regelmäßig verbucht worden sind. Eine Beurteilung aufgrund vergleichbarer Sachverhalte oder der allgemeinen Lebenserfahrung, die Rückschlüsse darauf zuließen, welche berufliche Ausgaben bei einer geheimdienstbezogenen Tätigkeit üblicherweise anfallen, ist ebenfalls nicht möglich, da sich der Fall auch insofern als einzigartig darstellt. Auch vermochte die Kammer nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, dass und in welcher Höhe der Angeklagte die getätigten Abhebungen tatsächlich für private und nicht für berufliche Zwecke getätigt hat.“

Eine solche Beweiswürdigung erscheint intersubjektiv nicht überzeugend, da das LG Bochum nicht einmal ansatzweise

Ob damit die Kammer für einen späteren Zeitraum der Steuerhinterziehung von 2002 bis 2011 doch wieder von einem ggf. bedingten Unrechtsbewusstsein ausgeht, bleibt unklar.

⁹⁰ LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16), Rn. 306 ff.

angeben kann, warum es dem Angeklagten glaubt. Dies erscheint als eine Überdehnung des Zweifelssatzes, zu dem der BGH in ständiger Rechtsprechung betont:

„Der Tatrichter darf dabei entlastende Angaben des Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, nicht ohne weiteres als unwiderlegt hinnehmen. Er muss sich vielmehr auf der Grundlage des gesamten Beweisergebnisses entscheiden, ob diese Angaben geeignet sind, seine Überzeugungsbildung zu beeinflussen [...]. Der Zweifelssatz gebietet es nicht etwa, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat [...]“⁹¹

Nimmt man also die Ausführungen des Gerichts zur Beweiswürdigung und zur Strafzumessung zusammen, so tritt offen zutage, dass hier versucht wird, die revisionsrechtlich eingezogenen Argumentationslastregeln zur Steuerhinterziehung in Millionenhöhe zu umgehen, indem die Hinterziehungssummen für die jeweiligen Taten „kleingerechnet“ werden.⁹² Ob die „Lebensleistung“ des Angeklagten ein Abweichen von diesen Regeln und die Annahme eines außerordentlichen Strafmilderungsgrundes erlaubt, kann hier nicht näher diskutiert werden,⁹³ sollte aber unbedingt vom BGH höchststrichterlich geklärt werden.

⁹¹ BGH, Urt. v. 16.12.2015 – 1 StR 423/15, Rn. 8; *Stuckenberg*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 68. Lfg., Stand: August 2013, § 261 Rn. 52, 90.

⁹² Bzgl. der Gesamtstrafenbildung übersieht das LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLs 365 Js 335/12 (8/16), auch, dass die Hinterziehungssummen bei Tatmehrheit zu addieren sind, sodass bei einer Überschreitung der Millionengrenze (hier „faktischer“ Gesamtsteuerschaden 2,72 Millionen Euro) ebenso grundsätzlich eine nicht aussetzungsfähige Freiheitsstrafe geboten ist, siehe BGHSt 57, 123; BGH NJW 2012, 2599; ablehnend zur Addition aber *Höll/Heinisch*, NJW 2012, 2599 (2601); *Höll*, PStR 2012, 251 (253); allgemein positiver gegenüber der Zusammenrechnung von Schäden bei Realkonkurrenz *Giannoulis* (Fn. 2), S. 355, mit rechtsvergleichendem Verweis auf § 29 ÖStGB sowie die US Federal Sentencing Guidelines; sympathisierend *Streng*, GA 2015, 473 (477).

⁹³ Krit. *Grosse-Wilde* (Fn. 2), S. 450 in Fn. 175; siehe auch *Wittig*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1241; sowie monografisch jüngst *Stadler*, Die Lebensleistung des Täters als Strafzumessungserwägung (erscheint 2019). Mit einem Tatschuldstrafrecht unvereinbar wäre es jedenfalls, wenn eine vom Gericht grundsätzlich als Schwerkriminalität angesehene Tat durch einen Vergleich mit der Lebensleistung des Angeklagten sich im Unrechts- und Schuldgehalt grundlegend verwandeln könnte. So sehr wir auch im Strafrecht zu Recht auf dem Axiom beharren, dass wir dem Grunde nach verantwortlich sind für einzelne Straftaten, so naiv ist die Vorstellung, dass wir ganze „Lebensleistungen“ gerecht vermessen

3. *Der Fall Sal. Oppenheim – BGH, Urt. v. 14.03.2018 – 2 StR 416/16 = NJW 2018, 2210*

Die aktuelle Entscheidung des 2. Strafsenates des BGH zum Fall Sal. Oppenheim soll hier nur hinsichtlich eines Aspekts näher diskutiert werden, nämlich der Verknüpfung von Argumentationslastregeln für das Erfolgsunrecht einer Tat mit solchen für das Handlungsunrecht.⁹⁴

Der BGH bestätigte die vom LG Köln in dem Verfahren verhängten, größtenteils zur Bewährung ausgesetzten, Gesamtfreiheitsstrafen⁹⁵ für zwei in Tatmehrheit stehende, schwere Untreuetaten mit einem Gesamtschaden von 83 Millionen Euro. Die Angeklagten waren persönlich haftende Gesellschafter der Privatbank Sal. Oppenheim jr. & Cie KGaA. Anteilsinhaber – und damit über dieses gestufte Verhältnis mittelbare Eigentümer des Bankhauses – waren neben den Angeklagten etwa 50 natürliche Personen, deren Interessen satzungsgemäß der durch sie zu besetzende Aktionärsausschuss wahrnahm. Ab dem Jahr 2001 kam es zu wirtschaftlichen Verflechtungen des Bankhauses und der Angeklagten mit der Zeugin S., die in einem unvertretbaren Engagement des Bankhauses bei der Arcandor AG (vormals: KarstadtQuelle AG), welche Versand- und Kaufhäuser betrieb, mündeten (Fall 1 der Urteilsgründe). Nachdem eine andere Bank für die Angeklagten überraschend eine Darlehensgewährung abgelehnt hatte, entschlossen sich die Angeklagten an einem Wochenende Ende September 2008 aus Sorge vor einer Insolvenz der Arcandor AG bei Börsenöffnung am Montagmorgen zu einer mit dem Aktionärsausschuss nicht abgestimmten, ohne Vorlage eines Sanierungsplans oder eines Fortführungskonzepts ungesicherten weiteren Stützungsmaßnahme, die zu einem Schaden von 60,7 Millionen Euro führte, nachdem die Arcandor AG im Juni 2009 einen Insolvenzantrag gestellt hatte. Daneben schädigten die Angeklagten das Bankhaus durch ein Grundstücksgeschäft um mehr als 23 Millionen Euro, weil der Wert des im Rahmen

und interpersonal vergleichen können. Warum ist das Leben eines Hilfsarbeiters mit einem IQ von 75, der sich trotz geringer Selbstkontrolle bemüht, nicht straffällig zu werden, aber ein einziges Mal versagt, weniger wert als dasjenige eines hochtalentierten Millionärssohnes, der mit geringer Anstrengung einen angesehenen Beruf erlernt, aber vielleicht viel mehr hätte erreichen können, und dann eine Straftat begeht? Dieses Problem wird in der Philosophie als „constitutive“ und „circumstantial luck“ kontrovers diskutiert, siehe nur *Nagel*, Proceedings of the Aristotelian Society (Supplementary Volume) 50 (1976), 137 (140); daher setzt sich die „Lebensleistungs“-Rechtsprechung dem Vorwurf der Klassenjustiz aus.

⁹⁴ Siehe zu weiteren Aspekten der Entscheidung *Grosse-Wilde*, NZWiSt 2018, 457; BGH NZWiSt 2018, 463 m. Anm. *Peterek*; *Murmann/Hirsch*, WuB 2018, 477.

⁹⁵ Von einem Jahr und elf Monaten für einen persönlich haftenden Gesellschafter der Bank bzw. zwei Jahren für zwei weitere Gesellschafter, nur ein Gesellschafter und Risikomanager der Bank erhielt eine nicht aussetzungsfähige Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten, siehe LG Köln, Urt. v. 9.7.2015 116 – KLs 2/12 = BeckRS 2015, 118819.

eines „Share-Deals“ angekauften Grundstücks mindestens um diesen Betrag hinter dem Kaufpreis zurückblieb (Fall 2 der Urteilsgründe).

Der BGH lehnte in seiner Entscheidung eine Übertragung der für die Steuerhinterziehung entwickelten Grundsätze auf die Untreue u.a. mit Hinweis auf das gleichförmige Tatbild und die hohe Kongruenz von Erfolgs- und Handlungsunrecht bei der Steuerhinterziehung ab:

„Demgegenüber kann der Untreuetatbestand mit seinen abstrakt-generellen Tatbestandsmerkmalen auf ganz unterschiedliche Lebenssachverhalte im Wirtschaftsleben Anwendung finden, so dass sich die in Betracht kommenden Fallgestaltungen einer generalisierenden Betrachtung entziehen. § 266 StGB erfasst etwa auch – wie auch im hier zugrunde liegenden Fall 1 der Urteilsgründe – Risikogeschäfte mit nicht ohne Weiteres der Höhe nach vorhersehbaren Schäden. In solchen Fällen wiegt das Handlungsunrecht mitunter deutlich weniger schwer, obwohl es zu großen Schadensbeträgen und damit einem hohen Erfolgsunrecht führt. Ein durch die Tat herbeigeführter hoher Schaden ist deshalb im Rahmen der Untreue nicht zwangsläufig Ausdruck eines vergleichbaren Handlungsunrechts, so dass sich hier eine schematisierende, vornehmlich im Wesentlichen an der Höhe des durch den Schaden konkretisierten Erfolgsunrechts orientierte Strafzumessung verbietet.“⁹⁶

So sehr man dem BGH grundsätzlich darin beipflichten kann, in der Untreue ein so vielgestaltiges und mit diversen sanktionsrelevanten „Sub“-Delikten aufweisendes Phänomen zu sehen, sodass man daran zweifeln kann, all ihre Erscheinungsformen in eine totale Ordnung bringen zu können⁹⁷ und daher die grobschlächtigen Strafzumessungsregeln der Steuerhinterziehung auf dieses Delikt nicht zu übertragen bereit ist, so lässt sich doch fragen, ob nicht mit Hilfe einer Matrix bereits entschiedener Fälle für gewisse Konstellationen der Untreue ein Strafmaß regelgeleitet bestimmt werden kann:

So könnte man bspw. für die sog. „Banken- und Kredituntreue“ eine Argumentationslastregel derart aufstellen, dass jedenfalls bei (ggf.) zweistelligen Millionen-Schäden verbunden mit einer Bereicherungsabsicht des Täters (die der Tatbestand ja dem Grunde nach nicht verlangt)⁹⁸ eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nicht mehr in Betracht kommt, außer es liegen besondere Milderungsgründe vor. Eine solche Regel würde sich am schweizerischen Recht orientieren, das die Bereicherungsabsicht als Strafrahmenänderungsgrund kennt⁹⁹ und auch an hergebrachter Rechtsprechung zur Strafzumessung bei der Untreue, wonach eine Bereicherungsab-

sicht strafscharfend wirkt.¹⁰⁰ Ein Handlungsunrecht, das durch entsprechendes egoistisches Streben geprägt und auf einen riesigen Schaden bezogen ist, wird man ohne weiteres als gravierend bewerten können, sodass es angemessen ist, es mit einer nicht aussetzungsfähigen Freiheitsstrafe zu sanktionieren.¹⁰¹ Man könnte diese Regel noch verstärken, indem man einen dolus directus des Täters hinsichtlich des Vermögensschadens bzw. sogar hinsichtlich des Vermögensverlustes gemäß §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 Nr. 2 Alt. 1 StGB fordert,¹⁰² um als Regelstrafe eine solche von mehr als zwei Jahren Freiheitsstrafe vorzusehen. Mit dieser Kombination von evaluativen Regeln für das Erfolgs- und Handlungsunrecht wird man wohl die allermeisten Fälle einer „altruistischen“ Untreue, in denen trotz immenser Schäden auf Opferseite das korrespondierende Handlungsunrecht deutlich herabgesetzt ist, aus dem Anwendungsbereich der Strafzumessungsregel heraushalten können.

Wendete man diese Regel auf den Fall Sal. Oppenheim an, so ist zu konstatieren, dass es sich im Fall 1 entgegen der Charakterisierung des BGH nicht um ein „Risikogeschäft“ handelte, das eine wenigstens geringe Chance eines hohen Gewinns hat,¹⁰³ sondern stellte mit den Worten des LG Köln ein „gutes Geld dem schlechten hinterher Werfen“ dar,¹⁰⁴ ein angesichts der desaströsen Lage der Arcandor AG quasi sicheres Wissen, dass das Geld verloren sei; worin bei diesem „Geschäft“ eine (höchst zweifelhafte) große Gewinnaussicht, ein „Alles auf eine Karte Setzen“¹⁰⁵ liegen soll, bleibt im Dunkeln. Dass die Angeklagten bzgl. dieser Stützungsmaßnahmen bloß mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben, wie das LG Köln annimmt,¹⁰⁶ erscheint fragwürdig.¹⁰⁷ Ohne wei-

¹⁰⁰ BGH StV 1996, 25 (26); BGH, Urt. v. 18.11.1999 – 4 StR 435/99, insoweit in NStZ 2000, 205, nicht abgedruckt; zustimmend Schäfer/Sander/van Gemmeren (Fn. 34), Rn. 1700.

¹⁰¹ Auch Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 375, sowie Giannoulis (Fn. 2), S. 226 f., verknüpfen mit einem gravierenden Erfolgsunrecht eine Freiheitsstrafe ab zwei Jahren.

¹⁰² Siehe hierzu bereits obige Fn. 57.

¹⁰³ Siehe näher Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 117.

¹⁰⁴ So das LG Köln, Urt. v. 9.7.2015 116 – KLS 2/12 = BeckRS 2015, 118819, Rn. 3176.

¹⁰⁵ Vgl. zur Charakterisierung von Risikogeschäften BGH NJW 1975, 1235 (1236), und schon RGSt 61, 211 (213).

¹⁰⁶ Siehe LG Köln, Urt. v. 9.7.2015 116 – KLS 2/12 = BeckRS 2015, 118819, Rn. 2477: „Alle angeklagten persönlich haftenden Gesellschafter handelten hinsichtlich der Verursachung eines Vermögensnachteils für SOP sowohl durch die Kapitalerhöhung als auch den Kredit jedenfalls mit bedingtem Vorsatz.“

¹⁰⁷ Der 3. Strafsenat grenzt im WestLB-Fall, BGH, Urt. v. 13.8.2009 – 3 StR 576/08 = BKR 2010, 163 (166), dolus directus vom dolus eventualis danach ab, ob der Täter die den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände kennt und um dessen Minderwertigkeit nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben weiß – dann direkter Vorsatz –,

⁹⁶ BGH NJW 2018, 2210 (2212).

⁹⁷ Siehe schon Puppe (Fn. 48), 117.

⁹⁸ Diese muss nicht „stoffgleich“ sein – die Untreue ist kein Vermögensverschiebungs-, sondern Vermögensschädigungsdelikt, siehe Rönnau ZStW 122 (2010), 299 (321).

⁹⁹ Siehe Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 SchwStGB; vgl. auch etwa § 283a S. 1 Nr. 1 StGB – Handeln aus Gewinnsucht als besonders schwerer Fall des Bankrotts.

teres vorhersehbar war der von ihnen verursachte Schaden der Höhe nach ebenfalls – im Falle einer Insolvenz der Arcandor AG eben 60,7 Millionen Euro.¹⁰⁸ Zudem handelten alle persönlich haftenden Gesellschafter mit Bereicherungsabsicht, da sie einer eigenen Inanspruchnahme entgegen wollten.¹⁰⁹ Damit ist aber dargetan, dass es sich auch bei dem auf einen Schaden von 60,7 bzw. 23 Millionen Euro bezogene Handlungsunrecht um ein massives handelt, das in anderen Ländern wohl mit weitaus härteren Strafen sanktioniert worden wäre.¹¹⁰

V. Fazit

Hier wurde weitgehend auf eine nähere inhaltliche Auseinandersetzung mit den von deutschen Revisionsgerichten aufgestellten, wenigen Regeln zur Evaluierung von Unrecht und Schuld in der Strafzumessung verzichtet. Dass aber solche Regeln grundsätzlich sinnvoll sind, sollte dargetan werden.

Natürlich kann man sich fragen, ob der Fokus auf die Hinterziehungssumme bei der Steuerhinterziehung nicht zu starr ist und der Aspekt der Steuer(un-)ehrlichkeit wieder mehr in den Mittelpunkt gerückt werden sollte,¹¹¹ indem man

oder ob er nur mit Umständen rechnet und diese billigend in Kauf nimmt, welche die Pflichtwidrigkeit seines Tuns und die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs begründen – dann bedingter Vorsatz. In beiden Fällen ist die Hoffnung des Täters, den Kredit letztlich noch zurückführen zu können, irrelevant.

¹⁰⁸ Weitere Folgeschäden, etwa sofern die Privatbank Sal. Oppenheim selbst insolvent gegangen wäre (sie wurde mittels einer Übernahme durch die Deutsche Bank gerettet), wären verschuldete Auswirkungen der Tat, für die Fahrlässigkeit ausreicht, siehe näher *Grosse-Wilde* (Fn. 2), S. 501 ff.

¹⁰⁹ Das LG Köln, Urt. v. 9.7.2015 116 – KLS 2/12 = BeckRS 2015, 118819, Rn. 2486; 3263; 3266, spricht von „eigenen wirtschaftlichen Interessen/finanziellen Motiven“. Als angestrebter Bereicherungsvorteil kommen auch die Verhinderung des Verlustes einer Vermögensposition oder das Ersparen von Aufwendungen in Betracht, siehe *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 357.

¹¹⁰ Vgl. etwa zum englischen Strafrecht (das freilich keinen allgemeinen Untreuetatbestand kennt, siehe *Rönnau*, ZStW 122 [2010], 299 [307]); R v. Miles [2007] – 2 Cr App R (S) 19 (Veruntreuung von 1,3 Millionen Pfund von einem Solicitor, sieben Jahre Freiheitsstrafe blieben aufrechterhalten); R v. Fielding [2007] – 2 Cr App R (S), 117 (Veruntreuung von 5,8 Millionen Pfund von einem Solicitor, acht Jahre blieben unbeanstandet); *Ashworth*, *Sentencing and Criminal Justice*, 6. Aufl. 2015, S. 151 f. in Fn. 175, weist auf ein „guilty plea“ in beiden Fällen hin und geht daher ohne eine solche Kooperation von ca. zehn bis elf Jahren Freiheitsstrafe aus.

¹¹¹ Dies wurde in BGHSt 53, 71 (86), als Milderungsgrund angesprochen, soweit erkennbar aber danach nicht mehr als „besonders gewichtiger Milderungsgrund“ eingestuft; Gerechtigkeitsabwägungen könnten für eine solche Einordnung

die hinterzogenen mit den gezahlten Steuern (über einen gewissen Zeitraum) in Beziehung setzt, sodass auch für Multimillionäre, die sich überwiegend steuerehrlich verhalten, diese Steuerehrlichkeit als außerordentlicher Strafmilderungsgrund trotz einer siebenstelligen Hinterziehungssumme noch zu Gunsten einer aussetzungsfähigen Freiheitsstrafe zu Buche schlagen könnte.¹¹² Im Fall Werner Mauss kann man ebenfalls die grundlegende straftheoretische Frage wieder aufgreifen, was eine Gesellschaft davon hat, einen 77jährigen Angeklagten noch über Jahre eine Freiheitsstrafe verbüßen zu lassen und somit am Dogma des Schuldunterschreitungsverbots rütteln.¹¹³ Dies sind aber alles weitere normative Fragen, die das Grundmodell von flexiblen, „weichen“ Argumentationslastregeln, die von Revisionsgerichten eingezogen werden, nicht unterminieren. Niemand braucht hingegen 43 oder auch nur 16 „Levels“ von Schwerebeurteilungen für Straftaten, wie es US-amerikanische Sentencing Guidelines vorsehen – dafür aber gewisse Orientierungspunkte, um etwa den entscheidenden „Marker“ im deutschen Strafzumessungsrecht für gravierendes Tatunrecht, die Freiheitstrafe von mehr als zwei Jahren, gleichmäßig und regelgeleitet zu positionieren.¹¹⁴

sprechen. Dies setzt freilich voraus, dass Gerichte die Steuerehrlichkeit des Angeklagten detailliert untersuchen.

¹¹² Dies gilt auch für andere Fälle des Wirtschaftslebens, etwa im Rahmen eines Betruges in einem Dauerschuldverhältnis – wer als Zulieferer ein Großunternehmen mit einem Gesamtvolumen von 100 Millionen Euro beliefert und dabei einen Lieferantenbetrug mit einem Schaden von einer Million Euro begeht, handelt weitaus weniger strafwürdig, als derjenige, der bei einem Auftrag mit einem Gesamtvolumen von einer Million gar nicht liefert.

¹¹³ Dies müsste aber dann als allgemeine Regel gelten und nicht durch Ausweichbegründungen camoufliert werden – der BGH lehnt bekanntlich in ständiger Rechtsprechung eine Schuldunterschreitung aus spezialpräventiven Erwägungen ab (BGHSt 24, 132, [134]) und hat auch im „Opa-Banden-Fall“ BGH NStZ 2006, 500 (501), einen Rechtssatz des Inhalts, dass jeder Straftäter schon nach dem Maß der verhängten Strafe die Gewissheit haben muss, im Anschluss an die Strafverbüßung in die Freiheit entlassen zu werden, entschieden abgelehnt. Insbesondere könne sich aus dem hohen Lebensalter eines Angeklagten, etwa unter Berücksichtigung statistischer Erkenntnisse zur Lebenserwartung, keine Strafobergrenze ergeben. Allerdings müsse ihm unter Vollstreckungsgesichtspunkten grundsätzlich eine Chance verbleiben, wieder der Freiheit teilhaftig zu werden.

¹¹⁴ Auch wenn hier nur Argumentationslastregeln für Tatschulduntergrenzen, also in Richtung von mehr Punitivität, skizziert worden sind, sollte klar sein, dass sich ebensolche Argumentationslastregeln für Tatschuldobergrenzen formulieren lassen, etwa für absolute Bagatelldaten notorischer Wiederholungstäter, siehe dazu *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, 363; *ders.* (Fn. 2), S. 186 ff.; siehe zum Problem auch *Kaspar* (Fn. 21), S. 68.