

AUSGABE 10/2014

S. 478 - 544

9. Jahrgang

Inhalt

SONDERAUSGABE FÜR ANDREAS VON HIRSCH

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe für Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas von Hirsch

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sascha Ziemann,
Wiss. Mitarbeiter Dr. Antonio Martins, LL.M., Frankfurt a.M. 478

Beiträge

Moral über Bord? Über das Notrecht von Schiffbrüchigen und das Los der Schiffsjungen

**Der Kriminalfall Regina v. Dudley and Stephens
(Mignonette-Fall)**
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sascha Ziemann, Frankfurt a.M. 479

Mit der Sittenwidrigkeit gegen Hooligangewalt – das Ende der „Dritten Halbzeit“?

**Ein Beitrag zu den Grundlagen und zur Reichweite der
Einwilligungsschranke des § 228 StGB nach der
Rechtsgutslösung**
Von Prof. Dr. Karsten Gaede, Hamburg 489

Wertende Produktpreisungen im Wirtschaftsverkehr Erwägungen zur Reichweite von § 263 StGB

Von Dr. jur. Dr. phil. Milan Kuhli, Frankfurt a.M. 504

Ein nachmetaphysisches Strafrecht?

Gedanken zum retributiven Charakter der Strafe
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Antonio Martins, LL.M., Frankfurt a.M. 514

Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung

Von Dr. Georgios Giannoulis, LL.M., Frankfurt a.M. 522

AUFSÄTZE

Strafrecht

Betrug durch das Betreiben von Abfallen Zur Entscheidung BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12

Von Prof. Dr. Ralf Krack, Osnabrück 536

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Jacob
Böhringer

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe für Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas von Hirsch

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Sascha Ziemann**, Wiss. Mitarbeiter Dr. **Antonio Martins**, LL.M.,
Frankfurt a.M.

Am 16.7.2014 feierte der Rechtsphilosoph und Strafrechtler *Andreas (Andrew) von Hirsch*, geschäftsführender Direktor der Forschungsstelle für Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik und Honorarprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, seinen 80. Geburtstag. *Andreas von Hirsch* ist einer der wenigen wirklich globalen Wissenschaftler auf dem Gebiet des Strafrechts und der Rechtsphilosophie. Er lehrte und lehrt an renommierten Universitäten in Großbritannien, USA und Deutschland; Universitäten aus Großbritannien, Schweden und Deutschland verliehen ihm akademische Ehrentitel. Zuletzt betraute ihn die Goethe-Universität Frankfurt am Main mit der Leitung einer Forschungsstelle für Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik. *Andreas von Hirschs* Argumente kennen keine nationalen Grenzen und Schlagbäume; entscheidend ist nicht ihre sprachliche Herkunft, sondern ihre Überzeugungskraft vor dem Hintergrund eines liberal-rechtsstaatlichen Strafrechts. Über die Jahre ist so ein globales Netzwerk des wissenschaftlichen Austauschs entstanden. Die Kraft des Arguments ist für *Andreas von Hirsch* keine Frage der akademischen Hierarchien: Wer mit ihm das Interesse an der Sache teilt, findet auch als jüngere/r Wissenschaftler/in in ihm stets einen interessierten und engagierten Diskussionspartner. Einige dieser jüngeren Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, aus Nah und Fern, haben sich aus Anlass des 80. Geburtstages zusammengetan, um *Andreas von Hirsch* mit der vorliegenden Sonderausgabe der ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ein kleines Geschenk zu machen. *Ad multos annos!*

Die *Autorinnen* und *Autoren* danken den Herausgebern der ZIS, insbesondere Herrn Professor *Dr. Thomas Rotsch*, Universität Gießen, für die gute und freundliche Zusammenarbeit.

Frankfurt am Main, im Oktober 2014

Moral über Bord? Über das Notrecht von Schiffbrüchigen und das Los der Schiffsjungen

Der Kriminalfall Regina v. Dudley and Stephens (Mignonette-Fall)

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sascha Ziemann, Frankfurt a.M.*

I. Auf hoher See: Das Schiffbrüchigendrama der Yacht „Mignonette“

Darf man als Schiffbrüchiger, in äußerster Not und um sich selbst zu retten, den Schiffsjungen töten und essen? Was wie die Frage aus einem akademischen Lehrbuch klingt, war 1884 Gegenstand einer der aufsehenerregendsten Strafprozesse des viktorianischen Englands: des Falls „Regina v. Dudley and Stephens“¹. Wie im englischen Recht üblich, ist der Fall nach den Angeklagten benannt: Kapitän Thomas Dudley und Maat Edwin Stephens. Beide hatten im Juli 1884 mit der Yacht „Mignonette“ Schiffbruch im Südatlantik erlitten und nach 20tägigem Martyrium in einem Rettungsboot auf hoher See ihren Mitschiffbrüchigen, den Schiffsjungen Richard Parker, getötet und gegessen. Wie kam es zu der dramatischen Situation und wie dazu, dass der Schiffsjunge „dran glauben musste“?²

Die Geschichte nahm ihren Anfang in der südeingelichen Hafenstadt Falmouth in Cornwall. Richard Parker, 17 Jahre alt, hatte als Schiffsjunge auf der Yacht „Mignonette“ angeheuert, die unter dem Kommando von Kapitän Dudley nach Australien überführt werden sollte. Die Besatzung bestand aus vier Personen: Kapitän Thomas Dudley, Maat Edwin Stephens, Matrose Edmund Brooks und Richard Parker, dem Schiffsjungen. Schon im Südatlantik fand die Reise jedoch ein vorzeitiges Ende, als die Mignonette am 5.7.1884 vor der Küste Namibias in einen Sturm geriet und innerhalb weniger Minuten sank. Die Besatzung kam mit dem Leben davon und rettete sich mit wenigen Vorräten in ein Beiboot. Die Situation der Schiffbrüchigen war allerdings wenig aussichtsreich. Zwar ließ sich aus ihrer Kleidung ein Notsegel bauen und auch

verfügten sie über Navigationsinstrumente, die Kapitän Dudley in letzter Sekunde hatte retten können. Doch befanden sie sich Hunderte Kilometer vor der afrikanischen Küste und weit abseits der Schifffahrtsrouten, weshalb sie, wenn kein Wunder geschah, verdursten würden – ein Hohn angesichts der Wassermassen um sie herum.³ Trotz Rationierung und einer glücklich gefangenen Meeresschildkröte waren die Vorräte nach zwölf Tagen aufgebraucht. Die Situation spitzte sich zu. Der Körper konnte zwar eine erstaunliche lange Zeit ohne feste Nahrung auskommen, doch nur wenige Tage ohne Wasser; das Trinken von Meerwasser allerdings war gefährlich, da das enthaltene Salz dem Körper das Wasser entzog. Wer es getrunken hatte, war nach damals verbreiteter Ansicht dem Tode geweiht.⁴ Der junge Parker hatte davon getrunken und war in schlechter körperlicher Verfassung. Die verzweifelte Lage der Schiffbrüchigen brachte Kapitän Dudley bald zu einem ungeheuerlichen Gedanken: einer von ihnen musste sterben, damit die anderen überleben konnten. Die Auswahl des Opfers sollte, wie nach altem Seemannsbrauch üblich, durch das Los ergehen. Das am 19. Tag von Dudley vorgeschlagene Losverfahren fand jedoch keine Zustimmung: nur Stephens stimmte dafür, Brooks war dagegen, und der geschwächte Parker blieb außen vor. Es sollte weiter abgewartet werden. Wenige Tage später, am 23. Tag, machte Dudley einen erneuten Vorstoß, dieses Mal ging es ums Ganze: Parker, der Schwächste und nur noch knapp bei Bewusstsein, sollte sterben. Dudley zog Stephens und Brooks ins Vertrauen, stieß mit seinem Plan aber zunächst auf Ablehnung. Am darauffolgenden Tag stellte Dudley das Thema erneut zur Diskussion: Brooks blieb ablehnend, Stephens dagegen stimmte zu. Damit war es beschlossen und Parkers Schicksal besiegelt. In der Nacht des 25.7.1884, dem 20. Tag ihrer Drangsal auf See, erstach Dudley Parker mit einem Messer, und alle Überlebenden ernährten sich von Blut und Körper des Opfers.⁵ Die Tat rettete ihr Leben. Wenige Tage später, am 29.7.1884 wurden sie von der Besatzung des deutschen Schiffes „Montezuma“ gerettet und zurück nach England gebracht.

* Dr. Sascha Ziemann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie von Prof. Dr. Matthias Jahn an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

¹ High Court (Queen's Bench Division), Urt. v. 9.12.1884 – 14 QBD 273 DC (Regina v. Dudley and Stephens); eine gekürzte deutsche Übersetzung findet sich bei Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 2. Aufl. 1947 = wiederabgedruckt in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 15, bearbeitet von Scholler, 1999, S. 25 (71 ff.); der englische Wortlaut ist zudem im Editionsbericht zur Radbruch-Übersetzung abgedruckt (a.a.O., S. 399 ff.).

² Der Fall erschließt sich am besten durch das materialreiche Buch von Simpson, *Cannibalism and the Common Law, The Story of the Tragic Last Voyage of the Mignonette and the Strange Legal Proceedings to Which It Gave Rise*, 1986; siehe auch *ders.*, in: Lübke (Hrsg.), *Tödliche Entscheidung, Allokation von Leben und Tod in Zwangslagen*, 2004, S. 187. Stark belletristisch dagegen Hanson, *Nur das Meer war Zeuge, Der Kampf ums Überleben und das Gesetz der See*, 2000.

³ Siehe Coleridges Ballade „The Rime of the Ancient Mariner“ (1817, Original 1798): „Water, water, every where, And all the boards did shrink; Water, water, every where, Nor any drop to drink!“

⁴ Rettung versprach allein die Gewinnung von Süßwasser, etwa durch Regen oder aus Fischen. Näheres bei Golden/Tipton, *Essentials of Sea Survival*, 2002, S. 141 ff.

⁵ Das Urteil berichtet sehr knapp und in sachlichem Ton über den Vorgang. Der um einige (blutige) Details reichere Bericht Dudleys ist nachzulesen bei *The Times* (London) v. 4.11.1884, S. 3; siehe auch Simpson (Fn. 2 – Cannibalism), S. 66 ff.

II. Vor Gericht: Der Kriminalfall Regina v. Dudley and Stephens

Die Bevölkerung empfing sie überwiegend mit Nachsicht und zeigte Verständnis für die Verzweiflungstat. Die Behörden vor Ort hatten, schon von Amts wegen, eine andere Sicht auf die Angelegenheit: Die Hafengebörde war rechtlich verpflichtet, bei Verlust von Schiffen und Menschenleben dem Handelsministerium Bericht zu erstatten und amtliche Untersuchungen durchzuführen. Gab es gar Anzeichen für ein Verbrechen, waren zudem die Polizeibehörden zu informieren.⁶ Im Zentrum des Interesses standen dabei von Anfang an die Hauptverantwortlichen Dudley und Stephens. Brooks hatte am wenigsten Schuld auf sich geladen, da er seine Beteiligung an der Tötung Parkers verweigert hatte. Dies machte ihn schon früh zum idealen Kronzeugen eines strafgerichtlichen Verfahrens, das ansonsten vor unüberwindbaren Beweisproblemen gestanden hätte, da die beiden Angeklagten rechtlich nicht verpflichtet waren, selbstbelastende Aussagen zu machen. Das schließlich gegen Kapitän Dudley und Maat Stephens eingeleitete Strafverfahren sorgte für großes Aufsehen in der Seefahrtscommunity⁷: Ihr Verhalten stand zwar nicht außerhalb des Rechts, wurde aber doch als Bestandteil eines maritimen Brauchs („custom of the sea“) toleriert.⁸ Dieses Verständnis musste der zuständige Richter des Strafgerichts in Exeter, Baron Huddleston, auch von Seiten der zwölfköpfigen Geschworenenbank (jury) befürchten, die nach damaligem Recht über die Schuld oder Unschuld der Angeklagten zu befinden hatte. Es bestand durchaus die Gefahr, dass die Geschworenen trotz fehlender rechtlicher Grundlage, deren Feststellung Richter Huddlestons Aufgabe war, zu einem Freispruch gekommen wären, der seinerseits nicht mehr hätte rechtlich angegriffen werden können. Und ein solcher Freispruch hätte unabsehbare Folgen für das Rechts- und Moralverständnis der Bevölkerung haben können. Die Londoner Times brachte es auf den Punkt: „It would be dangerous [...] to tell seafaring men that they may freely eat others in extreme circumstances, and that the cabin boy may always be consumed if provisions run short“.⁹ Aus Sicht der Behörden musste daher ein Exempel statuiert werden, um dem Seemannsbrauch ein für alle Mal ein Ende zu setzen.¹⁰ Um dies zu erreichen, schlug Richter Huddleston den Geschworenen die Durchführung eines bestimmten prozessualen Verfahrens vor, das – wie wir noch sehen werden – die Gerichtspflege in arge Bedrängnis bringen sollte. Die Geschworenen sollten statt eines Schuldspruchs nur eine Entscheidung

über den Sachverhalt treffen und diesen dann einem höheren Gericht zur rechtlichen Bewertung vorlegen (sog. „special verdict“). Die Geschworenen ließen sich überzeugen.¹¹ Mit diesem Verfahren hatte Huddleston sein Ziel erreicht: Die Gefahr eines Freispruchs war gebannt und es konnte eine Präzedenzentscheidung durch ein höchstes Gericht getroffen werden. Das von Huddleston eingeschlagene Verfahren brachte die Gerichtspflege allerdings in arge Bedrängnis, da es seit über achtzig Jahren nicht mehr durchgeführt worden war, praktisches Wissen verloren gegangen und insbesondere auch das zuständige Gericht abgekommen war.¹² Am Ende wurde gewissermaßen improvisiert und ein Gericht aus fünf obersten Richtern unter dem Vorsitz von Lord Chief Justice Coleridge zusammengestellt, dem auch Huddleston selbst angehörte.¹³ Auf diesem verschlungenen Weg gelangte der Fall schließlich an den High Court of Justice, dem höchsten englischen Strafgericht mit Sitz in London. Dieses Gericht verurteilte die Angeklagten am 9.12.1884 wegen Mordes zum Tode. In der Urteilsbegründung machte das Gericht deutlich, dass es nach dem englischen Recht keine Rechtfertigung gebe, die es erlaube, einen unschuldigen Menschen aus Gründen der Selbsterhaltung zu töten.¹⁴ Eine Rechtfertigung wür-

¹¹ Im Urteil heißt es hierzu: „At the trial before Huddleston [...], the jury, at the suggestion of the learned judge, found the facts of the case in a special verdict, which stated ... [Anm. des Verf.: Es folgt der Sachverhalt]. But whether upon the whole matter by the jurors found the killing of Richard Parker by Dudley and Stephens be felony and murder the jurors are ignorant, and pray the advice of the Court thereupon [...]“ Vgl. Queen’s Bench Division, 14 QBD 273 (273).

¹² Der für das „special verdict“ eigentlich zuständige „Court of Queen’s Bench“ (bzw. King’s Bench) war 1873 als eigenständiges Gericht abgeschafft und durch den „High Court of Justice“ ersetzt worden. Überlebt hatte er nur als Bezeichnung einer besonderen Abteilung des neuen Gerichtshofs („Queen’s Bench Division“), die aber kein eigener Spruchkörper war. Der High Court selbst entschied (nach damaligem Recht) in der Regel als Spruchkörper von einem bis drei Richtern und nur ausnahmsweise, soweit es um ihm vorgelegte Rechtsfragen ging, mit fünf Richtern („Court for Crown Cases Reserved“). Zum Ganzen siehe *Simpson* (Fn. 2 – Cannibalism), S. 219 ff.

¹³ *Simpson* (Fn. 2 – Cannibalism), S. 195 ff. mit weiteren Details; *Mallin*, *The University of Chicago Law Review* 34 (1967), 387 (395 ff.).

¹⁴ „Nun ist es anerkannt, daß die überlegte Tötung dieses harmlosen und keinerlei Widerstand leistenden Jungen offensichtlich Mord war, wenn nicht die Tötung gerechtfertigt (justified) werden kann durch irgendeine wohlbegründete Entschuldigung (excuse), die vom Recht anerkannt ist. Es ist weiter anerkannt, daß es in diesem Fall keine solche Entschuldigung gab, es sei denn, daß die Tötung gerechtfertigt wäre durch das, was ‚Notstand‘ (necessity) genannt worden ist. Aber die Versuchung zu der Handlung, welche hier vorlag, war nicht, was das Recht jemals Notstand genannt hat.“ Vgl. Queen’s Bench Division, 14 QBD 273 (286 f.), Übersetzung bei *Radbruch* (Fn. 1), S. 73.

⁶ Rechtsgrundlage war der Merchant Shipping Act 1854.

⁷ Dudley bedankte sich sogar in einem (auch abgedruckten) Leserbrief an die Londoner Times für den Zuspruch der Öffentlichkeit und beschwor das Fehlen jedes bösen Willens. Vgl. *The Times* (London) v. 22.9.1884, S. 7.

⁸ Allerdings wurde in der Regel gefordert, dass das Los zu bestimmen hatte, wer geopfert wird und wer die Tat begehen sollte. Hierzu insbesondere *Simpson* (Fn. 2 – Cannibalism), S. 95 ff.; *Bernsmann*, „Entschuldigung“ durch Notstand, *Studien zu § 35 StGB*, 1989, S. 337 ff.

⁹ *The Times* (London) v. 7.11.1884, S. 10.

¹⁰ Hierzu vor allem *Simpson* (Fn. 2 – Cannibalism), S. 195 ff.

de zudem, so das Gericht, das Recht in verhängnisvoller Weise von der Moral trennen¹⁵ und die Geltung des Tötungsverbots schwächen.¹⁶ Es sei vielmehr „die klarste und höchste Pflicht“ der Angeklagten gewesen, ihr Leben zu opfern.¹⁷ Gleichwohl äußerte das Gericht in seinem Urteil Verständnis für die furchtbaren Leiden der Schiffbrüchigen, übergab die Berücksichtigung dieser Umstände aber in die Hände der königlichen Gnade.¹⁸ Das Todesurteil wurde gesprochen, allerdings wenig später, wie vom Gericht angedacht, durch eine Gnadenentscheidung der Königin in eine Gefängnisstrafe von sechs Monaten umgewandelt.¹⁹

III. Diesseits und jenseits des Common law: Regina v. Dudley and Stephens als cause célèbre internationaler Strafrechtsdogmatik

Der Kriminalfall Regina v. Dudley and Stephens ist bis heute eine der Leitentscheidungen des englischen Strafrechts.²⁰ Es ist daher nicht überraschend, dass sich auch Andreas v. Hirsch, zumal als passionierter Segler, intensiv mit dem Fall

beschäftigt hat.²¹ Anlass war die Rezension des Buches „Cannibalism and the Common Law“ des englischen Rechts-historikers A.W. Brian Simpson,²² dessen Buch bis heute als die beste Darstellung des Mignonette-Falls gelten kann. Die engen Grenzen der Rezension verlassend nutzte v. Hirsch dabei die Gelegenheit, den Kriminalfall einer eingehenden strafrechtsphilosophischen und – wie wir später sehen werden – auch strafrechtsvergleichenden Erörterung zu unterziehen, wobei vor allem die strafrechtsdogmatische Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung besondere Aufmerksamkeit fand (siehe sogleich).

Aber auch über die Grenzen Englands und der Common law-Rechtstradition hinaus hat Regina v. Dudley and Stephens Beachtung gefunden. So gehört die Entscheidung unter der Bezeichnung „Mignonette-Fall“ auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft zum Standardrepertoire der Lehrbuchfälle zum Notstandsrecht.²³ Eine erste Darstellung erfolgte schon 1885 in einem der ersten Bände der ZStW,²⁴ und 1946 besorgte kein Geringerer als Gustav Radbruch²⁵ eine deutsche Übersetzung der wichtigsten Passagen der Urteilsgründe. Die Gründe für dieses Interesse dürften vielgestaltig sein. Neben der affektiven Anziehungskraft des Falls, der das Schiffbrüchigendrama²⁶ zusätzlich mit dem „Tabuthema“ Kannibalismus²⁷ verband, dürfte auch ein intellektuelles, wissenschaftliches Interesse der deutschen Strafrechtswissenschaftler ausschlaggebend gewesen sein, den Fall zur Überprüfung eigener moralischer und (straf-)rechtlicher Prinzipien und Wertvorstellungen zu nutzen.²⁸ Was zuvor nur anhand

¹⁵ „(D)ie unbedingte Scheidung des Rechts von der Moral (würde) von verhängnisvollen Folgen sein; und solche Scheidung würde eintreten, wenn die Versuchung zum Mord in diesem Falle vom Rechte als eine unbedingte Verteidigung des Mordes angesehen würde.“ Vgl. Queen’s Bench Division, 14 QBD 273 (287), Übersetzung bei Radbruch (Fn. 1), S. 74.

¹⁶ „Aber ein Mann hat kein Recht, Versuchung für eine Entschuldigung zu erklären, weil er selbst ihr nachgegeben haben würde, noch dem Mitleide mit dem Rechtsbrecher zu gestatten, in irgendeiner Weise den Begriff des Verbrechens [...] abzuschwächen“. Vgl. Queen’s Bench Division, 14 QBD 273 (288), Übersetzung bei Radbruch (Fn. 1), S. 75.

¹⁷ Queen’s Bench Division, 14 QBD 273 (287), Übersetzung bei Radbruch (Fn. 1), S. 74.

¹⁸ Queen’s Bench Division, 14 QBD 273 (288). Die Wahrscheinlichkeit auf eine günstige Gnadenentscheidung war üblicherweise hoch, wenn, wie hier, sowohl Richter als auch Geschworenenbank dies befürworteten (siehe Mallin, The University of Chicago Law Review 34 [1967], 387 [396]).

¹⁹ Die Erreichung dieses Ziels erwies sich allerdings schwieriger als gedacht, da der zuständige Innenminister Sir William Harcourt, dem ein Vorschlagsrecht zukam, zunächst nur eine Umwandlung in eine lebenslange Strafe erwog. Erst die Bemühungen seiner Mitarbeiter, darunter sein Sohn, der als Sekretär arbeitete, stimmten ihn um. Hierzu Simpson (Fn. 2 – Cannibalism), S. 242 ff.

²⁰ Siehe nur die Nachw. bei Dressler, in: Baker/Holder (Hrsg.), The Sanctity of Life and the Criminal Law, The Legacy of Glanville Williams, 2013, S. 126 (S. 128 m. Fn. 13). Was die Frage der Präzedenzwirkung anbelangt, so wird überwiegend der Ausschluss der „defence of necessity“ für Mord angenommen (siehe Ashworth/Holder, Principles of Criminal Law, 7. Aufl. 2013, S. 212; Ormerod, Smith and Hogan’s Criminal Law, 13. Aufl. 2011, S. 369; anders dagegen Glazebrook, The Cambridge Law Journal 30 [1972], 87 [114]).

²¹ Vgl. v. Hirsch, Criminal Justice Ethics 4 (1985), 88; der „Review Essay“ trägt zusätzlich den Titel „Lifeboat Law“.

²² Simpson (Fn. 2 – Cannibalism).

²³ Siehe etwa Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, Rn. 316. Aus der spanischsprachigen Literatur siehe etwa Chiesa, in: Sánchez-Ostiz (Hrsg.), Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, 2011, S. 95.

²⁴ Simonson, ZStW 5 (1885), 367.

²⁵ Vgl. Radbruch (Fn. 1). Erwähnung findet der Fall auch in der Sammlung von Jacta (d.i. Erich Schwinge), Berühmte Strafprozesse, England II, 1965, S. 25 ff.

²⁶ Das Schiffbrüchigendrama ist auch literarisch ein beliebtes Sujet. Eine interessante Variation der Verantwortungsfrage enthält die Ballade „Die Vergeltung“ v. Droste-Hülshoffs (1844). Der tödliche Kampf zweier Schiffbrüchiger um einen Platz an einem Stück Treibgut wird gewaltsam entschieden; die Rettung ist aber nur vorläufig, da der Gerettete am Ende als Pirat aufgeknüpft wird und der Galgen sich zuletzt als Teil des einst rettenden Treibholzes erweist. Hierzu nur Rohe, in: Ribbat (Hrsg.), Dialoge mit der Droste, 1998, S. 165. Aus der bildenden Kunst beeindruckt insbesondere Gericaults Monumentalgemälde „Das Floß der Medusa“ (1819, zu sehen im Pariser Louvre).

²⁷ Zum Ernährungskannibalismus siehe Simpson (Fn. 2 – Cannibalism), S. 147 ff.; Avramescu, An Intellectual History of Cannibalism, 2011, S. 23 ff.

²⁸ Zur Bedeutung des Gedankenexperiments in der Rechtswissenschaft siehe Ziemann, in: Schweighofer u.a. (Hrsg.),

fiktiver Fälle erprobt werden konnte, etwa am Beispiel des Falls „Brett des Karneades“²⁹, war nun strafjuristische Wirklichkeit geworden.

IV. Gerechtfertigt oder entschuldigt? Das Notrecht von Schiffbrüchigen im englisch-deutschen Strafrechtsdialog

Ein besonderes Interesse verband und verbindet die deutsche Strafrechtswissenschaft dabei mit der Frage nach der strafrechtsdogmatischen Herleitung eines Notrechts von Schiffbrüchigen. Nach damaligem deutschen Strafrecht hätte sich der Täter auf § 54 RStGB, Notstand, berufen können. Danach war, wie es heißt, eine „strafbare Handlung [...] nicht vorhanden, wenn die Handlung [...] in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Nothstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden“ war. Rechtsfolge wäre damit ein Freispruch gewesen, auch wenn noch lange Zeit umstritten bleiben sollte, wie diese Rechtsfolge dogmatisch einzuordnen ist: als Ausschluss der Rechtswidrigkeit, d.h. als Rechtfertigung, oder als Ausschluss der Schuld, d.h. als Entschuldigung.³⁰ Eine endgültige Entscheidung brachte erst die berühmte Abtreibungsentscheidung des Reichsgerichts von 1927,³¹ das sich für eine Entschuldigung aussprach und zudem – in Anschluss an Vorarbeiten der Literatur – zusätzlich einen „übergesetzlichen“ rechtfertigenden Notstand anerkannte. Dieser sog. Differenzierungslösung entspricht noch heute die (allerdings erst 1975 gesetzlich normierte) Unterscheidung zwischen rechtfertigendem Notstand gemäß § 34 StGB einerseits und entschuldigendem Notstand gemäß § 35 StGB andererseits.³²

Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft, 2005, S. 591.

²⁹ Der schon in der Antike diskutierte Fall „Brett des Karneades“ spielt ebenfalls auf dem Meer. In ihm streiten zwei Schiffbrüchige um ein im Wasser treibendes Stück Treibgut. Zu diesem Fall siehe nur *Aichele*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), S. 245 ff. Eine interessante Neuformulierung der Problematik, vor allem für die angloamerikanische Debatte, bietet *Fullers* „The Case of the Speluncean Explorers“ (Harvard Law Review 62 [1949], 616). Der Aufsatz erscheint in Gestalt des Urteils eines fiktiven Gerichtshofes der Zukunft, das den Fall einer Notstandstötung unter Höhlenforschern würdigt. *Fuller* macht dabei die beteiligten Richter zum Sprachrohr verschiedener philosophischer Argumente und Denkströmungen.

³⁰ Für Rechtfertigung votiert z.B. *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 233 ff.; für Entschuldigung *M.E. Mayer*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 304 ff. Für eine Übersicht über die Diskussion siehe die Nachw. bei *v. Hippel* (a.a.O.), S. 231 ff.

³¹ RGSt 61, 242. Die Entscheidung fand weitgehend Zustimmung (siehe die Nachw. bei *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 232 Fn. 18).

³² Hierzu nur *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 2; dogmengeschichtlich *Bernsmann* (Fn. 8), S. 257 ff.

Wie wäre der Fall heute zu entscheiden? Nach heutigem deutschen Strafrecht hätten sich die Angeklagten *Dudley* und *Stephens* auf entschuldigenden Notstand gemäß § 35 StGB berufen können und hätten entsprechend „ohne Schuld“ gehandelt. Denn: Die Tötung und Opferung *Parkers* war aus der Sicht der Angeklagten die einzige Möglichkeit, um sich vor dem drohenden Verdursten zu retten.³³ Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB wäre hingegen ausgeschlossen, da angesichts der rechtlichen Gleichwertigkeit der Lebensinteressen von Täter und Opfer nicht davon gesprochen werden kann, dass, wie es das Gesetz in § 34 StGB fordert, „das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt“.³⁴ Hinzu kommt die Erwägung, dass einem vermeintlichen Selbsterhaltungsrecht des Täters – auf gleicher Stufe und in gleicher Intensität – ein Selbsterhaltungsrecht des Opfers gegenüber stehen würde. Dem Täter ein derartiges Eingriffsrecht zuzusprechen, würde zur Folge haben, dass sich das Opfer nicht gegen diesen rechtmäßigen Angriff verteidigen dürfte und auch Dritte diesem nicht helfen dürften (sog. Notwehrprobe).³⁵

Das damalige englische Strafrecht verfügte demgegenüber weder über eine vergleichbare Rechtsnorm (§ 54 RStGB, § 34 StGB)³⁶ noch über eine gleichermaßen ausdifferenzierte

³³ Siehe etwa *Neumann* (Fn. 32), § 34 Rn. 78; § 35 Rn. 60 f. (allerdings wohl nur übergesetzlich); *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, § 34 Rn. 32, § 35 Rn. 19; *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 120; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 33, § 22 Rn. 146 ff.

³⁴ Siehe *Neumann* (Fn. 32), § 34 Rn. 78; *Erb* (Fn. 33), § 34 Rn. 115 f., 120; *Engländer* (Fn. 33), § 34 Rn. 27; *Roxin* (Fn. 33), § 16 Rn. 33, 39 f. Anders, wenn auch im Ergebnis ebenfalls für einen Ausschluss der Rechtfertigung, *Mitsch*, in: *Heinrich u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, 18. September 2004, 2004, S. 49 (64): Nach ihm sinke der „Unwertgehalt der Tat“ „mit zunehmender Zahl der Menschenleben, die durch die Tat gerettet werden“ (allerdings sei die Tötung des einen zwecks Rettung Mehrerer nicht angemessen i.S.v. § 34 Abs. 1 S. 2 StGB, *Mitsch* [a.a.O.], S. 65).

³⁵ Hierzu *Hirsch*, in: *Kaufmann* (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag* am 7. Dez. 1978, 1979, S. 89 (106 f.); siehe auch *Erb* (Fn. 33), § 34 Rn. 120: „Rechtfertigung aller“ als „Selbstwiderspruch der Rechtsordnung“. Einen Ausschluss der Nothilferechte erwägt *Jäger*, *ZStW* 115 (2003), 765 (787 ff.).

³⁶ Entgegen mancher Expertenmeinungen, allen voran von *Stephen* (*A Digest of the Criminal Law [Crimes and Punishments]*, 4. Aufl. 1887, S. 24), hatte sich wenige Jahre zuvor (1878/79), die englische Strafrechtsreformkommission gegen eine gesetzliche Normierung einer „defence of necessity“ ausgesprochen. Stattdessen sollte eine Klausel eingefügt werden, die es in das richterliche Ermessen stellte, die Fortgeltung der Lehren des Common law zu bestimmen. Hierzu *Glazebrook*, *The Cambridge Law Journal* 30 (1972), 87 (114 m. Fn. 32).

Strafrechtsdogmatik. Was die Strafrechtsdogmatik anbelangt, so kannte zwar auch das englische Strafrecht neben dem Strafausschluss wegen „justification“ auch einen Strafausschluss wegen „excuse“, doch war der Unterschied zwischen beiden Instituten systematisch nur wenig entwickelt³⁷ und im Wesentlichen historisch zu erklären.³⁸ Für das englische Strafrecht stand damit nur in Frage, ob es eine Rechtfertigung für die vorsätzliche Tötung eines Unschuldigen aus Gründen der Selbsterhaltung geben könnte.³⁹ Die Antwort war „Nein“. Eine Rechtfertigung war allein für den Fall des Vorliegens eines Angriffs, also bei Notwehr, anerkannt. Einen solchen Angriff konnte es zwar auch unter Schiffbrüchigen geben, etwa (wie im „Brett des Karneades-Fall“) beim Kampf der Schiffbrüchigen um einen Platz auf einem rettenden Stück Treibgut⁴⁰ – bei dem in Rede stehenden Fall Regina v. Dudley and Stephens war es hierzu aber gerade nicht gekommen. Es war also nicht überraschend und nach damaligem Recht wohl nur konsequent, dass das Gericht eine Rechtfertigung wegen Notstands (necessity) ablehnte und – mangels Verfügbarkeit einer Entschuldigungslösung – zu einer Verurteilung kam.⁴¹ Diese Rechtslage prägt auch heute noch das englische

³⁷ *Stephen*, History of the Criminal Law of England, Bd. 3, 1883, S. 11 („involves no legal consequences“). Dies zeigt sich deutlich bei der synonymen Verwendung der Worte „justification“ und „excuse“ in der Urteilsbegründung („justified by some well-recognised excuse“), worauf schon *Radbruch* ([Fn. 1], S. 64) hinweist. Das komplette Zitat findet sich auf Deutsch oben in Fn. 14.

³⁸ Der Freispruch wegen „excusable homicide“ ließ eine Vermögenskonfiskation („forfeiture“) zu. Sie wurde 1828 abgeschafft. Vgl. *Ormerod* (Fn. 20), S. 285.

³⁹ Der vor allem in der älteren Diskussion (*Grotius*, *Pufendorf*, *Fichte*) diskutierte Rückzug der Rechtsordnung wurde nicht thematisiert, auch nicht durch die Verteidigung (zur sog. Exemptionslehre siehe *Renzikowski*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 [2003], 269 [280]). Die Verteidigung unternahm allein den Versuch, aus einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich der englischen Registrierung des Schiffes (und seines Beiboats) die englische Jurisdiktion in Frage zu stellen. Der Versuch scheiterte letztlich, da Richter Huddleston eigenmächtig eine nachträgliche Änderung des Sachverhalts vorgenommen hatte (vgl. *Simpson* [Fn. 2 – Cannibalism], S. 218).

⁴⁰ Siehe etwa *Blackstone*: „He who thus preserves his own life at the expence of another man’s, is excusable though unavoidable necessity, and the principle of self-defence; since their both remaining on the same weak plank is a mutual, though innocent, attempt upon, and an endangering of, each other’s life.“ (*Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Bd. 4, 10. Aufl. 1787, Kap. 14 S. 186).

⁴¹ Der Idee nach hätte allerdings *Stephens* Konzept einer „defence of necessity“, die sich aus der Zweckmäßigkeit rechtfertigt, durchaus Anwendung finden können. Richter Coleridge behalf sich mit dem Hinweis auf die Vagheit der Ausführungen und ergänzte zudem, dass ihm die beste Autorität bescheinigt habe, dass der Fall nicht darunter falle (*Queen’s Bench Division*, 14 QBD 273 [286]). Diese Autori-

Strafrecht. Zwar anerkennt es mittlerweile eine „excuse defence“ wegen „duress of circumstance“, eine Art Notstand wegen äußeren Zwangs, doch findet dieser auf vorsätzliche Tötungen keine Anwendung, weshalb *Dudley* und *Stephens* auch heute noch mit einer Verurteilung rechnen müssten.⁴²

Eine differenzierte Position hat sich hingegen in den USA entwickelt. Hier enthalten der US-Amerikanische Model Penal Code⁴³, eine Art Musterstrafgesetzbuch, und die ihm folgenden Strafgesetze der Bundesstaaten eine Notstandsregelung, die die Tötung eines Unschuldigen für gerechtfertigt („justified“) erklärt, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen die gefährdeten Interessen höher zu bewerten sind als die geopfert (§ 3.02.1a Model Penal Code). Ein Überwiegen kommt allerdings nur in den Fällen in Betracht, in denen, wie bei *Regina v. Dudley and Stephens*, mehrere Leben gerettet werden können, nicht aber, wenn ein Leben gegen ein anderes Leben steht.⁴⁴ Für letzteren Fall kommt nach § 2.09(1) Model Penal Code allein eine Entschuldigung wegen „duress“ (Zwang) in Betracht, die allerdings ihrerseits beschränkt ist auf die Bedrohung durch eine andere Person, was sie deutlich von einem auf Gefahren bezogenen entschuldigen Notstand nach deutschem Muster unterscheidet.⁴⁵

Die wenig trennscharfe Unterscheidung des englischen Strafrechts zwischen Rechtfertigung („justification“) und Entschuldigung („excuse“) wurde und wird nicht nur seitens der deutschen Strafrechtswissenschaft für unbefriedigend gehalten.⁴⁶ Insbesondere seit den 1970er Jahren werden auch in der angloamerikanischen Strafrechtslehre immer mehr Stimmen laut, die sich für die Bedeutung dieser Unterscheidung

tät war wohl niemand Anderes als Sir *Stephen* selbst, der in der Neuausgabe seines *Digest* den Fall bespricht und zugibt, Richter *Coleridge* diese Formulierung autorisiert zu haben (vgl. *Stephen* [Fn. 36], S. 24 Fn. 4). Hierzu *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 1978, S. 825 f.

⁴² Hierzu *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law, 7. Aufl. 2013, S. 212 ff.; *Dressler* (Fn. 20), S. 146.

⁴³ Zu Entstehung und Bedeutung des Model Penal Code siehe *Dubber*, Einführung in das US-amerikanischen Strafrecht, 2005, S. 2 ff.

⁴⁴ Siehe *Dubber* (Fn. 43), S. 153.

⁴⁵ Vgl. *Dubber* (Fn. 43), S. 180 ff.

⁴⁶ Nach *Radbruch* trübe sie etwa die „Klarheit der juristischen Würdigung“ und *Regina v. Dudley and Stephens* sei gar ein Beispiel dafür, dass die „Ablehnung des systematischen Denkens auch zu unliebsamen praktischen Folgen“ führe (*Radbruch* [Fn. 1], S. 65 bzw. 63). *Radbruchs* Kritik am englischen Recht wiegt doppelt schwer, insofern man der angloamerikanischen Strafrechtslehre üblicherweise zwar weniger eine systematische, aber doch immerhin eine praktische Herangehensweise bescheinigt. Aus aktueller US-amerikanischer Perspektive siehe *Dubber*, German Law Journal 6 (2005), 1049 (1052); *ders.*, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 245 (insbesondere 248 ff.).

stark machen.⁴⁷ Nach Einschätzung von *Berman*⁴⁸ ist in den 1980er/1990er Jahren sogar kein anderes Thema mehr en vogue gewesen in der angloamerikanischen Strafrechtswissenschaft als die Unterscheidung zwischen „justification“ und „excuse“. Eine hervorgehobene Bedeutung wird hierbei vor allem *George P. Fletcher*⁴⁹ zugewiesen;⁵⁰ aber auch *v. Hirsch* mit seiner Rezensionsabhandlung von 1985 gehört zu dieser Bewegung.⁵¹ Ausgangspunkt ist zunächst die Unterscheidung zwischen „justification“ und „excuse“, die beide in enger Anknüpfung an die Traditionen der deutschen Strafrechtswissenschaft entwickeln.⁵² Während „justification“ das Entfallen der Rechtmäßigkeit der Handlung zur Folge habe, führe „excuse“ zum Entfallen der individuellen Zumutbarkeit für den Beschuldigten.⁵³ Ausgehend von dieser Unterscheidung lässt sich die „defense of necessity“ (Notstand) sowohl als Rechtfertigung („necessity as a justification“) als auch als Entschuldigung („necessity as an excuse“) interpretieren.⁵⁴ Kern der Entschuldigung ist der fehlende Schuldvorwurf. In den Worten *v. Hirschs*: „(T)he criminal sanction entails blame and should be visited only to the blameworthy; and that someone should be censured only if he falls well below the standards of behavior that could reasonably be expected of someone in such extraordinary circumstances“.⁵⁵ Maßstab der Entschuldigung ist damit das, was das Recht vernünftigerweise von einer konkreten Person in einer konkreten Situation erwarten kann (Theorie der „fair expectation“, d.h. Zumutbarkeit).⁵⁶ In Fällen, in denen das Leben auf dem Spiel steht, verlange dabei das Recht weder Heldentum noch Martyrium.⁵⁷ Angewandt auf *Regina v. Dudley and Stephens* bedeutet dies: Die Tötung Parkers durch Dudley und Stephens ist zwar rechtswidrig, weshalb sich Parker gegen den Angriff von Dudley und Stephens zur Wehr setzen hätte dürfen; die Tat ist aber den beiden Angeklagten nicht vorzuwerfen und damit entschuldigt, da von ihnen vernünftigerweise nicht erwartet konnte, aus Treue zum Recht das eigene Leben zu opfern.⁵⁸

Auch wenn damit eine einigermaßen überzeugende strafrechtsdogmatische „Lösung“ für *Regina v. Dudley and Stephens* gefunden ist,⁵⁹ bleiben zwei Fragen offen. Erstens die Frage, warum genau das Strafrecht in Fällen der entschuldigten Notstandstötung keinen Schuldvorwurf erhebt, warum es also Nachsicht zeigt (sogleich unter V.). Und zweitens die Frage, ob es Grenzen für das vom Recht tolerierte Verhalten im Lebensnotstand gibt, um beispielsweise zu verhindern, dass immer die Schwächsten, eben die Schiffsjungen, geopfert werden und das Nachsehen haben (sogleich unter VI.). Beide Fragen werden auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft lebhaft diskutiert und sollen den Abschluss der Ausführungen bilden.

V. Warum Nachsicht zeigen? Über Grundlagen der entschuldigten Tötung im Notstand

Zunächst zu den Grundlagen der entschuldigten Tötung im Notstand, also: Warum genau erhebt das Strafrecht in solchen Fällen keinen Schuldvorwurf? Weshalb genau zeigt die Rechtsordnung Nachsicht? Die sachliche Begründung für den Ausschluss des individuellen Schuldvorwurfs ist umstritten.⁶⁰ Die herrschende Meinung spricht von Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens,⁶¹ wengleich damit nur wenig gewonnen ist, da der Begriff der Unzumutbarkeit wenig trennscharf ist und daher weitere Konkretisierung benötigt.⁶² Was also könnte inhaltlich mit Unzumutbarkeit im Sinne von § 35 StGB gemeint sein?

⁴⁷ Hierzu m.w.N. *Dressler*, *The Wayne Law Review* 33 (1987), 1155 (1159 f.).

⁴⁸ *Berman*, *Duke Law Journal* 53 (2003), 1 (3).

⁴⁹ *Fletcher* (Fn. 41), insbesondere S. 759 ff.; siehe auch *ders.*, in: *Eser/Fletcher*, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, *Rechtsvergleichende Perspektiven*, Bd. 1, 1987, S. 67.

⁵⁰ Nach *Greenawalt* sei *Fletcher* die lauteste und eloquenteste der wenigen „prophetic voices“ „[c]rying in the wilderness“. Vgl. *Greenawalt*, in: *Eser/Fletcher* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, *Rechtsvergleichende Perspektiven*, Bd. 1, 1987, S. 263 (265). Für weitere Nachweise siehe *Russell*, *Tulsa Law Review* 39 (2004), 737 (744 m. Fn. 65).

⁵¹ *v. Hirsch*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1985), 88 (89 f.).

⁵² Siehe etwa *Fletcher*, *Southern California Law Review* 47 (1974/73), 1269 (insbesondere 1280 ff.: Abschnitt B. „Necessity: Conflicting German and Anglo-American Approaches“). Eine Diskussion von *Regina v. Dudley and Stephens* anhand des deutschen dreistufigen Verbrechenaufbaus findet sich neuerdings bei *Dubber/Hörnle*, *Criminal Law, A Comparative Approach*, 2014, S. 178 ff. und insbesondere 183 ff. Für weitere Beispiele englisch-deutschen Strafrechtsdialogs siehe *Dubber* (Fn. 46), S. 246 Fn. 5. Über das Potential eines umgekehrten, deutsch-englischen Strafrechtsdialogs siehe *v. Hirsch*, in: *Hefendehl* (Fn. 46), S. 257 (insbesondere 262 ff.).

⁵³ Vgl. *Fletcher* (Fn. 49), S. 82: „A justification negates an assertion of wrongful conduct. An excuse negates a charge that the particular defendant is personally to blame for the wrongful conduct“; ähnlich *v. Hirsch*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1985), 88 (89 f.).

⁵⁴ Dazu *v. Hirsch*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1985), 88 (90 bzw. 91 ff.); *Fletcher* (Fn. 41), S. 855 ff.

⁵⁵ *v. Hirsch*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1985), 88 (92); ähnlich *Fletcher*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1984), 17 (26).

⁵⁶ *Fletcher*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1984), 17 (26); ebenso *v. Hirsch*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1985), 88 (92). Das Prinzip der Zumutbarkeit liegt nach h.M. auch § 35 StGB zugrunde (dazu *Neumann* [Fn. 32], § 35 Rn. 2 m.w.N.), dogmengeschichtlich *Momsen*, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, insbesondere S. 77 ff.

⁵⁷ *Fletcher*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1984), 17 (25 f.); ebenso *v. Hirsch*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1985), 88 (91).

⁵⁸ *v. Hirsch*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1985), 88 (91); ebenso *Fletcher* (Fn. 49), S. 101.

⁵⁹ Die Vorstellung, dass es „Lösungen“ für strafrechtliche Probleme gibt, womöglich sogar nur eine richtige Lösung, dürfte einem angloamerikanischen Strafrechtler allerdings tendenziell eher fremd sein. Vgl. *Dubber* (Fn. 46), S. 248.

⁶⁰ Zur Übersicht siehe *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 4 ff.

⁶¹ RGSt 66, 222 (225).

⁶² *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, Vor § 32 Rn. 110.

Naheliegender wurde zunächst die psychische Ausnahmesituation des (etwa schiffbrüchigen) Täters in den Blick genommen.⁶³ So führte etwa das Reichsgericht die Unzumutbarkeit für den Täter auf einen „ungewöhnlichen seelischen Druck“ und eine „durch besondere äußere Umstände verursachte abnorme Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung“ zurück.⁶⁴ Manche sehen § 35 StGB gar als „Prototyp [...] aller Opportunitätsregeln zur menschlichen Schwäche“.⁶⁵ Eine rein psychologisierende Deutung des § 35 StGB begegnet allerdings einigen Bedenken.⁶⁶ Zunächst dogmatisch, insofern sich eine psychologisierende Deutung nur schwierig mit dem Gesetzeswortlaut des § 35 StGB in Einklang bringen ließe. Dieser nämlich setzt einerseits – anders als bei §§ 17, 20 StGB – keine bestimmte psychische Disposition voraus⁶⁷ und bekennt sich andererseits zu klaren normativen Beschränkungen, die gerade keine Rücksicht auf die psychische Ausnahmesituation des Täters nehmen: etwa bei der Beschränkung des Kreises der notstandsfähigen Rechte oder des Umfangs zunehmender Gefahren (§ 35 Abs. 1 S. 2 StGB).⁶⁸ Darüber hinaus ließe sich an vielen Beispielen zeigen, dass das Täterverhalten in existenzbedrohenden Notlagen nicht immer dem entspricht, was man von einer Tat unter unwiderstehlichem Druck erwartet. Das menschliche Verhalten in derartig existenziellen Notlagen ist komplex und abhängig von einer Vielzahl von Faktoren, von äußeren Umständen ebenso wie von innerpsychischen Dispositionen, wodurch es sich von Grund auf jeder normativen Typisierung entzieht.⁶⁹ Dies zeigt sich auch bei *Regina v. Dudley and Stephens*: Kapitän Dudley hat zwar sicher aus Verzweiflung gehandelt, die Durchführung der Tat selbst erfolgte aber gerade nicht verzweifelt, sondern im Gegenteil – in beängstigender Ruhe und wohlüberlegt. In den Feststellungen des Urteils heißt es hierzu: „Dudley offered a prayer asking forgiveness for them all [...], and that their souls might be saved. [Then, Ergänzung des Verf.] Dudley, with the assent of Stephens, went to the boy, and telling him that his time was come, put a knife into his throat and killed him then and there“.⁷⁰

Eine weit verbreitete und wohl herrschende Auffassung behilft sich mit einer Vereinigungstheorie, die neben psychologischen Momenten auch unrechtsbezogene Aspekte be-

rücksichtigt.⁷¹ Hiernach gründet sich der Schuldausschluss sowohl auf der psychischen Ausnahmesituation des Täters als auch auf einer verminderten Menge an verwirklichtem Unrecht. Was den Aspekt der Unrechtsminderung anbelangt, so lasse sich dieser entweder auf eine Minderung des Handlungsunrechts (wegen des Willens zur Rettung), oder auf eine Minderung des Erfolgsunrechts (wegen der Rettung des gefährdeten Guts) zurückführen. Auch diese Vereinigungstheorie kann nicht völlig überzeugen. Zum einen bleibt sie noch immer der wenig überzeugenden psychologisierenden Deutung verhaftet (s.o.). Zum anderen bleibt unklar, wie sich die Menge des verwirklichten Unrechts verrechnen lässt: nicht nur, dass es an einem Maßstab für eine Quantifizierung fehlt, eine Verrechnung des verwirklichten, zumal rechtswidrigen (!) Unrechts würde auch den Grundsatz der Gleichwertigkeit der durch § 35 StGB geschützten höchstpersönlichen Güter (Leben, Leib, Freiheit) verletzen.⁷² Das Recht würde damit, wie vom Gericht in *Regina v. Dudley and Stephens* befürchtet, durchaus Gefahr laufen, das Recht von fundamentalen Sätzen der Moral zu entfernen. Es ist daher nur konsequent, einen grundsätzlich anderen Zugang zu suchen.

Wie könnte aber eine eigenständige Begründung von § 35 StGB aussehen? Im Schrifttum hat sich hierzu eine Vielzahl von Theorien entwickelt, von denen einige im Folgenden vorgestellt werden sollen.⁷³ Ein verbreiteter strafzweckorientierter Ansatz will den Schuldausschluss auf das Fehlen eines general- und spezialpräventiven Strafbedürfnisses zurückführen.⁷⁴ So ist etwa nach *Roxin* die Motivationswirkung der Norm, etwa des Tötungsverbots, bei außergewöhnlichen Umständen „nicht häufig zu erwarten“ und eine Bestrafung wegen der Seltenheit der Situation weder generalpräventiv noch spezialpräventiv erforderlich.⁷⁵ Allerdings bleibt diese Konzeption die Antwort auf einige Fragen schuldig: so etwa, warum genau die Rechtsordnung sich nachsichtig zeigt gegenüber einer mangelhaften Motivationswirkung der Norm, was ansonsten nicht die Regel sein dürfte, und warum genau diese seltene Situation keine Bestrafung notwendig macht. Für beide Fragen muss auf „normative Deutungsmuster“ zurückgegriffen werden.⁷⁶

⁶³ Dies betont etwa *Hauck*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöllner* (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 2011, § 35 Rn. 1.

⁶⁴ RGSt 66, 222 (225).

⁶⁵ *Walter*, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, S. 351.

⁶⁶ Siehe etwa *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 4; *Müssig*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 33), § 35 Rn. 4; *Bernsmann* (Fn. 8), S. 179 ff.; *Momsen*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: Juli 2014, § 35 Rn. 3; kritisch auch v. *Hirsch*, *Criminal Justice Ethics* 4 (1985), 88 (92).

⁶⁷ *Momsen* (Fn. 66), § 35 Rn. 1.

⁶⁸ *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 4; *Müssig* (Fn. 66), § 35 Rn. 4; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 62), Vor § 32 Rn. 110.

⁶⁹ Zur Psychologie der Reaktion in existenziellen Notlagen siehe *Bernsmann* (Fn. 8), S. 158 ff.

⁷⁰ *Queen's Bench Division*, 14 QBD 273 (274).

⁷¹ Siehe etwa *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 62), Vor § 32 Rn. 111; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 62), § 35 Rn. 2; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 1; *Rogall*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 125. Lfg, Stand: Oktober 2010, § 35 Rn. 2 ff., 13; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 23), Rn. 433.

⁷² Vgl. *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 4; krit. auch *Müssig* (Fn. 66), § 35 Rn. 8; *Bernsmann* (Fn. 8), S. 205 ff.; *Renzikowski*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 (2003), 269 (274 ff.).

⁷³ Übersicht bei *Rogall* (Fn. 71), § 35 Rn. 6 ff.

⁷⁴ *Roxin* (Fn. 33), § 22 Rn. 6, 11 ff., allerdings mit abweichender Terminologie: „Verantwortungsausschluss“ (a.a.O., § 22 Rn. 4, § 19 Rn. 1 ff.).

⁷⁵ *Roxin* (Fn. 33), § 22 Rn. 6.

⁷⁶ *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 5; ebenso *Zimmermann*, *Rettungstötungen, Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, 2009, S. 227.

Überzeugender erscheint auf dieser Grundlage eine normative Konzeption, die statt auf kriminalpolitische Sanktionsadäquanz auf gesellschaftliche Situationsadäquanz setzt: Die strafrechtliche Sanktionierung wäre danach inadäquat, weil das Handeln zur Selbsterhaltung als gesellschaftlich situationsadäquat anzusehen ist.⁷⁷ Die Frage, wann ein Verhalten im Notstand als situationsadäquat anzusehen ist und wann als situationsinadäquat, ist dabei eine Frage, die notwendig der Normenordnung vorausgeht.⁷⁸ Sie führt zurück auf die Bedingungen der Begründung eines Rechtsverhältnisses überhaupt und bezeichnet dabei, wie *Hassemer* einmal formuliert hat, die „Grenzen, innerhalb deren ein normtreues Verhalten vom Bürger erwartet werden darf“.⁷⁹ Überschritten sind diese Grenzen, wenn die Bedingungen eines Rechtsverhältnisses entfallen sind, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die „Grundlagen jeglichen Rechtsverhältnisses, die Bedingungen personaler Existenz, in Frage stehen“.⁸⁰ Auf den Fall angewandt: Die aus existenzieller Not erfolgte (rechtswidrige) Tötung des Schiffsjungen wird ausnahmsweise nicht mit öffentlicher Strafe belegt, weil von den schiffbrüchigen Tätern nicht von Rechts wegen erwartet werden konnte, auf ihr fundamentales Recht auf Leben zu verzichten.

VI. Das Los der Schiffsjungen: Über Grenzen der entschuldigten Tötung im Notstand

Zum Abschluss noch einige Worte über mögliche Grenzen einer entschuldigten Tötung im Notstand. Um auf Richard Parker und das Los der Schiffsjungen zurückzukommen: Gibt es mit Blick auf ihr Schicksal rechtliche Grenzen für die Nachsicht, die das Recht gegenüber ihren Mördern zeigt? Müssen wirklich immer die Schiffsjungen „dran glauben“?⁸¹

⁷⁷ Vgl. *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 6a.

⁷⁸ Das vorstrafrechtliche Fundament betonen auch: *Renziowski*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), 269 (276 ff.); *Bernsmann* (Fn. 8), S. 308; *Zimmermann* (Fn. 76), S. 227 ff.

⁷⁹ *Hassemer*, in: *Eser/Fletcher* (Fn. 49), S. 175 (207). Ähnlich *Fletcher's* „normative involuntariness“ auf Grundlage eines „moral judgement about what we expect people to be able to resist“ (*Fletcher* [Fn. 41], S. 802 ff.). Anwendung fand *Fletcher's* Konzept in der Entscheidung *Regina v. Perka* des kanadischen Supreme Courts von 1984 (Supreme Court Reports 1984, Vol. 2, 1984, S. 232 ff.; auch abgedruckt bei *Dubber/Hörnle* [Fn. 52], S. 422 ff.).

⁸⁰ So *Müssig* (Fn. 66), § 35 Rn. 3. Die Unverfügbarkeit des Rechts auf Lebenserhaltung betont auch *Bernsmann* (Fn. 8), S. 308; siehe auch, auf Grundlage ihrer Tadelstheorie, v. *Hirsch/Hörnle*, in: v. *Hirsch* (Hrsg.), *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005, S. 19 (38 f.).

⁸¹ Ähnlich *Greenawalt*: „Why do they always eat the boy?“, zit. nach *Crawford*, im Internet abrufbar unter:

<http://www.feministlawprofessors.com/2008/09/they-always-eat-the-boy> (3.10.2014). Interessant ist, dass auch auffallend häufig ein „Richard Parker“ das Opfer ist. Eine Figur gleichen Namens und Schicksals kommt in *Poes* „Der Bericht des Arthur Gordon Pym“ vor. Ein wenig makaber, könnte man denken, wäre *Poes* Roman nicht schon 1837/38 und damit

Eine erste Grenze könnte das gesetzliche Erfordernis bieten, wonach die gegenwärtige Gefahr für das bedrohte Gut „nicht anders abwendbar“ gewesen sein darf (§ 35 Abs. 1 S. 1 StGB). Nach allgemeiner Meinung wird damit verlangt, dass die Notstandshandlung erforderlich, d.h. ein geeignetes und zugleich das mildeste Mittel war, um die gegenwärtige Gefahr für das bedrohte Gut abzuwehren. Die Frage lautet also: Hätte es nun im vorliegenden Fall gleichermaßen geeignete, aber weniger intensive Handlungen gegeben? Es kommen mehrere Vorgehensweisen in Betracht: Zunächst hätten die Schiffbrüchigen abwarten können, bis der gesundheitlich angeschlagene Parker eines natürlichen Todes gestorben wäre. Dies allerdings war für die Schiffbrüchigen nicht abzuschätzen und wäre entsprechend nicht gleich geeignet gewesen. Eine weniger intensive Maßnahme hätte es weiterhin – theoretisch – sein können, dass niemand getötet, sondern allenfalls verletzt wird,⁸² allerdings wäre dies, etwa in Gestalt einer Amputation, unter den gegebenen Umständen sicher nicht ohne Risiko durchführbar gewesen. Schließlich hätte man auch daran denken können, die Auswahl des Opfers per Los zu bestimmen, was eine verbreitete Praxis auf See war⁸³ und ungleich fairer und gerechter gewesen wäre.⁸⁴ Allerdings wäre diese Maßnahme nicht gleich geeignet gewesen: weder mit Blick auf den Entscheidungsmodus, der allein eben noch keine Rettung bedeutet hätte, noch mit Blick auf das Entscheidungsergebnis, das eben nur ein anderes, aber eben kein geringeres Opfer verlangt hätte.⁸⁵ Im Ergebnis war damit die rechtswidrige Notstandshandlung, die Tötung des Schiffsjungen Parker, im notstandsrechtlichen Sinne erforderlich.

Eine zweite Grenzziehung ermöglicht das Gesetz in § 35 Abs.1 S. 2 StGB. Hiernach ist ein Schuldausschluss ausgeschlossen, wenn dem Notstandstäter „nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen“ (§ 35 Abs. 1 S. 2 StGB).⁸⁶ In unserem Fall kommt insbesondere die Fallgruppe des besonderen Rechtsverhältnisses in Betracht, das Bezug nimmt auf besondere amtliche oder berufliche Schutzpflichten.⁸⁷ Solche beruflichen Schutzpflichten gibt es auch für

einige Jahrzehnte vor dem Untergang der *Mignonette* veröffentlicht worden.

⁸² Humoristisch *Monty Python's Flying Circus*: „Look. I tell you what. Those of us who want can eat Johnson. Then you, Sir, can eat my leg. And then we make a stock from the Captain, and after that we can eat the rest of Johnson cold for supper.“ (*Monty Python's Flying Circus*, Episode 26, *Lifeboat sketch*).

⁸³ Siehe schon die Hinweise oben in Fn. 8.

⁸⁴ Zum Gerechtigkeitscharakter des Losverfahrens siehe *Bernsmann* (Fn. 8), S. 338 ff.

⁸⁵ Zu einer Berücksichtigung im Rahmen einer zumutbaren Hinnahme der Gefahr nach § 35 Abs. 1 S. 2 StGB siehe sogleich.

⁸⁶ Hierzu *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 30 ff.

⁸⁷ *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 41 ff.

Seeleute,⁸⁸ die beispielsweise verpflichtet sind, Anordnungen des Kapitäns Folge zu leisten, wenn diese dazu dienen, „drohende Gefahr für Menschen, Schiff oder Ladung abzuwenden“ (§ 36 Abs. 1 SeearbeitsG). Allerdings folgt daraus nach allgemeiner Meinung keine Pflicht zur Selbstopferung: Die Befolgung der Gehorsamspflicht, etwa gegenüber Anweisungen des Kapitäns, ist dann nicht mehr zumutbar, wenn sie den sicheren oder höchstwahrscheinlichen Tod bedeuten würde.⁸⁹

Wie sich jedoch aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, sind die beiden „namentlich“ genannten Umstände – Selbstverursachung und besonderes Rechtsverhältnis – nicht die einzigen Umstände, die es dem Notstandstäter zumutbar machen, die Gefahr hinzunehmen.⁹⁰ Eine solche Pflicht zur Hinnahme der Gefahr wird für besondere Obhutsverhältnisse (etwa der Vater gegenüber dem Kind) oder besondere Duldungspflichten (etwa gegenüber staatlichen Hoheitsakten) angenommen.⁹¹ Weitgehend ungeklärt ist demgegenüber, ob es darüber hinaus weitere Pflichten, etwa Verfahrenspflichten, geben könnte, die beispielsweise in Situationen wie der vorliegenden verlangen würden, dass das zu erbringende Opfer nicht egoistisch ausgewählt wird, etwa nach sozialem Status oder Gesundheitszustand, sondern dass man sich hierzu eines fairen, insbesondere Chancengleichheit garantierenden Verfahrens bedient.⁹²

Eine solche Verfahrenspflicht oder „Solidaritäts- bzw. Gefahrtragungspflicht“, wie sie *Bernsmann*⁹³ nennt, könnte

⁸⁸ Siehe etwa §§ 36, 121, 124 SeearbeitsG (löste 2013 das alte SeemannsG ab).

⁸⁹ Vgl. *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn.44; ebenso *Momsen* (Fn. 66), § 35 Rn. 15; *Müssig* (Fn. 66), § 35 Rn. 68; *Rogall* (Fn. 71), § 35 Rn 38. Anders, wenn auch als Teil einer moralischen Pflicht, bei *Regina v. Dudley and Stephens*: „Sich das Leben zu erhalten, ist im allgemeinen gesprochen, eine Pflicht, aber es kann die klarste und höchste Pflicht sein, es zu opfern. [...] Im Falle eines Schiffbruchs ist es die Pflicht des Kapitäns gegen seine Mannschaft, der Mannschaft gegen die Fahrgäste [...]; die moralische Notwendigkeit erlegt diesen Männern Pflichten auf, nicht zur Bewahrung, sondern zum Opfer ihres Lebens für andere.“ (Queen’s Bench Division, 14 QBD 273 [287], Übersetzung bei *Radbruch* [Fn. 1], S. 74).

⁹⁰ Hierzu *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 47 ff.

⁹¹ *Neumann* (Fn. 32), § 35 Rn. 51 f. Üblicherweise wird hiermit auch die Forderung nach einer gewissen Proportionalität zwischen dem zu rettenden Gut einerseits und dem durch die Rettungshandlung verursachten Schaden andererseits verbunden (a.a.O., § 35 Rn. 47 ff.).

⁹² *Bernsmann* (Fn. 8), S. 327 ff., insbesondere S. 332 ff., allerdings beschränkt auf die Situationen, die sich durch die symmetrische Verteilung der Überlebenschancen bei gemeinsamer Bedrohung auszeichnen. Bei asymmetrisch verteilten Überlebenschancen soll dagegen kein Losentscheid erforderlich sein, da sich diese „auf bestimmte Personen konkret zugespitzt haben“ (*Bernsmann* [Fn. 8], S. 356).

⁹³ *Bernsmann* (Fn. 8), S. 347. Wer dieser Pflicht nachkomme, der handele nach *Bernsmann* „gemäß oder analog § 35 Abs. 1 S. 1 [...] straflos“ (a.a.O., S. 332). Verbrechenssystematisch

beispielsweise Schiffbrüchigen in Situationen existenzieller Not die Pflicht auferlegen, zur fairen Auswahl von Opfer (und ggf. auch von Täter)⁹⁴ Lose zu ziehen.⁹⁵ Wie schon angedeutet, ist das Ziehen von Losen seit jeher integraler Bestandteil des Seemannsbrauchs in Schiffbrüchigenfällen. Gelöst wurde zum Beispiel im Fall des Walfängers „Essex“ aus dem Jahre 1820, bei dem das Los auf den Schiffsjungen (!) Owen Coffin fiel, der sich seinem Schicksal fügte und gegessen wurde.⁹⁶ Erwähnung findet das Losverfahren auch in der Entscheidung des amerikanischen U.S. Circuit Courts von Ost-Pennsylvania im Fall *United States v. Holmes* von 1842.⁹⁷ Hier hatten in einem Rettungsboot Besatzungsmitglieder Passagiere über Bord geworfen, um das Boot vor dem Sinken zu bewahren. Das Gericht verurteilte die Opferung der Passagiere und betonte, dass es die Pflicht der Besatzung gewesen sei, die Passagiere zu retten. Zudem hob es in einem obiter dictum hervor, dass, solange es nicht die Notsituation verhindere, das Losverfahren das fairste Verfahren sei, um das Opfer auszuwählen. Denn: „In no other than this or some like way are those having equal rights put upon an equal footing, and in no other way is it possible to guard against partiality and oppression, violence and conflict.“⁹⁸ Das englische Gericht im Fall *Regina v. Dudley and Stephens* hat gleichwohl dieser amerikanischen Gerichtsentscheidung wegen fehlender Bindungswirkung die Gefolgschaft verweigert.⁹⁹

Sollte also die Einhaltung eines gerechten und fairen (Los-)Verfahrens Voraussetzung für die Gewährung eines

soll ein „zwischen ‚Rechtswidrigkeit‘ und ‚Schuld‘“ angesiedelter „Straffreistellungsgrund sui generis“ gegeben sein (a.a.O., S. 330).

⁹⁴ In früherer Zeit wurde in der Regel sowohl das Opfer als auch der Täter gelöst. Dass auch der Täter gelöst wurde, lässt das zusätzliche Problem entstehen, ob dieser verpflichtet werden darf, einen anderen Menschen zu töten. Kritisch *Bernsmann* (Fn. 8), S. 345.

⁹⁵ So vor allem *Bernsmann* (Fn. 8), S. 338 ff.; siehe auch *Zimmermann* (Fn. 76), S. 419 ff., *Dworkin*, Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate, 2008, S. 139.

⁹⁶ Ein Überlebender, Owen Chase, hat die Geschichte des Untergangs 1821 in einem Buch veröffentlicht (dt. Ausgabe: *Chase*, Der Untergang der Essex, 2000). Die besonderen Umstände des Untergangs – das Schiff wurde von einem Wal versenkt – diente später als Vorlage für *Melvilles* „Moby Dick“ (1851); zu diesem Fall aus strafrechtlicher Sicht siehe *Mitsch* (Fn. 34).

⁹⁷ Vgl. U.S. Circuit Court, E.D. Pennsylvania, Federal Cases 26 (1842), 360. Der Angeklagte Holmes wurde zu einer Haftstrafe von sechs Monaten und einer (später erlassenen) Geldstrafe verurteilt. Zu diesem Fall aus Sicht des damaligen deutschen Strafrechts *Marquardsen*, Archiv des Criminalrechts N.F. Bd. 38 (1857), 396 (416 ff.).

⁹⁸ U.S. Circuit Court, E.D. Pennsylvania, Federal Cases 26 (1842), 360; kritisch *Marquardsen*, Archiv des Criminalrechts N.F. Bd. 38 (1857), 396 (419 f.).

⁹⁹ Queen’s Bench Division, 14 QBD 273 (285).

Schuldausschlusses nach § 35 StGB sein? Auf den ersten Blick erscheint dies überzeugend, würde dies doch sowohl die Anwendung von Faust, „recht“ verhindern als auch ein gewisses Maß an Fairness ermöglichen. Bei näherem Hinsehen zeigen sich allerdings einige Probleme. Ein erster Einwand könnte sich zunächst daraus ergeben, dass man grundsätzlich die moralische Überlegenheit des (Los-)Verfahrens gegenüber anderen, etwa auf Zufall beruhenden Auswahlentscheidungen in Frage stellt. So meint beispielsweise *Archangelskij* für den Fall des Werfens einer Münze, dass sich die hierdurch „ausgewählte ‚Opfermenge‘ kaum von einer ebenso zufällig durch einen Menschen ausgesuchten“ unterscheidet, weshalb „die Tötung im Ergebnis reine Willkür“ bleibe. Dass Kopf und Zahl über Tod und Überleben entschieden, sei – so *Archangelskij* weiter – kein „schicksalhafter, naturgesetzliches Verhängnis“, sondern „nur eine metaphysische, lediglich im Menschenverstand existierende Chimäre.“¹⁰⁰ Der Einwand überzeugt m.E. nicht, da er eine wichtige Differenzierung nicht zur Kenntnis nimmt: Im Ergebnis mögen geloste und willkürliche Wahl gleich sein, etwa wenn der Schwächste zugleich das Verliererlos zieht, in der Entstehung aber dürfte die Einhaltung einer Chancengleichheit verbürgenden Verfahrens einen deutlichen Unterschied machen zu einer rein egoistisch gefällten Entscheidung.

Ein weiteres Problem betrifft die Voraussetzungen für die Durchführung eines fairen (Los-)Verfahrens. Diese müssten ihrerseits fair sein, also mindestens allen Betroffenen die Teilnahme ermöglichen und gleiche Chancen bieten. Hieran kann es aber aus verschiedenen Gründen fehlen, etwa wenn die Umstände im Einzelfall kein Losverfahren zulassen, wie zum Beispiel beim Sinken eines überladenen Rettungsbootes, oder einzelne Schiffbrüchige nicht am Verfahren teilnehmen können (etwa aus gesundheitlichen Gründen wie Parker) oder teilnehmen wollen (wie Brooks). Wie ist in diesen Fällen zu verfahren? Wäre hier sozusagen § 35 StGB gesperrt? Sollte hier die Rechtsordnung erwarten, dass alle auf ihr Recht auf Selbsterhaltung verzichten, da kein faires Verfahren ausgeübt werden konnte? *Bernsmann* verneint dies zumindest für den Fall der objektiven Undurchführbarkeit des Verfahrens: Kann überhaupt kein Verfahren stattfinden, soll die Pflicht zur Durchführung eines Losverfahrens suspendiert sein.¹⁰¹ Keine Einschränkung macht *Bernsmann* allerdings für Konstellationen subjektiver Undurchführbarkeit, also etwa bei Weigerung zur Teilnahme am (Los-)Verfahren. Hier will *Bernsmann* dem Täter entweder die Straffreistellung versagen oder – alternativ – für den Verweigerer mitlosen und für den Fall von dessen Auswahl den übrigen Personen eine straflose Notstandshandlung gewähren.¹⁰² Spätestens an dieser Stelle gerät das Modell in schwieriges Fahrwasser, da dies am Ende bedeuten würde, vom Losverlierer die Selbstopferung und damit den

Verzicht auf Selbsterhaltung zu erwarten.¹⁰³ Letzteres ist aber, wie oben ausgeführt, gerade der sachliche Grund einer Entschuldigung nach § 35 StGB.

Es bleibt damit bei dem gefundenen Ergebnis: Der Notstandstäter ist rechtlich nicht verpflichtet, sich einem fairen (Los-)Verfahren zu unterwerfen und damit die Erhaltung des eigenen Lebens aufs Spiel zu setzen. Schlechte Nachrichten für die Schiffsjungen – ich bitte um Entschuldigung.

¹⁰⁰ Vgl. *Archangelskij*, Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges, 2005, S. 52.

¹⁰¹ *Bernsmann* (Fn. 8), S. 345.

¹⁰² *Bernsmann* (Fn. 8), S. 345 f., 343 Fn. 154.

¹⁰³ Kritisch schon *Marquardsen*, Archiv des Criminalrechts N.F. 38 (1857), 396 (419 f.); *Renzikowski*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), 269 (279); der Sache ebenso *Zimmermann* (Fn. 76), S. 420, der dem Losverlierer – anders als *Bernsmann* – nicht eine Entschuldigung nach § 35 StGB versagen will. Weitere Probleme ergeben sich daraus, dass es möglicherweise gute Gründe geben kann, bestimmte Personen – etwa solche mit überlebenswichtigen Navigationskenntnissen – vom Losverfahren auszunehmen, um nicht von vornherein das Überleben der ganzen Gruppe zu vereiteln.

Mit der Sittenwidrigkeit gegen Hooliangewalt – das Ende der „Dritten Halbzeit“?

Ein Beitrag zu den Grundlagen und zur Reichweite der Einwilligungsschranke des § 228 StGB nach der Rechtsgutslösung*

Von Prof. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einführung

Der Begriff des Hooliganismus steht im heutigen Sprachgebrauch vor allem für gewaltbereite Fangruppen des Fußballsports.¹ Während das Spielresultat zweitrangig ist, kommt es Hooligans primär darauf an, vor und nach dem Spiel in der sog. Dritten Halbzeit Gewalt austauschen zu können.² Im Zentrum des Interesses stehen nicht nur einzelne „Gewalttäter Sport“,³ die rund um das Stadion Gewalt suchen. Auch für die polizeiliche Gefahrenabwehr sind heute gewaltbereite Gruppen wie die „Brigade Nassau“ oder die „Freecastle Boys“ prägend.⁴ Nachdem Staat und Vereine der Gewalt im und am Stadion verstärkt entgegengetreten sind, hat sich die Hooliangewalt auch auf sog. Matches verlagert, die gegnerische Gruppen an abgelegenen Orten wie Feldern oder Wiesen austragen.⁵ Fernab des Stadions und nicht notwendig in einem direkten Zusammenhang zu einem konkreten Spiel⁶ schlagen und treten sich die verabredeten Gruppen in sog.

* Der *Andreas v. Hirsch* zu seinem 80. Geburtstag am 16.7.2014 gewidmete Beitrag bespricht zugleich BGH, Beschl. v. 20.2.2013 – 1 StR 585/12 (LG Stuttgart) = BGHSt 58, 140 = HRRS 2013, Nr. 342.

¹ Zum Hooliganismus einschließlich der streitigen Genese des Begriffs in unserem Zusammenhang *Weigelt*, Die Subkultur der Hooligans, 2004, S. 13 ff.; *Krahm*, Polizeiliche Maßnahmen zur Eindämmung von Hooliangewalt, 2008, S. 25 ff.

² *Spoenle*, NStZ 2011, 552; *Böttger*, Forschungsbericht Nr. 71 des KFN Niedersachsen e.V., 1998, S. 9 f.

³ Hier handelt es sich um Personen, die bei der Zentralen Informationsstelle Sparteinsätze (ZIS) in der Datei „Gewalttäter Sport“ wegen des Vorwurfs von (Gewalt-)Straftaten im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen eingetragen sind, siehe zur polizei- und datenschutzrechtlichen Behandlung *Krahm* (Fn. 1), S. 96 f., 110 ff., 137 ff., 146 ff., 225 ff., 368 ff., und *Arzt*, NJW 2011, 352; zur polizeilichen Einordnung als „C-Fan“ und damit als gewaltsuchender Fan *Noll*, StRR 2013, 250 (251 ff.).

⁴ Zu diesen und anderen beispielhaft genannten Gruppen, die Eintracht Frankfurt bzw. dem SC Freiburg nahe stehen, siehe abermals *Weigelt* (Fn. 1), S. 80 ff., 96 ff. Zur polizeirechtlichen Dimension *Krahm* (Fn. 1), S. 61 ff., 137 ff., 413 ff. Etwa zur „Cosa Nostra“ des TSV 1860 München siehe OLG München BeckRS 2013, 18011. Als häufig bezeichnet die Hooligankämpfe *Jahn*, JuS 2013, 945 (946).

⁵ Zum Ablauf sog. Matches bei „Drittortschlägereien“ *Spoenle*, NStZ 2011, 552 f.; *Weigelt* (Fn. 1), S. 102 ff.; *Ryser*, Feld-Wald-Wiese, 2010, passim, und näher unten V. 3. zu einer einschlägigen Gerichtsverhandlung siehe <http://www.badische-zeitung.de/emmendingen/sportliches-kr-aftemessen-oder-gefaehrliche-koerpverletzung-33198259.html> (4.10.2014).

⁶ *Spoenle*, NStZ 2011, 552 f.; verfolge auch den Link in Fn. 5.

Drittort-Auseinandersetzungen. Bei diesen zumeist nur wenige Minuten dauernden Kämpfen, die eine Gruppe als Sieger erweisen sollen,⁷ nehmen sie Verletzungen ihrer Gegner in Kauf.

Wenn Hooligans Unbeteiligte angreifen oder die Auseinandersetzungen mit der gegnerischen Gruppe nicht abgesprochen sind, ruft die Hooliangewalt unschwer insbesondere die Körperverletzungsdelikte auf den Plan.⁸ Wenn sich Hooligans aber verabredungsgemäß auf abgelegenen Plätzen gegenseitig verletzen und sich Dritten gegenüber nicht aggressiv verhalten, wirft die „Dritte Halbzeit“ primär⁹ ein Kernproblem der mindestens rechtfertigend wirkenden¹⁰ Einwilligung auf.¹¹ Wir müssen anhand der Einwilligungsschranke der „guten Sitten“ (§ 228 StGB) Farbe bekennen, ob wir die körperliche Unversehrtheit auch paternalistisch mit dem Strafrecht schützen wollen.

Damit betreten wir das weite Feld der Kriminalisierungsgrenzen. Sie machen seit mehr als einem Jahrzehnt das zentrale Themenspektrum aus, das *Andreas v. Hirsch* instruktiv bearbeitet.¹² Er hinterfragt aus einer liberalen Perspektive

⁷ *Weigelt* (Fn. 1), S. 104; *Ryser* (Fn. 5), S. 19, 23 ff.; verfolge auch den Link in Fn. 5.

⁸ Dazu nur beispielhaft BGHSt 58, 140 (151 f.). Entsprechende Fälle können auch am Rande geplanter Drittort-Auseinandersetzungen auftreten, siehe *Böttger* (Fn. 2), S. 11 f., 14 f.; OLG München BeckRS 2013, 18011.

⁹ Zu denken ist auch an einen Landfriedensbruch gemäß § 125 StGB. Er liegt indes regelmäßig nicht vor, dazu m.w.N. *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (955): Gewalt wird innerhalb einer Menschenmenge verübt; ähnlich letztlich *Spoenle*, NStZ 2011, 552 (553 f.); *Rackow*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Stand: 1.7.2014, § 125 Rn. 11.

¹⁰ Insoweit für die bekanntlich lediglich rechtfertigende h.M. nur BGHSt 49, 166 (169 ff.); 35, 246 (250 f.); 45, 219 (224 f.); m.w.N. *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 2013, Vor § 32 Rn. 15. Für den Tatbestandsausschluss *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff.; *Rönnau*, Jura 2002, 595 (597 f.), der dies auf das Basismodell stützt; für die Interpretation als Zurechnungsausschlussgrund auch m.w.N. *Jäger*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 345 (349 ff.).

¹¹ Bei Hooligankämpfen für die Strafbefreiung AG Esslingen, Urte. v. 30.6.2008 – 3 Ds 2 Js 73015a/05; LG Stuttgart, Urte. v. 2.11.2010 – 42 Ns 2 Js 73015/05: nicht alles Geschmacklose sei verboten (Entscheidungen zitiert nach *Spoenle*, NStZ 2011, 552 f.); siehe auch den Link in Fn. 5; nun anders tendierend BGHSt 58, 140.

¹² Dafür siehe nur v. *Hirschs* Beiträge in seinem Band *Fairness, Verbrechen und Strafe*, 2005, S. 69 ff. (Rechtsgut und

nicht zuletzt die Leistungskraft der Gründe, die einen nur eingeschränkt freien Umgang mit dem eigenen Körper legitimieren sollen.¹³ Nicht immer in Übereinstimmung mit seinem dezidiert transpositivistischen Ansatz,¹⁴ jedoch im Geiste seiner kritischen Fragestellung sollen die folgenden Ausführungen dazu beitragen, die zuletzt freiheitsrechtlich gestutzte Schranke der guten Sitten vor einer Remoralisierung zu bewahren. Konkret erörtere ich damit anhand einer jüngeren Leitentscheidung, ob wir den einvernehmlichen Dritort-Auseinandersetzungen mit den Körperverletzungsdelikten entgegnetreten sollten.

Im Einzelnen skizziert und bestätigt der Beitrag zunächst die sog. Rechtsgutslösung, die in der Praxis eine einschränkende und entmoralisierende Auslegung der guten Sitten bewirkt hat (II.). Der Aufsatz zeigt, dass der *I. Strafsenat* des BGH anhand der Gruppengewalt nun eine Renaissance der Sittenwidrigkeit einläutet, die vorwiegend die Hooligangewalt treffen soll (III.). Die damit vom BGH vorgestellte weite Interpretation der Rechtsgutslösung wird auf den Prüfstand gestellt (IV.). Ich werde geltend machen, dass auch für die Dritort-Auseinandersetzungen der Hooligans eine eng konturierte Rechtsgutslösung greifen muss, während uns eher schwach bemäntelte moralische Verurteilungen organisierter Hooligangewalt nicht leiten dürfen (V.).

II. Die Einschränkung der Sittenwidrigkeitsschranke durch die Rechtsgutslösung

Eingangs müssen wir uns die noch immer bemerkenswerte Einschränkung vor Augen führen, die den guten Sitten des § 228 StGB in den letzten Jahren in Gestalt der Rechtsgutslösung widerfahren ist (1.). Obschon sich diesem Ansatz kritische Fragen stellen lassen, ist er doch immerhin de lege lata eine belastbare Grundlage der zukünftigen Rechtspraxis (2.).

1. Enger Rechtsgutsbezug anstatt Moralstandards

Die Sittenwidrigkeit fungiert als objektive Schranke der strafbefreiend wirkenden Einwilligung. Ein Verstoß gegen die guten Sitten wurde ursprünglich als Widerspruch zur moralischen Mehrheitsmeinung konstruiert.¹⁵ Vergleichsweise wort-

Harm Principle), S. 85 ff. (Rechtsgut und Deliktsstruktur), und etwa S. 109 ff. (Belästigungsprinzip).

¹³ Dazu vornehmlich anhand des § 216 StGB v. *Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671, und v. *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 2010, passim.

¹⁴ Siehe hierfür etwa v. *Hirsch* (Fn. 12), S. 69 ff., 109 ff. Zur eigenen Position insoweit schon näher *Gaede*, *Der Steuerbetrug*, im Erscheinen bei *Nomos* in der Reihe *Neue Schriften zum Strafrecht*, Kap. C III. 2.

¹⁵ Deutlich anders noch RGSt 74, 91 (93 ff., zum Ausschluss der Unzucht); BGHSt 4, 24 (31 f., aber schon mit Kritik und dem Gebot zur engen Auslegung); 4, 88 (91 f.): „gesundes“ Rechtsempfinden entscheidet; heute aber etwa *Jahn*, JuS 2013, 945 (946): Formel „hat ausgedient“; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 228 Rn. 17. Siehe noch in jüngeren Ent-

lautnah sollte in § 228 StGB ein Verweis auf die vorherrschenden und positiv zu bewertenden Sitten liegen. Wenn die Tat dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprach und damit moralische Maßstäbe missachtete, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden können,¹⁶ entzog das Strafrecht dem Opfer die Befugnis, über seinen Körper selbstbestimmt zu verfügen.

Vornehmlich im Kontext der sadomasochistischen Sexualität hat sich das Meinungsbild aber verschoben. Wir treffen nicht nur auf eine gewandelte Sozialmoral. Seit einer Leitentscheidung des *2. Strafsenats* des BGH¹⁷ aus dem Jahre 2004 herrscht auch in der Praxis eine veränderte Begründungsstruktur vor. Die Schranke der guten Sitten wird nicht mehr durch eine allgemeine moralische Bewertung aus der Perspektive einer sittlich gefestigten Mehrheit ausgefüllt. Mit der sog. Rechtsgutslösung¹⁸ verstehen wir § 228 StGB nun vielmehr ganz wörtlich, indem wir die Sittenwidrigkeit nur noch aus der Tat im engen strafrechtsdogmatischen Sinne ableiten: Einzig die von der Tathandlung drohenden tatbestandlichen Verletzungen vermögen die Sittenwidrigkeit zu begründen.¹⁹ Danach hat der BGH die Grenze zur Sittenwidrigkeit bisher nur dann als überschritten angesehen, wenn der Einwilligende bei vorausschauender Betrachtung durch die Tathandlung in eine konkrete Lebensgefahr gebracht werden konnte.²⁰

scheidungen BayObLG NJW 1999, 372 (373), und begrifflich BGHSt 49, 34 (41 ff.).

¹⁶ So noch BGHSt 49, 34 (41); im kritischen Sinne *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 2; *Sternberg-Lieben* (JZ 2013, 953 [954]) verweist nur auf Vorstellungen des Rechtsanwenders.

¹⁷ BGHSt 49, 166. Siehe aber auch schon BGHSt 38, 83 (87), und den Hinweis in BGHSt 58, 140 (144).

¹⁸ Diese prägnante und treffende Bezeichnung findet sich schon bei *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (954). Siehe in der Sache bereits früh in diese Richtung *Arzt*, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, S. 37 ff.

¹⁹ Für die heutige h.M. BGHSt 49, 166 (173 f.): Ab einem bestimmten Grad der körperlichen Beeinträchtigung oder einer möglichen Lebensgefahr komme der Einwilligung allein grundsätzlich keine rechtfertigende Wirkung mehr zu. Materiell auch BGHSt 49, 34 (40 ff.); zustimmend etwa m.w.N. *Jahn*, JuS 2013, 945 (946 f.); *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431); *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 61. Aufl. 2014, § 228 Rn. 9a ff.; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 14. Aufl. 2013, § 20 Rn. 2; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 38. Aufl. 2014, Rn. 318 f. Zum Hintergrund des Verbots der Rechtsgutsvertauschung *Sternberg-Lieben*, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, S. 512 ff.; *ders.*, JZ 2013, 953 (955 f.).

²⁰ Grundlegend BGHSt 49, 166 (173 f., zur Berücksichtigung des eingetretenen Körperverletzungserfolges und des damit verbundenen Gefahrengrades für Leib- und Leben des Opfers 170 f.). Weithin auch schon BGHSt 49, 34 (40 ff.); grundsätzlich begrüßend *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (954 ff.); später etwa BGHSt 53, 55 (62 f.); BGH HRRS 2012, Nr. 736; zu Faustschlägen gegen die Schläfe BGH HRRS 2010, Nr. 823.

Über diesen Ansatz wirken moralische Urteile nicht länger strafbegründend.²¹ Der strafausdehnend wirkende § 228 StGB wird nicht mehr als moralakzessorische Norm verstanden, die den aktuellen Moralstandard in die Körperverletzungsdelikte importiert. Da sich der Blick des Ansatzes nur auf die Gefahren und Wirkungen für den Körper richtet, werden die mit der Tat verfolgten Zwecke nicht mehr daraufhin geprüft, ob sie negativ zu bewerten sind. Der einschränkende Ansatz fragt lediglich, ob positiv zu bewertende Handlungszwecke das Verdikt der Sittenwidrigkeit ausnahmsweise noch verhindern.²² Dafür steht exemplarisch die Befugnis, in eine zur Lebensrettung gedachte und medizinisch indizierte Operation einwilligen zu dürfen, selbst wenn sie lebensgefährlich ist.

2. Einwände gegen die Rechtsgutslösung

Die geschilderte Deutung des § 228 StGB dominiert das heutige Meinungsbild.²³ Gleichwohl muss sich die jedenfalls für liberale Strafrechtstheoretiker wie *Andreas v. Hirsch* prima facie ansprechende Rechtsgutslösung kritischen Anfragen stellen. Sie sind auch hier knapp aufzugreifen:

a) Abkehr von moralischen Maßstäben und rechtsgutsindifferenten Zwecken

So mag man sich angesichts der Bezugnahme auf die „guten Sitten“ und infolge der traditionellen Einordnung des § 228 StGB als Verweis auf strafrechtsexterne Moralstandards fragen, ob die proklamierte und praktizierte Abwendung von diesen Standards nicht darauf gerichtet ist, das Gesetz wortlautfern zu korrigieren.²⁴ Wir könnten in diesem Sinne einen untauglichen Versuch erleben, eine unauflösbare Verbindung von Recht und Moral zu kappen.

Dem ist indes entgegenzuhalten, dass in der überkommenen Interpretation des § 228 StGB, die auf strafrechtsexterne

Moralstandards abstellt, infolge eines Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip schon keine verfassungskonforme Auslegungsalternative liegt.²⁵ Der Gesetzgeber würde uns nach dieser Ansicht über die guten Sitten auf die zum Tatzeitpunkt feststellbaren Sitten der vernünftigen Bevölkerungsmehrheit verweisen – egal, wie diese beschaffen sein mögen. Damit hätte das Parlament indes seine gemäß Art. 103 Abs. 2 GG nur ihm obliegende Aufgabe der Vorherbestimmung der Strafbarkeit kurzerhand auf eine diffuse und etwa zur Sexualmoral wandelbare gesellschaftliche Mehrheitsmeinung zurückdelegiert, ohne mit dem gesetzlichen Merkmal der guten Sitten auch nur im Ansatz ein im Voraus bestimmendes Programm aufgestellt zu haben. Überdies müsste ein solcher Blankettverweis auf Moralstandards streng genommen die empirische Feststellung der zeitgenössischen Moralvorstellungen voraussetzen.²⁶ Eben dieses Erfordernis hat die früher herrschende Interpretation in der Rechtspraxis indes nie eingelöst.²⁷ Wenn die Rechtsgutslösung demgegenüber von der Interpretation als Verweisungsnorm abkehrt und über das Rechtsgut eine Bestimmung leistet, liegt darin eine verfassungskonforme Auslegung der guten Sitten.²⁸ Ein anders gearteter Wortsinn der „guten Sitten“ steht ihr nicht entgegen, weil dieser denkbar dehnbar, auch von Gegenauffassungen eher als Platzhalter gebrauchte Begriff, die Ausrichtung an den absehbaren Folgen für das Rechtsgut der Norm durchaus gestattet. Schließlich wird gar nicht geleugnet, dass Recht und Moral gemeinsame Sollenssätze teilen und dass Rechtsvorschriften eine zunächst moralisch begründete Norm zu einem Rechtsatz werden lassen können. Hier muss das (Straf-)Recht aber den eigenen Bedingungen wie dem Art. 103 Abs. 2 GG gerecht werden. Damit sich das Recht nicht freiheitswidrig gestaltet, darf es auf moralische Sätze nur gefiltert Bezug nehmen. Die zu reflektierende Verbundenheit von Moral und Recht spricht daher nicht dafür, über die Strafbarkeit im Wege einer schlichten Delegation auf Moralstandards zu entscheiden.

Verfängt aber vielleicht die ebenso geäußerte Kritik, dass eine exklusive Ausrichtung nach den Kriterien des Rechtsguts und damit nach den mit der Tat verbundenen Gefahren für die körperliche Unversehrtheit von vornherein unzu-

²¹ M.w.N. *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4; v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (162); siehe letztlich klar BGHSt 49, 166 (169 f.): Begriff der guten Sitten muss auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden; für einen Verweis auf außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien noch BGHSt 49, 34 (40 f.), aber bereits mit dem Gebot, sich auf einen (wie festzustellen?) Kern zu beschränken.

²² BGHSt 58, 140 (144); 49, 166 (171, 173, andeutend); *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 9, 10; v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (159 f.); *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 3 f., 6 ff.

²³ *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 6 ff.; *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 8 ff.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 19), Rn. 318a; *Rengier* (Fn. 19), § 20 Rn. 2; *Jahn*, JuS 2013, 945 (946 f.); v. *der Meden*, HRRS 2013, 158; *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431).

²⁴ Es ist von einem „Abschied von der Sittenwidrigkeit“ die Rede, siehe *Kühl*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 293 (299 ff.); für einen Eingriff in Rechte des Gesetzgebers *Kühl*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 521 (530 f.); siehe auch die primär methodischen Bedenken bei *Duttge*, NJW 2005, 260.

²⁵ Dafür vor allem bereits m.w.N. *Sternberg-Lieben*, in: Böse u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 325 (332 ff.); *ders.*, JZ 2013, 953 (954): verfassungswidrige Delegation der Entscheidung über die Strafbarkeit; *Roxin* (Fn. 10), § 13 Rn. 38; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 228 Rn. 43 ff.; dazu, dass auch dieser Ansatz die Verbundenheit von Ethik und Recht nicht verleugnen muss, siehe schon *Sternberg-Lieben* (Fn. 19), S. 138 ff.

²⁶ Siehe zunächst so BGHSt 49, 34 (41).

²⁷ So zieht sich BGHSt 49, 34 (41) kurzerhand auf eine vermeintlich zu behauptende Allgemeinkundigkeit der Sittenwidrigkeit zurück.

²⁸ Für eine zwingende, also verfassungskonforme Einschränkung etwa auch BGHSt 49, 166 (169 f.); *Jäger*, JA 2013, 634 (635); v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (159).

reichend sei? Dafür soll vornehmlich die These sprechen, dass sich die Tat nicht losgelöst von ihren Zwecken bewerten lasse.²⁹ Besonders die von der Rechtsgutslösung in die Beurteilung einbezogene medizinische Heilintention soll dies und zugleich die Inkonsequenz jenes Ansatzes belegen.³⁰

Indes bezieht schon das Gesetz die guten Sitten begrenzend auf die begangene Tat. Es rekurriert nicht auf die Beweggründe, die hinter der Einwilligung oder der Tat stehen mögen. Die Rechtsgutslösung berücksichtigt die körperliche Unversehrtheit als Rechtsgut der Norm. Da mit dem Rechtsgut zugleich der Schutzzweck der konkreten Strafnorm berücksichtigt wird, verkennt die Rechtsgutslösung keine Zwecke, die für die Gesetzesauslegung notwendig wären. Ebenso wenig ist sie inkonsequent: Der Zweck des medizinischen Heileingriffes ist berücksichtigungsfähig, weil er sich gerade auf eine langfristig positive Entwicklung des Rechtsgutes der körperlichen Unversehrtheit richtet.³¹ Etwa bei der vor allem in Schönheitsoperationen bestehenden Wunschmedizin kommt es hingegen nicht zu einer Privilegierung. Schließlich wird über die Handlungszwecke im Übrigen durchaus eine wertende Aussage getroffen: Egal wie die Zwecke ausgeprägt sind, werden sie als Ausdruck individueller Selbstbestimmung hingenommen. Sie sind für die Körperverletzungsdelikte, die nicht nebenbei die Menschenwürde oder etwa die öffentliche Ordnung strafrechtlich absichern sollen, gleichermaßen „gut“, weil die von § 228 StGB grundsätzlich vorausgesetzte („handelt nur dann rechtswidrig“) und verfassungsrechtlich geschützte Autonomie des Verletzten die Zwecke als akzeptabel vorgibt.

b) Prämisse der gesetzlichen Bestimmtheit

Allerdings könnte der auf Restriktion und Bestimmtheit bedachten Rechtsgutslösung vorzuhalten sein, dass sie schon an der mangelnden gesetzlichen Bestimmtheit des § 228 StGB scheitert. Infolge seines Rekurses auf die schillernden und beliebig ausfüllbar scheinenden guten Sitten³² könnte das Gesetz von vornherein unbestimmt sein.³³ Es könnte eine Legitimitätsprämisse fehlen, die eine erstmals bestimmende Rechtsprechung auch im Fall der Rechtsgutslösung nicht nachtragen könnte.

²⁹ Dafür *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 228 Rn. 10; *Duttge*, NJW 2005, 260 (261 f.); besonders strikt *Horn/Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 57. Lfg., Stand: August 2003, § 228 Rn. 9: konstitutive Bedeutung des Zwecks, der auf die Straftatbegehung reduziert wird.

³⁰ So vor allem *Duttge*, NJW 2005, 260 (262): Selbstwiderspruch.

³¹ Gleiches gilt für die Organspende, die der Gesundheit eines Dritten dient, siehe für die Einbeziehung dieses Zwecks auch *Rengier* (Fn. 19), § 20 Rn. 6.

³² Siehe nur BGHSt 49, 34 (41): Begriff der guten Sitten für sich gesehen konturenlos.

³³ So m.w.N. zusammenfassend *Sternberg-Lieben* (Fn. 25), S. 332 ff.; *ders.*, JZ 2013, 953 (954); *Paeffgen* (Fn. 25), § 228 Rn. 43 ff.; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 169 ff.

Dieser Vorhalt hat Gewicht. In der Tat darf die vor einigen Jahren vom BVerfG stärker in den Vordergrund gerückte Mitverantwortung der Gerichte für eine bestimmte Strafrechtspraxis nicht bedeuten, das Gesetz formulierende Parlament aus seiner primären Bestimmungsaufgabe zu entlassen. Die Konkretisierungsleistung der Rechtsprechung setzt ein Gesetz voraus, das im Anschluss an den Gesetzgeber konkretisiert werden kann.³⁴ Der Gesetzgeber darf auf vorhersehbarkeitsfördernde Regelungsalternativen mindestens dann nicht verzichten, wenn er seine Gesetzgebungsziele mit ihnen verwirklichen kann.³⁵ Sieht man die guten Sitten als praktisch beliebig ausfüllbar an und bezieht man ein, dass der Gesetzgeber die Rechtsgutslösung in § 228 StGB wesentlich klarer hätte aussprechen können, liegt die nicht heilbare Unbestimmtheit der aktuellen Fassung des § 228 StGB nahe.³⁶

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass die Anknüpfung an das von den §§ 223 ff. StGB mit Differenzierungen nach dem Gefahrengrad und dem Folgenausmaß geschützte Rechtsgut im Grunde auf der Hand liegt. Der vom Gesetzgeber geschaffene Normkontext des § 228 StGB, der durch § 216 StGB nochmals unterstrichen wird,³⁷ zeichnet sie vor. Der nicht zu leugnenden sprachlichen Offenheit der guten Sitten steht die am Gesetz ablesbare Ausrichtung der §§ 223 ff. StGB auf einen abgestuften Schutz von Leib und mittelbar des Lebens (siehe etwa die §§ 224 Abs. 1 Nr. 5, 227 StGB) gegenüber.³⁸ Hält man die Forderung, dass der Gesetzgeber vorhandene Alternativformulierungen, die zu einer bestimmteren Regelung führen, stets ausschöpfen muss, für überzogen, weil sie zugleich die Erreichung der vom Gesetzgeber angestrebten Schutz- bzw. Regelungsziele gefährden könnte, ließe sich § 228 StGB infolge der möglichen Anknüpfung an den abgestuften Rechtsgutsschutz der §§ 223 ff.

³⁴ Dazu näher *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2011, § 1 Rn. 25; beispielgebend BGH NJW 2004, 2990 (2991 f.); BGH NJW 2005, 374 (375 f.); noch kritischer etwa *Seebode*, in: *Seebode* (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 317 (342 f.); nur schwach angedeutet in BVerfGE 126, 170 (198 f.).

³⁵ Siehe abermals näher bereits m.w.N. *Gaede* (Fn. 34), § 1 Rn. 24 f.

³⁶ Siehe erneut *Sternberg-Lieben* (Fn. 19), S. 136 ff. Dies gilt auch deshalb, weil sie noch heute zu Rekursen auf das „Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden“ verleitet, siehe etwa *Spoenle*, NStZ 2011, 552 (554); *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431).

³⁷ So verweist auch der BGH für die vorrangige Ausrichtung nach dem Grad der Gefährdung auf die Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB (BGHSt 49, 166 [173 f.]): gesetzgeberische Wertung; für die Übertragung eines Rechtsgedankens etwa *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.). Zu diesem Punkt aber etwa ablehnend *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 104 f. m.w.N.

³⁸ Dem kann zwar entgegengehalten werden, dass sich § 228 StGB gleichermaßen auf alle Fälle der §§ 223, 224, 227 StGB bezieht. Dennoch zeigt die Abstufung der Delikte noch immer, wonach der Gesetzgeber selbst differenziert.

StGB noch als hinreichend konkretisierbar erachten. In diesem Sinne legt auch das BVerfG noch immer großzügige Maßstäbe an die Präzision des Gesetzes an, um die Zukunftsfähigkeit der Gesetze und die prinzipielle Regelungsfähigkeit der Pönalisierungsvorstellungen des Parlaments zu erhalten.³⁹ Betrachten wir § 228 StGB aus der Perspektive der Rechtspraxis, welche die Bindungshärte des Bestimmtheitsgrundsatzes nach der Rechtsprechung des BVerfG bemisst, ist von der noch hinreichenden Konkretisierbarkeit des § 228 StGB auszugehen.

Bei der Konkretisierung der Norm ist der Rechtsgutslösung sodann eine bestimmtheitsfördernde Wirkung auch schwerlich abzuspüren. Sie bindet die Auslegung exklusiv an das Rechtsgutskriterium der drohenden Verletzungsgefahren.⁴⁰ Dies schließt insbesondere aus, dass der Normadressat beliebige, nicht schon über die §§ 223 ff. StGB erkennbare Wertungskontexte wie die Menschenwürde⁴¹ oder die öffentliche Ordnung⁴² heranziehen muss, um seine Strafbarkeit beurteilen zu können. Die erforderliche Rückbindung an das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und damit der auf den Gesetzgeber zurückführbare Zweck der Strafnorm leitet und begrenzt die Auslegung. Erst recht stellt der Lösungsan-

satz nicht mehr auf die wandelbare und kaum belastbar festzustellende Moral der Allgemeinheit ab.⁴³

c) *Legitimation des hart paternalistischen Eingriffs*

Schließlich muss die Rechtsgutslösung noch immer angeben, weshalb die Strafbarkeit in den verbleibenden Fällen der Sittenwidrigkeit überhaupt legitim sein sollte. Darin liegt eine weitere und erneut verfassungsrechtlich verankerte Prämisse ihrer Begriffsarbeit. Wenn der Staat eine einvernehmliche Körperverletzung untersagt und bestraft, greift er nicht allein in Grundrechte des Täters ein.⁴⁴ Er nimmt zugleich dem Verletzten als Rechtsgutsinhaber Optionen, seinen freien Willen mit der Hilfe Dritter zu verwirklichen. Darin liegt ein indirekter Paternalismus,⁴⁵ der nicht nur in die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern auch in die Freiheit der körperlichen Unversehrtheit des Verletzten und damit in sein Recht auf Selbstbestimmung im Umgang mit dem eigenen Körper rechtfertigungsbedürftig eingreift. Dieses Recht umfasst die Freiheit, mit seinem Körper ggf. unvernünftig umzugehen.⁴⁶ Allein der positivistische Verweis auf die Existenz des § 228 StGB genügt deshalb schon de lege lata nicht, um eine an den guten Sitten festgemachte Ausdehnung der Strafbarkeit wegen Körperverletzung zu begründen. Die mit § 228 StGB verbundenen Eingriffe in die Selbstbestimmung sind dem Staat vielmehr nur gestattet, wenn er mit ihnen legitime Ziele verhältnismäßig verfolgt.⁴⁷

Zur Tiefe der Eingriffe ist dabei daran zu erinnern, dass § 228 StGB nicht nur einen sog. weichen Paternalismus vorschreibt, der den Verletzten etwa durch strenge Anforderungen an den Nachweis der eigenverantwortlichen Rechtsgutpreisgabe vor übereilten Entscheidungen schützen soll.⁴⁸ Das Strafrecht ignoriert im Fall des § 228 StGB auch langfristig und intensiv durchdachte Entschlüsse; die guten Sitten setzen

³⁹ Dafür etwa BVerfGE 4, 352 (358); 71, 108 (115); 78, 374 (384, 389); 126, 170 (195 f.); auch zur Kritik abermals m.w.N. *Gaede* (Fn. 14), Kap. D. II. 1. b).

⁴⁰ Wie hier statt vieler *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 2 f.: Zweck muss auf die Verletzung des Körpers bezogen sein; *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 228 Rn. 24 f.; gegen die Rechtsgutsvertauschung auch m.w.N. wieder *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (955 f.); siehe auch BGHSt 49, 166 (170), und BGHSt 49, 34 (41 f., 42 f.): gegen eine Automatik bei dem Ziel, Strafgesetze verletzen zu wollen (gegen *Horn/Wolters* [Fn. 29], § 228 Rn. 9). Allerdings wird die Berücksichtigungsfähigkeit der verfolgten Ziele dort noch offen gelassen.

⁴¹ A.A. m.w.N. *Duttge*, NJW 2005, 260 (261 ff.); speziell dagegen *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 [954]: Mutation der Freiheitsnorm; näher *ders.* [Fn. 25], S. 347 ff.). Andeutend auch BayObLG NJW 1999, 372 (373). Richtig erscheint es, bei einer besonderen Art und Weise der Tathandlung, die etwa durch eine expressive Erniedrigung oder rassistisch-diskriminierende Umsetzung die Menschenwürde verletzt, ein von den §§ 223 ff. StGB unabhängiges und ggf. selbst strafbewehrtes (siehe etwa § 185 Alt. 2 StGB) Verbot zu befürworten. Zum Verstoß gegen das BtMG beispielgebend ablehnend BGHSt 49, 34 (40 f., 42 ff.); *Jäger*, JA 2013, 634 (635).

⁴² Insoweit wäre für die Hooligangewalt zu bedenken, dass Hooligans Dritort-Auseinandersetzungen an Plätzen anstreben, die gerade nicht der allgemeinen Öffentlichkeit zugewandt sind, *Spoenle*, NSTz 2011, 552 (553): verfolgt von der dies missbilligenden Polizei, a.a.O., 554: keine Sittenwidrigkeit wegen der bloßen Möglichkeit der Wahrnehmung durch Außenstehende.

⁴³ Statt vieler so auch *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 2.

⁴⁴ Zu den insoweit zu beachtenden Maßstäben eingehend *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, passim; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, passim; und *Gaede* (Fn. 14), Kap. C. III.

⁴⁵ Zu dieser Kategorie vgl. etwa *v. Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671; *du Bois-Pedain*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 12), S. 33 ff. Siehe aber für die ebenso verbreitete Erklärung als Tabu, das den einzelnen Betroffenen *gar nicht mehr* in den Blick nimmt, *Hardtung* (Fn. 40), § 228 Rn. 22 f.; siehe auch den Verweis auf die Generalprävention in BGHSt 49, 166 (171). Zur mangelnden Opferstrafbarkeit vgl. aber *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 15), § 228 Rn. 23.

⁴⁶ So im Kontext der Zwangsbehandlung zum Umgang mit dem eigenen Körper BVerfG NJW 2011, 2113 (2115): Freiheit zur Schädigung wohlverstandener eigener Interessen.

⁴⁷ Zur allgemeinen Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für staatliche Rechtseingriffe siehe neben den Quellen in der Fn. 43 anhand der Zwangsbehandlung BVerfG NJW 2011, 2113 (2114 f.), sowie *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 135, Art. 20 Rn. 145 ff.

⁴⁸ So aber sympathisch *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4.

wie § 216 StGB eine hart paternalistische Schranke.⁴⁹ Für fremde Verletzungshandlungen entziehen wir dem Einzelnen noch immer partiell die Hoheit über seinen Leib, um das Tötungs- und Körperverletzungsverbot zu festigen.

Sind diese Eingriffe, die mit der Androhung einer tadelnden und ausgrenzenden Strafe noch vertieft werden, aber auch legitim? Erwägt man jene Frage ohne eine Bindung an die notwendig (verfassungs-)positivistisch ausgeprägte Ordnung des Rechts, spricht nicht zuletzt die fundamentale Bedeutung, die der Autonomie für die freiheitliche Rechtsordnung zukommt, dafür, dass jedenfalls eine hart paternalistische Norm im Umgang mit dem höchstpersönlichen eigenen Körper nicht zu überzeugen vermag.⁵⁰ Wollen wir jedoch für die geltende Verfassungs- und Strafrechtsordnung eine Aussage über die Rechtsgutslösung machen, müssen wir fragen, ob das Parlament befugt war, eine heute auf die Abwendung konkreter Lebensgefahren reduzierte Rechtsgutslösung als Schranke der individuellen Autonomie im Umgang mit dem eigenen Körper zu bestätigen.

Eben dies wird man grundsätzlich bejahen müssen. Die vorherrschende Rechtsgutslösung erklärt die Schranke der Sittenwidrigkeit über ihre Verweise auf § 216 StGB letztlich mit dem Schutz des Lebens.⁵¹ Geht es um eine konkret drohende Tötung von fremder Hand, bei der regelmäßig ein Tötungsvorsatz immerhin in Rede steht und der Täter hinsichtlich der Körperverletzung vorsätzlich handelt, kann sich der Staat wie bei § 216 StGB auf einen wirkungsvoll gebotenen Schutz des verfassungsrechtlich hochrangigen Lebens berufen.⁵² In § 228 StGB liegt insofern eine Ergänzung des primär mit § 216 StGB niedergelegten, im Kontext der medizinischen Behandlung allerdings eingeschränkten⁵³ Fremdtötungstabus. Wird die körperliche Unversehrtheit, welche die Existenz des Lebens vermittelt, einer qualifizierten Gefahr

ihrer Vernichtung durch Dritte ausgesetzt, wendet sich der über den Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG legitimierte Gesetzgeber unter der Billigung von BVerfG und EGMR⁵⁴ gegen eine absolut anerkannte Autonomie des Betroffenen. Er will das Leben als unersetzliche Prämisse der gleichen Existenz eines jeden umfassend sichern, indem er die tätige Auslöschung fremden Lebens als Handlungsoption negiert. Damit löst er den über die körperliche Unversehrtheit vermittelten Lebensschutz zwar in der Tat von der Beurteilung des Trägers jener Individualrechtsgüter ab; er schützt die Rechtsgüter paternalistisch in einer objektiv-rechtlichen Dimension. Darin lässt sich aber noch keine reine Moralisierung erblicken. Der Schutz bleibt auf die körperliche Unversehrtheit und auf das Leben bezogen; es wird nicht etwa eine allgemeine öffentliche Ordnung geschützt. Körperliche Unversehrtheit und Leben sind als Inhalte des Rechts schon in der Verfassung anerkannt (Art. 2 Abs. 2 GG). Ihre Beeinträchtigung betrifft nicht nur das Forum Internum, sondern die äußerliche Wirkungssphäre des jeweils anderen.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund war der Gesetzgeber zwar nicht gezwungen, den noch über § 216 StGB hinausgehenden § 228 StGB zu erhalten. Bezieht man die Einschätzungsprärogativen des Parlamentes⁵⁶ und den prominenten Rang des Lebens in der Verfassung ein, lässt sich dem Gesetzgeber aber keine verfassungswidrige Entscheidung vorhalten.⁵⁷

Zudem ist zu betonen, dass die Rechtsgutslösung in ihrer bisherigen Form den Konflikt mit dem Selbstbestimmungsrecht erheblich vermindert. Entsprechend hat schon der BGH für diesen Ansatz geltend gemacht, dass der Staat mit ihm nur zur Vermeidung gravierender Verletzungen in die Selbstbestimmung des Rechtsgutshabers eingreift.⁵⁸ Die Autonomie des Rechtsgutshabers setzt sich demnach in einem größeren

⁴⁹ Hierfür nur v. *Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671 (676 ff.).

⁵⁰ Dazu wieder m.w.N. *Sternberg-Lieben* JZ 2013, 953 (955 f.); *ders.* (Fn. 25), S. 339 ff.: keine Einschränkung auch bei irreversibler Verletzung bei eigenverantwortlichem Handeln ohne Folgen für Dritte; v. *Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671; siehe ebenso *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4.

⁵¹ So hält BGHSt 49, 166 (171 f., 173) generalpräventiv-fürsorgliche Eingriffe nur bei einer Reflektion des Grades der möglichen Lebensgefahr (aber ebenso mit Rekurs auf Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs) für legitim, die Lebensrettung wird als kompensierender Zweck akzeptiert. Siehe dann auch BGH HRRS 2008, Nr. 962 (in NStZ 2009, 401 nicht abgedruckt); *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10a, 10b (aber mit Spannung zu Rn. 10: an § 226 StGB heranreichende Verletzungen).

⁵² Zur Anknüpfung an § 216 StGB siehe auch BGHSt 49, 166 (173 f.). Allerdings wird diese Anknüpfung dort verbal noch nicht so vollzogen, dass der Kontext des § 216 StGB stets notwendig wäre. Die bisher (vor BGHSt 58, 140) allein anerkannte Grenze der konkreten Lebensgefahr zeigt jedoch, dass eine Sittenwidrigkeit nach der Rechtsgutslösung bislang nur bei einem Bezug auf das Rechtsgut des Lebens bejaht wurde.

⁵³ Zu dem aktiv und passiv möglichen Behandlungsabbruch siehe nur BGHSt 55, 191.

⁵⁴ So insbesondere im Leitfall *Pretty vs. UK*, siehe zu ihm EGMR NJW 2002, 2851; siehe aber ebenfalls EGMR NJW 2013, 2953 (Koch vs. Germany).

⁵⁵ Dies lehnt sich indes nur partiell an einen etwa bei *Kant* verfolgten Rechtsbegriff an, da er nicht allein die Bezugnahme auf äußerliche Facta fordert, sondern die Konflikte wechselseitiger Willkür thematisiert, *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Original 1797/1798, hier zitiert nach der Akademie-Textausgabe 1902 ff., Bd. 6, Nachdruck, Berlin 1968, S. 203, 229 ff.

⁵⁶ BVerfGE 120, 224 (240 f.); 90, 145 (173, 175 ff., 182 f.); näher auch zu den zu beachtenden Grenzen *Gaede* (Fn. 14), Kap. C. III. 1. a), 2. c), d).

⁵⁷ Dies gilt indes nur dann, wenn die im Übrigen wirksame Einwilligung nach dem privilegierenden Modell des § 216 StGB bei der Strafzumessung berücksichtigt wird, siehe auch *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 9a.

⁵⁸ Für die Rspr. grundlegend BGHSt 49, 166 (170 f.): vom Gewicht der schweren Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB; *Hirsch*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl. 2005, § 228 Rn. 9; *ders.* (Fn. 25), S. 181 ff.; m.w.N. *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 9a ff.; *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431). Früh in diesem Sinne schon *Arzt* (Fn. 18), S. 36 ff. Vorsichtig „im Grundsatz“ aber in BGHSt 58, 140 (144). Nicht völlig abschließend wohl *Duttge*, NJW 2005, 260 f.

Umfang als bisher durch. Erst recht wird nicht länger versucht, in einer freiheitlich-pluralistischen *Rechtsordnung* scheinbar allgemeine Moralstandards zu erzwingen.⁵⁹

III. Die Renaissance der Sittenwidrigkeit bei der Gruppengewalt

In der eingeschränkten Begriffsbildung nach der Rechtsgutslösung konnte man damit eine verfassungskonforme und de lege lata grundsätzlich befriedigende Klärung des strafrechtlichen Rückgriffs auf die guten Sitten erblicken. Der Burgfriede zur Sittenwidrigkeit ist nun aber Geschichte. Der *1. Strafsenat* des BGH hat in einer Leitentscheidung aus dem vergangenen Jahr die Gruppengewalt aufgegriffen und damit die klärungsbedürftige Reichweite der Sittenwidrigkeit nach der Rechtsgutslösung ins Zentrum der Debatte gerückt.⁶⁰ Er könnte hiermit nicht nur für die Hooliangewalt eine Renaissance des Sittenwidrigkeitseinwandes auslösen.

1. Fallkonstellation der Entscheidung BGHSt 58, 140

Die Entscheidung des BGH betraf unmittelbar eine eher spontane Schlägerei unter Jugendgruppen. In ihrer Handlungsstruktur ähnelte der behandelte Fall aber weithin den einvernehmlichen Matches unter Hooligans.⁶¹

Nach wechselseitigen Provokationen hatten zwei Jugendgruppen verabredet, ihren Konflikt mit Faustschlägen und Fußtritten gegen Kopf und Körper auszutragen. Die Beteiligten billigten den Eintritt erheblicher Verletzungen. Im Verlauf der wechselseitigen Tätlichkeiten fügte die später angeklagte Gruppe um Z der gegnerischen Gruppe erhebliche Verletzungen zu. Ein Gegner verlor drei Zähne. Ein anderer wurde in einen Kampf in Überzahl verwickelt. Wehrlos am Boden liegende Gegner wurden wiederholt getreten. Es kam zu erheblichen Tritten und Schlägen gegen den Kopf. Eine absehbare oder tatsächlich konkrete Lebensgefahr hatte das Tatgericht nicht festgestellt.

2. Maßstäbe und Argumentation des 1. Strafsenats

Der *Senat* geht davon aus, dass eine wirksame Einwilligung bei einwilligungsfähigen Opfern, die eine zutreffende Vorstellung von der Tat besitzen,⁶² auch bei der Gruppengewalt

nur an der Schranke der guten Sitten scheitern konnte. Er bekräftigt, dass die Sittenwidrigkeit vorrangig nach den ausgelösten Gefahren für Leib und Leben zu bestimmen ist.⁶³ Der BGH bestätigt insbesondere, dass die Tat grundsätzlich sittenwidrig ist, wenn sie einen Menschen bei objektiver Betrachtung ex ante in eine konkrete Todesgefahr bringt.

Der *1. Strafsenat* betont nun aber, dass er die zumindest drohende konkrete Lebensgefahr, an welcher der BGH bisher immer angesetzt hatte, nicht als abschließend begreift.⁶⁴ Die Sittenwidrigkeit soll ebenso aus anderen, für die Rechtsgutgefährlichkeit relevanten Tatsachen folgen können. Bei wechselseitigen Tätlichkeiten zwischen mehreren Beteiligten liege die Sittenwidrigkeit bereits wegen der hier typischen gruppenspezifischen Prozesse und der mit ihnen verbundenen Eskalationsgefahr vor.⁶⁵ Die unkontrollierbare Gesamtsituation der Schlägerei führe generell zu einem hinreichenden Grad an Gefährdung für Leib und Leben. Hierfür stützt sich das Gericht ergänzend auf § 231 StGB. Mit dem Tatbestand der Beteiligung an einer Schlägerei wolle das Parlament Leib und Leben gezielt vor dem Gefährdungspotential der Gruppengewalt schützen.⁶⁶ Darin liege eine negative Bewertung der gruppenspezifischen Prozesse, die bei Einwilligungen unter rivalisierenden Gruppen zu berücksichtigen sei.

Das so naheliegende Verdikt der Sittenwidrigkeit von Gruppenauseinandersetzungen soll nach der Ansicht des *Senats* aber entfallen, wenn sportliche Regeln die Gefahren eindämmen und eine neutrale Person ihre Einhaltung überwacht.⁶⁷ Die fallbegleitende Pressemitteilung unterstreicht,

2000, 87 f.; präzisierend zur Heilbehandlung *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 46 ff.

⁶³ M.w.N. BGHSt 58, 140 (143 f.); 49, 166 (170 f., 172 ff.); a.A. noch BGHSt 4, 24 (31 f.). Unrichtig dazu *Jäger*, JA 2013, 634 (636), wenn er darauf abstellt, dass für den BGH allein der Maßstab ex ante entscheidend sei (so aber etwa auch *Hardtung* [Fn. 40], § 228 Rn. 27); wie hier *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4; *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (954); *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431 ff.). Der BGH berücksichtigt auch die tatsächlich eingetretenen und nicht nur die drohenden Rechtsfolgen. Weichen ex post und ex ante-Urteil zu Lasten des Opfers voneinander ab, sind regelmäßig Irrtumfragen entscheidend.

⁶⁴ M.w.N. BGHSt 58, 140 (143 f.); zur früheren Rechtsprechung BGHSt 53, 55 (63): Grenze zur Sittenwidrigkeit bei konkreter Todesgefahr überschritten und BGH HRRS 2012, Nr. 736; 2010, Nr. 823, sowie besonders deutlich, aber nicht tragend BGH HRRS 2008, Nr. 962 (in NSStZ 2009, 401 nicht abgedruckt).

⁶⁵ Zum Ganzen BGHSt 58, 140 (144 f.), mit Verweis auf *Pichler*, Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB), 2010, S. 23 ff.

⁶⁶ BGHSt 58, 140 (149) im Anschluss an *Pichler* (Fn. 65), S. 39; zur überwiegenden, aber streitigen Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt m.w.N. BGHSt 39, 305 (307 ff.); *Hohmann*, in Joecks/Miebach (Fn. 40), § 231 Rn. 2.

⁶⁷ BGHSt 58, 140 (146 ff.). Das Gericht bezieht sich insbesondere auf BGHSt 4, 88 (92), zum Boxkampf. Fehlt es an

⁵⁹ *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 2: Einzelner von moralischer Billigung anderer nicht abhängig; zum ausscheidenden empirischen Beleg des allgemeinen Urteils zu SM-Fällen BGHSt 49, 166 (173).

⁶⁰ BGHSt 58, 140. Siehe folgend insbesondere OLG München BeckRS 2013, 18011, allerdings zu einem Fall, in dem die Auseinandersetzung nicht an einem abgelegenen Ort stattfand und Dritte in Mitleidenschaft zog.

⁶¹ Zur Übertragbarkeit neben der Pressemitteilung 52/2013 des BGH wie hier etwa *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.); *Jahn*, JuS 2013, 945 (947); *Hüttenrauch*, NJ 2013, 480 (481): wegweisend für Drittortauseinandersetzungen; sogleich als Kampf unter Fußballfans ausgehend (!) *Noll*, StRR 2013, 250 f.

⁶² Zur maßgeblichen Vorstellung von dem voraussichtlichen Verlauf und den möglichen Folgen des zu erwartenden Angriffs vgl. etwa auch BGH HRRS 2013, Nr. 75; BGH NSStZ

dass gefährliche Mannschaftssportarten damit regelmäßig zulässig bleiben.⁶⁸ Für Schlägereien fernab des organisierten Sports weist der BGH dagegen darauf hin, dass diese selbst dann strafbar sein dürften, wenn die Beteiligten die Art des Kampfes näher verabreden: Die typische, abstrakt-generelle Eskalationsgefahr begründe noch immer die Sittenwidrigkeit, wenn und weil dort keine Instrumentarien absehbar seien, die gravierende Verletzungen verhüten können. Fehlen risikobegrenzende Regeln über die Bedingungen der wechselseitigen Auseinandersetzung, erhöhe dies vielmehr regelmäßig die Gefahr, dass das Tatgeschehen über das von der Einwilligung Gedeckte hinaus führt.⁶⁹ Nur tatsächlich effektive Sicherungen gegen die angeführten Eskalationsgefahren könnten die drohenden Gefahren auf ein für den Staat tolerables Maß begrenzen.⁷⁰

Nach diesen Maßstäben bestätigte der BGH im Fall der Jugendgruppen eine Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung. Hier lagen wechselseitige Tätlichkeiten rivalisierender Gruppen vor. Es gab keine durchsetzbar vereinbarten Regeln, die eine Eskalation zum Beispiel in Gestalt von Taten gegen Wehrlose verhindern sollten. Der BGH betont vielmehr zusätzlich, dass sich die mangelnden Vorkehrungen in der Kampfsituation tatsächlich risikosteigernd ausgewirkt hätten.⁷¹ Zudem bezieht er sich ergänzend darauf, dass im konkreten Fall infolge der Tritte und Schläge gegen den Kopf eine zumindest abstrakte Lebensgefahr absehbar war.⁷²

Die abermals bemerkenswerte Pressemitteilung kündigt an, dass der *Senat* damit gerade die „strafrechtliche Bewertung verabredeter Schlägereien zwischen rivalisierenden Hooligan-Gruppen“ in der „Dritten Halbzeit“ geprägt habe.⁷³

derartigen Regularien, soll eine Körperverletzung trotz der erteilten Einwilligung grundsätzlich sittenwidrig sein, BGHSt 58, 140 (147); siehe auch BayObLG NJW 1999, 372 (373). Im Anschluss an BayObLG NJW 1961, 2072 (2073); OLG Karlsruhe NJW 1982, 394 f.; zustimmend *Jahn*, JuS 2013, 945 (946 f.); *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.): „jenseits sportlichen Wettkampfs“.

⁶⁸ Siehe BGH, Pressemitteilung Nr. 52/2013. Die Strafbarkeit soll sich hier wie bisher auf Fälle grob regelwidrigen Verhaltens reduzieren. Zustimmend *Jahn*, JuS 2013, 945 (946 f.); *Hüttenrauch*, NJ 2013, 480 (481); siehe schon BGHSt 4, 88 (92).

⁶⁹ BGHSt 58, 140 (146 f.). Gerade gegen diese Argumentation v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (161 f.): Verwischung des Unterschieds zwischen der tatsächlichen Erfassung der Tat durch den Einwilligungstatbestand und der rechtlichen Beurteilung der wirksamkeitsausschließenden Sittenwidrigkeit.

⁷⁰ Siehe neben dem Leitsatz vor allem BGHSt 58, 140 (151).

⁷¹ Neben dem Vorgehen in Überzahl gegen Wehrlose greift der *Senat* den Übergriff auf Unbeteiligte auf, BGHSt 58, 140 (150 f.).

⁷² M.w.N. BGHSt 58, 140 (149 f.): „Tritte gegen den Kopf sind als solche für das Leben des Getretenen generell gefährlich.“

⁷³ Siehe BGH, Pressemitteilung Nr. 52/2013, und *Jäger*, JA 2013, 634 (636): offensichtliche Zielsetzung des „Beschlusses“, ein für alle Mal die Rechtswidrigkeit einverständlicher

IV. Die Überzeugungskraft der erneuten Ausdehnung

Diese Leitentscheidung dehnt den mit § 228 StGB verbundenen Eingriff in die Autonomie des Rechtsgutsinhabers in jedem Fall erheblich aus.⁷⁴ Das Ausmaß jener Ausdehnung ist noch offen, da die konkret drohende Lebensgefahr nun auch in anderen Lebenskontexten nicht mehr abschließend sein muss.⁷⁵ Es drängt sich die Frage auf, ob jene Rechtsprechung tatsächlich den erklärtermaßen einschränkenden Ansatz der Rechtsgutslösung überzeugend fortführt.⁷⁶ Besonders das offenbar im Zentrum des Senatsinteresses stehende Phänomen der Hooligangewalt legt es nahe, die Überzeugungskraft der vom *I. Strafsenat* befürworteten Wiederausdehnung des § 228 StGB auf die Probe zu stellen. Dies möchte ich in fünf Schritten unternehmen, die meine eigene Ansicht verdeutlichen werden.

1. Leitaspekt der strafrechtlichen Bestimmtheit

Zunächst möchte ich den Bestimmtheitsgrundsatz in seiner Dimension der Auslegungsbestimmtheit aufgreifen. Wenn wir die guten Sitten bei der Strafbegründung von der konkreten Lebensgefahr lösen und zusätzlich andere, noch ungeklärte Gründe für das Votum der Sittenwidrigkeit akzeptieren, erschweren wir dem Bürger die Normorientierung.⁷⁷ Bei unbestimmten Rechtsbegriffen wie den guten Sitten müssen die Fachgerichte heute aber auch nach Ansicht des BVerfG einer Präzisierungspflicht genügen; ihre Obersätze dürfen keine vermeidbare Unsicherheit auslösen.⁷⁸ Vermehrt die Rechtsprechung den Bedarf, das geltende Recht in Zukunft zu konkretisieren, muss sie dies rechtfertigen. Die Bestimmtheit der Auslegung ist insofern durchaus ein Prüfstein für den Ansatz des *I. Strafsenats*.

Gleichwohl wird man bei einer rechtsgutsgebunden erweiterten Auslegung der guten Sitten keinen Verstoß gegen

Massenschlägereien festzustellen, zustimmend 637; *Pichler*, StRR 2013, 218 (221): keine hinreichende Gewährleistung der Abreden, da häufig gegen das Zweikampfgebot verstoßen werde, zudem seien durchsetzungsfähige Schiedsrichter bei Massenschlägereien lebensfremd; a.A. *Spoenle*, NStZ 2011, 552 (555 f.).

⁷⁴ Dies hebt trotz seiner Zustimmung auch *Jäger* (JA 2013, 634 [636]) hervor; siehe auch *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10b; vehement v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (158 ff., 160 ff.): verfassungswidrige Einschränkung der Dispositionsbefugnis.

⁷⁵ So erwartet und begrüßt *Jäger* (JA 2013, 634 [636 f.]) bereits, dass in Zukunft weitere Aspekte bei der Bejahung der Sittenwidrigkeit Einfluss gewinnen. Krit. aber schon *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (433); *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10b: Normativierung der Einwilligungsgrenze bei jeder allgemeinen Gefährdungssteigerung.

⁷⁶ Dazu unten IV. 3. und etwa bereits v. *der Meden*, HRRS 2013, 158, und *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429.

⁷⁷ *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (433): Auflösung der vergleichsweise klaren, für Rechtssicherheit sorgenden Rechtsprechung; Kalkulierbarkeit der Strafbarkeit unmöglich.

⁷⁸ BVerfGE 126, 170 (197 ff.); *Kuhlen*, JR 2011, 246 (248 ff.); m.w.N. *Gaede* (Fn. 34), § 1 Rn. 19 f., 24.

Art. 103 Abs. 2 GG bejahen können. Noch immer schließt der Bestimmtheitsgrundsatz nicht jede belastend wirkende Änderung der Rechtsprechung aus. Schon das Leiturteil zum Sadomasochismus deutete an, dass die konkret drohende Lebensgefahr nicht abschließend sein muss. Es ließ streng genommen offen, ab welcher Verletzungsintensität die Sittenwidrigkeit in Betracht kommt.⁷⁹ Obschon sich die Wortlaute späterer Entscheidungen so verstehen ließen, als müsse stets eine konkrete Lebensgefahr in Rede stehen,⁸⁰ bestand daher jedenfalls kein von der Rechtsprechung bereits hinreichend aufgebautes Vertrauen darauf, dass der Sittenwidrigkeit nur noch Fälle einer ex ante konkret drohenden Lebensgefahr unterfallen können.

Zudem hat der *1. Strafsenat* mit dem Rekurs auf die Eskalationsgefahr, die nicht durch Regeln und Sicherungen wie einen Schiedsrichter abgemildert ist, im Ausgangspunkt auch für Laien verständliche Kriterien benannt, an denen sich etwa der Sport seit langem orientiert. Selbst der Umstand, dass in Zukunft weitere Fallgruppen neben die Eskalationsgefahr der Gruppe treten könnten, macht die Auslegung noch nicht unvorhersehbar. Die bereits benannte Rückbindung an das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit wirkt begrenzend. Sie verhindert, dass die Gerichte in Zukunft disparate Wertungskriterien und nicht absehbar relevante Fallumstände für maßgeblich erklären dürfen. Überdies bedeutet die Pflicht zur Präzisierung nicht, dass die zukünftige Normauslegung *keinerlei* Streitfragen mehr bereithalten dürfte.⁸¹

2. Freiheitsrechtliche Vertretbarkeit bei Eingriffen in die Lebensgestaltung

In einer freiheitlichen Demokratie ist Art. 103 Abs. 2 GG jedoch nicht die einzige Schranke, die Strafgesetzgebung und Strafrechtspraxis beachten müssen.⁸² Die vom *1. Strafsenat* über die abstrakte Eskalationsgefahr betriebene Ausdehnung

⁷⁹ BGHSt 49, 166 (173): „Der Senat kann hier offen lassen, ab welcher Verletzungsintensität Sittenwidrigkeit in Betracht kommt und ob bzw. unter welchen Voraussetzungen weitergehende Zwecke oder sonstige Umstände in die Würdigung der Tat einzubeziehen sind. Die Grenze zur Sittenwidrigkeit ist jedenfalls dann überschritten, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird.“

⁸⁰ Mit einer Tendenz zur abschließenden Natur (jedoch dafür den unlauteren Zweck prüfend) BGH HRRS 2012, Nr. 736; 2008, Nr. 962 (in NStZ 2009, 401 nicht abgedruckt); mehrdeutig BGHSt 53, 55 (62, „jedenfalls“ und 63); eine Abweichung von früheren Entscheidungen sehen aber nun *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 f.; für offen hält die Übereinstimmung zwischen dem *1.* und dem *5. Strafsenat* auch *Pichler*, StRR 2013, 218 (220).

⁸¹ BVerfGE 126, 170 (195 ff., 198 f.): kein Zwang, vorab jeden Zweifel auszuschließen; m.w.N. *Gaede* (Fn. 14), Kap. D. II. 1. b) (1) (a).

⁸² Eingehend dazu an anderem Ort *Gaede* (Fn. 14), Kap. C. III. 2., insbesondere b) (3).

der Strafbarkeit muss mit den Freiheitsrechten der Beteiligten ebenso noch vereinbar sein.

Schon dies wird man dem Ansatz des BGH nicht attestieren können. Der parlamentarische Gesetzgeber mag zwar grundsätzlich befugt sein, die Verfügung über die körperliche Unversehrtheit infolge ihrer organischen Verbindung zum Leben bei erheblichen Gefahren gegen den Willen des Verletzten objektiv-rechtlich und paternalistisch zu schützen. Die strafrechtlichen Rechtssätze, die zu diesem Zweck in die Rechte des Handelnden und in das Selbstbestimmungsrecht des Verletzten eingreifen, müssen aber noch immer verhältnismäßig sein.

Wenn der strafende Staat nun jedoch nach Ansicht des *1. Strafsenats* schon ausreichen lassen kann, dass es zu Eskalationen einer nicht näher bestimmten Schwere etwa durch gebrochene Abreden kommen *könnte*, kann er den begehrten Grundrechtseingriff erstens gar nicht mehr auf den hohen Rang des Lebensschutzes stützen. Der Lebensschutz steht hier nicht mehr als Maßstab im Raum, da der BGH nicht konstitutiv auf eine konkrete oder doch immerhin abstrakte Lebensgefahr abstellt. Der Freiheiten verwehrende Staat würde bei der Verwerfung der Selbstbestimmung bei weitem über die Fälle hinausgehen, die auf der Grenze zum Tötungsvorsatz liegen.

Zweitens würde der Staat die Selbstbestimmung im Umgang mit dem eigenen Körper einer lediglich abstrakten Gefahr weitgehenderer Beeinträchtigungen für die körperliche Unversehrtheit unterordnen, ohne diese Beeinträchtigungsgesfahr noch an ein begrenzendes Schwerekriterium zu binden.⁸³ Das Selbstbestimmungsrecht ist damit jedoch trotz seiner verfassungsrechtlichen Verankerung praktisch gar nicht mehr geachtet, da es sich durch alle immerhin plausibel zu erwägenden Weiterungsgefahren verdrängen ließe. So mag man etwa auch für die bisher nach der Rechtsgutlösung grundsätzlich zulässige Sado-Maso-Gewalt wieder fragen, ob hier nicht ebenfalls in Zukunft besondere Vorkehrungen gegen Exzesse vorzuhalten sind. Im Kontext der Erregung des aktiven Parts könnten gefahrsteigernde Grenzüberschreitungen nach der Lebenserfahrung zu bedenken und zukünftig durch effektiv kontrollierbare Sicherungsmechanismen abzuschirmen sein, die ggf. ein Gericht nachträglich auf ihre Tauglichkeit überprüfen müsste. Vom verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht, das den höchstpersönlichen Körper betrifft und einen objektiv unvernünftigen Umgang mit dem eigenen Körper umfasst, bliebe kaum etwas übrig. Die Tiefe der nun wieder möglichen Grundrechtseingriffe stünde vielmehr zu dem Rekurs auf abstrakte Gefahren in keinem Verhältnis.⁸⁴

⁸³ So richtig v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (160 f.): jede Eskalationsgefahr ermöglicht die Sittenwidrigkeit.

⁸⁴ Noch weitergehend ablehnend wieder m.w.N. *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (955 f.); *ders.* (Fn. 25), S. 339 ff. Zudem kämen auch mildere Mittel in Betracht. So könnten zum Beispiel nur Fälle einer tatsächlich aufgetretenen Regelüberschreitung oder einer anderweitig realisierten Eskalation zu erfassen sein. Ebenso könnte eine im Sinne des § 224 Abs. 1

Für jene Beurteilung spricht ebenfalls der Umstand, dass sich im Fall des *I. Strafsenats* aber etwa auch bei Dritttort-Auseinandersetzungen konsequenterweise zugleich die verletzten Opfer wegen ihrer zuvor erfolgreich verübten oder doch versuchten Körperverletzungshandlungen strafbar machen müssten.⁸⁵ Regelmäßig wird hierbei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht kommen. Im konkreten Fall hatte etwa das spätere Opfer W, der aus der unterlegenen Gruppe heraus agierte, zunächst ein Mitglied aus der angeklagten Gruppe um Z im Rahmen eines Faustkampfes in Bedrängnis gebracht. Er wäre von vornherein auf § 60 StGB und auf die Einstellungen nach den §§ 153 ff. StPO verwiesen, deren Anwendung die Betroffenen nicht einklagen können.

Gleichwohl ist zu befürchten, dass das BVerfG den auf Eskalationsgefahren erstreckten Ansatz des BGH nicht verwerfen wird.⁸⁶ Das Verfassungsgericht billigt dem Gesetzgeber bei der Gestaltung strafbewehrter Verhaltensnormen bisher selbst in höchstpersönlichen Kontexten auf allen Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine schier unbeschränkte Einschätzungsprärogative zu.⁸⁷ Damit plädiert das BVerfG im Strafrecht für eine maßstabsabschwächende Grundrechts-sonderdogmatik, gegen die sich der *Verfasser* schon an anderer Stelle eingehend gewendet hat.⁸⁸ Mit ihr könnte man dem Gesetzgeber auch in unserem Kontext gestatten wollen, über die Angemessenheit zwischen den ausgelösten Eingriffen und dem möglichen Schutz uneingeschränkt selbst zu befinden. Dafür mag man anführen wollen, dass den einschlägigen Schlägereien ein Bezug zum Intimleben fehlt. Vielmehr geht es um Verstöße gegen das Körperverletzungsverbot, bei denen die Freude an einem gewalttätigen Wettstreit ein Selbst-

zweck ist.⁸⁹ Selbst wenn Hooligans abgelegene Orte aufsuchen, agieren sie weiter im öffentlichen Raum.⁹⁰ Und noch immer können Tötungen oder schwere Körperverletzungen etwa nach Tritten gegen den Kopf die Folge der zunächst abstrakten Eskalationsgefahren sein. Entsprechend dürfte das BVerfG die Fachgerichtsbarkeit nicht daran hindern, den weiten Wortlaut des § 228 StGB zugunsten eines über Lebensgefährdungen hinausgehenden Körperverletzungstabus zu interpretieren.

3. Bedeutung des § 231 StGB

Teilt man den hier als verfehlt betrachteten Standpunkt des Verfassungsgerichts, scheidet der Ansatz des *I. Strafsenats* nicht bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen von vornherein aus. Dann bleibt jedoch zu fragen, ob die Ausdehnung der Rechtsgutslösung durch den *I. Strafsenat* einfachrechtlich zu überzeugen vermag. Dies gilt schon deshalb, weil Entscheidungen anderer *Senate* zu einer nicht übersteigbaren Grenze der konkreten Lebensgefahr tendieren.⁹¹

Dem Ansatz des *I. Strafsenats* ließe sich einfachrechtlich vergleichsweise leicht folgen, wenn schon § 231 StGB eine gesetzgeberische Wertung zu entnehmen wäre, nach der jeder gewalttätigen Gruppenauseinandersetzung ein strafrechtlich nicht tolerables Maß an Gefahr für die körperliche Unversehrtheit inne wohnt.⁹² Diese Bewertung, die schon der *I. Strafsenat* nur vorsichtig als unterstützendes Argument einführt, ist § 231 StGB *de lege lata* indes nicht zu entnehmen:

Die Strafnorm des § 231 StGB dient zwar der körperlichen Unversehrtheit.⁹³ Die Beteiligung an einer Schlägerei soll aber in erster Linie ein Auffangdelikt für Fälle schaffen, in denen schwere Tatfolgen einzelnen Beteiligten nicht be-

Nr. 5 StGB abstrakte Lebensgefahr maßgeblich sein. Siehe dazu aber IV. 5.

⁸⁵ Angesichts der auch deshalb nachvollziehbarerweise ausbleibenden Anzeigebereitschaft steht für die gezielt auf abgelegenen Feldern oder Wiesen ausgetragenen Kämpfe unter Hooligans schon eine nennenswerte Eignung der weit ausgedehnten Strafnorm ernsthaft in Frage, andeutend auch *Jahn*, JuS 2013, 945 (947). Infolge der zu beachtenden Einschätzungsprärogativen ließe sich zwar nicht schon die Eignung selbst verneinen. Die Eignungszweifel unterstützen aber die Wertung, dass die ausgelösten Einschnitte in die Selbstbestimmung zu dem Rechtsgutsschutz, der realistisch angestrebt werden konnte, außer Verhältnis stehen.

⁸⁶ Siehe so auch im Ergebnis *Jahn*, JuS 2013, 945 (947): paternalistische Tendenz unter Schutzzweckaspekten noch hinzunehmen (ohne verfassungsrechtliche Begründung); wohl a.A. v. *der Meden*, HRRS 2013, 158: Rückkehr zur objektiv-moralischen Auslegung, aber erstaunlich offen lassend in Fn. 28.

⁸⁷ BVerfGE 120, 224 (240 ff.) (allerdings mit zutreffend ablehnendem Sondervotum *Hassemer*); zustimmend etwa *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331: anderenfalls drohe eine abzulehnende Gerechtigkeitsexpertokratie.

⁸⁸ Mit umfassenden Nachweisen zu ebenfalls und bereits zuvor abl. Stimmen (etwa *Hörnle*, NJW 2008, 2085 f., und *Roxin*, StV 2009, 544) siehe *Gaede* (Fn. 14), Kap. C. III. 2.

⁸⁹ Zur tragenden Freude an der Gewalt *Böttger* (Fn. 2), S. 1, 9 f.; *Krahm* (Fn. 1), S. 52; *Spoenle*, NSTZ 2011, 552 (555).

⁹⁰ Allerdings dürfte diese Erwägung nicht herangezogen werden, um über die §§ 223 ff. StGB Grenzen der §§ 125 ff. StGB zu überspielen.

⁹¹ So findet sich in BGH HRRS 2008, Nr. 962 (in NSTZ 2009, 401 nicht abgedruckt) jedenfalls verbal eine Bindung an eine konkrete Todesgefahr. Der *I. Strafsenat* hält diese nicht für tragend und erklärt vorsorglich bereits, dass er sich gegen die Fortführung eines dahingehenden Ansatzes wende, BGHSt 58, 140 (145).

⁹² Dem BGH insofern zustimmend *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.): nicht nur Rechtsgedanke des § 216 StGB einzubeziehen; *Hüttenrauch*, NJ 2013, 480 (481).

⁹³ Dazu *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (956); *Jäger*, JA 2013, 634 (636): Austragung einverständlicher Schlägereien „ohne Wenn und Aber“ verboten, soweit Tatbestand verwirklicht; Vorkehrungen gegen Eintritt der Eskalation sollen unmaßgeblich sein. Zum nicht unzweifelhaften Ausschluss der Einwilligung nach der h.M. *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (956); *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 15), § 231 Rn. 10; *Hüttenrauch*, NJ 2013, 480 (481): Gemeininteresse geschützt; *Pichler* (Fn. 65), S. 131.

weisbar zugerechnet werden können.⁹⁴ Vor allem hat der Gesetzgeber mit ihr schon gar nicht die Wertung aufgestellt, dass Gruppengewalt stets strafbedürftig sei. Nur dann, wenn eine Schlägerei wirklich so gefährlich war, dass sie zu einer schweren Folge geführt hat,⁹⁵ darf die Strafbarkeit eingreifen.⁹⁶ Dies schließt es aus, wie der BGH schon die abstrakte Gefahr der Eskalation in einer Gruppe heranzuziehen, um *jede* Körperverletzung zu bestrafen, die in einvernehmlichen Schlägereien begangen wurde.⁹⁷ Überdies würde der BGH aus dem Gefährdungsdelikt des § 231 StGB, das der Gesetzgeber mit seinem Strafrahmen als weniger strafbedürftig eingeordnet hat, anderenfalls die Strafbarkeit nach einem jedenfalls gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erheblich strafbedürftigeren Verletzungsdelikt ableiten.⁹⁸

4. Tragfähigkeit der Eskalationsgefahr

Gibt § 231 StGB damit keine Wertung vor, die rechtsgutsbezogen gefährliche Gruppengewalt grundsätzlich als sittenwidrig zu behandeln, bleibt zu fragen, ob der Verweis auf die Eskalationsgefahr für sich genommen überzeugen kann.

Hier wird man dem *1. Strafsenat* zunächst durchaus zustehen müssen, dass er mit der Eskalationsgefahr der Gruppengewalt ein real erfahrbares Phänomen zum Ausgangspunkt nimmt, das die Gefahren für Leib und Leben potenzieren kann.⁹⁹ Selbst wenn in der Psychologie auch hemmende

Einflüsse von Gruppen beschrieben werden,¹⁰⁰ bleibt doch zum einen der in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB reflektierte Effekt der gefahrsteigernden Überzahl zu beachten, die aus der Gruppe heraus möglich ist.¹⁰¹ Zum anderen findet die Annahme einer verstärkenden Wirkung gemeinsamer Normübertretungen gerade für die Gewaltausübung eine belastbare Grundlage.¹⁰² Insoweit lässt sich § 231 StGB immerhin entnehmen, dass schwere Folgen, die von Gruppenauseinandersetzungen oder Gruppenübergriffen drohen, dem Gesetzgeber immerhin so relevant erscheinen, dass er ein Gefährdungsdelikt für eben diese Konstellationen vorsieht. In der Gruppengewalt liegt deshalb ein Sachverhaltskontext, den die an der Rechtsgutsgefahr ausgerichtete Rechtsgutslösung aufgreifen und bewerten muss.¹⁰³

Der Ansatz des *1. Strafsenats* ist dennoch im Ergebnis zurückweisen. Die *Senate* des BGH sind mit der Rechtsgutslösung angetreten, die guten Sitten auf ihren rechtlichen *Kern* und auf konkret drohende gravierende Verletzungen zu reduzieren.¹⁰⁴ Der *1. Strafsenat* erklärt nun aber *jede* einvernehmliche Gruppenschlägerei grundsätzlich schon deshalb für strafbar, weil hypothetisch über die Verabredung hinausgehende Taten geschehen könnten. Die konkrete Tat muss weder ex ante/ex post das Leben bedrohen noch die Gefahr schwerer Folgen nach § 226 StGB auslösen. Es soll genügen, dass solche Folgen bei Schlägereien ex ante schwerer bzw. nie ganz auszuschließen sind.¹⁰⁵ Darin liegt eine handfeste Abkehr von einem einschränkenden Ansatz.¹⁰⁶ Indem der

⁹⁴ M.w.N. BT-Drs. 13/8587, S. 61; BGHSt 15, 369 (370); 16, 130 (132); BGH HRRS 2011, Nr. 1036 (nicht in BGHSt 57, 1 abgedruckt); Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433); etwas offener BGHSt 14, 132 (135); 33, 100 (103); Fischer (Fn. 19), § 231 Rn. 1: kumulative Begründung; a.A. Pichler (Fn. 65), S. 39.

⁹⁵ Zum erforderlichen Zusammenhang etwa m.w.N. Engländer (Fn. 10), § 231 Rn. 7 f.; Pichler (Fn. 65), S. 149 ff.

⁹⁶ Dies wird nicht davon berührt, dass in der schweren Folge regelmäßig eine objektive Bedingung der Strafbarkeit gesehen wird, siehe nur Pichler (Fn. 65), S. 137 ff.; Zöller, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 34), § 231 Rn. 12 ff. Auch dann zeigt der Gesetzgeber, dass er ohne jene zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzung keinen Anlass sieht, allein wegen des Gruppenkontextes Strafsanktionen zur Bekräftigung eines Körperverletzungstabus einzusetzen.

⁹⁷ Ablehnend schon v. der Meden, HRRS 2013, 158 (162); Sternberg-Lieben, JZ 2013, 953 (956). Fraglich ist allerdings, ob die ergänzende Argumentation gegen ein erweitert verstandenes Verschleifungsverbot verstößt. So v. der Meden, HRRS 2013, 158 (162 f.): § 231 StGB habe anderenfalls keinen konstitutiven Anwendungsbereich; dagegen i.E. Jahn, JuS 2013, 945 (947 Fn. 5), der darauf hinweist, dass das Verschleifungsverbot nur für Tatmerkmale einer Strafnorm gelte, sich mit Gründen für eine Übertragung auf Tatbestände aber nicht befasst.

⁹⁸ Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433): Delikt gegen Kollektivrechtsgut; zum Argument auch Jahn, JuS 2013, 945 (947): Verweis trägt weder systematisch noch inhaltlich.

⁹⁹ Zustimmung auch Jahn, JuS 2013, 945 (947); Hüttenrauch, NJ 2013, 480 (481); Pichler, StRR 2013, 218 (220).

¹⁰⁰ Zur sog. Polarisierung m.w.N. Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433 f.), deren Urteil, der BGH betreibe nicht viel mehr als eine plausibel klingende „Hobbypsychologie“, vor dem Hintergrund der dort selbst gegebenen Nachweise zum sog. Risikoschub etwas hart erscheint.

¹⁰¹ Zum entsprechenden Verständnis des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB vgl. etwa Engländer (Fn. 10), § 224 Rn. 12.

¹⁰² Dazu BGHSt 14, 132 (134 f.); Pichler (Fn. 65), S. 23 ff.; Engländer (Fn. 10), § 231 Rn. 1: besonders gefährliche tätliche Auseinandersetzungen; Hohmann (Fn. 66), § 231 Rn. 2; siehe selbst Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433 f.).

¹⁰³ So im Ansatz richtig BGHSt 58, 140 (145): Maßstab des Gefährlichkeitsgrades der Körperverletzung gebietet die kontextbezogene Ausdifferenzierung für bisher nicht zu beurteilende Sachverhalte.

¹⁰⁴ BGHSt 49, 166 (170 f.); siehe auch BGH HRRS 2012, Nr. 736: Schädel-Hirn-Trauma; Nasenbein- und Jochbeinfraktur auch bei erforderlicher Operation und Krankenhausaufenthalt nicht zwingend sittenwidrig.

¹⁰⁵ Bezeichnend in diese Richtung Pichler, StRR 2013, 218 (220): Eskalationsgefahr bzw. gruppenspezifische Prozesse seien nie auszuschließen. Er verweist dafür auf die unkontrollierbare Einnischung Dritter, die Hooligans jedoch regelmäßig aktiv zu verhindern suchen, indem sie gezielt abgelegene Orte aufsuchen.

¹⁰⁶ Eine zweifelhafte Normativierung der Rechtsgutslösung kritisiert bereits Fischer (Fn. 19), § 228 Rn. 10b: Ausweitung des § 228 StGB; zu Widersprüchen zu Zweikämpfen bei körperlich unterlegenen Gegnern (am Rande einer Schlägerei) Pichler, StRR 2013, 218 (220 f.). Der Einwand der Abkehr

Senat nicht mehr länger eine Verdichtung zur konkreten Gefahr fordert und zudem das Erfordernis gravierender Verletzungen aufgibt, geht es ihm nicht länger um die Beschreibung eines unverfügbaren Kerns. Er richtet sein Augenmerk vielmehr darauf, die mit der Rechtsgutslösung noch immer konstruierbare Pönalisierung möglichst auszuschöpfen. Der freiheitsrechtliche Rechtfertigungsbedarf, den andere *Strafsenate* des BGH zur Begründung der Rechtsgutslösung früher deutlich akzentuiert haben, leitet den *1. Strafsenat* nicht mehr. Er orientiert sich nur an den Buchstaben, nicht aber mehr am Sinn der Rechtsgutslösung.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der *1. Strafsenat* immerhin Ausnahmen gestattet, wenn unabhängig auf ihre Einhaltung kontrollierte Regelwerke die abstrakt erhöhte Verletzungsgefahr eindämmen. Damit verschiebt der *Senat* die Argumentationslasten noch immer bemerkenswert zulasten der Bürger und ihrer hier auf allen Seiten betroffenen Freiheitsrechte. Etwa der scheinbar unbeeinträchtigte Sport hängt nun schon bei abstrakt gesteigerten Gefahren davon ab, ob seine Regeln tatsächlich geeignet sind, Eskalationen und ernsthaftere Verletzungen hinreichend sicher auszuschließen. Streng genommen besteht jedoch etwa beim Boxen kein belastbarer Rückschluss, dass ein harter Schlag gegen den Kopf des Gegners allein deshalb weniger gefährlich ist, weil er regelkonform war.¹⁰⁷ Ebenso wenig leisten Schiedsrichter im Rugby, im Ultimate Fight, im Rennsport oder Fußball den Ausschluss jeder gefährlichen Regelverletzung. Zum Beispiel bei der sprichwörtlichen „Blutgrätsche“ sichern sie eher die verbandsrechtliche Ahndung des Regelverstoßes. Und für das Training fehlen regelmäßig externe Schiedsrichter. So muss etwa im Boxsparring oder bei eskalationsgeneigten Zweikämpfen im Fußballsport durchaus ein Fragezeichen hinter einer hinreichenden Gefahrindämmung gesetzt werden.

Wenn man sodann aber die Anforderungen an eine Gefahrabschirmung nur noch so hoch ansetzen würde,¹⁰⁸ wie sie im traditionellen Sport durchgehend zu leisten ist, ergäbe sich für verabredete Hooligankämpfe eine beachtliche Konsequenz: Obwohl der BGH auf diese Fälle abzielt, könnte er sie mit seinem Ansatz gar nicht flächendeckend erfassen. Nach den hierzu verfügbaren Schilderungen treten die Gegner dieser Kämpfe immerhin regelmäßig in gegenüberstehenden Reihen an.¹⁰⁹ Der Einsatz von hartem Schuhwerk oder von Waffen

von der früheren Rechtsprechung trifft auch deshalb zu, weil abstrakte Gefahren der Eskalation auch in anderen Kontexten der Gewaltausübung zum Beispiel bei SM-Praktiken in die Beurteilung einzubeziehen wären.

¹⁰⁷ Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (432 f.): Art und Gewicht vielleicht folgender Körperverletzungen nicht zwangsläufig beeinflusst. Siehe auch zum Regelverstoß BayObLG NJW 1961, 2072 (2073): Schwere der Verletzung allein hindert auch bei fahrlässigen Verstößen nicht die Einwilligung beim Fußballsport.

¹⁰⁸ Siehe auch bereits Hüttenrauch, NJ 2013, 480 (481 f.): unklar, welcher Grad an Absicherung der Gefahrindämmung zu fordern ist.

¹⁰⁹ Dazu und zum Folgenden Spoenle, NStZ 2011, 552 (mit Hinweisen auf den Schutz von Genitalien und von Gegnern,

ist ebenso untersagt wie der Kampf in Überzahl. Schutzvorkehrungen wie Sturmhauben, Mundschutz oder Knieschützer sind zulässig und verbreitet. Viele Gruppen demonstrieren etwa durch eine gleiche Bekleidung einen erheblichen Organisationsgrad. Schließlich stellen die Gruppen mehrere Schiedsrichter. Obwohl danach noch immer Regelverletzungen auftreten,¹¹⁰ soll es in den bisher vor Gericht verhandelten Fällen nur zu Platzwunden oder ausgekugelten Fingern gekommen sein.¹¹¹ Soweit die Bedingungen der Hooligankämpfe gravierenden Verletzungen damit tatsächlich ganz regelmäßig entgegenstehen, dürfte die „Dritte Halbzeit“ die Kriterien, nach denen der *1. Strafsenat* die Sittenwidrigkeit bejahen will, nur in nachzuweisenden Einzelfällen erfüllen.¹¹² Trotz des regelmäßig bedeutend stärkeren Organisationsgrades des Sports, der sich etwa in geschriebenen Regeln niederschlägt, dürfte eine im Vergleich zu gefährlichen Sportarten stets nennenswert erhöhte Verletzungsgefahr fehlen. Polizeirechtliche Untersagungsverfügungen, denen der BGH offenbar eine Steilvorlage über das polizeirechtliche Schutzgut der öffentlichen Sicherheit geben wollte, könnten nicht ohne weiteres mit dem knappen Hinweis auf die allgemeine Strafbarkeit der Dritort-Auseinandersetzungen begründet werden.

Falls der *1. Strafsenat* dagegen seine Andeutung wahr macht, die „Dritte Halbzeit“ über ein striktes Verständnis der gefahrindämmenden Wirkung der Regelwerke allgemein für strafbar zu erklären, während er die tatsächliche Leistungskraft der Regelwerke des Sports nicht hinterfragt, würde dies zusätzliche und besonders ernste Zweifel an einer tatsächlich rechtsgutsbezogenen Motivation seiner Rechtsprechung aufwerfen.¹¹³ Der *Senat* würde nicht länger auf die grundsätzli-

die am Boden liegen, sowie auf den Ausschluss von Frauen/Freunden); dem folgend Hüttenrauch NJ 2013, 480 (481 f.); mit Hinweisen auf ein Ehrgefühl der Beteiligten Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433 f.); siehe auch die Schilderungen zu Schweizer Hooligans bei Ryser (Fn. 5), S. 15 ff., 21 ff.: „Hassduelle, bei denen grosse Rechnungen beglichen werden, will offenbar niemand“.

¹¹⁰ Spoenle, NStZ 2011, 552 (555): zum Teil auch erhebliche. Erhebliche Regelverstöße treten aber bekanntlich auch im Boxen, im Kickboxen, im Rugby oder dem Fußballsport auf. Zur Einordnung als „Mannschaftskickboxen“ Spoenle, NStZ 2011, 552 (555).

¹¹¹ Spoenle, NStZ 2011, 552 und Fn. 5. Siehe auch Ryser (Fn. 5), S. 17.

¹¹² So i.E. vor der Entscheidung des *1. Strafsenats* grundsätzlich Spoenle, NStZ 2011, 552 (555 f.), wenn die Regeln prinzipiell durchgesetzt sind und die Schiedsrichtertätigkeit ernst genommen wird. Siehe schon Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 15), § 228 Rn. 17: bei eigenen Regeln nur angemessene Sicherheitsvorkehrungen vorauszusetzen; wohl auch Hüttenrauch, NJ 2013, 480 (481 f.), und Hardtung (Fn. 40), § 228 Rn. 35; Paeffgen (Fn. 25), § 228 Rn. 109a. Siehe ebenso zum Einsatz von Schutzvorkehrungen bei der „Bestimmungsmensur“ BGHSt 4, 24 (24 ff., 30 ff.).

¹¹³ So ablehnend bereits v. der Meden, HRRS 2013, 158 (161 f.): sämtliche nichtsportliche Zwecksetzungen sanktioniert, a.a.O., S. 163: offenkundige Abneigung der erkennenden

che Einhaltung real gefahrenenkender Regeln abstellen, sondern ungenannte Unterschiede zwischen dem organisierten Sport und den Hooligankämpfen entscheiden lassen.¹¹⁴ Die privilegierte Behandlung des Sports¹¹⁵ wäre auf eine vom Rechtsgutsbezug unabhängige Kategorisierung zurückzuführen. Auf der einen, guten Seite stünde der gesellschaftlich nach der vorherrschenden Moral wertgeschätzte Sport, der wegen seiner positiven Effekte den Sitten gemäß sein soll, obschon jedenfalls einige (Gruppen-)Sportarten erhebliche und öffentlich sichtbare Rechtsgutsgefahren mit sich führen. Auf der anderen, schlechten Seite stünden die von der Allgemeinheit als abstoßend verurteilten Drittort-Auseinandersetzungen, die den guten Sitten widersprechen sollen. Mit diesem impliziten Rekurs auf die Bewertungen der Handlungszwecke und auf die soziale Anerkennung des Sports, der im unterschiedlich strengen Blick auf die verbleibenden Gefahrenpotentiale versteckt wäre, würde der *Senat* den Boden der einschränkenden Rechtsgutslösung endgültig verlassen. Obschon sich der *1. Strafsenat* bemüht, im Rahmen der Rechtsgutslösung zu argumentieren, wird doch letztlich offenbar, dass hinter seinen Ergebnissen eine Zweckbewertung steht, mit der eine – nicht empirisch aufgenommene – Mehrheitsmoral transportiert wird.

Die in die bemerkenswert fallferne Pressemitteilung eingehende Argumentation über die Eskalationsgefahr, die bei Hooligankämpfen nicht hinreichend abgeschirmt sein soll, erscheint danach eher als Bemäntelung und nicht als eigentliche Ratio hinter den Ergebnissen des *Senats*. Der *1. Strafsenat* differenziert nicht die Rechtsgutslösung für einen besonderen Sachverhaltskontext überzeugend aus. Er gibt vielmehr sowohl ihre einschränkende Zielrichtung als auch die Abkehr von einer Strafbegründung über die aktuelle Mehrheitsmoral auf.

5. Grenzfunktion der konkreten Lebensgefahr

Was aber sollte an die Stelle des BGH-Ansatzes treten? Lässt sich für den konkreten Fall des *1. Strafsenats* und für die

Richter gegen einen Freizeitsport des „Sich-Zusammenschlagens“ (siehe auch *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 [432]); ihm zustimmend *Sternberg-Lieben* JZ 2013, 953 (954 f.). Gegen die Übertragung auf Hooligans ablehnend auch *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (432 f.).

¹¹⁴ Siehe bemerkenswert BGHSt 58, 140 (147 f.): „Der Abschluss der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung selbst von erheblichen Körperverletzungen, die im Rahmen von Sportwettkämpfen verursacht werden, beruht [...] jedenfalls auch auf dem Aspekt der durch das Aufstellen und Einhalten der Wettkampffregeln bewirkten Begrenzung des Gefährlichkeitspotentials der entsprechenden Verhaltensweisen“ (*Hervorhebung des Verf.*). Auch wenn der *1. Strafsenat* die anderen Aspekte des Sportes offen lassen will, spielt hier schon mit, dass sich der Sport in seinen Augen ganz grundsätzlich von Hooligan-Auseinandersetzungen unterscheiden könnte.

¹¹⁵ Siehe auch für einen besonders positiven Zweck beim regelgerechten Sport *Hardtung* (Fn. 40), § 228 Rn. 35; *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.); *Spoenle*, NSTz 2011, 552 (555): gesellschaftlicher Wert wiege Verletzungsrisiko im Sport auf.

Drittort-Auseinandersetzungen schlicht auf das Kriterium der konkreten Lebensgefahr verweisen?

Selbst wenn man die weitreichenden Obersätze des *1. Strafsenats* ablehnt, bleibt die bisher in der Rechtsprechung nicht klar festgelegte Reichweite der Rechtsgutslösung zu präzisieren. Bereits heute wird der konkreten Lebensgefahr im Schrifttum oft gleichrangig die konkrete Gefahr schwerwiegender Verletzungen vom Ausmaß des § 226 StGB (und zum Teil darüber hinaus) zur Seite gestellt.¹¹⁶ Zum Teil wird die abstrakte Lebensgefahr als Anwendungsfall der Sittenwidrigkeit nach der Rechtsgutslösung gesehen.¹¹⁷ So wäre die konkrete Entscheidung des BGH im Fall der Jugendgruppen im Ergebnis nicht zwingend zurückzuweisen. In ihm waren keine Begrenzungen verabredet, und die Gefahr der Gruppengewalt hatte sich in abstrakt lebensgefährlichen Tritten und in Überzahlangriffen manifestiert. Es bestand nicht nur die abstrakte Gefahr einer in ihrem Verletzungsausmaß beliebig bleibenden Eskalation, die der *1. Strafsenat* zu Unrecht genügen lassen will.

Jene Frage kann hier nicht mehr in aller Ausführlichkeit thematisiert werden. Gleichwohl sprechen jedenfalls drei Gründe dafür, die Schranke der zumindest ex ante konkret drohenden Lebensgefahr, die schon heute oft als Quintessenz der jüngeren Rechtsprechung begriffen wird,¹¹⁸ in Zukunft klar anzuerkennen:

Erstens streitet die größere Klarheit in der Rechtsanwendung und vor allem bei der Befolgung der strafrechtlichen Rechtsnormen für jenen Ansatz. Ließe man eine Ausdehnung des Sittenwidrigkeitseinwandes auf Fälle des § 226 StGB oder auf vergleichbar schwere Verletzungsfolgen zu, würde dies ein Schwerekriterium einführen, das von vielen rechtlichen Wertungen abhängig ist¹¹⁹ und das der Bürger als medizinischer und rechtlicher Laie regelmäßig nicht verlässlich

¹¹⁶ In der Literatur lassen die konkrete Gefahr schwerwiegender Gesundheitsschädigungen genügen *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4, 6, 9; *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.); *Hirsch*, in: Böse u.a. (Fn. 25), S. 181 (197 ff.); *Hardtung* (Fn. 40), § 228 Rn. 24 (allerdings nur bei einer zusätzlichen Abwägung hinsichtlich angestrebter Vorteile); *Roxin* (Fn. 10), § 13 Rn. 41 ff.; *Rengier* (Fn. 19), § 20 Rn. 5. Zum Teil auch *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10, 22, anders wohl Rn. 10a, 10b. Andeutend BGHSt 49, 166 (170 ff.): gravierende Verletzungen, die in ihrem Gewicht an die in § 226 StGB geregelten erheblichen Beeinträchtigungen heranreichen.

¹¹⁷ BayObLG NJW 1999, 372 (373, dazu v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 [160]: Feststellungen trugen nur diese); die lebensgefährliche Behandlung lässt genügen *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 9; ablehnend etwa *Roxin* (Fn. 10), § 13 Rn. 65.

¹¹⁸ So wohl *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10a, 10b (aber mit Rn. 10); *Paeffgen* (Fn. 25), § 228 Rn. 41, und *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (433, 435): keinesfalls sei die erhöhte Handlungsfährlichkeit hinreichend. Nur de lege ferenda *Kühl* (Fn. 24), S. 534.

¹¹⁹ Siehe nur in § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB: „in erheblicher Weise dauernd entstellt“.

einschätzen könnte.¹²⁰ Will der Bürger Strafe sicher meiden, müsste er in der kaum auszuräumenden tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheit nicht zuletzt wegen des bereits hinreichenden *dolus eventualis* von der Betätigung seiner Freiheit bei jeder nennenswerten Gefahrsteigerung Abstand nehmen. Er müsste jedes Ansinnen ablehnen, das in Selbstbestimmung an ihn gerichtet wurde.

Zweitens ist die Grenze der konkreten Lebensgefahr geboten, um die mit der Rechtsgutslösung angestrebte freiheitsbewahrende Einschränkung des § 228 StGB belastbar auszugestalten. Die wertende Anlehnung an eine § 226 StGB entsprechende Schwere würde das von § 228 StGB ausgehende Strafbarkeitsrisiko erheblich ausdehnen. Dies würde geschehen, obgleich das Argument eines objektiv-rechtlichen Schutzes der Existenz des Lebens eines anderen Menschen nicht mehr ausschlaggebend wäre. Vielmehr würde der Staat sich anmaßen, seinen Bürgern im Wege eines indirekten Paternalismus auch für die Gestaltung ihres zukünftigen Lebens Vorschriften zu machen. Sie wären etwa auf die Vermeidung von Entstellungen, von Unfruchtbarkeit oder von Behinderungen gerichtet,¹²¹ die normativ als objektiv weniger werthaltige Lebenszustände qualifizierbar sein müssten.¹²² Würde man dagegen alternativ auf abstrakte Lebensgefahren abstellen, wäre der Lebensbezug zwar im Ansatz hergestellt. Indes ist Beeinträchtigungen des Körpers, dessen Gesundheit das Leben notwendig vermitteln muss, eine abstrakte Gefahr für das Leben nahezu stets eigen. Sie kann sich bei vergleichsweise leichten Verletzungen zum Beispiel durch eine ausbleibende oder unkundige Behandlung leicht verdichten. Gäbe man das Erfordernis der konkreten Lebensgefahr zugunsten einer abstrakten Lebensgefahr auf, wäre abermals eine beträchtliche Ausdehnung des Sittenwidrigkeitseinwandes die Folge. Von einer Einschränkung des Sittenwidrigkeitseinwandes könnte kaum noch die Rede sein. Vielmehr wären abstrakte Lebensgefahren, die etwa Tritten oder Schlägen gegen empfindliche Körperteile eigen sind, etwa beim Sport leicht zu bejahren. Versuche, die abstrakten Gefahren nach unterschiedlichen Lebenskontexten und damit nach den Bedeutungen der Handlungen differenzierend zu behandeln, müssten hingegen wieder auf verdeckte Differen-

zierungen nach der rechtsgutsfernen allgemeinen moralischen Beurteilung der Sachverhalte hinauslaufen, wie sie bereits bei der abstrakten Eskalationsgefahr der Schlägerei zu beobachten war.¹²³

Drittens spricht für eine strikte Ausprägung der Rechtsgutslösung, dass Alternativen zur Verfügung stehen, um erhebliche Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit insgesamt angemessen zu beurteilen. Nicht zuletzt bei den Hooligankämpfen darf sich der Blick nicht allein auf die Sittenwidrigkeit verengen. Ein Hooligan, der tatsächlich durch gefährlichere Handlungen über die Verabredung hinausgeht, kann sich gar nicht auf eine hinreichend weite Einwilligung berufen.¹²⁴ Zudem müssen wir besonders bei Jugendlichen stets von neuem hinterfragen, ob sie zur drohenden Gefahr keine falschen Vorstellungen hatten, die einer wirksamen und damit auch willensmängelfreien Einwilligung entgegenstehen.¹²⁵ Schließlich ist es nicht von vornherein indiskutabel, dass der (Straf-)Gesetzgeber in Zukunft Hooligankämpfe unter einem anderen objektiv-rechtlichen Gesichtspunkt durch eindämmende Regelungen aufgreift. Sollten Dritort-Auseinandersetzungen etwa in nennenswerter Zahl nicht in der Abgeschlossenheit schwer einsehbarer Felder oder Wiesen stattfinden oder sich etwa als Brutstätten verfassungsfeindlicher Ideologien erweisen, kann es immerhin erwägenswert sein, eine gezielte polizeirechtliche oder strafrechtliche Regelung unter dem Rückgriff auf andere Regelungsziele zu erlassen. Als verfehlt müsste es hingegen erscheinen, die an Leben und körperlicher Gesundheit orientierte Schwelle des § 228 StGB unter Inkaufnahme unabsehbarer Ausdehnungspotentiale mit Bedacht so zu modellieren, dass sich mit ihr die einvernehmliche Hooligangewalt (polizeirechtlich) „bekämpfen lässt“.

V. Zusammenfassung

Ich kann nun mein Fazit ziehen, das ich in drei Kernthesen fassen möchte:

1. Einvernehmlichen Körperverletzungen treten wir heute zu Recht mit einem tatbezogen begrenzten Begriff der guten Sitten entgegen, der einer Transformation vermeintlich aktu-

¹²⁰ Eine Prognose darüber, ob eine Handlung ein beträchtliches Todesrisiko herbeiführen wird, dürfte dem Laien dagegen leichter möglich sein.

¹²¹ Für eine solche Sichtweise streitet dabei nicht etwa die Existenz des § 226 StGB und die mit ihm gesetzlich ausgeprägte Wertung einer besonders gravierenden Rechtsgutsverletzung. Jene Wertung trifft zwar zu. Sie greift jedoch nur auf, dass der aufgedrängte Eintritt der genannten schweren Folgen dem Betroffenen regelmäßig die Lebensführung wesentlich erschwert. Eine Aussage, dass der Betroffene selbst das Risiko eines Eintritts gerade dieser Folgen meiden soll, trifft jene Norm indes nicht.

¹²² Letzteres wäre schon unter dem Aspekt des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG fragwürdig. Für andere Standpunkte siehe indes zum Beispiel *Roxin* (Fn. 10), § 13 Rn. 43 ff., mit dem Hinweis, dass Behinderte vielfach staatliche Betreuung und Unterstützung in Anspruch nehmen müssen.

¹²³ Eine Ausnahme gilt erneut nur für die rechtsgutsintern positiv zu wertenden Eingriffe, wie sie vornehmlich bei Heileingriffen in Betracht kommen.

¹²⁴ Siehe auch schon BGHSt 4, 88 (92 f.); BGH NStZ 2000, 87 (88), und selbst BayObLG NJW 1961, 2072 (2073). Für den Hooliganismus schon – zu spät ansetzend – *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (434 f.): subjektives Rechtfertigungselement fehle, wenn jemand die verabredeten Regeln bewusst missachtet.

¹²⁵ Ohne Bindung an Minderjährige schon *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (955): Überprüfungsanlass (nicht aber ein hinreichendes Indiz) bei gemeinhin als unvernünftig angesehenen Entscheidungen; *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 15), § 228 Rn. 13. *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (434 f.): genaue Vorstellung vom Verlauf kann bei unklarer Regellage oder bei Unkenntnis über Gruppendynamik fehlen. Für Einzelfälle im Hinblick auf minderjährige Beteiligte setzt dagegen an der Sittenwidrigkeit an *Spoenle*, NStZ 2011, 552 (554 f.).

ell bestehender Moralstandards in das Strafrecht entgegensteht.

2. Die Rechtsgutslösung ist auch für einvernehmlich begangene Körperverletzungen, die aus Gruppen heraus begangen werden und zum Beispiel aus Drittort-Auseinandersetzungen unter Hooligans resultieren, nicht durch einen Rekurs auf abstrakte Eskalationsgefahren auszudehnen.

3. Tathandlungen, die aus einer Gruppenschlägerei heraus begangen werden, sind nur sittenwidrig, wenn sie die Grenze zur konkreten Lebensgefahr überschreiten.

Damit ist einer erneuten Zurückdrängung der Autonomie im Umgang mit dem eigenen Körper eine Absage zu erteilen. Die einvernehmlichen Drittort-Auseinandersetzungen dürfen weder offen noch verdeckt allein deshalb als strafbare Körperverletzungen behandelt werden, weil die Bevölkerungsmehrheit die hier verfolgten Zwecke als unkultiviert zurückweist. Einer entsprechenden freiheitswidrigen Remoralisierung des Rechts der Körperverletzung ist – ganz im Geiste *Andreas v. Hirschs* – mit einer Rechtsgutslösung entgegenzutreten, die ihre begrenzende Stoßrichtung auch in Zukunft bewahrt.

Wertende Produktpreisungen im Wirtschaftsverkehr

Erwägungen zur Reichweite von § 263 StGB

Von Dr. jur. Dr. phil. **Milan Kuhli**, Frankfurt a.M.*

I. Einleitung

Es gehört zu den großen Verdiensten des verehrten Jubilars, den inhaltlichen Austausch zwischen der deutschen und der anglo-amerikanischen Strafrechtswissenschaft angeregt und intensiviert zu haben – einen Austausch, der die verschiedensten Themenbereiche umfasst. Aus dem umfangreichen Oeuvre von *Andreas v. Hirsch* sei an dieser Stelle lediglich auf einen Sammelband verwiesen, der im Jahre 2010 erschienen ist und in dem der Jubilar als Mitherausgeber und -verfasser den Blick auf die Figuren des direkten und indirekten Paternalismus im Strafrecht lenkt.¹ Während jener Fall die Kriminalisierung unmittelbar oder potenziell selbstschädigender Handlungen umfasst, richtet sich der indirekte strafrechtliche Paternalismus gegen fremdschädigendes Verhalten, das auf das ausdrückliche Verlangen des Tatopfers hin erfolgt.² Ein Beispiel einer (im deutschen Strafrecht höchst seltenen) direkt paternalistischen Regelung sieht *v. Hirsch* im Straftatbestand des Erwerbs von Drogen (§ 29 Abs. 1 BtMG), wohingegen er die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) sowie die mit Einwilligung des Tatopfers verübte Körperverletzung (§§ 223, 228 StGB) als strafrechtliche Regelungen indirekt paternalistischer Prägung einordnet.³

Im vorliegenden Beitrag möchte der *Autor* mit der Betrugsregelung nach § 263 StGB einen Straftatbestand beleuchten, der zwar nicht als typischer Fall einer paternalistischen Regelung im eben genannten Sinne gelten kann, der jedoch nach allgemeiner Lesart ein Selbstschädigungsdelikt normiert⁴ und insoweit Fragen des Besonderen Teils evoziert, die mit *v. Hirschs* Analyse paternalistischer Strafrechtssetzung durchaus im Zusammenhang stehen. Eine dieser Fragen gilt der Schutzbedürftigkeit eines Tatopfers, das (in eigener Person oder durch ihm zurechenbare Dritte)⁵ mit dem Täter in gewisser Weise kollaboriert. Diese Zusammenarbeit kommt beim Betrug etwa im ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung zum Ausdruck, kann aber auch den

zeitlich vorgelagerten Interaktionsprozess betreffen, der die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Täuschung, des Irrtums sowie der Kausalität zwischen beidem einbettet. Nach allgemeiner Lesart normiert der Betrugstatbestand daher ein „Kommunikationsdelikt“⁶, das an ein gewisses Maß an Gegenseitigkeit anknüpft.

Diesen Interaktionscharakter betrugstypischer Verhaltensweisen gilt es auch zu berücksichtigen, wenn man den Blick auf sogenannte Produktpreisungen, den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, richtet. Solche Werbehinweise für ein bestimmtes ökonomisches Produkt sind in unserer Gesellschaft allgegenwärtig und tauchen im Wirtschaftsverkehr im unterschiedlichsten Gewande auf: Die Spannweite reicht etwa von TV-, Internet- oder Printreklame, die sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet und der Werbung für ein massenhaft hergestelltes Konsumprodukt dient, bis hin zu anpreisenden Äußerungen für ein Einzelstück, die in einem individuell geführten Verkaufsgespräch fallen und die sich an einen bestimmten Kunden richten. Regelmäßig (obgleich nicht zwingend) führt der werbende Charakter der maßgeblichen Aussage dazu, dass die betreffende Äußerung zumindest auch wertender Natur ist – demnach also eine Aussage darstellt, die nach allgemeinen sprachanalytischen Kriterien eine Empfehlung ausdrückt.⁷ Das Hauptaugenmerk dieses Beitrags ist daher auf wertende Produktpreisungen zu legen – solche Aussagen also, die zumindest bis zu einem gewissen Grade wertenden Charakter aufweisen.

Kauft ein Kunde im Einzelfall das durch Werbung angepriesene Produkt und zeigt sich sodann jedoch, dass das Konsumgut weniger leistet als versprochen, so kann sich die Frage stellen, ob der Werbende strafbar gehandelt hat oder lediglich in sehr geschickter Weise ein Urteil des persönlichen Geschmacks abgegeben hat, über das man in Anlehnung an die bekannte Redewendung möglicherweise gar nicht streiten kann. Maßstab der vorliegenden Untersuchung ist dabei der Betrugstatbestand nach § 263 StGB. Andere Bestimmungen (etwa aus dem Bereich des Lebensmittel- oder Wettbewerbsrechts) werden aus Gründen der Übersichtlichkeit ausgeblendet.⁸ Darüber hinaus wird in diesem Beitrag davon ausgegangen, dass der Adressat der Werbung (der Erklärungsempfänger) und der Käufer des beworbenen Produktes identisch sind. Eine weitere inhaltliche Beschränkung dieses Beitrags wird darin bestehen, dass der Themenbereich der konkludenten Täuschungen sowie der Täuschungen durch Unterlassen ausgeblendet wird.

* *Milan Kuhli* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

¹ Vgl. *v. Hirschs* Beiträge: *v. Hirsch*, in: *v. Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht, Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, 2010, S. 57; *v. Hirsch/Neumann*, in: *v. Hirsch/Neumann/Seelmann* (a.a.O.), S. 71; *dies.* (a.a.O.), S. 99; *v. Hirsch/Schorscher*, in: *v. Hirsch/Neumann/Seelmann* (a.a.O.), S. 333.

² *v. Hirsch* (Fn. 1), S. 57.

³ *v. Hirsch* (Fn. 1), S. 57.

⁴ *Kudlich/Oğlacioğlu*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. 2014, Rn. 206.

⁵ Vgl. zum Meinungsstand hinsichtlich der Bestimmung des (eine solche Zurechnung erlaubenden) Verhältnisses zwischen dem Vermögensinhaber und dem Verfügenden beim Betrug: *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 79 ff. m.w.N.

⁶ *Kudlich/Oğlacioğlu* (Fn. 4), Rn. 213; vgl. auch *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 25.

⁷ *Hare*, *Die Sprache der Moral*, 2. Aufl. 1997, S. 109.

⁸ Vgl. hierzu allgemein *Hecker*, *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Europäisierung des deutschen Täuschungsschutzstrafrechts am Beispiel des Lebensmittel-, Wettbewerbs- und Betrugsstrafrechts*, 2001, S. 10 ff.

Ausgangspunkt unserer Überlegungen nach der betrugsstrafrechtlichen Relevanz werbender Produktpreisungen ist die Tatbestandsfassung des § 263 StGB, die einen Dualismus zwischen sogenannten Tatsachenbehauptungen und Werturteilen nahelegt.

II. Tatsachenbehauptung und Werturteil im Wirtschaftsverkehr

1. Komplementarität?

Bekanntlich setzt der (in seinem Wortlaut missglückte)⁹ Straftatbestand des Betrugs im Ausgangspunkt voraus, dass der Täter eine Tatsache behauptet – ein Merkmal, dem üblicherweise die Konzepte des Werturteils¹⁰ und der Meinungsäußerung¹¹ gegenübergestellt werden. Allerdings handelt es sich hierbei um eine Kontrastierung, die allenfalls als Idealtypus aufgefasst werden kann. Ein solches Verständnis wird in der Literatur etwa dadurch zum Ausdruck gebracht, dass mitunter vom „bloßen Werturteil [...] und der reinen Meinungsäußerung“¹² gesprochen wird – eine Reinheit respektive Blöße, die in der alltäglichen Kommunikation nur in den seltensten Fällen erreicht werden dürfte.¹³

Diese Feststellung gilt sogar, wenn man mithilfe der analytischen Sprachphilosophie den scheinbar eindeutigen Fall betrachtet, dass jemand einen Sachverhalt als „gut“ bewertet, ohne in diesem Zusammenhang weitere ausdrückliche Informationen mitzuteilen. Vertritt man etwa in Anlehnung an *Richard Hare*¹⁴ die Auffassung, dass Werturteile wie „Das Rennrad KX stellt ein gutes Fahrrad dar“ die zusätzliche Information implizieren, dass sämtliche Fahrräder, die die relevanten Eigenschaften mit dem angesprochenen Rennrad teilen, von dem Wertenden ebenfalls als „gut“ befunden werden, so setzt dies eine Beziehung zwischen dem Werturteil und den zugrunde liegenden Eigenschaften voraus. Wenn zwar mit *Hare* und in Abweichung von naturalistischen Sichtweisen nicht davon auszugehen ist, dass ein Werturteil unmittelbar aus den zugrunde liegenden Eigenschaften hergeleitet werden

kann, so heißt dies auf der anderen Seite nicht, dass die ausschließliche Bewertung als „gut“ nichts über die Eigenschaften des betreffenden Rennrades aussagt.¹⁵ Je häufiger eine Person Exemplare, die zur selben Gattung von Gegenständen gehören, mit „gut“ (oder auch „nicht gut“ respektive „schlecht“) bewertet, desto leichter ist es für Adressaten der jeweiligen Erklärung regelmäßig, den Maßstab der betreffenden Bewertung zu erkennen und die durch die Bewertung implizierten relevanten Eigenschaften – *Hare* spricht insoweit von beschreibender bzw. deskriptiver Bedeutung¹⁶ – zu begreifen. Entsprechendes kann bis zu einem gewissen Grade sogar dann gelten, wenn die wiederholten Bewertungen zwar nicht von derselben Person abgegeben werden, jedoch in einem feststehenden Milieu erfolgen, sodass die jeweilige Bewertung aus der Sicht des Adressaten die Kundgabe bestimmter Eigenschaften transportiert. Dies lässt sich anhand eines Beispiels verdeutlichen:

Unterhalten sich die beiden Radprofis J und L, die seit mehreren Jahren an der Tour de France teilnehmen, über das bereits erwähnte Rennradmodell KX und bewertet J das Fahrrad als „gut“, so dürfte für L zu verstehen sein, dass diese Bewertung etwa die Feststellung eines geringen Gewichts und einer präzisen Gangschaltung impliziert. Beides sind nämlich Eigenschaften, die im Renneinsatz bedeutsam sind und deshalb einer positiven Bewertung unterliegen.

Wenn man an dieser Stelle überdies von der Prämisse ausgeht, dass die Ausrüstung im Profirennrad sport ausschließlich vom jeweiligen Sponsor finanziert wird und jeweils nach wenigen Einsätzen ausgetauscht wird, so wird für L zugleich klar, dass sich J mit der Bewertung des Fahrrades als „gut“ nicht auf einen günstigen Preis oder eine besondere Langlebigkeit bezogen haben dürfte. Beide Eigenschaften sind nämlich sowohl für J als auch für L offensichtlich unerheblich.

Bereits das vermeintlich extreme Beispiel der Bewertung einer Entität als „gut“ zeigt damit, dass reine Werturteile nahezu kaum denkbar sind.¹⁷ Der Umstand, dass Werturteile häufig beschreibende Aussagen implizieren, macht damit im Betrugsstrafrecht eine normative Abgrenzung erforderlich, ob und inwieweit ein Kommunikationsakt als Äußerung über tatsächliche Eigenschaften oder aber als Werturteil zu deuten ist. Im Folgenden sind zunächst die in der Rechtsprechung und Literatur üblichen Grundlagen einer solchen Abgrenzung

⁹ Vgl. dazu *Hilgendorf*, *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht – entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung*, 1998, S. 113.

¹⁰ BGHSt 48, 331 (344); *Arzt*, JuS 1982, 717 (719); *Müller*, JuS 1981, 255 (257); *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 5), § 263 Rn. 9; *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 13.

¹¹ Teilweise werden Meinungsäußerungen dabei gleichberechtigt neben Werturteilen genannt (*Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* [Hrsg.], *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 18; *Hefendehl* [Fn. 6], § 263 Rn. 79; *Lackner/Kühl* [Fn. 10], § 263 Rn. 5), zum Teil aber auch als deren Unterkategorie (BGHSt 48, 331 [344]) – ein Unterschied in der Sache dürfte sich hieraus nicht ergeben.

¹² *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 79; vgl. auch *Tiedemann* (Fn. 10), § 263 Rn. 13.

¹³ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 79.

¹⁴ *Hare* (Fn. 7), S. 164 f.

¹⁵ *Hare* (Fn. 7), S. 125.

¹⁶ *Hare*, *Freiheit und Vernunft*, 1983, S. 27; *ders.* (Fn. 7), S. 151 f.; vgl. hierzu *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, S. 85 ff.

¹⁷ Entsprechendes gilt im Übrigen auch für den vermeintlichen Komplementärbegriff im Betrugsstrafrecht – denjenigen der Tatsachenbehauptung (vgl. hierzu *Kargl*, in: *Prittowitz u.a.* [Hrsg.], *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, S. 613 [626]; *Bitzilekis*, in: *Weigend u.a.* [Hrsg.], *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, S. 29 [40]).

darzulegen (dazu 2.), ehe sich die Untersuchung der gängigen Beurteilung wertender Produktpreisungen widmet, wie sie im Wirtschaftsverkehr üblich sind (dazu 3.).

2. Grundlagen der dogmatischen Abgrenzung

Nach allgemeiner Lesart werden unter Tatsachen im Sinne des § 263 StGB Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart verstanden, die prinzipiell dem Beweis zugänglich sind.¹⁸ Geschehnisse, die – vom zeitlichen Bezugspunkt der Äußerung aus betrachtet – erst in der Zukunft liegen, werden demgegenüber üblicherweise nicht als Tatsachen im betrugsstrafrechtlichen Sinne eingeordnet.¹⁹ Eine derartige Exklusion zukünftiger Ereignisse aus dem betrugsstrafrechtlichen Tatsachenbegriff lässt sich nicht mit einem Nichtvorliegen an Objektivität begründen²⁰ – liegt doch die künftige Begebenheit ab dem Zeitpunkt ihrer Entstehung in gleicher Weise vor wie ein vergleichbarer Umstand, der im Zeitpunkt der jeweiligen Äußerung bereits existent war. Entscheidend dürften hier vielmehr solche Erwägungen sein, die an die Schutzbedürftigkeit des Tatopfers anknüpfen: Danach gilt, dass derjenige, der auf den zukünftigen Eintritt von Tatsachen vertraut, grundsätzlich nicht als schutzbedürftig anzusehen ist. Jedoch wird bei Prognoseaussagen mitunter insoweit eine Äußerung gegenwärtiger Tatsachen angenommen, als die Kundgabe der Prognose eine Aussage über gegenwärtige Verhältnisse – etwa bestimmte Wahrscheinlichkeiten – impliziert.²¹

Was die betrugsstrafrechtliche Abgrenzung von Tatsachenäußerungen und Werturteilen anbelangt, stellt die herrschende Meinung nach einer gängigen Formulierung darauf ab, ob sich der betreffende Aussage ein Tatsachenkern entnehmen lässt.²² Jedoch ist im Folgenden zu untersuchen, inwieweit dieses Kriterium bei der betrugsstrafrechtlichen Erfassung wertender Produktpreisungen im Wirtschaftsverkehr tatsächlich zum Tragen kommt.

¹⁸ Protzen, wistra 2003, 208 (209); vgl. aber auch Tiedemann (Fn. 10), § 263 Rn. 10 [„objektiv (gerichtlich) beweisbar“].

¹⁹ RGSt 56, 227 (232); Worms, wistra 1984, 123 (126); Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 9; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 7. Vgl. auch BGH bei Dallinger, MDR 1973, 18.

²⁰ Vgl. hierzu auch Bitzilekis (Fn. 17), S. 36 ff.

²¹ Vgl. BGHSt 31, 115 (116); 30, 177 (181); BGH bei Dallinger MDR 1973, 18; RGSt 56, 227 (232); Tiedemann (Fn. 10), § 263 Rn. 16; Cramer/Perron (Fn. 19), § 263 Rn. 9; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 7.

²² Entsprechende Formulierungen finden sich etwa bei: BGHSt 48, 331 (344) (m. Anm. Kühne, JZ 2004, 743); Tiedemann (Fn. 10), § 263 Rn. 14; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 9; Satzger (Fn. 11), § 263 Rn. 19; Cramer/Perron (Fn. 19), § 263 Rn. 9; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 140. Lfg., Stand: Oktober 2013, § 263 Rn. 14. – Kritisch zu den Begründungen der einzelnen Abgrenzungen allerdings: Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 87.

3. Gängige Abgrenzung bei wertenden Produktpreisungen

Untersucht man vor dem Hintergrund des § 263 StGB, in welcher Weise Produktpreisungen behandelt werden, so lassen sich im Allgemeinen betrugsrelevante Äußerungen (dazu a) von solchen unterscheiden, die von vornherein als betrugsirrelevant eingestuft werden (dazu b).

a) Betrugsrelevante Anpreisungen

Als betrugsrelevante Täuschungshandlungen wurden in der Rechtsprechung unter anderem folgende Äußerungen angesehen:

- Im Rahmen eines Wechselgeschäftes: „Angaben über die Ausnutzungsmöglichkeit eines noch nicht erteilten Patentes [...] oder über andere angeblich vorhandene oder sicher zu erwartende Vermögenswerte oder sonstige Angaben über die Kreditwürdigkeit der Wechselverpflichteten“.²³
- Hinsichtlich eines in Zahlung gegebenen Hypothekenbriefes: Erklärung, der Brief sei „sicher, wertvoll und leicht zu verwerten“.²⁴
- Bei einem Aktiengeschäft: „Erklärungen, hinter der Muttergesellschaft stünden finanzstarke, einflußreiche Geschäftsleute, die Aktien seien eine gute Kapitalanlage, würden bald emittiert, von Banken und an der Börse gehandelt werden, im Kurs erheblich steigen und dem Erwerber beim Wiederverkauf hohe Gewinne bringen“.²⁵ – Hierin wurde vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs unter anderem die unwahre Behauptung gesehen, „daß es sich um ein kapitalkräftiges, auf Gewinnerzielung gerichtetes Unternehmen handele, dessen Marktchancen in Bank- und Börsenkreisen günstig beurteilt würden, und daß die Aktien im gegenwärtigen Zeitpunkt jedenfalls den geforderten Preis wert seien“.²⁶
- Beim Vertrieb wirkungsloser Verjüngungsmittel: Erklärung, diese seien „aus taufrischem Frischzellenextrakt“ und würden „im Blitztempo von nur zwölf Bädern wieder schlank, straff und jung formen, und zwar ‚mit 100 %iger Figurgarantie‘. Verblüfft und zufrieden hätten Testpersonen festgestellt, ‚daß sie um herrliche zehn, fünfzehn oder mehr Jahre verjüngt‘ und zur Figur eines Filmstars geliftet worden seien“.²⁷ – Der 3. Strafsenat führte hierzu aus: „Trotz marktschreierischer Reklame hat [der Angeklagte] [...] nicht lediglich ein persönliches Werturteil abgegeben, sondern über der Nachprüfung zugängliche Tatsachen getäuscht“; es sei anzunehmen, dass die Abnehmer der Präparate „auf Grund der Angaben des Angeklagten in den Werbeanzeigen glaubten, die Präparate hätten im

²³ RGSt 70, 151 (152); vgl. hierzu Tiedemann (Fn. 10), § 263 Rn. 15.

²⁴ RGSt 20, 3 (4); vgl. hierzu Kindhäuser (Fn. 22), § 263 Rn. 85.

²⁵ BGH bei Dallinger, MDR 1973, 18.

²⁶ BGH bei Dallinger, MDR 1973, 18; vgl. hierzu Kindhäuser (Fn. 22), § 263 Rn. 85.

²⁷ BGHSt 34, 199 (200).

Kern die versprochene – wenn vielleicht auch übertrieben geschilderte – Wirkung, zumal ein wissenschaftlicher oder fachmännischer Hintergrund, eine erfolgreiche Benutzung durch Testpersonen und eine ‚100 %ige Garantie‘ vorgespiegelt wurden“.²⁸

- Bei der Anwerbung von Vertragshändlern für Motorenöl: Aussage, dass das betreffende „Produkt ‚konkurrenzlos‘ sei. Deshalb unterliege es keinem Verdrängungswettbewerb, sondern stoße in einen offenen Markt [...]“.²⁹
- Bezeichnung einer Kapitalanlage als „sicher“.³⁰ – Der 5. Strafsenat führte hierzu aus: „Enthält [...] das Angebot selbst wenig Tatsachenmaterial, dann kann nach den Umständen auch Äußerungen, die in die Form eines Werturteils gekleidet sind, der Charakter einer Tatsachenbehauptung zukommen“.³¹

Für die Begründung der Betrugsrelevanz solcher und ähnlicher Produktpreisungen wird demnach regelmäßig auf den Umstand abgestellt, dass die maßgebliche Erklärung die Behauptung einer bestimmten Eigenschaft des maßgeblichen Produktes impliziert. Jedoch wird im Folgenden zu zeigen sein, dass eine solche Eigenschaftsimplikation durchaus auch bei manchen Produktpreisungen zu bejahen ist, die üblicherweise als betrugsirrelevant eingestuft werden.

b) Betrugsirrelevante Anpreisungen

Nach überkommener Ansicht sollen solche Produktpreisungen grundsätzlich von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Betrugs fallen, die lediglich reklamehafter, übertriebener oder marktschreierischer Natur sind.³² Wird beispielsweise ein Waschmittel im Fernsehen als „das Beste der Welt“ angepriesen, so wäre dies nach der genannten Sichtweise betrugsstrafrechtlich unbeachtlich. Zwar lässt sich dies unter Umständen damit erklären, dass es bei Waschmitteln keine einheitlichen Standards gibt, die die Güte des jeweiligen Produktes bestimmen – etwa die Frage, ob ein primär umweltschonendes Mittel besser ist oder aber ein solches, das wirklich rein wäscht. Allerdings sollen unter Umständen auch solche Reklameäußerungen straflos sein, die durchaus einen empirisch überprüfbar eindeutigen Tatsachenkern besitzen.³³ So weist etwa *Hefendehl* darauf hin, dass eine „Auslegung marktschreierischer Reklame [...] zu dem Ergebnis führen [kann], dass scheinbar einem Beweis zugängliche Aussagen – ‚weißer geht es nicht‘ – nicht als Tatsache zu bewerten sind“.³⁴

Ein Beispiel hierfür bildet eine Entscheidung des 2. Strafsenats aus dem Jahre 1992, in der das Gericht über die Be-

trugsrelevanz von Äußerungen zu entscheiden hatte, mit denen der Abschluss gebührenpflichtiger Franchiseverträge über den Vertrieb von Geschenkartikeln (einschließlich der kostenpflichtigen Abnahme von Waren) beworben worden war. Der BGH gibt die maßgeblichen Äußerungen, die bei den jeweiligen Produktpräsentationen gegenüber potenziellen Interessenten getätigt wurden, wie folgt wieder: „Es komme darauf an, eine Produktreihe zu bieten, ‚die sich von selbst verkauft, auf die die Bundesbürger förmlich warten, das wäre doch eine interessante Sache‘. Erforderlich sei deshalb, eine Marktlücke zu finden. ‚Wir [...] haben so eine gefunden.‘ Diese Marktlücke liege im gehobenen Geschenkartikelbereich“.³⁵

Der Senat wertete die Äußerungen nicht als betrugsrelevant; sie „enthielten keine Tatsachenbehauptungen, sondern lediglich Meinungsäußerungen werbenden, reklamehaften Charakters, die sich in der Prognose einer künftigen, geschäftlichen Entwicklung erschöpften“.³⁶ Diese Begründung trägt jedoch nur zum Teil. Von einer Zukunftsgerichtetheit kann insoweit nicht die Rede sein, als die behauptete Marktlücke entsprechend der Aussage zumindest auch schon in der Gegenwart bestehen sollte. Die Feststellung einer solchen Marktlücke knüpft aber durchaus auch an Umstände an, deren Vorliegen prinzipiell im Beweiswege ermittelbar ist – nämlich etwa den Befund, dass es im jeweiligen Marktsegment (dies setzt eine Feststellung über die Eigenschaften des betreffenden Produktes und über die lokale Reichweite des Absatzmarktes voraus) keine anderen Anbieter gibt.³⁷

Auch die Auffassung des Senats, den betreffenden Artikeln sei „keine besondere Eigenschaft zugesprochen“ worden,³⁸ vermag nicht zu überzeugen. Der Hinweis auf eine angeblich bestehende Marktlücke impliziert nämlich nach dem eben Gesagten die Feststellung eines Marktes, was wiederum eine bestimmte Charakterisierung des betreffenden Produktes voraussetzt. Zudem wurde in den maßgeblichen Anpreisungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das betreffende Produkt „im gehobenen Geschenkartikelbereich“³⁹ angesiedelt sei. Offensichtlich erachtet der BGH diese Darlegung jedoch nicht als ausreichend, da er explizit auf die notwendige Darlegung besonderer Eigenschaften abstellt. Allerdings bleibt offen, worin diese Besonderheit bestehen soll.⁴⁰

³⁵ BGH wistra 1992, 255 (256).

³⁶ BGH wistra 1992, 255 (256).

³⁷ Dementsprechend wies das OLG Frankfurt in der oben zitierten Entscheidung, in der es die Behauptung der Konkurrenzlosigkeit eines bestimmten Motorenöls in Abweichung von der hier erörterten BGH-Entscheidung als Tatsachenaussage einordnete (OLG Frankfurt wistra 1986, 31 [32]), zum Beleg der Unrichtigkeit der in Rede stehenden Aussage darauf hin, dass es „zu der Zeit, als die Firma der Angeschuldigten ihren Geschäftsbetrieb aufnahm, eine ganze Reihe von Ölzusätzen“ auf dem Markt gab, die die entsprechenden Eigenschaften aufweisen (OLG Frankfurt wistra 1986, 31 [32]).

³⁸ BGH wistra 1992, 255 (256).

³⁹ BGH wistra 1992, 255 (256).

⁴⁰ Der BGH verweist als Gegenbeispiel auf die oben genannte Entscheidung des OLG Frankfurt (wistra 1986, 31), in der

²⁸ BGHSt 34, 199 (201); vgl. hierzu *Tiedemann* (Fn. 10), § 263 Rn. 15.

²⁹ OLG Frankfurt wistra 1986, 31 (32).

³⁰ BGHSt 48, 331 (345).

³¹ BGHSt 48, 331 (345).

³² Vgl. (zum Teil mit Unterschieden): *Hilgendorf* (Fn. 9), S. 193 f.; *Tiedemann* (Fn. 10), § 263 Rn. 14; *Fischer* (Fn. 5), § 263 Rn. 10.

³³ Vgl. *Tiedemann* (Fn. 10), § 263 Rn. 14.

³⁴ *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 81.

Möglicherweise liegt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs eine Sichtweise zugrunde, der zufolge die oben dargelegte Definition der betrugsrelevanten Tatsachen zwar einen Ausgangspunkt der Überlegungen bildet, jedoch nur einen solchen, der durch andere Erwägungen normativ überlagert werden kann. In dieser Hinsicht rekonstruiert *Hoyer* den von der überwiegenden Ansicht befürworteten Ausschluss sogenannter marktschreierischer Reklame aus dem Anwendungsbereich des Betrugs dahin gehend, dass „Lit. und Rspr. [...] in Wahrheit nicht das reine Werturteil, sondern diejenigen Fälle ausscheiden wollen, in denen die vorge-täuschte Tatsache für eine rationale Vermögensverfügung des Opfers ‚ohnehin‘ keine Rolle spielen durfte [...]. ‚Ohnehin‘ meint dabei: Schon von ihrem Inhalt her, selbst wenn sie nicht nur vorgetäuscht wäre, sondern wirklich vorläge“.⁴¹

Blendet man an dieser Stelle einmal die Frage der betrugsstrafrechtlichen Abgrenzung zwischen Tatsachenäußerung und Werturteil aus, so würde unter Zugrundelegung der genannten und ähnlicher⁴² Sichtweisen eine Person, die einer werbenden Äußerung der angesprochenen Art Glauben schenkt und ihre Konsumententscheidung entsprechend trifft, ohne rationale Veranlassung handeln. An eine solche Feststellung könnte sich die Frage anschließen, ob ein derartiger Umstand in strafrechtlich relevanter Weise die Schutzbedürftigkeit des Tatopfers senkt – eine Frage, die unmittelbar zu den folgenden Darlegungen überleitet.

III. Schutzbedürftigkeit des Erklärungsempfängers

1. Der Ansatz der Viktimodogmatik

Ein allgemeiner Ansatz zur Berücksichtigung opferbezogener Gesichtspunkte im Rahmen der Unrechtsbegründung findet sich in der Lehre der Viktimodogmatik, die der Sache nach unter anderem auf *Amelung*⁴³ und *Schünemann*⁴⁴ zurück-

das betreffende Produkt – ein Motorenöl mit Teflonzusatz – „wegen angeblich besonderer Eigenschaften der Wahrheit zuwider als ‚konkurrenzlos‘“ angepriesen worden war (BGH wistra 1992, 255 [256]). Im Hinblick auf die Bewertung eines Produktes als konkurrenzlos kann es aber keinen Unterschied machen, ob es sich um ein spezielles Produkt oder um einen Produktbereich handelt; für die Frage der Konkurrenzlosigkeit kommt es schlichtweg darauf an, ob Konkurrenzprodukte existieren, und hierfür ist irrelevant, ob man die Vergleichsgruppe auf eine spezielle Produktart oder auf einen Produktbereich bezieht.

⁴¹ *Hoyer* (Fn. 22), § 263 Rn. 21 (*Hervorhebungen* aus dem Original nicht wiedergegeben).

⁴² Verwiesen sei insoweit auf *H. J. Hirsch*, demzufolge „der Schutz des § 263 StGB erst dort [beginnt], wo es sich um Angaben handelt, an deren Richtigkeit im Rechtsverkehr Interesse besteht“ (*H. J. Hirsch*, ZStW 74 [1962], 78 [130]).

⁴³ Vgl. *Amelung*, GA 1977, 1 (6) zum Irrtumsmerkmal bei § 263 Abs. 1 StGB.

⁴⁴ Vgl. *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (54 ff.) zur Täterbegrenzung bei § 203 StGB.

geht.⁴⁵ Jener⁴⁶ diskutierte dies anhand der Frage der Einschlägigkeit des Betrugstatbestands in solchen Konstellationen, in denen der jeweilige Erklärungsempfänger Zweifel an der Richtigkeit der betreffenden Aussage hat; er kommt zu dem grundsätzlichen Ergebnis, dass solche Zweifel, die sich auf einen konkreten Anlass stützen⁴⁷ (wie etwa bei widersprüchlichen Äußerungen vonseiten des Täuschenden), das Vorliegen eines Irrtums im betrugsstrafrechtlichen Sinne ausschließen, da der Erklärungsempfänger in derartigen Konstellationen regelmäßig hinreichende Anhaltspunkte besessen habe, um das betroffene Vermögen zu schützen. Wollte man den Erklärenden (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 263 StGB) in diesen Fällen wegen Betrugs bestrafen, so würde dies „der Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes widersprechen“.⁴⁸ An diese Begründung knüpft *Schünemann* an, indem er eine viktimodogmatische Auslegungsmethode unmittelbar „aus dem ultima-ratio-Prinzip und der daraus resultierenden Anforderung“ ableitet, dass „der Einsatz des Strafrechts zum Rechtsgüterschutz notwendig sein“ müsse.⁴⁹ Diese Sichtweise rekurriert auf die Erwägung, dass es bei Vorliegen konkreter Möglichkeiten privater Selbstschutzmöglichkeiten untersagt sein soll, das strafrechtliche Sanktionssystem einzusetzen.

Dieser Ansatz ist allerdings keineswegs unwidersprochen geblieben.⁵⁰ Einer solchen Kritik liegt mitunter eine Lesart zugrunde, der zufolge das strafrechtliche Subsidiaritätsfordernis nur im Verhältnis zu anderen – mildereren, aber ebenso geeigneten – staatlichen Maßnahmen gelte.⁵¹ Allerdings ist gegen diese Kritik einzuwenden, dass sie in diesem Kontext

⁴⁵ Vgl. die Darstellung der Genese viktimodogmatischer Überlegungen (jeweils m.w.N.): *W. Hassemer*, in: Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Bd. 2, Strafrecht, Prozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht, 1983, S. 217 (221 f.); *Schünemann*, in: Schünemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 51 (61 f.); *ders.*, NStZ 1986, 439.

⁴⁶ Vgl. zum Folgenden *Amelung*, GA 1977, 1 (insb. 6 ff.).

⁴⁷ Ebenso *Schünemann* (Fn. 45), S. 71 f.

⁴⁸ *Amelung*, GA 1977, 1 (6, *Hervorhebungen* aus dem Original nicht wiedergegeben).

⁴⁹ *Schünemann* (Fn. 45), S. 62.

⁵⁰ Vgl. *Günther*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 69 (78); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 20; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), Vor. §§ 13 ff. Rn. 70b.

⁵¹ *Günther* (Fn. 50), S. 78; *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 20; vgl. auch *Hecker* (Fn. 8), S. 277, demzufolge es der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative unterliegt, „[o]b und ggf. inwieweit ein strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter Berücksichtigung der Opfermitverantwortung sachgerecht ist oder nicht“. – Kritisch bzw. ablehnend gegenüber einer Sichtweise, der zufolge im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips nur staatliche Maßnahmen zu berücksichtigen sind *Kurth*, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 142; *R. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB, 1981, S. 23 ff.

von einer zu strikten Dichotomie zwischen staatlichen Schutzmaßnahmen und privatem Selbstschutz ausgeht. So exemplifiziert *Roxin* (einer der eben angesprochenen Kritiker der Ableitung des viktimodogmatischen Prinzips aus dem Ultima Ratio-Gedanken) das Subsidiaritätsprinzip in anderem Kontext gerade dahin gehend, dass eine strafrechtliche Ahndung „gewöhnliche[r] Vertragsverletzungen“ unverhältnismäßig sei, da auf derartige Verstöße weniger einschneidend auf zivilrechtlichem Wege reagiert werden könne.⁵² Hierzu ist anzumerken, dass derartige privatrechtliche Ausgleichsmöglichkeiten zwar durch ein staatliches Institut zur Verfügung gestellt werden, zu ihrer Durchsetzung in aller Regel aber gerade der Initiative eines Privaten bedürfen. Warum jedoch die Möglichkeit derartiger (staatlich vermittelter) privater Maßnahmen das strafrechtliche Reaktionssystem ausschließen soll, während dies bei rein privaten Abwehrmaßnahmen von vornherein nicht der Fall sein soll, bleibt letztlich unklar.

Allerdings wird gegen ein viktimodogmatisches Prinzip darüber hinaus eingewandt, dass eine Ersetzung des gesetzlichen Strafschutzes durch das Erfordernis zumutbarer privater Selbstschutzmaßnahmen eine Kultur des gegenseitigen Misstrauens evozieren würde.⁵³ Eine solche Kritik hätte jedoch nur gegenüber der undifferenzierten Annahme Berechtigung, Menschen müssten im Geschäftsverkehr stets Selbstschutzmaßnahmen ergreifen, um von vornherein zu verhindern, Opfer einer betrügerischen Handlung zu werden. Nur eine solche Forderung würde nämlich auf normativem Wege (durch die Einschränkung strafrechtlichen Schutzes) Misstrauen fordern, das ansonsten möglicherweise nicht gegeben wäre. Betrachtet man jedoch das oben genannte Beispiel von *Amelung*, demzufolge das Vorliegen eines Irrtums im Sinne des § 263 StGB dann ausgeschlossen sein soll, wenn der jeweilige Erklärungsempfänger konkrete Zweifel an der Richtigkeit der betreffenden Äußerung hegt, so lässt sich vertreten, dass es in derartigen Fällen ohnehin am nötigen Vertrauen fehlt, eine normative Aufforderung zur Entwicklung eines Misstrauens demnach ein untauglicher Versuch wäre. Wer konkrete Zweifel an der Richtigkeit einer Aussage hat und gleichwohl über sein Vermögen verfügt, handelt – so könnte man annehmen – ohne objektive Vertrauensgrundlage.

Die hiermit angedeutete unterschiedliche Perspektive (hier: das allgemeine Verhältnis zwischen staatlichem Strafschutz und Selbstschutzmaßnahmen; dort: der konkrete Fall eines konkreten Zweifels des Erklärungsempfängers an der Richtigkeit einer Aussage), lässt es angezeigt erscheinen, im Folgenden beide Ebenen gesondert zu betrachten.

a) Verhältnis von Strafschutz und Selbstschutzmaßnahmen

Der angesprochene kritische Hinweis auf die Gefahr der Evozierung einer Kultur des Misstrauens spricht dafür, dass ein allgemeines Prinzip abzulehnen ist, demzufolge die Strafwürdigkeit eines Verhaltens generell vom Fehlen zumutbarer privater Selbstschutzmaßnahmen abhängig wäre. Dies ist allerdings eine Feststellung, die nicht nur von Kritikern, son-

dern ebenso von Befürwortern eines viktimodogmatischen Prinzips geteilt wird.⁵⁴ Zu Recht wird etwa darauf hingewiesen, dass das Vorliegen eines Diebstahls nicht dadurch ausgeschlossen werde, dass „das Opfer mit seinen Sachen äußerst sorglos verfahren ist“.⁵⁵ Auch dürfte niemand ernsthaft auf die Idee kommen, die Bewertung eines Tötungsaktes als Totschlag nach § 212 Abs. 1 StGB mit dem Argument zu bestreiten, das Opfer hätte die Tat verhindern können. Das eben Gesagte wendet sich jedoch nur explizit gegen eine generelle Berücksichtigung der Möglichkeit zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen im Strafrecht. Nicht ausgeschlossen ist es demgegenüber, dass opferbezogene Aspekte in einem differenzierteren Verständnis Berücksichtigung finden können – eine Differenziertheit, die sowohl die Voraussetzungen als auch die Konsequenzen einer solchen Berücksichtigung erfasst. So gilt in zuletzt genannter Hinsicht, dass die Frage, ob und in welcher Weise opferbezogene Aspekte im Strafrecht Berücksichtigung finden, nicht einheitlich zu beantworten ist, sondern lediglich eine Auslegungsmaxime bildet, deren Bedeutung in Abhängigkeit vom jeweiligen Straftatbestand bzw. vom betreffenden Tatbestandsmerkmal steht.⁵⁶ Hinsichtlich der Voraussetzungen gilt die genannte Differenziertheit insoweit, als es nicht stets auf die Möglichkeit zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen ankommt, sondern auf unterschiedliche opferbezogene Gesichtspunkte,⁵⁷ die allesamt unter den allgemeinen Terminus der Schutzbedürftigkeit gefasst werden können.⁵⁸ Legislative Beispiele derartiger Aspekte sind etwa das ernstliche Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) des Getöteten oder aber die Hilflosigkeit (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB) des Diebstahlsopfers – Beispiele, die bereits die Spannweite der opferbezogenen Gesichtspunkte aufzeigen. Wollte man demgegenüber anstelle solcher und anderer Aspekte ausschließlich auf das Kriterium der Möglichkeit zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen abstellen, so würde man in den Worten *Hans-Ludwig Günthers* Gefahr laufen, „den viktimodogmatischen Anspruch, der Interaktion von Täter und Opfer Rechnung zu tragen, zu konterkarieren“.⁵⁹

Allerdings stellt sich die Frage, was von einem viktimodogmatischen Ansatz übrig bleibt, wenn man die Frage der Schutzbedürftigkeit des Opfers in den Mittelpunkt der Betrachtungen rückt, jedoch zugleich dadurch relativiert, dass man die Bedeutung dieses Gesichtspunktes von der Ausgestaltung des jeweiligen Tatbestandsmerkmals bzw. Straftatbestands abhängig macht. So wendet sich etwa *Arzt*, der die eben genannten Grundsätze der Berücksichtigung der Opfer-

⁵⁴ Vgl. insoweit *Schünemann* (Fn. 45), S. 51 (70); *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 19, 22; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 53.

⁵⁵ *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 19.

⁵⁶ Vgl. *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 22; *Schünemann* (Fn. 45), S. 70 f., 76, 78 f.

⁵⁷ Für eine Berücksichtigung weiterer opferbezogener Aspekte (neben der Frage zumutbaren Selbstschutzes) *Günther* (Fn. 50), S. 77.

⁵⁸ Vgl. hierzu *Arzt*, MschrKrim 67 (1984), 105 (113 f.); *Roxin* (Fn. 50), § 14 Rn. 22; *Schünemann* (Fn. 45), S. 61 f.

⁵⁹ *Günther* (Fn. 50), S. 78.

⁵² *Roxin* (Fn. 50), § 2 Rn. 98.

⁵³ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 25 V. 2.

schutzbedürftigkeit prinzipiell teilt, gegen eine Unterscheidung zwischen teleologischer und viktimologischer Auslegung wie auch gegen eine Trennung zwischen Viktimo- und Strafrechtsdogmatik.⁶⁰ Die Besonderheit viktimologischer Erwägungen lässt sich auch nicht darin sehen, dass die Schutzbedürftigkeitserwägungen stets entkriminalisierende Wirkungen zeitigen. Stellt man nämlich nicht nur auf die Frage ab, ob dem Geschädigten zumutbare Selbstschutzmaßnahmen zur Verfügung stehen, sondern in allgemeinerer Weise darauf, ob er schutzbedürftig ist, so bedingt dies die Erweiterung der Perspektive⁶¹ – geht es doch nun nicht mehr nur um die Frage, ob die Schutzbedürftigkeit (aufgrund zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen) im Einzelfall reduziert oder ganz zu verneinen ist. Unter Zugrundelegung dieser erweiterten Perspektive erlaubt die Berücksichtigung der Frage der Schutzbedürftigkeit stattdessen die alternativen Feststellungen, dass (erstens) kein Abweichen vom Urtyp des jeweiligen Straftatbestands festzustellen ist, dass (zweitens) die Schutzbedürftigkeit reduziert oder aufgehoben ist oder aber dass (drittens) gerade umgekehrt von einer besonders herausragenden Schutzbedürftigkeit auszugehen ist. So zeigen bereits die oben gewählten beiden Gesetzgebungsbeispiele relevanter opferbezogener Aspekte, dass derartige Gesichtspunkte sowohl unrechtsmindernd (so das ernstliche Verlangen des Getöteten, das auf die im Verhältnis zu § 212 Abs. 1 StGB verringerte Strafandrohung des § 216 Abs. 1 StGB hindeutet) als auch unrechtershöhend wirken können (so die Hilflosigkeit des Diebstahlsopfers, dessen Vorliegen Voraussetzung für das Eingreifen des im Vergleich zu § 242 Abs. 1 StGB strafferhöhenden Regelbeispiels nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB ist).

Es mag demnach tatsächlich einiges dafür sprechen, dass man den Aspekt der Schutzbedürftigkeit des Tatopfers mit den üblichen dogmatischen und auslegungsbezogenen Erwägungen zu erfassen vermag, sodass man auf eine eigens zu benennende Viktimodogmatik nicht angewiesen ist. Gleichwohl kann ihr nicht das Verdienst abgesprochen werden, opferbezogene Unrechtsgesichtspunkte namhaft zu machen, deren Erfassung zum angemessenen Verständnis des Interaktionscharakters vieler individualschädigender Straftaten notwendig erscheint.⁶² Jedoch bleibt die viktimologische

Lehre insoweit gleichsam prozedural, als sie über das Gewicht dieser Aspekte keinerlei Auskunft geben kann und will. So weist *Schünemann* darauf hin, dass dieser Ansatz „aus guten Gründen nicht schon das Ergebnis vorwegnimmt, sondern nur eine wichtige leitende Hinsicht benennt, die bei der Interpretationsarbeit an den einzelnen Straftatbeständen berücksichtigt werden muß“.⁶³ Dies lenkt den Blick im Folgenden auf den – oben bereits angedeuteten – Anwendungsfall des Diskurses opferbezogener Erwägungen, in dem der Erklärungsempfänger einer objektiv unwahren Aussage Zweifel an der Richtigkeit dieser Äußerung hegt.

b) Fälle tatsächlicher Zweifel des Erklärungsempfängers

Oben wurde die Ansicht vertreten, dass ein tatsächlicher Zweifel des Erklärungsempfängers an der Richtigkeit einer Aussage hinreichenden Anlass geben dürfte, Misstrauen zu hegen. Allerdings ist hiermit noch nicht zwingend gesagt, dass in derartigen Konstellationen auch die strafrechtliche Schutzbedürftigkeit des Erklärungsempfängers entfällt. *Amelung*, der die Ansicht verfochten hat, dass konkret veranlasste Zweifel des Erklärungsempfängers das Vorliegen eines Irrtums im Sinne des Betrugstatbestands ausschließen,⁶⁴ weist selbst darauf hin, dass nicht in jedem Fall aus einem persönlichen Misstrauen des Erklärungsempfängers auf die Möglichkeit geschlossen werden könne, Selbstschutzmaßnahmen zu ergreifen. Ihm schweben hierbei Konstellationen wahrheitswidriger Aussagen im Zivilprozess vor, gegenüber deren Richtigkeit der jeweilige Richter zwar konkrete Zweifel hegt, jedoch aufgrund prozessualer Bestimmungen (etwa im Versäumnisverfahren) gehindert ist, diesen Zweifeln nachzugehen.⁶⁵

Unter Hinweis auf derartige Konstellationen hat denn auch der 3. Strafsenat des BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 die Auffassung vertreten, dass Zweifel des Erklärungsempfängers „solange nicht geeignet sind, die Annahme eines tatbestandsmäßigen Irrtums in Frage zu stellen, als das Opfer gleichwohl noch die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält“.⁶⁶ In diesem Kontext weist der Senat ausdrücklich darauf hin, dass die „viktimologisch motivierten Ansätze zur Einschränkung des Betrugstatbestands wegen geringerer Schutzbedürftigkeit des zweifelnden Tatopfers [...] im Wortlaut des § 263 StGB keine Stütze“ fänden und „den strafrechtlichen Schutz vor Angriffen auf das Vermögen durch Täuschung unangemessen weit“ reduzierten.⁶⁷ Der Bundesgerichtshof sieht die von ihm abgelehnte straf einschränkende Berücksichtigung von Selbstschutzmaßnahmen aufseiten des Opfers in derartigen Konstellationen als „Bewertung eines Mitverschuldens“⁶⁸, die dem Strafrecht grundsätzlich fremd sei, aber auch in ihren Prämissen unterkom-

⁶⁰ *Arzt*, MschrKrim 67 (1984), 105 (113 f.), der eine Andeutung eines solchen Gegensatzes zwischen teleologischer und viktimologischer Auslegung an folgender Stelle bei *Schünemann* (in: Schneider [Hrsg.], Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, 1982, S. 407 [410]) sieht. Zumindest an anderer Stelle äußert sich *Schünemann* jedoch keineswegs im Sinne eines Gegensatzes – auch nicht eines angedeuteten Gegensatzes – zwischen teleologischer und viktimologischer Auslegung. So schreibt er: „Wenn man teleologisch, also nach dem Zweck des Gesetzes, auslegt, muß man den oder die Gesetzeszwecke ja auch namhaft machen, und genau das geschieht (erst) durch die Verbindung von Rechtsgüterschutzprinzip und Viktimodogmatik“ (*Schünemann* [Fn. 45], S. 68).

⁶¹ Diese Erweiterung der Perspektive wird betont von *Günther* (Fn. 50), S. 76 f.

⁶² So auch die Wertung von *Günther* (Fn. 50), S. 76.

⁶³ *Schünemann* (Fn. 45), S. 70.

⁶⁴ *Amelung*, GA 1977, 1 (insb. 6 ff.).

⁶⁵ *Amelung*, GA 1977, 1 (16).

⁶⁶ BGH NSTZ 2003, 313 (314).

⁶⁷ BGH NSTZ 2003, 313 (314).

⁶⁸ BGH NSTZ 2003, 313 (314).

plex sei,⁶⁹ da sie nicht diejenigen Konstellationen berücksichtigen könne, in denen der Erklärungsempfänger trotz erheblicher Zweifel gute Gründe (etwa zur Vermeidung eines Prozessrisikos) besitzt, die selbstschädigende Vermögensverfügung vorzunehmen.⁷⁰

Doch kann die Frage nach der Beurteilung tatsächlicher Zweifel im weiteren Verlauf dieser Untersuchung offen bleiben, da es in den Fällen der hier zu untersuchenden Art nicht zwangsläufig erst darum geht, ob der jeweilige Erklärungsempfänger tatsächliche Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit der maßgeblichen Aussage hegt, sondern um Konstellationen reklamehafter Werbung, in denen sich möglicherweise die Frage stellen kann, ob das Opfer Bedenken haben müsste, die betreffende Aussage seiner vermögensrelevanten Entscheidung zugrunde zu legen. Hiermit soll keinesfalls derjenigen Auffassung das Wort geredet werden, dass die Konstellationen der Vermögensverfügung eines zweifelnden Erklärungsempfängers und eines solchen, der trotz ausreichenden Anlasses gerade nicht zweifelt, zwingend unterschiedlich zu behandeln sind. Doch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich bei einem Erklärungsempfänger, der tatsächlich zweifelt, und einem solchen, der dies nicht tut, um zwei unterschiedliche Konstellationen handelt, die zweckmäßigerweise für sich genommen betrachtet werden sollten.⁷¹ Die folgenden Ausführungen werden sich daher mit der Frage auseinandersetzen, in welcher Weise Schutzbedürftigkeitserwägungen bei der Beurteilung des Vorliegens einer Täuschungshandlung bzw. bei der Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum Berücksichtigung finden können.

2. Fehlende Schutzbedürftigkeit bei Produktpreisungen?

Unter Umständen lässt sich ein Fehlen der Betrugsrelevanz sogenannter marktschreierischer Reklameäußerungen mit einer fehlenden Ernsthaftigkeit des Erklärenden (dazu a) oder aufgrund einer leichten Durchschaubarkeit der betreffenden Äußerung (dazu b) legitimieren. Beide Ansätze werden dabei durch den Umstand geeint, dass sie zu einem gewissen Grade – aber auch nur insoweit – unabhängig von der Feststellung sind, ob es sich bei der betreffenden Aussage um eine Tatsachenbehauptung oder aber um ein Werturteil handelt; regelmäßig geht es nämlich bei den folgenden Ansätzen um die Frage, ob die betreffende Aussage selbst dann, wenn sie als Tatsachenäußerung eingeordnet werden kann, aus dem Anwendungsbereich des Betrugstatbestands herausfällt.

a) Fehlende Ernsthaftigkeit

Kindhäuser stellt im vorliegenden Kontext darauf ab, dass Reklamen in aller Regel die zur Vertrauensbildung notwen-

dige Ernsthaftigkeit vermissen lassen.⁷² Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es keineswegs zu bestreiten ist, dass eine Aussage grundsätzlich dann betrugsirrelevant ist, wenn es ihr in objektiv erkennbarer Weise an der hinreichenden Ernsthaftigkeit fehlt. Allerdings ist hiermit noch nicht festgestellt, dass es im Falle marktschreierischer Reklame stets an der notwendigen Ernsthaftigkeit mangelt. Eine solche Sichtweise würde nämlich verkennen, dass es das Ziel einer jeden Werbung ist, Anreize zum Erwerb des beworbenen Produktes zu schaffen. Eine solche Anreizwirkung erfolgt dabei sowohl auf unbewusst-emotionaler als auch auf kognitiver Ebene. Es hieße, insbesondere die zuletzt genannte Ebene zu übersehen, wenn man werbenden Äußerungen grundsätzlich die nötige Ernsthaftigkeit absprechen wollte. Zwar mag es durchaus Fälle geben, in denen Werbung bewusst übertreibend und dementersprechend „unernst“ arbeitet, um sympathisierende Emotionen zu erwecken – man denke etwa nur an den berühmten Werbeslogan, demzufolge der VW-Käfer „läuft und läuft und läuft“, demnach also angeblich niemals eine Panne erleidet. Doch steht dieses Beispiel der Annahme nicht entgegen, dass es gerade von den Umständen des Einzelfalles abhängt, ob man von einem solchen Übertreibungscharakter ausgehen kann. Eine Begründung, die auf eine angeblich generell fehlende Ernsthaftigkeit sogenannter marktschreierischer Reklame abstellt, verbietet sich daher.

b) Leichte Durchschaubarkeit

Anders als der vorausgehende Ansatz knüpft der folgende nicht an eine Intention des Erklärenden an, sondern stellt ausschließlich auf die Empfängerperspektive der betreffenden Äußerung ab. So hat etwa⁷³ *Naucke* die These dargelegt, dass eine „leicht entdeckbare Täuschung“ betrugsirrelevant sei.⁷⁴ Als Widerrede zu der häufig vertretenen Ansicht, dass auch leichtgläubige Betrugsoffer durch das Strafrecht geschützt werden sollen,⁷⁵ wendet er ein, es könne nicht Aufgabe dieser Rechtsmaterie sein, „verbreitete Formen intellektueller Ungeübtheit und Unsicherheit ertragbar zu machen durch Be-

⁷² *Kindhäuser* (Fn. 22), § 263 Rn. 88. Diese Ansicht trifft sich dabei mit einer Auffassung, die die fehlende Betrugsrelevanz derartiger Aussagen durch den Umstand begründet, dass sie bloße Meinungsäußerungen darstellen, also mit nur eingeschränktem Geltungsanspruch getätigt werden (vgl. hierzu *Hilgendorf* [Fn. 9], S. 194).

⁷³ Vgl. darüber hinaus auch den Ansatz von *Kurth* ([Fn. 51], S. 168 ff., 196), der die objektive Zurechnung in Fällen verneint, „in denen das Betrugsoffer aus Bequemlichkeit oder Trägheit einer einfachen und zumutbaren Aufklärungsmöglichkeit nicht nachgeht“. – Kritisch zu dieser Ansicht *Ellmer*, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 162; *Krack* (Fn. 71), S. 67 f.; *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 28.

⁷⁴ *Naucke*, in: *Baumann/Tiedemann* (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109 (117).

⁷⁵ Diese Sichtweise findet sich etwa bei: BGH NStZ 2003, 313 (314); BGHSt 34, 199 (201 f.); *Amelung*, GA 1977, 1 (9); *Hoyer* (Fn. 22), § 263 Rn. 22.

⁶⁹ Die Annahme eines engen Zusammenhangs zwischen einem fehlenden Strafbedürfnis und dem Vorliegen zumutbarer Selbstschutzmaßnahmen wird auch innerhalb der Literatur kritisiert (vgl. *Maiwald*, ZStW 96 (1984), 70 [72]).

⁷⁰ BGH NStZ 2003, 313 (314).

⁷¹ So auch *Krack*, List als Straftatbestandsmerkmal, Zugleich ein Beitrag zu Täuschung und Irrtum beim Betrug, 1994, S. 61.

strafung dessen, der diese Ungeübtheit für sich einsetzt“.⁷⁶ Es geht *Naucke* hierbei ausdrücklich nur um solche intellektuellen Defizite, die prinzipiell behebbar sind, sodass etwa solche Täuschungen, die gegenüber Kindern und Geisteskranken begangen werden, grundsätzlich betrugsrelevant sein können.⁷⁷ Das dogmatische Instrument zur strafrechtlichen Ausklammerung leicht erkennbarer Betrugshandlungen sieht *Naucke* im grundsätzlichen Erfordernis, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum bestehen muss. In Abweichung zu anderen Ansichten⁷⁸ legt er diesbezüglich gerade nicht die Äquivalenzlehre zugrunde, sondern fordert unter Anwendung der Adäquanzlehre für die Betrugsrelevanz einer Täuschung, dass diese „allgemein geeignet ist, den Erfolg, nämlich den Irrtum, herbeizuführen“.⁷⁹ An dieser generellen Eignung soll es bei solchen Täuschungen fehlen, die gemessen an einem (von Rechtsprechung und Literatur zu entwickelnden) objektiven Maßstab leicht erkennbar sind.⁸⁰

Allerdings wird gegen diesen Ansatz kritisch eingewandt, dass die Beschränkung auf intellektuelle Defizite des jeweiligen Opfers das emotionale Moment vernachlässige, welches einigen Betrugskonstellationen zugrunde liege und das jeweilige Opfer blind dafür mache, der Wahrheit ins Auge zu blicken.⁸¹ Ein solcher Einwand lässt sich jedoch dadurch zu einem gewissen Grade entkräften, dass sich intellektuelle und emotionale Gesichtspunkte in ihren Wirkungen keineswegs ausschließen müssen, sondern in ihrem kognitiv-beschränkenden Effekt gerade gegenseitig begünstigen können. Auch ein weiterer Kritikpunkt, der gegen *Nauckes* Ansatz häufig ins Feld geführt wird, trägt nur bedingt: Wenn nämlich seine Annahme infrage gestellt wird, der zufolge leicht durchschaubare Täuschungen keinen adäquaten Anlass für die Entstehung eines Irrtums bilden könnten,⁸² und hierbei von einigen Autoren auf den Umstand rekuriert wird, dass derartige Handlungen durchaus in häufigen Fällen erfolgreich seien⁸³, so vernachlässigt ein solcher Einwand, dass das Konzept der Adäquanz deutlichen Raum für normative Überlegungen lässt, die nicht durch bloße Häufigkeitserwägungen überlagert werden können.

In einer jüngst ergangenen Entscheidung hat der 2. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs jedoch die Auffassung vertreten, dass das Vorliegen einer betrugsrelevanten Täuschungshandlung nicht durch „Leichtgläubigkeit des Opfers oder Erkennbarkeit einer [...] Täuschungshandlung“ ausgeschlos-

sen sei.⁸⁴ Gleichzeitig hebt er hervor, dass es nicht zur Aufgabe des Strafrechts gehören könne, „allzu sorglose Menschen vor den Folgen ihres eigenen unbedachten Tuns zu schützen“.⁸⁵ Es stellt sich jedoch die Frage, nach welchen Kriterien das bloß leichtgläubige Opfer (das vom BGH als strafrechtlich schutzwürdig angesehen wird) von demjenigen abzugrenzen sein soll, das allzu sorglos ist (und sich deshalb außerhalb des strafrechtlichen Aufgabenbereichs befinden soll). Allerdings handelt es sich bei der Frage, ob der Betrugstatbestand bei leicht durchschaubaren Äußerungen ausscheidet und – bejahendenfalls – wie sich der entsprechende Maßstab entwickeln lässt, letztlich um ein generelles Problem, das den Betrugstatbestand in seiner Gesamtheit und jenseits bestimmter Täuschungskonstellationen erfasst. Eine bedingungslose Gleichsetzung marktschreierischer Reklame mit leicht durchschaubaren Äußerungen im *Nauckeschen* Sinne verbietet sich nämlich, da es problematisch erscheint, das Kriterium der leichten Durchschaubarkeit auf einen produktanpreisenden Wertungsakt zu übertragen, durch den Tatsachen möglicherweise nur implizit kundgetan werden.

Es erscheint daher eher angebracht, im Folgenden noch einmal denjenigen Aspekt aufzugreifen, der oben den Ausgangspunkt unserer Überlegungen bildete, der jedoch dann zunächst zugunsten von Erwägungen der Opferschutzbedürftigkeit ausgeblendet wurde – den Gesichtspunkt der Abgrenzung zwischen Tatsachenaussagen und Werturteilen. Insbesondere wenn man die vage angedeutete Gegenüberstellung zweier Opfertypen durch den BGH⁸⁶ betrachtet, so ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Unterscheidung zwischen potenziell betrugsrelevanten Tatsachenaussagen und betrugsunerheblichen Werturteilen zu klareren Ergebnissen führt. Ehe man also der (hier nicht weiter zu verfolgenden) Frage nachgeht, ob die jeweilige Täuschung leicht durchschaubar war und ob es legitim erscheint, sie aus diesem Grunde aus dem Anwendungsbereich des § 263 StGB auszuklammern, ist im Einzelfall stets der Blick auf die (allzu häufig vernachlässigte) Frage zu richten, welche tatsächlichen Eigenschaften der Täter durch seine Produktpreisung kundgetan hat.

Die eingangs dieser Untersuchung⁸⁷ getroffenen Darlegungen zur Sprachanalyse eines Werturteils haben dabei deutlich gemacht, dass es bestimmte Faktoren gibt, die zur Annahme berechtigen, dass der Täter gemeinsam mit der Wertung das Vorliegen konkreter tatsächlicher Eigenschaften behauptet. Einer dieser Faktoren betrifft die Frage, ob es sich

⁷⁶ *Naucke* (Fn. 74), S. 117; vgl. auch *Hilgendorf* (Fn. 9), S. 193, demzufolge das Strafrecht „nicht den Verschlafenen schützen“ soll.

⁷⁷ Vgl. hierzu (und zu den Ausnahmen von diesem Grundsatz) *Naucke* (Fn. 74), S. 117, 119.

⁷⁸ *Fischer* (Fn. 5), § 263 Rn. 63 m.w.N.

⁷⁹ *Naucke* (Fn. 74), S. 118.

⁸⁰ *Naucke* (Fn. 74), S. 118 f.

⁸¹ *Krack* (Fn. 71), S. 64, unter Hinweis auf *Amelung*, GA 1977, 1 (9 f.).

⁸² Vgl. hierzu *Naucke* (Fn. 74), S. 118 f.

⁸³ *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 87; *Kurth* (Fn. 51), S. 164 f., 167; vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch *Hecker* (Fn. 8), S. 279.

⁸⁴ BGH NJW 2014, 2595 (2596). In dieser Entscheidung wird insbesondere auch einer richtlinienkonformen Auslegung des Betrugstatbestandes im Hinblick auf die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlamentes eine Absage erteilt (a.a.O., 2596 ff.).

⁸⁵ BGH NJW 2014, 2595 (2596).

⁸⁶ BGH NJW 2014, 2595 (2596). Vgl. in diesem Kontext auch *Nauckes* Eingeständnis, demzufolge die Entwicklung eines Maßstabs zur Beurteilung der leichten Durchschaubarkeit einer Täuschungshandlung Einzelfallentscheidungen notwendig mache, sodass „Unsicherheiten [...] zunächst unvermeidlich“ wären (*Naucke* [Fn. 74], S. 119).

⁸⁷ Vgl. oben Abschnitt II. 1.

bei dem jeweils bewerteten Produkt um ein solches handelt, das mit anderen bereits bewerteten Produkten vergleichbar ist. Umso mehr Wertungen zu dieser Klasse von Gegenständen existieren, desto eindeutiger lassen sich diejenigen tatsächlichen Eigenschaften bestimmen, deren Vorliegen mit der betreffenden Wertung impliziert wird. In diesem Umstand steckt der zutreffende Kern der oben zitierten Entscheidung des 3. *Strafsenats*, in der die Annahme der Implizierung von Tatsachen unter anderem mit dem Argument gestützt wurde, dass der Erklärende einen wissenschaftlichen und fachmännischen Hintergrund suggeriert habe.⁸⁸

Ein weiterer hier zu benennender Faktor, der die Annahme beeinflusst, ob eine konkrete Tatsachenaussage vorliegt, stellt darauf ab, ob der Erklärende und der Erklärungsempfänger demselben Milieu entstammen. Verwiesen sei insoweit noch einmal auf das obige⁸⁹ Beispiel, das von zwei Rennradprofis handelte, die aufgrund ihrer beruflichen Erfahrung mit hinreichender Sicherheit annehmen können, welche Eigenschaften die Bewertung eines Rennrades als „gut“ impliziert. Eine entsprechende Konstellation kann sich bei Produktpreisungen ergeben, wenn der Adressat einer solchen und der Anpreisende gemeinsame Erfahrungen und Kenntnisse in dem jeweiligen Produktbereich besitzen und in der Konsequenz dieses Umstandes mit einer zusammenfassenden Bewertung konkrete Eigenschaften verbinden. Etwas anderes gilt jedoch in der Regel dann, wenn eine Wertung gegenüber einem unüberschaubaren Kreis von Personen abgegeben wird, die aus den unterschiedlichsten Lebenskontexten stammen. Hiervon ist insbesondere in denjenigen Konstellationen auszugehen, in denen eine Produktpreisung Teil einer TV-, Internet- oder Printwerbung ist, die sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet. In derartigen Fällen sind an die Annahme, dass eine wertende Produktpreisung konkrete tatsächliche Eigenschaften impliziert, besonders hohe Anforderungen zu stellen. Es bedarf daher stets expliziter Feststellungen, ob eine Wertung trotz der Disparität des betroffenen Personenkreises das Vorliegen konkreter Eigenschaften impliziert. Vor diesem Hintergrund erscheint es daher mehr als berechtigt, die Betrugsrelevanz marktschreierischen Verhaltens, das sich wortwörtlich an alle Subjekte auf dem Markt richtet, grundsätzlich in Frage zu stellen. Zu weit geht eine solche Sichtweise jedoch dann, wenn sie generell von einer Betrugsirrelevanz ausgeht, ohne die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

IV. Fazit

Werbung spielt sich durchaus nicht außerhalb des Strafrechts ab. Zwar kann die Auslegung im Einzelfall ergeben, dass die betreffende Äußerung nicht ernst gemeint ist und somit in der Konsequenz keine Betrugsrelevanz aufweist, doch bedarf es für eine solche Feststellung konkreter Anhaltspunkte unter der jeweiligen Berücksichtigung des Einzelfalles. Im Übrigen ist stets zu prüfen, ob in einer wertenden Äußerung konkrete Tatsachenbehauptungen impliziert sind. Vor diesem Hintergrund versteht sich der vorliegende Beitrag als ein Plädoyer

dafür, im Bereich werbender Äußerungen stets zu ermitteln, welche konkreten Tatsachen der Werbende – versteckt in einem Werturteil – kundgetan hat. Es spricht einiges dafür, dass mithilfe einer solchen Prüfung im Einzelfall sachgerechtere Ergebnisse zu erzielen sind als durch ein vorschnelles Zurückgreifen auf Schutzbedürftigkeitserwägungen, die sich nur vermeintlich von der betrugsstrafrechtlichen Dichotomie zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil abstrahieren lassen.

⁸⁸ BGHSt 34, 199 (201).

⁸⁹ Vgl. oben Abschnitt II. 1.

Ein nachmetaphysisches Strafrecht?

Gedanken zum retributiven Charakter der Strafe

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Antonio Martins**, LL.M., Frankfurt a.M.*

I. Einleitung

Dass der Strafanspruch in einem Rechtsstaat immer nur ein relativer und legitimationsbedürftig ist, dürfte eine Selbstverständlichkeit sein. Wie auch immer der 1968 von *Ulrich Klug* publizierte Aufsatz rezipiert wurde, reagierte er auf einen berechtigten Appell, die Strafpraxis eines Staates als politische und also gegenüber seinen Bürgern zu rechtfertigende Angelegenheit zu verstehen – und damit die Straftheorie in den Kontext der legitimen Rechtfertigung der Staatsaufgaben zu rücken.¹ Eine Straftheorie muss eine Diskussion über die mögliche Legitimation der Strafe fördern, nicht diese Legitimation voraussetzen. Dass *Klugs* polemische Kritik an den so genannten „Vergeltungstheorien“ von *Kant* und *Hegel* dazu verhalf, diese Theorien präziser zu interpretieren und diese Autoren „besser“ zu lesen,² ist eine ironische, wenn auch wissenschaftlich voraussehbare Folge seines Aufsatzes.

Von einem strafrechtlichen Abschied von *Kant* und *Hegel* kann 46 Jahre später sicherlich nicht die Rede sein. Im Gegenteil ist von einer „Renaissance“ retributiver Theorien die Rede³ – zum Teil auch im Gewande der positiven Generalprävention.⁴ Unabhängig von der Feststellung einer „Renaissance“ dieser Theorien kann als unumstritten gelten, dass retributive Modelle in verschiedenen Varianten mit präventiven Modellen um die Strafbegründung konkurrieren. Größere Aufmerksamkeit hat auch die Tatsache gefunden, dass den *Kantschen* und *Hegelschen* Modellen die Berücksichtigung präventiver Strafwirkungen durchaus nicht fremd war.⁵ Dies suggeriert, dass retributive und präventive Rechtfertigungen sich möglicherweise nicht ausschließen, sondern auf unterschiedliche Fragen antworten. Immerhin ist die Anstrengung offensichtlich, die Vergeltungstheorien vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Rechtsstaates zu verstehen und für die

geistige Situation der Zeit akzeptabel zu machen.⁶ Dies kann nur über die Beurteilung der rechtspolitischen Grundlagen dieser Theorien geschehen. Retributive Modelle können nur im Zusammenhang mit ihren rechtspolitischen Fundamenten rezipiert werden.

Die auch für die heutige Zeit durchaus berechtigte Frage, wie *Kants* und *Hegels* Stellen zur Rechtfertigung der staatlichen Strafe im Zusammenhang mit deren Rechts- und Staatsphilosophie verstanden und angemessen interpretiert werden sollen, ist nicht das unmittelbare Thema dieses Aufsatzes. Sieht man von der politischen Intention von *Klugs* Polemik und dem Klima der Strafrechtsreform ab, erscheinen sein Plädoyer für die Verabschiedung von *Kants* und *Hegels* Philosophie aus der Strafrechtsdiskussion wissenschaftlich naiv, seine interpretativen Verkürzungen beinahe tendenziös. Diese Interpretationen prägten in den folgenden Jahren eine Tendenz zur Skepsis gegenüber dem retributiven Charakter der Strafe – der zumindest als deskriptives und konzeptuelles Element unbestreitbar ist und noch der Aufklärung bedarf.⁷ Der vorliegende Text konzentriert sich auf dieses Element, das Problem seiner Legitimation und insbesondere auf die Frage, worin es in einer pluralistischen, säkularisierten Gesellschaft bestehen kann. Aus dieser Problematik leitet sich das weitere Erkenntnisinteresse des Aufsatzes ab, nämlich inwieweit das Strafrecht auf die metaphysischen Voraussetzungen retributiver Theorien verzichten kann und soll.

Andreas v. Hirsch, dem dieser Aufsatz in freundschaftlicher Verbundenheit und wissenschaftlicher Hochachtung gewidmet ist, hat schon sehr früh eine Position zur Straftheorie bezogen und mit ihr die wissenschaftliche Diskussion um Strafe, Tadel und Prävention stark geprägt. Gegen die damals im anglo-amerikanischen Raum weitverbreitete Neigung zu präventiven Theorien hat er einen retributiven Ansatz begründet.⁸ Dieser Ansatz wurde im Laufe der Jahre weiterentwickelt und perfektioniert.⁹ Sein Plädoyer für eine Tadelstheo-

* Der Verf. ist Habilitand und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik an der Goethe-Universität Frankfurt.

¹ *Klug*, in: Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafbuch – Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 36. Vgl. dazu neuerdings *Lüderssen*, StV 2011, 377; kritisch *Hruschka*, ZStW 124 (2012), 232.

² Vgl. bereits *H. Mayer*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 54.

³ *Schünemann*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 327. Dazu *Pawlik*, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S. 78; *ders.*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 87.

⁴ Vgl. statt vieler *Frisch*, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 125.

⁵ Vgl. etwa *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 17; zu *Hegel* vgl. *Seelmann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, S. 79.

⁶ *Pawlik* (in: Rogall [Hrsg.], Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 213 [229]) weist zu Recht darauf hin, dass sich die „neuen“ Vergeltungstheorien „weltimmanent“ legitimieren.

⁷ Vgl. zum Begriff der Strafe und seinem Verhältnis zu der sozialen Institution der Strafe *Neumann*, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 89 (98); *ders.*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 435; *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 6. Ferner behauptet *Pawlik* ([Fn. 6], S. 215, 228 ff.) nur ein vergeltungstheoretisches Denken sei in der Lage, die Legitimität des Instituts der Strafe zu rechtfertigen.

⁸ v. *Hirsch*, *Doing Justice, The Choice of Punishments*, 1976, passim.

⁹ In zahlreichen Beiträgen – etwa v. *Hirsch*, *Past or Future Crimes*, 1985, passim; *ders.*, *Censure and Sanctions*, 1993, passim; v. *Hirsch/Ashworth*, *Proportionate Sentencing*, 2005,

rie der Strafe stellt ein plausibles und rechtsstaatlich kompatibles Modell einer retributiven Rechtfertigung der Strafe dar, das weder (unmittelbar) auf metaphysische Argumente zurückgreift noch präventive Strafwirkungen ausschließt. Nach diesem Modell muss der Straftäter als ein moralischer Akteur betrachtet werden, dem vorgeworfen werden kann, falsch gehandelt zu haben.¹⁰ Auch wird der Straftäter als moralischer Akteur angesehen, wenn diesem durch die Androhung eines Übels ein weiterer Grund für die Beachtung der Strafnorm geliefert wird.¹¹ Mit *Strawson* wird die moralische Alltagspraxis ins Zentrum der Diskussion gerückt:¹² An die Stelle einer absoluten Begründung der Strafe durch Rückgriff auf die Notwendigkeit der Vergeltung tritt die alltägliche moralische Praxis der Erhebung eines Vorwurfs gegenüber demjenigen, der sich falsch verhalten hat.

Das Konzept der moralischen Zurechnungsfähigkeit spielt damit eine zentrale Rolle in v. *Hirschs* Modell. Diesem Modell entspricht eine Kriminalisierungstheorie, welche die Verwerflichkeit des Verhaltens als Bedingung der Legitimität eines Strafverbots erforderlich macht.¹³ Fraglich ist jedoch, warum Verbrechen und Strafe in Bezug auf moralische Elemente interpretiert werden müssen¹⁴ und sogar dem präventiven Charakter der Sanktion innerhalb eines moralisch bestimmten Rahmens eine andere Bedeutung zukommt. Fraglich ist auch, in welchem Verhältnis die moralische Autonomie des Straftäters zu dessen rechtlicher und politischer Autonomie steht – denn letztendlich ist in einem demokratischen Rechtsstaat die Strafandrohung ein Akt der politisch institutionalisierten Gesetzgebung.

Diesen offenen Punkten widmen sich die folgenden Überlegungen. Es ist zunächst zu klären, inwiefern die moralische Praxis einen Beitrag zur Rechtfertigung des Strafrechts leisten kann (II.). Diese Frage führt zum Problem der Quellen der Normativität des Strafgesetzes, das im Anschluss erläutert werden soll (III.). Im Zusammenhang damit entsteht die Notwendigkeit, den spezifischen rechtlichen Charakter des retributiven Elements der Strafe zu untersuchen (IV.). Erst

dann wird es möglich, auf die Frage einzugehen, inwiefern das Strafrecht auf metaphysische Argumente verzichten kann und was die Kennzeichen und Herausforderungen eines so genannten nachmetaphysischen Strafrechts sind (V.). Im Fazit wird schließlich versucht, die Ergebnisse der Untersuchung knapp zusammenzufassen (VI.).

II. Eine moralische Begründung?

1. Moralische Praxis und strafende Reaktion

Mit dem Bezug auf die „reaktive“ alltagsmoralische Praxis ist die Frage noch nicht beantwortet, worin der Inhalt eines moralischen Vorwurfs besteht. Diese Frage wird gerade durch diesen Ansatz neutralisiert. Freilich ist die Absicht von *Strawson* in seinem berühmten Aufsatz, zu zeigen, dass wir – unabhängig von einer definitiven Antwort auf die Frage des Determinismus – einen objektiven Gesichtspunkt gegenüber anderen Menschen nicht einnehmen können, ohne dabei das Feld unserer effektiven moralischen Praxis zu verlassen. Der Bezug auf die moralische Praxis, so der Schluss der Argumentation, macht eine Wiederlegung des Determinismus ohne Berufung auf „the obscure and panicky metaphysics of libertarianism“ möglich.¹⁵ Eine ähnliche Strategie kann bei der Konzentration auf den Tadel als zentralem Element für die Rechtfertigung der Strafe erkannt werden. Auch hier ist der Ausdruck einer Missbilligung des Verhaltens mit der Akzeptanz des Täters als Teil der moralischen Gemeinschaft verknüpft.¹⁶ Die Strafandrohung wird demnach als moralischer Appell verstanden – ein moralischer Appell, der sich an Personen richtet, die fähig sind, ihn zu verstehen und nach ihm zu handeln – und der ein bestimmtes Verständnis der menschlichen Natur voraussetzt.¹⁷

Indem die menschliche Praxis hervorgehoben wird, bleibt der Inhalt des moralischen Vorwurfs relativ neutral gegenüber starken moralischen Positionen. Auch die Verknüpfung der Institution der Strafe mit einem starken Freiheits- und Autonomiebegriff wird entbehrlich. Es handelt sich bei dieser Institution vielmehr um die Institutionalisierung einer öffentlichen moralischen Praxis. Nach dieser Ansicht ist die Strafe ein Instrument zur sozialen Kontrolle, ein regulatives – moralisch aufgeladenes – Werkzeug des Staates.¹⁸ Damit wird zugleich gesagt, dass der Ausdruck der Missbilligung eines Verhaltens ein konstitutives Element für die Definition des Strafrechts ist. Strafrecht definiert sich gerade auch dadurch, dass es die (moralische) Unrichtigkeit eines Verhaltens ausdrückt. Es ist ein staatliches Instrument der moralischen Kommunikation.¹⁹

passim (insb. Kap. 2); v. *Hirsch/Simester*, *Crimes, Harms, and Wrongs*, 2011, passim (insb. Part I); v. *Hirsch*, in: v. *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Fn. 5), S. 43; auf das Völkerstrafrecht angewendet v. *Hirsch/Schorscher*, in: *Zedner/Roberts* (Hrsg.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice, Essays in Honour of Andrew Ashworth*, 2012, S. 209. Zu v. *Hirschs* Straftheorie vgl. *Bottoms*, in: *Ashworth/Wasik* (Hrsg.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, S. 53 (für das Thema des vorliegenden Aufsatzes insb. 77 ff.).

¹⁰ v. *Hirsch* (Fn. 9 – Censure), S. 9 ff.; v. *Hirsch/Ashworth* (Fn. 9), S. 17; v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 11.

¹¹ v. *Hirsch* (Fn. 9 – Censure), S. 13; v. *Hirsch/Ashworth* (Fn. 9), S. 22 ff.; v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 14.

¹² *Strawson*, *Freedom and Resentment and Other Essays*, 2008, S. 1.

¹³ Vgl. v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 19 ff.

¹⁴ Kritisch zum Element der Verwerflichkeit des Verhaltens bei der Kriminalisierungstheorie *Hörnle*, in: *Simester/Neumann/du Bois-Pedain* (Hrsg.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, 2014, S. 169 (183).

¹⁵ *Strawson* (Fn. 12), S. 27.

¹⁶ *Strawson* (Fn. 12), S. 23. Vgl. dazu – im Hinblick auf die Straftheorie – *Pawlik*, *Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafe*, 2004, S. 51.

¹⁷ Vgl. v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 11. Vgl. dazu *Bottoms* (Fn. 9), S. 81 f.

¹⁸ v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 10.

¹⁹ v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 12.

2. Die Struktur retributiver Modelle

Es lassen sich zwanglos Parallelen zu den klassischen retributiven Modellen ziehen. *Seelmann* etwa verweist auf die Nähe zu *Hegels* „Anerkennungsargument“: Der Täter wird ernst genommen und als verantwortliches Subjekt betrachtet.²⁰ An dieser Stelle soll vor allem auf die strukturelle Nähe zu einem Aspekt der Interpretation von *Kants* Straftheorie hingewiesen werden. Ich möchte drei Interpretationsmodelle in Erinnerung rufen.

Das erste Interpretationsmodell stammt von *Hellmuth Mayer*. Dieser hat in einer Reaktion auf den genannten Aufsatz von *Klug* die Ansicht vertreten, dass *Kant* keine vollständige Straflehre vorgelegt habe.²¹ Die Strafe sei ein „in der Rechtfertigung vorfindliches Institut“;²² im Vordergrund stehe bei *Kant* die Kritik der relativen Theorien und der Aufopferung der Idee der menschlichen Freiheit zugunsten kollektiver Glückseligkeit.²³ Eine positive Begründung der absoluten Straftheorie werde jedoch nicht geliefert; diese werde vielmehr vorausgesetzt.²⁴ Die Gemeinsamkeit zwischen beiden Ansätzen besteht darin, dass auch hier die Straftheorie von einem anderen normativen Bereich abhängig gemacht wird. Obwohl hier von keinem Vorwurf gegenüber dem Täter die Rede ist, wird die Strafe über die Reaktion auf die Verletzung einer Pflicht definiert, die woanders begründet wird. Diese Begründung bleibt bei beiden Ansätzen relativ offen. Auch die Tadelstheorie verschiebt die Frage nach der positiven Begründung der Retribution auf eine andere, nämlich die moralische Sphäre.

In einem ähnlichen Zug lokalisiert *Naucke* den Kern der absoluten Straftheorie *Kants* in der Verletzung einer metaphysischen Pflicht – die sich mit der Verletzung des Strafgesetzes identifiziert – und dadurch in der Ablehnung des Zweckgedankens als Rechtfertigung der Strafe.²⁵ *Naucke* argumentiert im Grunde gegen den nach seiner Meinung verhängnisvollen Präventionsgedanken im Strafrecht. Ähnlich wie bei *Hellmuth Mayers* Lektüre von *Kant* liegt *Nauckes* Hauptanliegen in der Kritik und Ablehnung der relativen Straftheorien. Der berühmte Satz von *Kant*, nach dem der Straftäter bestraft werden soll, „weil er verbrochen hat“,²⁶ führt nach *Naucke* zurück zur Begründung des Strafgesetzes und dessen Funktion für die Etablierung eines rechtlichen Zustandes. Der Grund dafür, warum gestraft wird, bestehe in der Verletzung jener metaphysischen Pflicht, die woanders, und nicht in der Straftheorie selbst, begründet werde. Eine positive Begründung des Vergeltungsstrafrechts sei nur durch Rückgriff auf die Achtung vor der Menschenwürde und den

Schutz der Freiheit möglich.²⁷ Die absolute Begründung der Strafe ist also die Konsequenz einer weitreichenden (metaphysischen) Begründung des Rechts. Die „Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff“ wird von *Naucke* später expliziter hervorgehoben; im Laufe seiner eigenen Argumentation zur Begründung der Strafe wird die Verbindung zwischen Tatschwere und strafender Reaktion ein Verhältnis der wechselseitigen Implikation – sie rekurriert noch immer auf eine bestimmte Tradition und auf metaphysische Prämissen, die allein eine positive Begründung liefern sollen.²⁸

Ein dritter, näher zu diskutierender Interpretationsvorschlag der Lehre *Kants*, der in einem Spannungsverhältnis mit den vorher erörterten steht, stammt von *Byrd* und *Hruschka*. Für *Byrd* und *Hruschka* hat das Strafgesetz eine generalpräventive Funktion.²⁹ Den Satz „weil er verbrochen hat“ – der zum „quia peccatum est“ von *Senecas* Wort steht – versteht jedoch auch *Hruschka* als eine Forderung der Strafgerechtigkeit im Gegensatz zur Straflügeheit. Es handelt sich also um ein moralisches, kein pragmatisches Argument, wobei „moralisch“ hier als Oberbegriff sowohl das Recht als auch die Ethik beinhaltet.³⁰ Der Satz verweist in diesem Sinne auf das Strafgesetz als „öffentliches Gesetz“ in einem rechtlichen Zustand, den *Byrd* und *Hruschka* mit dem Rechtsstaat identifizieren, demjenigen Zustand also, in dem die Rechte der Bürger gesichert sind.³¹ Dieses Argument ist letztendlich ein rechtliches Argument,³² das auf das Legalitätsprinzip zurückführt.³³ Hat jemand gegen das Strafgesetz verstoßen, muss er bestraft werden. Noch einmal: Die Frage nach der Legitimation der Strafe führt auf die Frage nach der Legitimation des Strafgesetzes zurück.

III. Die Normativität des Strafgesetzes

Zentral für die Interpretation der Schriften *Kants* ist freilich das Verhältnis zwischen Recht und Moral. Aufgeworfen wird

²⁷ *Naucke*, in: *Naucke* (Hrsg.), *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000, S. 61 (71 f.).

²⁸ Vgl. *Naucke*, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, S. 196: „Die Strafe für vorsätzliche Gewalttaten gegen die Person ist nicht ein zweckmäßig konstruiertes, zweckmäßig fortentwickeltes vorbeugendes Sozialinstrument in der Hand wechselnder Mehrheiten. *Diese Strafe entsteht aus anderen Bereichen, die man heute sprachlich kaum noch fassen kann*: Wiederherstellung der unantastbaren, aber angetasteten Ordnung, Ausgleich des Übels mit einem Übel.“ (*Hervorhebung des Verf.*)

²⁹ *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957.

³⁰ *Hruschka*, in: *Paeffgen u.a.* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 17 (24). Zum Verhältnis der Begriffe Moral, Recht und Ethik bei *Kant* vgl. auch *Maus*, *Über Volkssouveränität*, 2011, S. 194, 252 f.

³¹ *Hruschka* (Fn. 30), S. 21; *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957 (958).

³² *Hruschka* (Fn. 30), S. 26.

³³ *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957 (960); *Hruschka* (Fn. 30), S. 28 ff.

²⁰ *Seelmann* (Fn. 5), S. 82.

²¹ *H. Mayer* (Fn. 2), S. 60.

²² *H. Mayer* (Fn. 2), S. 60, 62 ff.

²³ *H. Mayer* (Fn. 2), S. 64.

²⁴ *H. Mayer* (Fn. 2), S. 69.

²⁵ *Naucke*, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, S. 30 ff.

²⁶ *Kant*, in: *Weischedel* (Hrsg.), *Werke, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, Bd. 4, 1998, S. 453.

nämlich in der *Kant*-Interpretation die Frage, ob Recht und Moral unabhängige Sphären konstituieren oder ob sich das Recht aus der Moral ableiten lässt.³⁴ Dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden. An Bedeutung gewinnt das Problem des Verhältnisses von Recht und Moral für uns erst, wenn nach einem möglichen moralischen Moment bei der Rechtfertigung der Strafe gefragt wird.

Nach dem Tadelsansatz wird die Strafe verhängt, *um* die (moralische) Missbilligung der Tat auszudrücken. Nach dem referierten Ansatz *Kants* dagegen wird bestraft, *weil* das Strafgesetz – das sich bei den ersten zwei Interpretationsmodellen auf eine metaphysische Begründung, bei dem dritten auf den Gesetzgebungsprozess eines Rechtsstaates stützt – verletzt wurde.

Die absolute Begründung muss daher entweder auf metaphysische Prämissen zurückgreifen oder sie ist anderenfalls vollständig der historischen beziehungsweise politischen Kontingenz ausgeliefert. Der bloße Rückgriff auf die Rechtllichkeit lässt eine wichtige Frage bei der Rechtfertigung der Strafe unbeantwortet: eine starke moralische Begründung liegt nämlich jenseits der Aufgaben einer Straftheorie. Der Bezug auf einen moralischen Vorwurf hat den Vorteil, dass er einen inhaltlichen normativen Grund für die Bestrafung liefert, ohne diesen Inhalt im Voraus zu bestimmen. Es fehlt jedoch eine direkte Verbindung zur Prozedur der legitimen Erzeugung von rechtlichen Normen. Beides muss sich kombinieren.

Vorgeschlagen wird an dieser Stelle – jenseits der Interpretation von *Kants* Schriften –, das Verhältnis von Moral und Recht als eines der wechselseitigen Implikation und der diskursiven Autonomie zu verstehen.³⁵ Damit ist gemeint, dass rechtlicher und moralischer Diskurs verschiedene Bedingungen erfüllen und verschiedene Regeln beachten müssen; sie überschneiden sich, ohne sich miteinander zu identifizieren. Selbst die Abkopplung von Moral und Recht ist eine diskursive Leistung, die freilich von keinem der beiden Diskurse koordiniert wird, die aber vom Rechtsdiskurs – um der rechtlichen Freiheit willen – zugesichert werden muss.

Der rechtliche Diskurs knüpft an die moralische Überlieferung an, filtert jedoch aus seiner diskursiven Sphäre gewisse Momente heraus.³⁶ Der Rechtsdiskurs gehorcht einer Logik der Institutionalisierung, die dem moralischen Diskurs fremd ist. So lässt sich erklären, dass Rechtsbegriffe moralisch aufgeladen sind, ohne sich in Moral aufzulösen. Beispielsweise ist es nicht möglich, den Schuldbegriff von seiner Verknüpfung mit der moralischen Tradition und seinen moralischen Implikationen abzukoppeln. Die rechtlichen Konturen der Schuld werden jedoch im Rahmen eines rechtlich-politischen Verfahrens definiert; der wissenschaftliche Diskurs um den rechtlichen Schuldbegriff greift Momente jenes Verfahrens auf; Schuld wird im Zusammenhang mit dem demokratischen Gesetzgebungsprozess in ein anderes Licht ge-

rückt.³⁷ So gesehen ist das Problem der moralischen Aufladung von Rechtsbegriffen nicht hintergebar; es ist allerdings ein Problem der diskursiven Kontrolle. Moralische Begriffe werden vom Rechtsdiskurs uninterpretiert, moralische Argumente werden im Rahmen des rechtlichen Diskurses überprüft, akzeptiert, umgedeutet oder verworfen.³⁸ So lässt sich über die Legitimität eines Schuldbegriffs diskutieren, die noch immer – in Spannung mit der rechtlichen Entlastung der Person von motivationalen Bürden – der moralischen Tradition treu bleibt und auf das Innere des Täters abstellt.³⁹

Die Rechtfertigung der Strafe muss also eine rechtliche sein. Die Schwierigkeit liegt darin, dass es beinahe unmöglich ist, eine diskursive Rechtfertigung des Strafrechts ohne Rückgriff auf moralische (und möglicherweise religiöse) Elemente durchzuführen. Der Rechtsdiskurs stößt hier schnell an seine argumentativen Grenzen. Das soll heißen, dass es auch aus (im weiten, die kulturelle Tradition mit einschließenden Sinne) sprachlichen Gründen unmöglich ist, auf bestimmte moralische Argumentationsstrukturen für die Strafbegründung zu verzichten. Unser lebensweltlicher Horizont begrenzt und bestimmt unsere diskursive Praxis. So überrascht es nicht, wenn von unterschiedlichen Quellen der Normativität des Strafgesetzes die Rede sein soll. Moralische Argumente spielen in der Formation des demokratischen Willens eine Rolle, die nicht durch die Formalisierung des Rechts verschwindet.

Die moralische Quelle der Normativität des Strafgesetzes lässt sich aber nicht nur mit Bezug auf den sprachlichen Hintergrund, die Verbundenheit mit der Tradition und lebensweltliche Überzeugungen erklären. Vielmehr ist der Austausch von praktischen Argumenten ein wichtiger Teil des rationalen Diskurses über die Rechtfertigung des (Straf-) Rechts und der Strafe. Es besteht ein Kontinuum zwischen Legitimationsdiskursen; moralischer Diskurs und Rechtsdiskurs sind nicht voneinander isoliert. Das Verständnis des (potentiellen) Straftäters als ansprechbaren Akteurs bedeutet, dass er in der Lage ist, am allgemeinen Prozess des Austausches von Gründen bezüglich sozialer Normen (auch Strafnormen) teilzunehmen. Die Beteiligung an dieser Praxis konstituiert das Individuum als Person.⁴⁰ Der durch spezifische Institutionalisierungsanforderungen charakterisierte Rechtsdiskurs ist Teil dieser allgemeinen vernünftigen Praxis.

³⁴ Zu dieser Diskussion neulich C. Horn, *Nichtideale Normativität*, 2014, passim.

³⁵ Vgl. (im Anschluss an *Habermas*) *Martins*, *Flüchtige Grenzen, Hermeneutik und Diskurstheorie im Recht*, 2013, S. 281 ff.

³⁶ Vgl. *Teubner*, *Cardozo Law Review* 17 (1996), 901 (913).

³⁷ Grundlegend zum engen Verhältnis von Schuld und Demokratie in einem Rechtsstaat vgl. *Günther*, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, passim.

³⁸ Vgl. hierzu (in Bezug auf *Kant* und *Habermas*) *Maus* (Fn. 30), S. 253.

³⁹ Kritisch dazu *Hörnle*, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 2013, passim (hierzu und in Bezug auf die christliche Tradition insbes. S. 59); früher gegen die Legitimität eines moralischen Vorwurfs bei der staatlichen Bestrafung *Hassemer/Ellscheid*, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), *Seminar Abweichendes Verhalten II*, 1975, S. 266.

⁴⁰ Zum Verhältnis von Rationalität, Persönlichkeit und Normativität vgl. *Raz*, *From Normativity to Responsibility*, 2013, S. 85 ff.

IV. Der rechtliche Inhalt des Strafvorwurfs

Mit dem institutionalisierten Charakter des Rechtsdiskurses hängt aber auch der Vorwurf, den die Strafe ausdrücken soll, zusammen. Er kann nicht bloß als ein rein moralischer, sondern er muss vielmehr als ein moralisch informierter rechtlicher Vorwurf verstanden werden. Auf einer ersten Ebene wird es dem Täter grundsätzlich vorgeworfen, gegen das demokratisch legitim erzeugte Strafgesetz verstoßen und damit seine Position als Rechtsperson missbraucht zu haben. Auf einer anderen Ebene wird dem Täter vorgeworfen, jemand anderen einen gravierenden Schaden zugefügt zu haben. Diese Ebene ist bereits die Ebene der materiellen Legitimation des Strafgesetzes. Dass es sich hier zugleich um einen (im weiten Sinne) moralischen Vorwurf handelt, liegt auf der Hand.⁴¹ Die Errungenschaft der Tadelstheorie liegt darin, das Verhältnis dieser beiden Ebenen explizit gemacht zu haben. Sie verleiht dem Vorwurf, gegen das Strafgesetz verstoßen zu haben, einen konkreten moralischen Inhalt, mit dem die Legitimation des Strafgesetzes verknüpft ist.⁴² Aber sie lässt – in einer pluralistischen, säkularisierten Gesellschaft – offen, worin dieser Inhalt besteht.

Die Tadelstheorie deutet auf die Bedingungen der Richtigkeit des demokratischen Verfahrens hin, indem sie eine notwendige Überschneidung mit dem moralischen Diskurs markiert. Der genaue Punkt dieser Überschneidung lässt sich nur im Laufe der öffentlichen Auseinandersetzung bezüglich der Kriminalisierung beziehungsweise der Institutionalisierung dieser Auseinandersetzung konkret markieren; seine Lokalisierung ist nicht mehr Aufgabe einer Straftheorie. Der Hinweis auf die Legitimität des Gesetzes ist also unabdingbar: Eine Straftheorie braucht den Zusatz einer Kriminalisierungstheorie, welche die Grenzen des Strafverbots setzt. Aber sie braucht auch einen Hinweis auf die demokratische Prozedur, die dem Strafgesetz Legitimität verleiht. Für den Strafvorwurf ist in einem demokratischen Rechtsstaat nur eine Theorie geeignet, welche jenseits der moralischen Zurechnungsfähigkeit auch die rechtliche Persönlichkeit des sozialen Akteurs berücksichtigt.

Ein Modell, das dies plausibel darstellt, versteht die Rechtsperson in ihrer wechselseitigen Rolle als Mitgesetzgeberin und als Adressatin der Rechtsordnung.⁴³ Beide Rollen hängen zusammen und implizieren sich wechselseitig. Durch die Strafe soll dem Straftäter kommuniziert werden, dass er seine Rolle als Adressat der (auch von ihm) legitim erzeugten

Rechtsordnung verfehlt hat. Für dieses Verhalten ist er – und nicht das Vorliegen anderer gesellschaftlicher oder natürlicher Faktoren – verantwortlich.⁴⁴ Die Zurechnungsfähigkeit des Straftäters hängt mit seiner Anerkennung als Mitgesetzgeber zusammen.⁴⁵ Beide Rollen sind Kehrseiten der Fähigkeit zur Verantwortung. Obwohl die Verantwortungszuschreibung im Rahmen des Rechtsdiskurses geschieht, zeigt sie Ähnlichkeiten mit der Struktur der moralischen Verantwortungszuschreibung. Ausschlaggebend ist jedoch, dass die kommunikative Botschaft der Strafe rechtlichen (äußerlichen) Charakter hat.⁴⁶ Was die Notwendigkeit der Internalisierung der Botschaft angeht, wird der Täter also grundsätzlich als Rechtsperson, nicht als moralischer Akteur angesprochen.

Damit sind die Konturen des Vorwurfs gezeichnet, der mit der Strafe ausgedrückt wird. Dass der Staat die Aufgabe der Kommunikation dieses Vorwurfs übernimmt, ist ein Produkt historischer Kontingenzen und hängt mit der spezifischen Institutionalisierung des Rechtsdiskurses und dessen demokratischer Legitimation zusammen: Ein Konflikt zwischen Täter und Opfer wird als Verletzung eines (auch) öffentlichen Interesses betrachtet.⁴⁷ Das Verständnis der Strafe als staatliche Aufgabe hat zunächst einen unmittelbaren Effekt auf die Diskussion um die richtige Straftheorie. Als staatliche Aufgabe muss sich die Strafe gegenüber den Adressaten der Rechtsordnung politisch rational legitimieren. Der Rekurs auf eine rein moralische Begründung reicht nicht aus. Die strafende Praxis des Staates muss sich demnach dreifach legitimieren: moralisch, spezifisch rechtlich und politisch. Diese drei Quellen der Normativität des Strafgesetzes münden in eine Straftheorie, die normative Gründe für die Existenz der Institution der Strafe liefern. Die Qualität dieser Gründe gilt es nun zu untersuchen.

V. Ein nachmetaphysisches Strafrecht: Bedingungen und Anforderungen

1. Kennzeichen

Der richtige Kern des Plädoyers für eine Überwindung der Metaphysik im Strafrecht besteht im Verzicht auf Letztbegründungen und im Verlangen nach einer Praxis der rationalen und sozialimmanenten Argumentation als Grundlage

⁴¹ Eine Verbindung von beiden Momenten sieht auch *Noll*, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, S. 17 ff.: Strafe sei Manifestation des Rechts durch sozialetische Missbilligung des Rechtsbruchs.

⁴² Vgl. v. *Hirsch* (Fn. 9 – Strafe), S. 52, wo es betont wird, dass die normative Botschaft des Tadels „auf die Substanz des Unrechtmäßigen in dem Verhalten gerichtet [ist].“

⁴³ Vgl. in diesem Zusammenhang *Günther*, in: Neumann/Prittitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, 2007, S. 15 (36); *ders.*, in: Prittitz u.a. (Hrsg.), *Rationalität und Empathie, Kriminalwissenschaftliches Symposium für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag*, S. 9 (26 f.); *Martins*, *ZStW* 125 (2013), 234 (250).

⁴⁴ *Günther* (Fn. 43 – Rationalität), S. 28 f.

⁴⁵ *Günther* (Fn. 43 – Rationalität), S. 29.

⁴⁶ Das hebt v. *Hirsch* (Fn. 9 – Strafe), S. 51 hervor: „Der Tadel beschäftigt sich mit dem Täter jedoch äußerlich. Die durch die Sanktion ausgedrückte Missbilligung gibt dem Täter einen Grund, die Angemessenheit seiner Handlungen zu bedenken. Aber es soll ihm überlassen bleiben, ob er tatsächlich so reagiert. Es wird hier keine Theorie der Buße vertreten, der zufolge die Reaktion auf die Tat dazu bestimmt wäre, in dem Täter bestimmte Gefühle, sei es der Scham, der Reue oder sonstiger Art zu erregen.“ Kritisch gegenüber einer Buße-Theorie auch *Hörnle* (Fn. 5), S. 34.

⁴⁷ Zur Generalisierung des Täter-Opfer-Konflikts grundlegend *Neumann*, in: Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform*, 1987, S. 225; *ders.* (Fn. 7 – Kritik), S. 95 ff.

einer Straftheorie. Metaphysische Argumentationsmuster sind – so die häufige Kritik – oft Prämissen verhaftet, die auf „ideelle Entitäten“ rekurrieren und mit den „aktuellen Standards der wissenschaftlichen Diskussion“ nicht kompatibel sind.⁴⁸ Die Kritik richtet sich gegen die Trennung von philosophischer Reflexion und gesellschaftlicher Wirklichkeit.⁴⁹ Daraus lässt sich die Notwendigkeit einer Kommunikation mit anderen Wissenschaften, insbesondere den Sozialwissenschaften, ableiten. Die Aufgabe einer Straftheorie besteht darin, die Begründung der Strafe *als soziale Institution* zu untersuchen.⁵⁰ Dass dies mit einer pauschalen Ablehnung von *Kants* oder *Hegels* Philosophie nichts zu tun hat, liegt nahe.

Auf die philosophische Diskussion um ein „nachmetaphysisches Denken“ kann hier nicht näher eingegangen werden.⁵¹ Angenommen wird aber, dass die bereits von *Kant* initiierte „Verselbständigung von Rationalitätskomplexen“⁵² nicht rückgängig zu machen ist und die Materialisierung des transzendentalen Bewusstseins durch Sprache und Handlung ein unhintergebares Kennzeichen modernen Denkens ist, die von der Situierung der Vernunft in Gesellschaft und Geschichte begleitet wird.⁵³ Moralischer, politischer und rechtlicher Diskurs bleiben in diesem Sinne getrennte, interkommunizierbare Sphären, deren Grenzen pragmatisch gezogen werden. Idealistische Modelle, die auf dem Paradigma der Subjektphilosophie verharren und die Strafbegründung in der moralischen Autonomie des Einzelnen suchen,⁵⁴ laufen Ge-

fahr, diese Grenzen zu verwischen.⁵⁵ Nicht die Selbstbehauptung der Subjektivität, sondern die intersubjektive Verständigung gilt als Paradigma menschlicher Rationalität und als Grundlage des Rechts.⁵⁶ Die menschliche Vernunft, die in der kommunikativen Praxis verkörpert wird, ist selbst verantwortlich für die Ausdifferenzierung von verschiedenen diskursiven Bereichen, die eigene Gegenstände haben und Bedingungen erfüllen müssen. Ausgehend hiervon muss der Vorwurfscharakter der Strafe als performativer Akt betrachtet werden: eine Legitimation muss – im Rahmen des Rechtsdiskurses – den Bedingungen mehrerer diskursiver Ansprüche genügen.

2. Historische Kontingenz der Strafe

Die Idee einer Letztbegründung und die Ablehnung jedweden empirischen Inhalts (und empirischer Information) beim Strafbegriff sind mit Prinzipien eines nachmetaphysischen Strafrechts nicht kompatibel.⁵⁷ Fallibilismus und Bewusstsein der Revidierbarkeit jedes Denkens gehören zu den Charakteristika eines nachmetaphysischen Strafrechts. Die empirische Erkenntnis über die Strafe als historische Manifestation kann nicht bloß vom Gerüst ihrer theoretischen Begründung verbannt werden. Demnach erscheinen sowohl das Tadels- als auch das Übelszufügungselement der Strafe als historisch kontingent. Die rechtliche Institution der Strafe wird mit einer sozialen, moralisch und politisch zu legitimierenden Praxis verbunden. Die Androhung und Verhängung von Strafen ist auf die soziale Praxis und deren immanente Legitimation angewiesen.

Aber Tadel und Übelszufügung sind jeweils verschiedenen Arten der historischen Kontingenz ausgesetzt. Anders als der Strafvorwurf lässt sich die Zufügung von Schmerz nicht vollständig kommunikativ erklären.⁵⁸ Sie braucht eine zusätzliche Rechtfertigung.⁵⁹ Der Hinweis auf die Vermittlung eines gerechtfertigten Vorwurfs oder auf gesellschaftliche Konstanz reicht nicht aus.⁶⁰ Es muss gezeigt werden, dass die Zufügung eines Übels das angemessene und gerechte Mittel ist, jene Botschaft zu verkünden.⁶¹ Der Weg, der von der

⁴⁸ Vgl. dazu *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 5), S. 159. Skeptisch gegenüber der Metaphysik-Kritik *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, S. 148 ff.

⁴⁹ In diesem Sinne richtet sie sich nicht gegen die Idee der Metaphysik als Frage nach den ersten Prinzipien menschlicher Erkenntnis oder der Möglichkeit der Ontologie überhaupt, sondern gegen eine unvermittelte Übernahme von Denkmustern, die auf Einsichten in die soziale Wirklichkeit verzichten.

⁵⁰ *Neumann* (Fn. 48), S. 161.

⁵¹ Vgl. *Habermas*, *Nachmetaphysisches Denken*, 1992, S. 18 ff., 35 ff.; *Henrich*, *Konzepte*, 1987, S. 11 ff. Die Polemik zwischen *Habermas* und *Henrich* wird bei *Kahlo* (in: Herzog/Albrecht [Hrsg.], *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, 2010, S. 383 [397 ff.]) verfolgt – mit klarer Entscheidung zugunsten *Henrich* und gegen die Idee eines „nachmetaphysischen Denkens“. Eine Kritik des Verständigungsparadigmas und der diskurstheoretischen Begründung des Rechts bietet *Zaczyk*, in: Siller/Keller (Hrsg.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, 1999, S. 51.

⁵² *Habermas* (Fn. 51), S. 25.

⁵³ Vgl. *Habermas* (Fn. 51), S. 28, 49; *ders.*, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 1988, S. 354.

⁵⁴ Vgl. etwa *E. A. Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 786; *Köhler*, *Der Begriff der Strafe*, 1986; *ders.*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 37 ff.; *Zaczyk*, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, 1981, S. 90 ff.; *ders.*, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 194 ff.; *ders.*, *Strafrechtliches Unrecht und die*

Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 25 ff.; *ders.* (Fn. 51), S. 139; *ders.*, *Der Staat* 50 (2011), 295.

⁵⁵ Vgl. die Kritik von *Günther*, in: Siller/Keller (Fn. 51), S. 141 (149 f.).

⁵⁶ Zur Erschöpfung des Bewusstseinsparadigmas und dessen Ersetzung durch das Verständigungsparadigma vgl. *Habermas* (Fn. 51), S. 346, 361.

⁵⁷ Vgl. aber etwa *Köhler* (Fn. 54 – Begriff), S. 8 f.

⁵⁸ Zur Kritik am Paradigma der Kommunikation im Strafrecht *Puppe*, in: Samson (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, S. 469.

⁵⁹ Vgl. dazu *Pawlik* (Fn. 16), S. 52.

⁶⁰ Vgl. *Pawlik* (Fn. 16), S. 53 f.

⁶¹ Indem *Jakobs* (*Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck*, 2004, S. 29 f.) die Übelszufügung als kognitive Untermauerung der Norm versteht, entgeht er dieser Schwierigkeit mit einem Hinweis auf die Notwendigkeit der Sicherung der Normgeltung: Mit der Zufügung von Schmerz wird gezeigt, dass die Norm trotz der begangenen Tat weiter gilt – dies sei

Missbilligung der Tat zur Übelzufügung führt, ist ein Weg der sozialen Konvention. Ob der Schmerz als Vermittlung jenes Vorwurfs entbehrlich ist, hängt mit Standards der gesellschaftlichen Kommunikation zusammen.⁶² Die Schmerzzufügung lässt sich aber weder unmittelbar aus dem tadelnden Charakter der Strafe herleiten noch legitimieren.⁶³ Natürlich sind auch jene Standards der gesellschaftlichen Kommunikation Gegenstand der moralischen und der rechtlichen Kritik. Dabei ist wichtig zu betonen, dass die Übelzufügung sich nicht ausschließlich in Verbindung mit präventiven Zwecken legitimieren lässt, sondern sie muss innerhalb des retributiven Gedankens selbst lokalisiert und aus diesem Standpunkt in Frage gestellt werden.

3. Metaphysik als Kritik des Rechts?

Gegen das Motiv einer Überwindung der Metaphysik spricht noch der Gedanke, nur durch eine metaphysische Begründung sei möglich, das Recht von der Willkür von Machtverhältnissen zu unterscheiden und zu schützen.⁶⁴ Der Prozess der Verabschiedung der Metaphysik im Recht sei auch der Prozess der „Verpolizeilichung“ des Rechts, der Verwischung der Grenzen zwischen Polizei und Recht und der dementsprechenden Beseitigung der Idee der Gerechtigkeit zugunsten des Zweckgedankens.⁶⁵ Naucke zufolge ist die Verabschiedung der Metaphysik vom Strafrecht bereits im Gang und führt zur Verwandlung des Rechts in bloße Manifestation von Macht. Metaphysik des Rechts wird hier dennoch nicht im Sinne der traditionellen Metaphysik gemeint, sondern bedeutet, dass es einen Kern des Strafrechts gibt, der nicht der politischen Macht zur Verfügung steht.⁶⁶

Eine grenzenlose Ausweitung des Strafrechts im Namen des Präventionsgedankens ist unschwer feststellbar. Der Gedanke einer Metaphysik des Rechts als Kritik der Preisgabe des Rechts durch Machtverhältnisse ist also berechtigt. Er führt zum Programm eines negativen Strafrechts.⁶⁷ Dieses Programm möchte ich mir schließlich zu Eigen machen; es lässt sich in das hier dargelegte Modell problemlos übersetzen.

der Zweck der Strafe. Diese Strategie ergibt Sinn in einem präventiven Modell, das den Rückgriff auf eine moralische Begründung der Retribution ablehnt und sich auf die Idee der Normgeltung konzentriert. Damit bleiben aber die oberen Grenzen der Übelzufügung zu weit offen; die kognitive Sicherung der Norm hat mit beliebiger sozialer Notwendigkeit, nicht mit dem Ergebnis einer rationalen rechtlich-moralischen Argumentationspraxis zu tun.

⁶² Vgl. Hörnle (Fn. 5), S. 42 f.

⁶³ Vgl. Günther, in: Prittwitz u.a. (Fn. 3), S. 205 (219).

⁶⁴ Naucke (Fn. 27), S. 65 f.

⁶⁵ Naucke, in: Naucke (Fn. 27), S. 379.

⁶⁶ Naucke (Fn. 27), S. 66 f. Vgl. dazu Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 18 ff.

⁶⁷ Naucke, in: Greco/Martins (Hrsg.), Direito Penal como crítica da pena, Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. aniversário em 2 de setembro de 2012 (= Festschrift für Juarez Tavares zum 70. Geburtstag), 2012, S. 473. Vgl. Bung (Fn. 66), S. 25.

Gemeint ist damit, dass eine differenzierte Begründung des Strafrechts durch moralische, rechtliche und politische Elemente nicht nur zur Verschränkung dieser Diskurse führt, sondern auch und vor allem zu gegenseitigen Einschränkungen. Moralische Regeln beschränken etwa den Dispositionsraum des auch an Zwecken der sozialen Selbstorganisation orientierten politischen Diskurses. Dass Diskurse, rationale argumentative Praxis zur Lösung von Krisen bezüglich lebensweltlicher Überzeugungen, sich nicht mit der Beliebigkeit von Machtentscheidungen identifizieren, muss nicht betont werden.

Der Gedanke eines moralisch informierten rechtlichen Strafvorwurfs führt genau so wie das Modell eines metaphysischen Strafrechts zu einer Güterhierarchie und zu einer Begrenzung der Strafe auf wenige, Tadel verdienende Delikte.⁶⁸ Der moralische (aber auch der rechtliche) Diskurs limitiert die Liste dieser Taten. Noch einmal: Der Inhalt des Strafvorwurfs kann nur in Zusammenarbeit mit einer Kriminalisierungstheorie, mit dem Gedanken eines materiellen Verbrechensbegriffs und einer demokratisch verstandenen Rechtsgutstheorie bestimmt werden.

Es ist wahr, dass der konkrete Inhalt des Tadels sozial variabel ist; so ist es auch bei der Moral, die gesellschaftsimmanent begriffen wird. Es ist durchaus möglich, dass eine aufgeklärte Moral den Inhalt des Tadels in vielen Konstellationen zum Verschwinden bringt, sogar die Idee eines Strafvorwurfs oder zumindest der Zufügung von Schmerz als Medium der Kommunikation dieses Vorwurfs ganz ablehnt. Dieses Ergebnis wird den politischen und erst recht den Rechtsdiskurs irritieren und allmählich transformieren. Seine praktische Umsetzung ist eine Frage der politischen Durchsetzung von Vernunft.

VI. Fazit

Ich fasse die Ergebnisse der vorliegenden Reflexion zusammen:

1. Die Strafe lässt sich nur unter Rückgriff auf ihren retributiven Charakter erklären. Dieser besteht nicht nur in einer formellen Reaktion auf den Verstoß gegen ein Strafgesetz, sondern in einem materiellen Vorwurf, gegen das legitim erzeugte Strafgesetz verstoßen zu haben.

2. Die Legitimität dieses Vorwurfs hängt unmittelbar mit der Legitimität des Strafgesetzes zusammen; die Kehrseite einer jeden Straftheorie ist also eine Kriminalisierungstheorie.

3. Der Vorwurf, der mit der Strafe ausgedrückt wird, ist ein rechtlicher Tadel, der sich jedoch ohne den Rekurs auf die moralische Praxis weder rechtfertigen noch vollständig erklären lässt. Aufgabe und Errungenschaft einer Tadelstheorie wie derjenigen, die v. Hirsch vertritt, ist es, diesen moralischen Hinweis explizit zu machen.

4. Legitimität gewinnt die kommunikative Botschaft der Strafe allerdings nur im Zusammenhang mit dem demokratischen Prozess der Normenproduktion; sie ist auf die Legitimität dieses Prozesses angewiesen.

⁶⁸ Naucke (Fn. 27), S. 76.

5. Es handelt sich in der Strafdiskussion vor allem um eine Grenzdefinition des rechtlichen, moralischen und politischen Diskurses: Eine Straftheorie muss im Rahmen eines Rechtsdiskurses – mit dem Hinweis auf seine Institutionalisierung – begründet werden.

6. Der nachmetaphysische Charakter des Strafrechts besteht unter anderem in dem Verzicht auf Letztbegründungen; im Abstellen auf eine normative Praxis des Austausches von Gründen als Bedingung seiner Legitimation; in der Anerkennung der Ausdifferenzierung von verschiedenen sozialen Diskursen, die zu dieser Legitimation beitragen.

7. Die reaktive Funktion der Strafe gehört zu unserem moralischen und rechtlichen Selbstverständnis als verantwortliche Akteure.

8. Sowohl der konkrete inhaltliche moralische Vorwurf, der mit der Strafe impliziert wird, als auch seine Intensität sind ein Produkt historischer Kontingenz.

9. Die Übelszufügung als Element der Strafe, die auch historisch kontingent ist, lässt sich nicht nur präventiv rechtfertigen, sondern muss im Zusammenhang mit dem Tadels-element und seinem kommunikativen Bedürfnis bestimmt werden.

10. Konsequenterweise sollte die Anerkennung eines moralischen Kerns des rechtlichen Straftadels zu einer radikalen Einschränkung der Strafverbote führen.

Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung

Von Dr. Georgios Giannoulis, LL.M., Frankfurt a.M.*

I. Einleitung

Andreas v. Hirsch gehört zu den wenigen Strafrechtlern und Rechtstheoretikern, die in den letzten Jahrzehnten den Bereich der Strafzumessung auf internationaler Ebene geprägt haben. Ein erheblicher Teil seines Werkes ist von einem mühevollen Kampf um ein rationales und zugleich humanes Strafzumessungsrecht gekennzeichnet. Sowohl mit der Common-Law-Tradition als auch mit dem kontinentaleuropäischen Rechtsdenken vertraut, hat er sich zu einem idealen Vermittler zwischen der angelsächsischen und der deutschen Strafrechtslehre entwickelt.

Trotz der zunehmenden Rationalitätsbemühungen des strafrechtlichen Sanktionenrechts hat sich bisher die Handhabung der Vorstrafenproblematik als die Crux der Strafzumessung erwiesen. Wiederholt wurde dieser umstrittene Strafzumessungsfaktor zu einem Instrument rechtspopulistischer Kriminalpolitik degradiert. Eine derartige institutionelle Missdeutung des staatlichen Umgangs mit vorbestraften Tätern lässt sich etwa hinter dem kalifornischen „Three-Strike-Law“¹ erblicken: „Three strikes and you're out“, bzw. zwei Vorstrafen für schwere Delikte und dann [...], lebenslange Freiheitsstrafe bei einer weiteren Verurteilung.

Gleichzeitig lässt sich aber eine umgekehrte Tendenz identifizieren, welche die Vorstrafen aus dem Blickwinkel einer toleranten Strafzumessungspolitik sowie eines liberalen Bürger-Staat-Verhältnisses betrachtet. Das Modell,² das *v. Hirsch* für die strafrechtliche Verwertung der Vorstrafen vertritt, ist ohne Zweifel durch Toleranz gekennzeichnet;

darüber hinaus ist es ein intelligentes, dogmatisch raffiniertes Konzept. Es handelt sich um das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung (progressive-loss-of-mitigation model [im Folgenden: PLM-Modell]).³ Nach dem PLM-Modell ist zwar die strafscharfende Wirkung der Rückfälligkeit ausgeschlossen, dennoch wird dem Ersttäter ein allmählich abnehmender Strafrabatt eingeräumt. Der Ersttäter soll demgemäß einen Strafnachlass bekommen, der aber graduell abnimmt, sodass nach einer bestimmten Anzahl wiederholter Straffälligkeit die (tatschuldangemessene) Normalstrafe zu verhängen ist. Wird diese Obergrenze z.B. nach drei Verurteilungen erreicht, dann haben Vorstrafen keine Bedeutung mehr; die vierte Straftat des Täters ist – unter dem Aspekt der Vorstrafenbelastung – nicht anders als seine zehnte zu behandeln.

Das PLM-Modell ist in anderen Rechtsordnungen ziemlich einflussreich, indem es die Lehre,⁴ die Rechtsprechung⁵ und die Gesetzgebung⁶ beeinflusst hat, während es in Deutsch-

* Der Verf. ist Habilitand am Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt a.M., Lehrbeauftragter für griechisches Strafrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. und Lehrbeauftragter für Strafrecht an der Pantion-Universität Athen (Postgraduierten-Programm „Rechtskultur“)

¹ Der Ausdruck kommt aus der Sprache des Baseballs. Dem Schlagmann (batter) sind zwei Fehlversuche (strikes) erlaubt. Nach dem dritten „strike“ muss er das Spielfeld verlassen. Zur ganzen Problematik siehe *Köstler-Loewe*, Strafrecht US-Style: „Three Strikes and You're Out!“, Baseball, Rückfall und Kriminalpolitik?, 2008, passim. Der Anwendungsbereich des kalifornischen „Drei-Verstöße-Gesetzes“ wurde allerdings im November 2012 dadurch eingegrenzt, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe grundsätzlich nur dann verhängt wird, wenn es sich beim dritten „Verstoß“ um ein schweres oder gewalttätiges Delikt handelt.

² „Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts“ siehe den gleichnamigen Beitrag von *Neumann*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 435; vgl. auch *Kaiafa-Gbandi*, in: Kourakis (Hrsg.), Gedächtnisschrift für N. Chorafas, H. Gafos, K. Gardikas, Bd. 1, 1986, S. 25 (46) (in griechischer Sprache), die vom *Modell* des „ehrbaren Vorlebens“ spricht (Art. 84 § 2a grStGB).

³ Dazu siehe *v. Hirsch*, in: Schulz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin zum 75. Geburtstag, 2012, S. 149 (155 ff.); *ders.*, in: Roberts/*v. Hirsch* (Hrsg.), Previous Convictions at Sentencing, 2010, S. 1 (7 ff.); *ders.*, in: *v. Hirsch/Ashworth/Roberts* (Hrsg.), Principled Sentencing, 3. Aufl. 2009, S. 158; *ders.*, in: Frisch/*v. Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 47 (72 ff.); *ders.*, Past and Future Crimes, 1985, S. 81 ff.; *ders.*, Minnesota Law Review 65 (1981), 591 (613 ff.).

⁴ *Asp*, in: Roberts/*v. Hirsch* (Fn. 3), S. 207 (222 f.); *Ashworth*, in: Frisch/*v. Hirsch/Albrecht* (Fn. 3), S. 83 (91 f.); *Duff*, Punishment, Communication, and Community, 2003, S. 168 f.; *v. Hirsch/Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991, S. 60 ff.; *Wasik*, in: Wasik/Pease (Hrsg.), Sentencing Reform, Guidance or Guidelines?, 1987, S. 105 (118); zur Idee einer allmählich abnehmenden Strafmilderung siehe bereits *Thomas*, Principles of Sentencing, 2. Aufl. 1979, S. 41, 197 ff.; zur Mithberücksichtigung und ausführlichen Darstellung des PLM-Modells in aktuellen englischen Lehrbüchern des Strafzumessungsrechts siehe ferner *Piper/Easton*, Sentencing and Punishment, 3. Aufl. 2012, S. 83 ff.; *Ashworth*, Sentencing and Criminal Justice, 5. Aufl. 2010, S. 201 ff.

⁵ Vgl. die Rezeption des PLM-Modells durch das Court of Appeal of England and Wales im Fall „R v. Queen“ (1981) 3 Cr App R (S) 245; auch vor der Herausarbeitung des PLM-Modells durch die Lehre wurde es von der engl. Rspr. bereits über Jahrzehnte praktiziert; dazu siehe Ireland, Law Reform Commission, Consultation Paper on Sentencing, 1993, S. 156 m. Fn. 14, unter Verweis auf *Wasik* (Fn. 4), S. 123, und *Walker*, Sentencing Theory, Law and Practice, 1985, S. 441. Zu einer mit dem PLM-Modell übereinstimmenden Interpretation der Rspr. in Südastralien vgl. *Daunten-Fear*, The Adelaide Law Review 7 (1980), 41 (50 f.).

⁶ Vgl. den 1991 Criminal Justice Act in England and Wales, Section 29 (I), aktualisiert durch den 1993 Act, jedoch durch den 2003 Act (Section 143 [2]) praktisch aufgehoben; vgl. auch den Sentencing Act 1995 in Western Australia (Part 2, Division 1, Section 7 [2b]).

land bislang grundsätzlich folgenlos geblieben ist.⁷ Der Ansatz von v. Hirsch verdient m.E. auch im Rahmen der deutschen Strafzumessung besondere Aufmerksamkeit, zumal jetzt, wo das deutsche Strafzumessungsrecht endlich die Phase einer zunehmenden Verwissenschaftlichung erreicht hat.⁸ Dass Strafzumessungsrechtler aus Common-Law-Ländern die Handhabung der Vorstrafen nicht dem Richter und der Einzelfallgerechtigkeit überlassen wollen, sondern gerade für diesen Umstand⁹ der Strafzumessung eine durchdachte Dogmatik entwickelt haben, sollte die „Heimat“ der Strafrechtsdogmatik alarmieren.

Der vorliegende Beitrag verfolgt drei Ziele: Das erste Anliegen dieses Aufsatzes liegt in der Stärkung der Verteidigungslinien des PLM-Modells durch weitere Argumente und in der Abschwächung vorhandener bzw. denkbarer Gegenargumente und Alternativen. Das zweite Ziel der Untersuchung

⁷ Zur Nichtberücksichtigung des PLM-Modells in den deutschen Lehrbüchern des Strafzumessungsrechts siehe *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 639 Fn. 2316, erwähnt zwar im Rahmen einer Fußnote, dass Vertreter der Tatproportionalität wie *Ashworth* und v. *Hirsch* Ersttäter-Strafmilderungen bejahen, was jedoch nur einen Teilaspekt des PLM-Modells ausmacht. Eine Auseinandersetzung mit dem PLM-Modell findet man hingegen bei *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 164 ff., die allerdings die damalige Begründung des Modells ablehnte. Andere Rechtfertigungsansätze für das PLM-Modell sind aber durchaus denkbar und neuerdings hat v. *Hirsch* seinen ursprünglichen Ansatz überarbeitet und ergänzt (siehe unten II. 2. a), b) und c); zur unberechtigten Kritik am PLM-Modell von einem Teil der deutschen (Strafzumessungs-)Lehre vgl. einerseits *Reichert*, Intersubjektivität über Strafzumessungsrichtlinien, 1999, S. 155 f.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 892 Fn. 39, und andererseits unten II. 2. e).

⁸ Zur dogmatischen Verwissenschaftlichung des Strafzumessungsrechts siehe *Sonnen*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1007; *Silva Sánchez*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 625; *Grosse-Wilde*, HRSS 2009, 363; *Jäger*, in: Jung/Luxenburger/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 297; *Hörnle* (Fn. 7), passim; *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992, passim; *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349; *ders.*, ZStW 99 (1987), 751.

⁹ Im Folgenden wird von diesem Terminus wegen seiner Erwähnung in § 46 StGB und seiner breiten Akzeptanz in der Strafzumessungslehre und -praxis Gebrauch gemacht; das ändert natürlich an seiner Bedenklichkeit nichts; dazu siehe *Hettinger*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1153 (1155 f. Fn. 11, 1169 Fn. 87).

beruht in der Verknüpfung des PLM-Modells mit der deutschen Rechtslage und den Besonderheiten des deutschen Strafzumessungsdialogs, z.B. mit dem § 176a Abs. 1 StGB und der Rechtsfigur des normativen Normalfalls. Ein dritter hervorzuhebender Punkt besteht in der verblüffenden Feststellung, dass viele Gesichtspunkte der angelsächsischen Diskussion um die Vorstrafenbelastung auch innerhalb der deutschen Dogmatik in derselben Form zu finden sind, obwohl sie eigenständig – d.h. vom angelsächsischen Dialog unabhängig – formuliert wurden.

II. Die Rechtfertigung des PLM-Modells

Das PLM-Modell ist sowohl auf der Basis einer negativen als auch einer positiven Argumentationsstrategie zu begründen. Als negativ kann man eine argumentative Vorgehensweise bezeichnen, welche die Schlüssigkeit des PLM-Modells indirekt aus dem Ausschluss der Alternativen – im Sinne einer *reductio ad absurdum*¹⁰ – herleitet. Eine positive Begründung des PLM-Modells fokussiert hingegen auf die Argumente, die selbständig für die Tragfähigkeit dieses Modells sprechen und seine Vorteile zur Geltung bringen.

1. Negative Rechtfertigung: Der Ausschluss von drei Alternativen

Im Kontext der negativen Rechtfertigung des PLM-Modells stellt man fest, dass v. *Hirsch* neuerdings zwei denkbare Alternativen in Betracht gezogen hat:¹¹ Die erste Alternative sieht v. *Hirsch* in den Ansätzen von *Roberts*¹² und *Lee*¹³, die von einer strafscharfenden Wirkung der Rückfälligkeit ausgehen. Für eine zweite Alternative hält v. *Hirsch* einen Ansatz, der die Berücksichtigung der Vorstrafen (und der Straffreiheit) aus der Strafzumessung ausschließt.¹⁴ Die Kritik von v. *Hirsch* konzentriert sich auf die erste Alternative, während die zweite lediglich erwähnt wird. Eine dritte Alternative liegt in der Beschränkung der Strafmilderung auf die Ersttäterschaft.¹⁵

a) Rückfallschärfungen (*recidivist sentencing premium*)

aa) Schuldsteigernde Rückfälligkeit?

Roberts hat eine schuldbasierte Erklärung für die strafscharfende Berücksichtigung der Rückfälligkeit vorgeschlagen.¹⁶ Der Rückfall erhöhe die Täterschuld, weil die Vorbestrafung des Täters diesen zum Tatzeitpunkt in die mentale Lage des Bewusstseins seines früheren rechtlichen Tadels versetzt habe bzw. versetzt haben sollte. Zwischen Vorstrafen und

¹⁰ Zur *reductio ad absurdum* in der Jurisprudenz siehe *Diederichsen*, in: Paulus (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 155.

¹¹ v. *Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 153 f.

¹² Siehe unten II. 1. a) aa).

¹³ Siehe unten II. 1. a) bb) (2).

¹⁴ Siehe unten II. 1. b).

¹⁵ Siehe unten II. 1. c).

¹⁶ *Roberts*, in: v. *Hirsch*/Ashworth/Roberts (Fn. 3), S. 148 (152 ff.); für eine Schuldserhöhung auch *MacPherson*, *Queen's Law Journal* 28 (2002), 177 (197 ff.).

Vorbedacht (premeditation) bestehe eine strukturelle Ähnlichkeit, was den Mentalzustand des Täters betreffe. v. Hirsch hat diese Analogie aber zu Recht bestritten. Denn Vorbedacht impliziert einen Mentalzustand, in dem der Täter etwas bezweckt bzw. plant. Jedoch wird der typische Rückfalltäter nicht unbedingt durch ein solches Motiv bewegt. Vielmehr ist Rückfälligkeit – insbesondere im Bereich der Bagatelldelinquenz – in der Regel durch Impulsivität gekennzeichnet.¹⁷ Der Kritik von v. Hirsch ist hinzuzufügen, dass der Rückgriff auf das Bewusstsein des früheren Tadels für eine Strafschärfung bei nicht einschlägig vorbestraften Tätern fragwürdig erscheint. Außerdem kann der Aspekt des Vorbedachts (im Sinne von Tatplanung) fahrlässige Rückfalltäter nicht erfassen. Wenn schließlich ein vorbestrafter Täter eine *vorbedachte* Tat nicht nur im Sinne des aktuellen Bewusstseins des früheren Tadels, sondern auch im Sinne von minutiöser Tatplanung begeht, dann sollte er nach dem Ansatz von Roberts mit einer doppelten Strafschärfung wegen „vorbedachten Vorbedachts“ rechnen, was absurd scheint.

Für die deutsche Strafzumessungsdogmatik stellt der Ansatz von Roberts kein novum dar. Vielmehr scheint die schuld erhöhende Heranziehung der Vorstrafen insgesamt die h.M. zu bilden, auch wenn sich kleinere Differenzierungen zwischen den verschiedenen Ansätzen feststellen lassen: z.B. erhöhte Vermeidemacht aufgrund der Warnungsfunktion von früheren Verurteilungen bzw. Schulderhöhung wegen Überwindung von Hemmschwellen,¹⁸ vermehrte verbrecherische Energie,¹⁹ geschärfte Verbotskenntnis²⁰ etc.

Die obigen Annahmen wurden dennoch aus empirischer Sicht alles andere als bestätigt: so wird in vielen Fällen die angeblich gesteigerte Vermeidemacht, die aus der bereits gemachten Erfahrung des Täters mit dem Strafapparat resultiert, nicht nur durch die Impulsivität des Täters relativiert, sondern auch durch Willensschwäche oder Persönlichkeitsdefekte neutralisiert.²¹ Würde außerdem die Erfahrung des Täters mit dem Sanktionsapparat eine qualifizierte Fähigkeit zur Normbefolgung bewirken, dann sollte man eine erhöhte – strafschärfende – Vermeidemacht auch für weitere Personen annehmen, welche dieselbe Erfahrung geteilt haben (Prozessbeteiligte, Justizangestellte, Journalisten usw.), was schwer

akzeptabel scheint.²² Dazu kommt, dass, wenn der „Vorbedacht“ bzw. die kriminelle Energie des Täters keine eindeutige Manifestierung in der Außenwelt aufweisen (z.B. Beobachtung der Gewohnheiten des Opfers),²³ es nahe liegt, dass der Staat nicht nur die tätig-entschlossene Beeinträchtigung der rechtlich-äußeren Freiheit anderer bestraft,²⁴ sondern auch eine moralisierende Sanktionspolitik innerer Einstellungen betreibt. Die Oktroyierung der Gesinnung ist bekanntermaßen keine legitime Aufgabe des Strafrechts.²⁵ Cogitationis poenam nemo patitur.

Gravierend ist schließlich folgender Einwand: Die Schuld kann zwar ausgeschlossen oder gemindert werden, aber die umgekehrte Annahme einer Schulderhöhung lässt sich nicht ohne weiteres vertreten: „Über das volle Können hinaus ist eine Abstufung der Schuld nach oben schwer möglich.“²⁶ Analog zum Deliktsaufbau entfaltet die Schuld in der Strafzumessung eine Begrenzungsfunktion, indem sie die in Betracht kommenden Strafzumessungsumstände wie ein „Sieb“²⁷ filtert. Die Berücksichtigung von Strafzumessungsumständen

²² Frisch, ZStW 99 (1987), 751 (774); Mir Puig, ZStW 86 (1974), 175 (202).

²³ Dazu Hörnle (Fn. 19), S. 121; dies., JZ 1999, 1080 (1089).

²⁴ So treffend Köhler, NJW 1985, 2389 (2390); in die Richtung auch Berger, Das Gesinnungsmoment im Strafrecht, 2008, S. 192, die auf „eine nach außen erkennbare Handlungsform“ abstellt.

²⁵ An diesen Bedenken ändert die Erwähnung der Gesinnung, die aus der Tat spricht, in § 46 Abs. 2 StGB nichts. Die Verdrängung bzw. Ergänzung der Schuld durch Gesinnungsmerkmale (dazu etwa Gallas, ZStW 67 [1955], 1 [45 f.]; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 172) entstammen einem obsoleten – z.T. nationalsozialistischen – Schuldverständnis und sollten deshalb in einem liberalen Strafrecht keinen Platz mehr haben. Zu Recht fordert also Hörnle die Streichung der Gesinnung aus § 46 Abs. 2 StGB; dies. (Fn. 19), S. 120 f.; dies., JZ 1999, 1080 (1088).

²⁶ Androulakis, ZStW 82 (1970), 492 (508); ebenso Frisch, ZStW 99 (1987), 349 (382); ders., in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 237 (242); Erhard (Fn. 8), S. 161, 166 ff.; Hörnle (Fn. 7), S. 152 ff., 328 f.; dies., JZ 1999, 1080 (1084, 1086 f.); Horn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lfg., Stand: Januar 2001, § 46 Rn. 42; vgl. auch die interessante Bemerkung von Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, Bd. 1, Vor § 13 Rn. 7, der zufolge die Schuld der Objektsprache angehöre und der Schwere nach graduierbar sei, während die Vorwerfbarkeit ein metasprachlicher (nicht steigerungsfähiger) Ausdruck sei; zustimmend Grosse-Wilde, HRRS 2009, 363 (371). Nach der hier vertretenen Ansicht stellt zwar die Schuld einen komparativen Begriff (Ordnungsbegriff) dar, jedoch ist sie nur begrenzt graduierbar, d.h. nur „nach unten“, in der Form von Schuld minderungen; zu den komparativen Begriffen siehe Mylonopoulos, Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht, 1998, S. 29 ff.

²⁷ Die Metapher bei Horn (Fn. 26), § 46 Rn. 41.

¹⁷ v. Hirsch (Fn. 3 – FS Roxin), S. 153; ders. (Fn. 3 – Roberts/v. Hirsch), S. 5.

¹⁸ Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. 1974, S. 581; Horstkotte, JZ 1970, 152 (153); Jescheck/Weigend (Fn. 7), S. 892 f.; BVerfGE 50, 125 (134).

¹⁹ Horstkotte, JZ 1970, 152 (153); BVerfGE 50, 125 (134); krit. Hörnle, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Fn. 3), S. 99 (121); Erhard (Fn. 8), S. 255 ff.; Walter, GA 1985, 197.

²⁰ Hillenkamp, GA 1974, 208 (215); Hacker/Hoffmann, JR 2007, 452 (453): „Umkehrschluss aus § 17 StGB“; ähnlich Meier (Fn. 7), S. 181 f.

²¹ Kunz, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 135 (142 f.); Frisch, ZStW 99 (1987), 751 (774); Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S. 16.

auf der Basis der Schuld ist deshalb nur insoweit möglich, als sie Milderungsgründe darstellen.²⁸ Diese These lässt offensichtlich einer schulderhöhenden Berücksichtigung der Vorstrafenbelastung kaum Platz.²⁹

bb) Unrechtssteigernde Rückfälligkeit?

(1) Die Kritik an der Annahme einer schulderhöhenden Rückfälligkeit hat die Frage aufgeworfen, ob der steigerungsfähige Unrechtsbegriff³⁰ zum Ausgangspunkt von Strafschärfungen für Vorbestrafte erhoben werden könnte. Dieser dogmatische (Um-)Weg hat sich aber bisher als ebenso steinig erwiesen wie der Ansatz der Schulderhöhung. Auf der Ebene des Handlungsunrechts³¹ leuchtet es nämlich nicht ein, weshalb die aus der Opferperspektive wahrnehmbare Tatbegehung eines mehrfach vorbestraften Diebes schädlicher ist als die eines Ersttäters. Denn die Vorstrafen – ein Datum aus der Vergangenheit – haben offenbar mit der erneuten Tatbegehung, mit der Art und Weise der Tatausführung, nichts zu tun. Ebenso wenig wird das Erfolgsunrecht durch die Vorbestrafung des Täters modifiziert. Die Rechtsgutsverletzung, die ein Opfer durch einen vorbestraften Dieb erleidet, ist mit der Rechtsgutsverletzung, die ein nicht vorbestrafter Dieb verursacht, identisch, falls Schadenssumme und Tatausführung nicht divergieren. Weder das Eigentum noch der Besitz des Opfers werden in beiden Fällen unterschiedlich tangiert.

Auch die Suche nach einer dogmatischen Zuflucht der strafschärfenden Rückfälligkeit auf einen ideellen Unrechtsbegriff, der am Ausmaß der Rechtsfriedensstörung gemessen wird,³² scheint nicht einwandfrei. Eine derartige kollektivistische

Öffnung des Unrechtsbegriffs kann zumindest bei Delikten gegen individuelle Rechtsgüter nicht überzeugen. Die absolute Emanzipation des Unrechts sowohl von der Opferperspektive als auch von der Empirie³³ und die Verlagerung des Schwerpunkts auf den Bereich der reinen Symbolik hat die Verflüssigung des Unrechtsbegriffs und der Rechtsgutstheorie zur Folge. Während die Quantifizierbarkeit von „fassbaren“ Variablen das Maß für die Strafzumessung bildet, scheint das jeweilige Ausmaß der Rechtsfriedensstörung schwer messbar zu sein. Der Ansatz der Rechtsfriedensstörung begünstigt außerdem zirkuläre Herleitungen von unrechtsschärfenden Strafzumessungsumständen. Ohne dass man ein zirkuläres Vorverständnis auf die Antwort projiziert, kann man in der Tat die Frage nicht sinnvoll beantworten, warum nur die Vorstrafen zur Rechtsfriedensstörung beitragen, während frühere Verfahrenseinstellungen und unsittliches, rechtsfeindliches Vorleben³⁴ den Rechtsfrieden unerschüttert lassen. Solange man sich ausschließlich auf der Ebene der Symbolik bewegt und dem Unrechtsbegriff keine bodenständigen Konturen verleiht, degradiert man das Unrecht zu einer Auffangkategorie. Führt man dem ideellen Unrechtsbegriff keine eingrenzenden Zusatzprämissen hinzu, dann sind letztendlich die Abgrenzungsschwierigkeiten zu entsprechenden generalpräventiven Ansätzen schwer zu erkennen. Diese Überschneidungen mit dem Terrain der Prävention unterstreichen die Distanzierung des ideellen Unrechtsbegriffs von den Schranken der Tatschuld und weisen

²⁸ Hörnle, JZ 1999, 1080 (1084).

²⁹ Vgl. ferner den Vorwurf von Reichert (Fn. 7), S. 159 f., dass die schulderhöhende Berücksichtigung der Vorstrafen mit der Strafmilderung in Widerspruch gerate, die das Institut der Gesamtstrafe vorsehe; zu dieser „Paradoxie“ vgl. auch Reitz, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 137 (138).

³⁰ Dazu Frisch (Fn. 26 – FS Müller-Dietz), S. 251; Bruns (Fn. 18), S. 394; vgl. aber v. Beling, Die Vergeltungsidee, 1908, S. 6, der auf den klassifikatorischen Charakter der Rechtswidrigkeit hinweist. Dieser Meinung ist insofern zuzustimmen, als die Rechtswidrigkeitsprüfung in der Verbrechenslehre einem binären Schema (ja-nein) folgt. In der Strafzumessung ist hingegen einleuchtend, dass der entsprechende Begriff (das Unrecht) graduierbar ist. In diesem Zusammenhang bemerkt Hörnle (Fn. 7), S. 196 Fn. 4 (unter Verweis auf Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 88 ff.), dass in der Wissenschaftstheorie ein Ordnungsbegriff die Funktionen eines Klassenbegriffs tragen könne; vgl. auch Puppe (Fn. 26), Vor § 13 Rn. 16, die den metasprachlichen Charakter der Rechtswidrigkeit betont, der gegen die Abstufbarkeit dieses Begriffs spreche; im Gegensatz dazu sei das der Objektsprache angehörende Unrecht graduierbar.

³¹ Für eine Erhöhung des Handlungsunwerts BGHSt 25, 64; OLG Oldenburg, Beschl. v. 5.6.2008 – Ss 187/08 = StraFo 2008, 297.

³² So Frisch, ZStW 99 (1987), 349 (379); ders. (Fn. 26 – FS Müller-Dietz), S. 253 f.; ebenso Montenbruck, Abwägung

und Umwertung, 1989, S. 76 ff.; Streng, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Fn. 3), S. 129 (137); Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 92 ff.; Jakobs, in: Joecks u.a. (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 43 (48, 51, 54 Fn. 48); vgl. auch Silva Sánchez, InDret 2/2007, 1 (11); ders. (Fn. 8), S. 633, der versucht, den Kampf zwischen einem empiristisch-viktimologischen und einem ideell-kommunikativen Unrechtsbegriff durch den Begriff eines realen Unrechts zu schlichten.

³³ Auf die Rolle der Opferperspektive und der in der Außenwelt manifestierten Bedrohlichkeit der Tat für die Konkretisierung des Handlungsunrechts hat Hörnle mit besonderem Nachdruck und überzeugender Argumentation hingewiesen; siehe dazu Hörnle (Fn. 7), S. 217 ff., 276; dies., JZ 1999, 1080 (1089).

³⁴ Nach dem Vorverständnis von Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, 226 f., sind an sich rechtmäßige, aber sittlich anstößige frühere Handlungen „als Anzeichen erhöhter Rechtsfeindlichkeit oder verbrecherischer Energie“ zumessungsrelevant, während Frisch, ZStW 99 (1987), 751 (771), dieses Vorverständnis nicht teilt. Frisch (Fn. 26 – FS Müller-Dietz), S. 253, 257 f., argumentiert ferner auf der Basis der Rechtsfriedensstörung für die Berücksichtigungsfähigkeit der Rückfälligkeit in der Strafzumessung, wobei er der Strafzumessungsrelevanz früherer Verfahrenseinstellungen kritisch gegenüber steht (Frisch, ZStW 99 [1987], 751 [773]), während Bruns (a.a.O.) nicht nur abgeurteilte Vortaten, sondern auch Verfahrenseinstellungen und sogar frühere Freisprüche für zumessungserheblich erklärt.

auf die Notwendigkeit einer näheren Herausarbeitung des ganzen Ansatzes hin.

(2) Ein dogmatisch geschickter Ansatz für die strafscharfende Bewertung der Rückfälligkeit wurde neuerdings von *Y. Lee* entwickelt, der an den Unterlassungsdelikten orientiert ist.³⁵ Nach *Lee* verpflichte der in der Sanktion verkörperte Tadel den Täter, sein Leben entsprechend umzugestalten, sodass er nicht mehr in die Versuchung kommt, wieder straffällig zu werden. Wird der Täter erneut rückfällig, dann begeht er, so *Lee*, eine vorwerfbare Unterlassung von normativ erwarteten Bemühungen um ein „neues“, rechtstreuendes Leben. *v. Hirsch* hat indessen eingewandt, dass *Lees* Modell die Rückfälligkeit auch dann strafscharfend heranzieht, wenn der Täter ernsthafte Maßnahmen ergriffen hat, um „verführerische“ Situationen zu meiden.³⁶ Wird *vice versa* der Täter nicht rückfällig, ohne aber die erforderlichen lebensändernden Maßnahmen getroffen zu haben, dann trägt er überhaupt keine Konsequenz für seine Unterlassung. Würde hingegen ein Täter im Rahmen des vergleichbaren (*scil.* ebenso zur Lebensänderung mahnenden) Instituts der Bewährungsstrafe seine Rückfallwahrscheinlichkeit nicht reduzieren, dann sollte er mit den entsprechenden Folgen rechnen (*z.B.* schärfere Weisungen bzw. Auflagen, Bewährungswiderruf), auch wenn er nicht unbedingt rückfällig geworden wäre.³⁷ Außerdem bleibt im Ansatz von *Lee* – anders als in der klassischen Unterlassungsdogmatik – das Unrecht der Unterlassung eines Rückfalltäters schwer konkretisierbar; anders gesagt: Das Umfeld der relevanten Pflichten für die Ausschaltung von „verbrecherischen“ Versuchungen wurde bislang von *Lee* nicht hinreichend konturiert.³⁸ Den bisherigen Einwänden kann man schließlich hinzufügen, dass bei vielen Rückfalltätern bereits die physisch-reale Möglichkeit der zur Erfolgsabwendung erforderlichen Handlung (*scil.* der rechtstreuen Lebensumgestaltung) als Element der Unterlassung unter Umständen zu verneinen ist; *z.B.* bei marginalisierten Tätern, die in kriminogenen Strukturen aufgewachsen sind; bei Drogenabhängigen, Obdachlosen und Tätern, die aus Hungernot Bagatelldiebstähle begehen.

Lee versucht zwar den meisten Vorbehalten gegen seinen Ansatz durch die Einführung einer widerlegbaren Hypothese Rechnung zu tragen: Der Rückfalltäter könne im Einzelfall belegen, dass er doch ernsthafte Bemühungen um eine Lebensänderung unternommen habe und dadurch die Vermutung einer strafscharfenden Unterlassung der erforderlichen selbstschützenden Maßnahmen zurückweisen.³⁹ Dennoch scheint eine derartige (der deutschen Strafprozessordnung fremde) Beweislast des Täters selbst für das Strafverfahrensrecht von Common-Law-Ländern grenzwertig, zumal wenn man sich ihre eigenartige „liberale“ Rechtfertigung verge-

genwärtigt: Die Beweislast wird laut *Lee* – und anders als erwartet – nicht dem Staat, sondern dem Angeklagten mit der Begründung auferlegt, dass der Staat die Privatsphäre seiner Bürger zu respektieren hat, indem er ihnen die eigenverantwortliche Wahl bei der Findung des richtigen Weges zur Rechtstreue überlassen soll.⁴⁰ Gelingt es aber dem Angeklagten nicht, die täterbelastende Vermutung zu entkräften, dann wird seine Rückfälligkeit strafscharfend herangezogen, was alles anderes als liberal ist.

Es ist beachtenswert, dass auch im Rahmen der deutschen Strafrechtsdogmatik eine identische Verantwortungsbasis für die strafscharfende Berücksichtigung der Rückfälligkeit bereits in die Diskussion eingebracht wurde. Bekanntermaßen wird im deutschen Strafrecht die Theorie der Garantstellung als die maßgebliche Pönalisierungsmaxime der unechten Unterlassungsdelikte angesehen (*vgl.* § 13 StGB). *Erhard* hat in Erwägung gezogen, dass nach der ersten Verurteilung des Täters ihm eine entsprechende Garantspflicht im Sinne einer gesteigerten Pflicht zur Rechtstreue auferlegt werden kann.⁴¹ Aus dieser Parallelisierung kann man jedoch in der deutschen Unterlassungsdogmatik die strafscharfende Bestrafung des Rückfalls nicht reibungslos herleiten. Denn erstens zielt die Zuteilung von Garantpflichten auf die Gewährleistung der Rechte von schutzbedürftigen und hilflosen Personen (*z.B.* Kindern, Patienten), deren Rechtsgüterschutz auf Dritte (*z.B.* Eltern, Ärzte) wegen der besonderen (sozialen, beruflichen usw.) Rolle der Letzteren angewiesen ist. Hingegen sind Rechtsgüter den Rückfalltätern nicht hilfloser als vergleichbar operierenden Ersttätern ausgeliefert.⁴² Zweitens werden den Garant klar umrissene – *z.B.* gesetzlich oder vertraglich fixierte – Rechtspflichten auferlegt. Im Gegensatz dazu kann die Annahme einer Garantpflicht für vorbestrafte Täter den Ansprüchen des Bestimmtheitsgebots nicht genügen, solange die gebotenen Handlungen, welche die Abwendung eines Rückfalls am sichersten erwarten ließen, nicht näher präzisiert werden. Drittens erweist sich die Bejahung einer gesteigerten Pflicht zur Rechtstreue aus normtheoretischer Sicht als problematisch, wenn nicht als paradox. Denn zum einen hat diese Pflicht einen selbstreferentiellen Charakter, indem Pflichtenträger und schutzbedürftiger Dritter zusammenfallen, sodass der vorbestrafte Täter zu einem fragwürdigen „(Überwacher-) Garant seiner selbst“⁴³ transformiert wird; zum anderen suggeriert eine erhöhte Pflicht zur Rechtstreue, dass die Normstabilisierungsfunktion des Strafrechts nicht durch die gängigen Strafverbote erreicht werden könne, sondern der ergänzenden Stützung durch eine Metapflicht zur Beachtung der existierenden Strafverbote bedürfe. Genau wie ein elftes Gebot „Beachte die zehn Gebote!“ durch ein zwölftes Gebot zu ver-

³⁵ *Y. Lee*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 49 (59 ff.); *ders.*, Texas Law Review 87 (2009), 571 (608 ff.); ähnlich *Bennett*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 73 (82 ff.), der aber die Unterlassungspflicht aus der Idee der Entschuldigung herleitet.

³⁶ *v. Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 154.

³⁷ *v. Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 154.

³⁸ *v. Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 154.

³⁹ *Y. Lee* (Fn. 35 – Roberts/v. Hirsch), S. 65 f.

⁴⁰ *Y. Lee* (Fn. 35 – Roberts/v. Hirsch), S. 65 Fn. 11.

⁴¹ *Erhard* (Fn. 8), S. 265 ff., der allerdings die dogmatischen Implikationen dieses Ansatzes untersucht und zu einem negativen Ergebnis hinsichtlich einer gesteigerten Rechtstreuepflicht kommt.

⁴² *Erhard* (Fn. 8), S. 269.

⁴³ *Erhard* (Fn. 8), S. 266; *zit.* auch von *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, 363 (371 m. Fn. 81), der aber einige Bedenken von *Erhard* relativiert.

stärken wäre, würde eine Metapflicht zur Normkonformität einen sinnlosen regressus ad infinitum von Metapflichten auslösen. Einen Ausweg aus dem obigen Dilemma versucht *Lee* aus einer vermeintlichen Änderung der Bürger-Staat-Beziehung nach der ersten Verurteilung der Bürger herzuleiten.⁴⁴ Eine solche Stigmatisierung und Segregation der Bürger in zwei Kategorien auf der Basis eines für Vorbestraften ad hoc modifizierten Bürger-Staat-Verhältnisses lässt sich jedoch von totalitären Staatskonzeptionen schwer abgrenzen.⁴⁵ Was speziell die deutsche Strafrechtsdogmatik anbelangt, scheint *Lees* Ansatz die Spaltung des Strafrechts in ein Bürger- und ein Feindstrafrecht⁴⁶ zu fördern. Der Wiederholung einer solchen Spaltung des „Rechtsstaatskerns“ hat sich aber die deutsche Strafrechtswissenschaft fast einhellig widersetzt.⁴⁷ Ein viertes Manko der Konstruktion einer erhöhten Pflicht zur Normloyalität liegt ferner darin, dass es der entsprechenden pflichtbegründeten Norm an faktischer Verifikation mangelt. Während die Mehrheit der Eltern oder Ärzte ihren Garantpflichten adäquat nachkommt, missachten sehr viele verurteilte Täter ihre „erhöhte“ Rechtstreuepflicht. *Fraser* berichtet, dass die Mehrheit der Verurteilten mindestens einmal vorbestraft ist.⁴⁸ In der BRD ist beim einfachen Diebstahl die Hälfte aller Täter vorbestraft.⁴⁹ Dass gerade jeder zweite Täter dieser Straftat ein gescheiterter Garant von sich selbst ist bzw. den Schutz des Eigentums Dritter nicht garantiert hat, enthüllt das kontrafaktische Ausmaß der vorgeschlagenen normativistischen Begründung einer Garantpflicht für vorbestrafte Täter. Im Jahr 2009 war sogar mehr als die Hälfte aller männlichen, nach allgemeinem Strafrecht Verurteilten vorbestraft,⁵⁰ während bis zum 24. Lebensjahr etwa ein Drittel sämtlicher männlichen Personen vorbestraft sein soll.⁵¹

cc) Präventive Rückfallschärfungen?

General- und spezialpräventive Rückfallschärfungen, welche die Proportionalität zwischen Tat- und Strafschwere missachten, geraten mit dem in der Verfassung verankerten Schuld-

prinzip⁵² in Spannung. Im Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, dass die schuldangemessene Strafe aus präventiven Gründen nicht überschritten werden darf.⁵³ In der Praxis kann allerdings dieses kategorische Verbot relativiert werden, indem man von einem *Spielraum* aus schuldangemessenen Strafen ausgeht, innerhalb dessen die strafscharfende-präventive Bewertung der Rückfälligkeit stattfindet. Einen solchen Spielraum postuliert etwa die herrschende Spielraumtheorie, die nach dem Motto „Prävention im Rahmen der Repression“ operiert.⁵⁴ Solange die h.M. ihre Karten nicht offen legt und auf die Mitteilung der Schuldrahmengrenzen verzichtet,⁵⁵ kann die Spielraumtheorie zu einem undurchsichtigen Apparat für die Umgehung des Schuldprinzips degradiert werden. Denn ohne Angabe von Schuldrahmengrenzen kann man den Bereich des Schuldangemessenen ad hoc ausdehnen, um präventive Rückfallschärfungen für „schuldangemessen“ zu erklären.

Dementsprechend stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von präventiven Rückfallschärfungen auf eine sinnvolle und transparente Weise nur für denjenigen Richter, der die anspruchsvolle Aufgabe unternimmt, Schuldrahmengrenzen anzugeben. Wie kann man nun einen derartig fleißigen Richter beraten? Was die Spezialprävention angeht, spricht zwar der Gesichtspunkt der Abschreckung des Rückfalltäters für eine strafscharfende Orientierung an der mitgeteilten Obergrenze des Schuldrahmens, jedoch kann diese Tendenz durch einen anderen spezialpräventiven Aspekt, durch die Vermeidung der Täterentsozialisierung, kompensiert werden.⁵⁶ Dabei könnte die Resultante der entgegengesetzten Kräfte nicht nur eine gegenseitige Neutralisierung beider Tendenzen widerspiegeln, sondern vielmehr eine Platzierung des Endstraf-

⁴⁴ *Y. Lee* (Fn. 35 – Roberts/v. Hirsch), S. 61.

⁴⁵ Ähnlich *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 1978, S. 464 ff.; *Hörnle* (Fn. 7), S. 162; *Reichert* (Fn. 7), S. 154; *Tonry*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 91 (104 f.)

⁴⁶ Dazu *Jakobs*, *ZStW* 97 (1985), 751 (783); *ders.*, *HRRS* 2004, 88.

⁴⁷ Zur Ablehnung des Feindstrafrechts siehe statt vieler die Sammelbände: Vormbaum (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, 2009; Uwer/Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), „Bitte bewahren Sie Ruhe“, *Leben im Feindrechtsstaat*, 2006.

⁴⁸ *Fraser*, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 117 (133).

⁴⁹ Vgl. bereits *Götting*, *Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis*, 1997, S. 142 f.

⁵⁰ Der Hinweis bei *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 7), Rn. 647, unter Verweis auf das Statistische Bundesamt.

⁵¹ *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 7), Rn. 647, unter Verweis auf *Eisenberg*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2005, § 44 Rn. 29.

⁵² Zur verfassungsrechtlichen Ableitung des Schuldprinzips siehe *Hörnle*, in: Schumann (Hrsg.), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, S. 105 (107 ff.).

⁵³ *Frisch*, *ZStW* 99 (1987), 349 (366 f.); *Bruns* (Fn. 34), S. 91 f.; *Androulakis*, in: Spinellis (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2005, Art. 79 grStGB Rn. 23 (in griechischer Sprache); vgl. auch *Duff*, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht (Fn. 3), S. 23 (40 f.).

⁵⁴ Zur Spielraumtheorie siehe BGHSt 7, 28 (32); 20, 264 (266 f.); 24, 132 (133 f.); 29, 319 (321); *Meier* (Fn. 7), S. 146 ff.; *Detter*, *Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts*, 2009, S. 4 f.; *Streng*, in: Britz (Fn. 26), S. 875 (884 ff.); *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), S. 880 f.; *Bruns* (Fn. 18), S. 263 ff.; *Spendel*, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, S. 176 ff.

⁵⁵ Die Angabe der Schuldgrenzen abl. *Schaffstein*, in: Lackner/Lefferenz (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, 1973, S. 99 (107); *Bruns* (Fn. 34), S. 109; *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 7), Rn. 833 m.w.N.; krit. *Grasnick*, *JA* 1990, 81 (84); *Lackner*, *Über neuere Entwicklungen in der Strafzumessungslehre*, 1978, S. 14, 30; aus Sicht des Verwaltungs- und des Zivilrechts vgl. *Lazaratos*, *ΘΠΔΔ*, 2011, 769 (in griechischer Sprache), der die Angabe der Spielraumgrenzen einer angemessenen Entschädigung fordert.

⁵⁶ Vgl. *Hörnle* (Fn. 52), S. 115.

maßes am untersten Strafrahmenextrem gebieten.⁵⁷ Denn Konflikte zwischen Abschreckungspolitik und Entsozialisierungsgefahr sind in einem Sozialstaat zu Gunsten des betroffenen Bürgers zu lösen, zumal wenn man die Aporien bedenkt, die den Abschreckungsstrategien immanent sind. Z.B. schärfere Bestrafung auf der Basis von unsicheren Rückfallprognosen, die widerlegt werden können; unnötige Abschreckung der Wiederholungstäter, die sich nicht mehr abschrecken lassen, bzw. der Täter, die keiner Abschreckung bedürfen, weil sie alters- oder krankheitsbedingt keine weiteren Straftaten begehen werden. Eine Orientierung an der Schuldrahmenuntergrenze liegt außerdem auch unter Mitberücksichtigung der Abschreckungsprävention nahe, wenn man sich der Meinung anschließt, welche die Auflösung des Schuldprinzips (nach unten) bejaht, um der Entsozialisierung des Täters entgegenzuwirken.⁵⁸ Darüber hinaus spricht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – unter dem Aspekt der Erforderlichkeit bzw. des kleinsten Übels – wiederum für die Anknüpfung des Endstrafmaßes an die schuldangemessene Untergrenze.⁵⁹ Schließlich erübrigt es sich, das strafscharfende Potenzial der Besserungs- und Sicherungsprävention eingehend zu untersuchen. Denn Täterbesserung qua Strafschärfung mutet nicht nur paradox an, sondern vielmehr stellt sie ein problematisches Strafziel innerhalb einer liberalen Gesellschaft dar. Die Sicherungsprävention dürfte hingegen im aktuellen Strafrecht keinen Fremdkörper darstellen, allerdings liegt ihre sedes materiae im Maßregelrecht.

Generalpräventive Rückfallschärfungen sind – selbst innerhalb der Grenzen der Schuldangemessenheit – ebenfalls mit Skepsis zu betrachten. Der ethisch anfällige Ausgangspunkt von generalpräventiven Ansätzen wird traditionsgemäß in der Instrumentalisierung des Täters zum Zweck der allgemeinen Abschreckung bzw. der kollektiven Verstärkung des Normbewusstseins gesehen. Was speziell die negative Generalprävention anbelangt, wird zusätzlich der Einwand der Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (unter dem Aspekt der Geeignetheit) erhoben.⁶⁰ Es hat sich gezeigt, dass nur drakonische bzw. schuldüberschreitende Strafschärfun-

gen geeignet sind, die erwünschten Abschreckungseffekte zu entfalten.⁶¹ Ähnlich sind normvalidierende Rückfallschärfungen zusätzlichen Vorbehalten ausgesetzt. Das durch eine Rückfallschärfung erreichte Ausmaß an Normvalidierung lässt sich schwer verifizieren. Vice versa kann man aus einem nicht messbaren Normbestätigungsbedürfnis kein Maß für eine entsprechende Rückfallschärfung gewinnen. Nicht zufällig wurde der empirische Engpass der positiven Generalprävention für einen normativen Ausweg verlassen: Eine Strafe trägt den Normbestätigungsbedürfnissen am besten Rechnung, wenn sie einen gerechten Schuldausgleich gewährleistet.⁶² Diese Konvergenz von Tatschuld- und Normbestätigungsaspekten bedeutet aber, dass eine normvalidierende Rückfallschärfung zu einer Doppelbestrafung führen würde; genauer gesagt würde es sich um eine Doppelverwertung derselben Gerechtigkeitsaspekte handeln.⁶³

dd) Einführung von speziellen Rückfallvorschriften nach dem Vorbild des § 176a Abs. 1 StGB?

An den obigen Einwänden vermag die Einführung einer speziellen Rückfallvorschrift in Form des § 176a Abs. 1 StGB nichts zu ändern. Denn aus dem bisher Gesagten lässt sich leicht ableiten, dass etwaige Versuche einer Harmonisierung der oben genannten Vorschrift mit einem Tatschuldstrafrecht aus dogmatisch-systematischer Sicht nicht vielversprechend sein können. § 176a Abs. 1 StGB löst einen anachronistischen Systembruch aus, der noch eklatanter erscheint, wenn man die Abschaffung der allgemeinen Rückfallvorschrift (§ 48 StGB a.F.) mitberücksichtigt. Es scheint deshalb konsequenter, die präventiven Erwägungen, die in § 176a Abs. 1 StGB ihren tatbestandlichen Niederschlag gefunden haben, explizit zuzugeben. Tatsächlich ist in den Bundestagsdrucksachen nicht nur vom erhöhten Unrecht, sondern auch vom „Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“⁶⁴ die Rede. Dieses Bekenntnis lenkt die

⁵⁷ In die Richtung die „passive Spezialprävention“ von Horn (Fn. 26), § 46 Rn. 35.

⁵⁸ Eine Schuldunterschreitung bejahend Hörnle (Fn. 52), S. 127; Frisch, ZStW 99 (1987), 349 (368); Roxin, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 183 (197); Androulakis (Fn. 53), Art. 79 grStGB Rn. 24.

⁵⁹ Streng (Fn. 54), S. 894 m. Fn. 50 m.w.N. („asymmetrische Spielraumtheorie“); Roxin (Fn. 58), S. 191 f.; Frisch, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971, S. 149; Androulakis (Fn. 53), Art. 79 grStGB Rn. 5; Hörnle (Fn. 52), S. 116, 136, mit normativer Begründung; für eine normative Rechtfertigung vgl. auch Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, i.E., 1. Kap. III. 1. 2iv, wo die konkretisierende Kraft des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den in dubio pro mitiore-Satz verstärkt wird, der auf der Ebene der Strafzumessung einen berechtigten Anwendungsbereich finden könnte (vgl. § 196 Abs. 3 GVG).

⁶⁰ Hörnle (Fn. 52), S. 118, 136.

⁶¹ Hörnle (Fn. 52), S. 117.

⁶² Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1991, S. 98 ff.; Neumann, ZStW 99 (1987), 567 (591); Streng, NStZ 1989, 393 (394).

⁶³ Auf den Aspekt der Doppelbestrafung eines Rückfalltäters hinweisend v. Hirsch (Fn. 3 – 1981), S. 615; Bagaric, Criminal Justice Ethics 19 (2000), 10 (16); für eine normvalidierende Rückfallschärfung aber Streng, ZStW 92 (1980), 637 (663 ff.), obwohl er die Extension des Doppelverwertungsverbot auf bereits berücksichtigte Argumente aus dem Entstehungszusammenhang der Norm bejaht (ders. [Fn. 7], Rn. 705); ähnlich, wenngleich einschränkend Erhard (Fn. 8), S. 163 f. (mäßige Strafschärfungen innerhalb des Schuldrahmens), obwohl er eine unrechtershöhende Rückfallschärfung gerade im Hinblick auf den ne bis in idem-Satz für bedenklich hält (Erhard, a.a.O., S. 267 f.); zur Extension des Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) auf nicht tatbestandlich vertypete Umstände vgl. unten Fn. 109.

⁶⁴ BT-Drs. 13/8587, S. 58; ähnlich Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, Bd. 2, § 176a Rn. 9; krit. Hörnle, in: Lauf-

Aufmerksamkeit auf die Frage, ob die Präventionsgesichtspunkte des § 176a Abs. 1 StGB eine verfassungswidrige Durchbrechung des Schuldprinzips bewirken, was nahe liegt. Denn der Perspektivwechsel von einer richterlichen zu einer gesetzlichen Rückfallschärfung reicht nicht aus, um eine erhebliche Distanzierung vom Schuldprinzip (Einstufung der Tat als Verbrechen mithilfe von tatfremden Erwägungen) zu rechtfertigen. Das Schuld- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip sind ebenso vom Gesetzgeber – auf der Ebene der Strafandrohung – zu beachten.⁶⁵ Ansonsten wäre der Strafgesetzgeber anlässlich der jeweils herrschenden kriminalpolitischen Strömungen imstande, Rechte aufzuheben, die aus nicht änderbaren Artikeln des Grundgesetzes hergeleitet werden. Der Satz „Erlaubt ist, was Sicherheit verspricht“, ist mit den strafbegrenzenden Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafrechts inkompatibel.⁶⁶

Außerdem verfehlt die oben genannte spezielle Rückfallvorschrift das Ziel der Generalprävention, wenn es sich um einen minder schweren Fall gem. § 176a Abs. 4 StGB handelt. Während im Bereich der Strafandrohung generalpräventive Zweckmäßigkeiten vornehmlich durch die Anhebung von Strafraumenuntergrenzen erreicht werden,⁶⁷ fällt die

hütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 176a Rn. 4.

⁶⁵ Die Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Strafraumen zum begangenen Tatunrecht ist eine zentrale These der tatproportionalen Strafzumessung, weshalb auch ihre Vertreter die Überprüfung der deutschen Strafraumen unter diesem Gesichtspunkt fordern; vgl. dazu v. *Hirsch/Jareborg* (Fn. 4), S. 53; zur Verfassungswidrigkeit des § 176a StGB wegen Unvereinbarkeit mit dem Tatschuldprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe v. *Danwitz*, KritV 2005, 255 (262 f.); zur Verfassungswidrigkeit der griechischen Rückfallvorschriften vgl. *Charalambakis*, Synopsis des Strafrechts, Bd. 2, 2012, S. 252 (in griechischer Sprache); *Kaiafa-Gbandi*, in: *Kaiafa-Gbandi/Bitzilekis/Kastanidou* (Hrsg.), Das Recht der strafrechtlichen Sanktionen, 2008, S. 124 f. (in griechischer Sprache); *Dimitratos*, in: *Spinellis* (Fn. 53), Vor Art. 88 ff. grStGB Rn. 3 (in griechischer Sprache); *Androulakis*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1991, S. 89 f. (in griechischer Sprache). Zur These, dass weder das Tatschuld- noch das Verhältnismäßigkeits-„prinzip“ Prinzipien im Sinne von *Alexy*, sondern Regeln sind, siehe *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, 363 (365 Fn. 19), unter Verweis auf *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 100 Fn. 84, und *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 26), Vor § 32 Rn. 207; *Grosse-Wilde* (a.a.O.), m.w.N., bemerkt treffend, dass das Tatschuld-„prinzip“ hinsichtlich der Strafobergrenze die normativ stärkere Regel ist, da auch die Maßregeln durch das Verhältnismäßigkeits-„prinzip“ begrenzt werden.

⁶⁶ *Neumann*, in: *Kotsalis u.a.* (Hrsg.), Strafrechtswissenschaften, Theorie und Praxis, Festschrift für Anna Benakis, 2008, S. 409 (409 f.), der die Regelungen des SexualdelÄndG v. 27.12.2003 als ein Indiz für die Distanzierung des Strafrechts von rechtsstaatlichen Begrenzungen erachtet.

⁶⁷ *Paraskevopoulos*, in: *Margaritis/Paraskevopoulos* (Hrsg.), Pönologie, 7. Aufl. 2005, S. 35 (in griechischer Sprache).

Untergrenze eines minder schweren Falls des § 176a Abs. 1 (i.V.m. Abs. 4) StGB um drei Monate niedriger aus als das gesetzliche Minimum der entsprechenden Grundtatbestände (§ 176 Abs. 1 und 2 StGB: sechs Monate). Seitdem aber bei den Grundtatbeständen der niedrigere Strafraumen für minder schwere Fälle durch das SexualdelÄndG v. 27.12.2003 abgeschafft wurde, haben vorbestrafte Täter von geringfügigen Übergriffen einen gesetzlichen Anspruch auf mildere Bestrafung im Vergleich zu Ersttätern.⁶⁸ Insofern werden vorbestrafte Täter durch die Strafandrohung des § 176a Abs. 1 StGB nicht mehr abgeschreckt, sondern zum Rückfall angespornt!

Eine mit der Doppelspurigkeit des deutschen Strafrechts konsistentere Alternative zum § 176a Abs. 1 StGB würde sich aus der Beschränkung der oben genannten Präventionsgesichtspunkte auf die Ebene der Maßregeln ergeben. Damit ist aber nicht nur eine dogmatisch akzeptable Erledigung des Problems qua Verschiebung gemeint. Neue Wege eines effizienten und im Vergleich zum Gefängnis humaneren Umgangs mit der gesteigerten Gefährlichkeit rückfälliger Sexualstraftäter sind ernster in Erwägung zu nehmen, wie z.B. der elektronisch überwachte Hausarrest.

b) Ausschluss der Vorstrafen aus der Strafzumessung (exclusionary model – flat-rate sentencing)

Die strafschärfende Verwertung der Vorstrafen hat sich – wie gezeigt – als wenig überzeugend entpuppt. Wie sieht aber die Lage mit der zweiten Alternative zum PLM-Modell aus, die die Strafzumessungsrelevanz des Umstands „Vorstrafenbelastung“ in toto ausschließt (Vorstrafenausschlussmodell [exclusionary model])⁶⁹? Hinsichtlich des Proportionalitätspostulats zwischen Tat- und Strafschwere handelt es sich um den konsequentesten Ansatz. Jedoch sind diesmal eher pragmatische Erwägungen maßgeblich, die gegen die Durchsetzung der zweiten Alternative zum PLM-Modell sprechen.

Laut der Kritik von *Streng* an tatproportionalen Ansätzen konterkariere die Ausschaltung täterspezifischer Umstände das allgemeine Rechtsgefühl und wirke der normstabilisierenden Aufgabe des Strafrechts entgegen.⁷⁰ Auch wenn man diesen Vorwurf für überspitzt hält, sollte man zugeben, dass das Vorstrafenausschlussmodell einen praxisfernen Ansatz par excellence bildet. Denn der Ausschluss der Vorstrafen aus der Strafzumessung wird durch die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung und die aktuelle Strafrechtspraxis emphatisch dementiert.

Entscheidender ist indes ein zweiter Einwand, der vornehmlich rein tatproportionale Ansätze betrifft, die nicht nur den Umstand der Vorstrafenbelastung, sondern auch die

⁶⁸ Vgl. *Hörnle* (Fn. 64), § 176a Rn. 18.

⁶⁹ Für eine Nichtberücksichtigung der Vorstrafen (sowie ihres Fehlens) in der Strafzumessung *Höfer*, Sanktionskarrieren, 2003, S. 154 f.; *Bagaric* (Fn. 63), S. 21 ff.; *Hörnle* (Fn. 7), S. 166 (anders aber jetzt *dies.* [Fn. 52], S. 127); *Durham*, Journal of Criminal Law and Criminology 78 (1987), 614; *Singer*, Just Deserts, 1979, S. 68 ff.; *Fletcher* (Fn. 45), S. 464 ff.

⁷⁰ *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 26), § 46 Rn. 112.

Rolle der Prävention aus der Strafzumessung ausschließen. Es liegt aus heuristischen Gründen nahe, dass die Berücksichtigung der Vorstrafen zumindest bei der Strafartentscheidung unausweichlich ist. Z.B. Tatschweren, die im Prinzip aussetzungsfähig sind, können nicht in allen Fällen selbstreflexiv bzw. unter Anwendung desselben Kriteriums (scil. Tatschwere) hinlänglich operationalisiert werden, um die Wahl zwischen bedingter und unbedingter Freiheitsstrafe zuverlässig zu steuern. Bei Tatschweren, deren schuldangemessene Ahndung die Frage der knappen Über- bzw. Unterschreitung von grenzwertigen Strafmaßen für die Verhängung unterschiedlicher Strafarten aufwirft (z.B. 180 Tagessätze [§ 59 Abs. 1 StGB], zwei Jahre Freiheitsstrafe [§ 56 Abs. 2 StGB]), vermag die Tatschwere per se nicht die optimale Sanktion zu determinieren. Man braucht hier einen externen, außerhalb der Tatschwere liegenden Anhaltspunkt, um weiterzukommen, es sei denn, dass man wie Baron von Münchhausen jegliche Hilfe verweigern würde, um sich „an den eigenen Haaren“ aus einer schwierigen Lage zu ziehen. Andere, außerhalb der Tatschwere liegende Umstände (z.B. schwerwiegende Eigentatfolgen) können nicht dieselbe heuristische Funktion für den Strafmodus entfalten wie die Vorstrafen, da sie nur ausnahmsweise vorkommen. Im Gegensatz dazu begleitet der Umstand der Vorstrafenbelastung alle Täter und kann insofern die Strafartentscheidung bei allen Straftaten mit beeinflussen.⁷¹

c) Beschränkung der Strafmilderung auf Ersttäter

Durch die Ablehnung von Rückfallschärfungen und vom Vorstrafenausschlussmodell haben wir keinen vollständigen indirekten *Beweis* der Überlegenheit des PLM-Modells erreicht. Es bleibt noch eine Alternative: Ein Ansatz, der das Strafregister nur strafmildernd verwertet, jedoch anders als das PLM-Modell den Strafrabatt strikt auf Ersttäter beschränkt. Es wird sich zeigen, dass die positive Rechtfertigung eines solchen Ansatzes leichter als die entsprechende des PLM-Modells ausfallen würde.⁷² Dennoch legitimiert sich das PLM-Modell nicht nur durch eine vertretbare Erstreckung der positiven Rechtfertigung des Ersttäter-Modells auf leicht vorbestrafte Täter, sondern es weist im Vergleich zum Ersttäter-Modell beachtenswerte Vorteile auf. Erstens besitzt das PLM-Modell ein relativ hohes Steuerungspotenzial der Strafmodusentscheidung, wie es oben vorweggenommen

⁷¹ Sofern natürlich die Strafart noch offen steht und sie nicht durch die besondere Schwere der Tat (im Sinne des Freiheitsentzugs) bereits bestimmt wurde. Der oben formulierte Einwand betrifft u.U. auch ein Vorstrafenausschlussmodell, das präventive Gesichtspunkte für die Bestimmung der Straftat heranziehen würde; denn aussagekräftige Präventionsaspekte lassen sich nicht in jedem Einzelfall feststellen. Außerdem wäre ein solches Modell gewissermaßen widersprüchlich: Berücksichtigung der Prävention auf der Ebene der Strafartentscheidung einerseits, Nichtberücksichtigung der Vorstrafenbelastung andererseits.

⁷² Dazu siehe unten II. 2. b) und insb. c); für eine Beschränkung der Strafmilderung auf Ersttäter *Roberts*, in: *Roberts/v. Hirsch* (Fn. 3), S. 17 (19 ff.).

wurde. Hingegen ist in diesem Bereich das konkurrierende Modell aufgrund seiner Ersttäter-Sperre weniger heuristisch, was erhebliche Entscheidungsschwierigkeiten nicht ausschließt. Zweitens ist das PLM-Modell imstande, folgende Aspekte zu berücksichtigen, auf die die Kriminologie hingewiesen hat. Ein in der Praxis oft vorkommender Tätertypus bemüht sich erst nach einigen Verurteilungen um eine Einstellung seiner kriminellen Laufbahn.⁷³ Während das Ersttäter-Modell einem solchen Straftäter keine zweite Chance gibt, bietet ihm der allmählich entzogene Strafrabatt des PLM-Modells einen anhaltenden moralischen Anreiz zur Lebensänderung. Parallel dazu hat sich gezeigt, dass die kriminelle Aktivität mit zunehmendem Alter abnimmt. Indem das PLM-Modell dem Straftäter mehrmals die Chance gibt, den moralischen Appell der Strafe wahrzunehmen, bevor er mit dem vollen Ausmaß der Sanktion konfrontiert wird, ist es möglich, dass seine Neigung zur Kriminalität bis zum Zeitpunkt der „vollen Sanktion“ ohnehin schon nachgelassen haben wird. Die Berücksichtigung der letzten Aspekte vom PLM-Modell bedeutet nicht unbedingt einen Rückgang zu einer spezialpräventiven Resozialisierbarkeit. Dadurch wird eher ein legitimer Gesichtspunkt der Rehabilitation aufgegriffen:⁷⁴ Nach *v. Hirsch* und *Jareborg* gehe es nicht mehr um eine zukunftsorientierte Unterscheidung von ansprechbaren und unverbesserlichen Tätern; vielmehr werde durch den Strafrabatt die Verbesserungsfähigkeit der Täter verdienstorientiert und retrospektiv honoriert.⁷⁵

2. Positive Rechtfertigung des PLM-Modells

a) Toleranz, menschliche Fehlbarkeit und Willensanstrengung zur Unterlassung von Straftaten

v. Hirsch hat grundsätzlich zwei Prämissen eingeführt, um das PLM-Modell zu verteidigen:⁷⁶

- Strafmilderungen für Erst- bzw. leicht vorbestrafte Täter seien Ausdruck einer gewissen Toleranz für die menschliche Fehlbarkeit, bzw. Zeichen von Sympathie gegenüber der menschlichen Schwäche und Gebrechlichkeit.
- Durch eine (abnehmende) Strafmilderung werde die Fähigkeit einer Person anerkannt, über den in der Strafe enthaltenen Tadel reflektieren und entsprechend reagieren zu können.

Das Potenzial der *lapsus*-Argumentation für die Rechtfertigung des PLM-Modells wurde indes in Frage gestellt: Die Straftat eines Ersttäters kann auch das Ergebnis einer kaltblütigen Kalkulation (z.B. Terroristenanschlag) sein; vice versa kann man bei einem schwer vorbestraften Täter eine momen-

⁷³ Dazu und zum Folgenden *v. Hirsch* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 158 ff.

⁷⁴ Vgl. *v. Hirsch/Jareborg* (Fn. 4), S. 61.

⁷⁵ *v. Hirsch/Jareborg* (Fn. 4), S. 61.

⁷⁶ *v. Hirsch*, *Minnesota Law Review* 65 (1981), 591 (602 ff.); *ders.* (Fn. 3 – 1985), S. 84 f.

tane Schwäche nicht ausschließen.⁷⁷ Es dürfte kein Zufall sein, dass v. Hirsch seinen ursprünglichen Ansatz neuerdings überarbeitet hat, wobei er diesmal eher die zweite Prämisse des PLM-Modells in den Vordergrund rückte und sie weiter konkretisierte.⁷⁸ Nach der aktualisierten Rechtfertigung des PLM-Modells sei die abnehmende Strafmilderung ein Anerkennungszeichen (token of recognition) für die mutmaßliche Fähigkeit des Täters, eine Willensanstrengung zu unternehmen, um weitere Straftaten zu unterlassen.⁷⁹ Das PLM-Modell gebe dem Täter die Chance, die erforderliche Willensanstrengung zu unternehmen. Es ist festzustellen, dass durch die Herausarbeitung der zweiten Prämisse des PLM-Modells der Schwerpunkt auf eine mutmaßliche Fähigkeit des Täters gelegt wird, die grundsätzlich die Zeit nach der Strafverhängung und unter Umständen nach der Strafvollstreckung betrifft („assumed capacity to make an effort of will to desist from further offending“). Man kann aber auch versuchen, die positive Rechtfertigung des PLM-Modells durch weitere Anhaltspunkte zu ergänzen, die einen stärkeren retrospektiven bzw. verdienstorientierten Charakter haben. Diese Gesichtspunkte betreffen zum einen die Zeit vor der Straftatbegehung (Gesetzestreue) und zum anderen den Zeitpunkt der Strafverhängung sowie die Zeitspanne der Strafvollstreckung (Strafempfindlichkeit).⁸⁰

⁷⁷ Vgl. Hörnle (Fn. 7), S. 166; zur Kritik an der ersten Prämisse des PLM-Modells siehe ferner Roberts (Fn. 72), S. 25 ff.; Ryberg, in: Roberts/v. Hirsch (Fn. 3), S. 37 (40 ff.); Bagaric (Fn. 63), S. 14 f.

⁷⁸ Zur Kritik an der zweiten Prämisse vor ihrer Überarbeitung siehe Ryberg, *The Ethics of Proportionate Punishment*, 2004, S. 78 ff.

⁷⁹ Dazu und zum Folgenden v. Hirsch (Fn. 3 – FS Roxin), S. 157 f.; ders. (Fn. 3 – Roberts/v. Hirsch), S. 10.

⁸⁰ Der Wortlaut des § 46 Abs. 1 S. 2 StGB („Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind“) erlaubt eine zukunftsorientierte Deutung der Strafempfindlichkeit (orientiert an der Zeitspanne nach der Strafvollstreckung). Jedoch sollte man nach der hier vertretenen Ansicht (im Anschluss an Hörnle [Fn. 7], S. 339) „auf die Wirkungen der Strafvollstreckung als solche ab[...]stellen, unabhängig von prognostizierten Auswirkungen auf die Zeit danach“ (*Hervorhebungen* im Original), was sich auch mit dem Gesetzeswortlaut vereinbaren lässt. Zur präventionsunabhängigen Deutung der Strafempfindlichkeit siehe auch die im Text folgenden Ausführungen. Außerdem bezieht sich die Strafempfindlichkeit nicht nur auf die Zeitspanne der Strafvollstreckung, sondern sie ist auch als aktuelle Disposition des Täters zum Zeitpunkt der Strafverhängung maßgeblich; vgl. auch die Bemerkung von v. Hirsch (Fn. 3 – 1985), S. 83, unter Verweis auf *Hampshire*, in: Hampshire (Hrsg.), *Freedom of Mind and other Essays*, 1972, S. 34 ff., dass Täterdispositionen nicht nur eine prognostische Funktion haben, sondern auch dem retrospektiven Zweck der Unterstützung von verdienstorientierten Urteilen dienen. Zur strafrechtlichen Rezeption der wissenschaftstheoretischen Debatte um die Dispositionsbegriffe siehe Mylonopoulos (Fn. 26), S. 77 ff.; Hassemer, *Einfüh-*

b) Strafempfindlichkeit und Billigkeit

Die Ansicht, dass die erhöhte Strafempfindlichkeit von nicht bzw. leicht vorbestraften Tätern eine Strafmilderung zu begründen vermag, wurde bereits von der deutschen Lehre und Rechtsprechung vertreten: Ersttäter und Erstverübter (zu den zweiten zählen auch vorbestrafte Täter!) werden härter als die „Strafgerichtserfahrenen“ von der Strafe getroffen.⁸¹ Ein ähnliches Argument findet sich in der schwedischen Lehre ausgerechnet zur Verteidigung des PLM-Modells: Strafmilderungen für Erst- bzw. Zweitäter usw. lassen sich u.a. auf die schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs zurückführen.⁸²

Es bedarf der Hervorhebung, dass die Strafempfindlichkeit einen tatschuldunabhängigen Umstand bildet, da die Wahrnehmung einer Strafe keinen schuldrelevanten Einfluss auf das bereits begangene Unrecht haben kann.⁸³ Dieses Erkenntnis zwingt aber nicht dazu, eine präventive Deutung der Strafempfindlichkeit⁸⁴ zu übernehmen. Denn der Straferlass sollte nach dem hier vertretenen Konzept nicht von der empirischen Diagnose bzw. Prognose einer Härte im Rahmen jedes einzelnen Falls fehlender oder leichter Vorstrafenbelastung abhängig gemacht werden.⁸⁵ Die Abhängigkeit der Strafzumessungsrelevanz der Vorstrafenbelastung von Persönlichkeitsdiagnosen, unsicheren Prognosen und dem tatrichterlichen Ermessen würde die Ansprüche auf Systematik und Vorhersehbarkeit der Strafzumessung aufheben und zudem mit dem Gleichheitssatz⁸⁶ und den Schweigerechten des Beschuldigten⁸⁷ in Spannung geraten. Stattdessen sollte der Ausgleich der Strafempfindlichkeit einen allmählich abnehmenden Strafrabatt für alle Täter mit keiner bzw. niedriger Vorbestrafung begründen, damit die oben genannten normativen Gesichtspunkte und insbesondere der Gleichheitssatz in vollem Umfang respektiert werden können. Jeder Straftäter sollte im Rahmen des PLM-Modells genau denselben Strafrabatt erhalten, den alle Täter einer ähnlichen Straftat mit

rung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 183 ff.; *Kindhäuser*, *Intentionale Handlung*, 1980, S. 98 ff.

⁸¹ Schäfer/Sander/van Gemmeren (Fn. 7), Rn. 719; zu den Erstverübtern vgl. BGH, *Beschl. v. 8.2.2005 – 3 StR 500/04 = BeckRS 2005, 02848 (BGH)*.

⁸² Asp (Fn. 4), S. 207 (222 m. Fn. 6).

⁸³ Dazu vgl. Hörnle (Fn. 7), S. 341 ff., 352; gegen eine Schuldrelevanz der Strafempfindlichkeit auch *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), S. 890.

⁸⁴ Zur Unterscheidung zwischen schuldrelevanter Strafempfindlichkeit und präventionsrelevanter Strafempfänglichkeit grundlegend *Henkel*, in: Kuchinke (Hrsg.), *Rechtserhaltung und Rechtswirkung*, *Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag*, 25.3.1970, 1970, S. 179 ff.; vgl. auch *Zipf*, *Die Strafmaßrevision*, 1969, S. 119.

⁸⁵ Ebenso Asp (Fn. 4), S. 222 Fn. 6.

⁸⁶ Vgl. *Grosse-Wilde*, in: Ast u.a. (Hrsg.), *Gleichheit und Universalität*, *ARSP-Beiheft Nr. 128* (2012), S. 45 (53), der die durch Einzelfallentscheidungen perpetuierte Rechtsungleichheit und -unsicherheit in der Strafzumessung moniert.

⁸⁷ Vgl. *Grosse-Wilde*, *HRRS 2009*, 363 (368 Fn. 47).

einer ähnlichen Vorstrafenbelastung bekommen.⁸⁸ Durch die Gleichbehandlung aller Straftäter trägt das PLM-Modell zur Generalisierbarkeit, Überprüfbarkeit und Vorhersehbarkeit von Strafzumessungsentscheidungen bei und erfüllt insofern besser die Voraussetzungen einer juristischen Rationalität als die präventionsorientierten Modelle.⁸⁹

Der Aspekt eines Härteausgleichs aufgrund erhöhter Strafempfindlichkeit ist sowohl aus Sicht des Strafrechts als auch des Grundgesetzes von Interesse, indem er sich auf die Maxime der *Billigkeit* zurückführen lässt. Im Bereich des Strafrechts stellt man fest, dass die Billigkeit den Ausgangspunkt für die systematische Erfassung der tatschuldunabhängigen Umstände im schwedStGB und in der einschlägigen Lehre liefert, wo diese Umstände unter dem Stichwort „Billigkeitsgründe“ (*billighetshänsyn*) zusammengefasst werden.⁹⁰ Auch v. *Hirsch* und *Ashworth* konzipieren die tatschuldunabhängigen Umstände (einschließlich der Strafempfindlichkeit) als „equity factors“.⁹¹ Der Gesichtspunkt der Billigkeit hinter der Strafzumessungsrelevanz von schuld- und präventionsunabhängigen Umständen wurde ebenso – wenn auch nur gelegentlich – von der deutschen Rechtsprechung und Lehre (an-)erkannt.⁹² Die Billigkeit eignet sich

⁸⁸ Der Aspekt der Gleichbehandlung erklärt übrigens, warum hier die Strafempfindlichkeit der Erst- bzw. leicht vorbestraften Täter nicht unter äußerst restriktiven Voraussetzungen bejaht wird; vgl. *Hörnle* (Fn. 7), S. 343: „krasse Ausnahmefälle“, „gravierende Umstände“, „augenfällige Unterschiede“. Besonders anspruchsvolle Kriterien für die Bejahung der Strafempfindlichkeit sind erforderlich, wenn es sich um die Rechtfertigung der privilegierten Behandlung einer Täterkategorie handelt, die gleichzeitig die Ungleichbehandlung einer anderen Täterkategorie zur Folge hat. Im Gegensatz dazu genießen alle Täter die „Privilegien“ des PLM-Modells.
⁸⁹ Zu den Komponenten des juristischen Rationalitätsbegriffes siehe *Aarnio/Alexy/Peczenik*, in: *Krawietz/Alexy* (Hrsg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, 1983, S. 9 (46 ff.); *Peczenik*, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, 1983, S. 189 ff.; *Livos*, NoB 39 (1991), 1034 (1047 ff.) (in griechischer Sprache).

⁹⁰ Dazu siehe Kap. 29 § 5 schwedStGB; v. *Hirsch/Jareborg* (Fn. 4), S. 36 mit Fn. 95; *Cornils/Jareborg*, *Das schwedische Kriminalgesetzbuch*, 2000, S. 34.

⁹¹ Dazu siehe v. *Hirsch/Ashworth*, *Proportionate Sentencing*, 2005, S. 165 ff., wobei die Autoren auch die Vorstrafenproblematik jenseits des verschuldeten Unrechts konzipieren (v. *Hirsch/Ashworth*, a.a.O., S. 151 ff.), jedoch diesen Umstand nicht zusammen mit den anderen Billigkeitsumständen analysieren. Zur These, dass die Ersttäterschaft weder die Einsichts- noch die Steuerungsfähigkeit mindert vgl. *Hörnle* (Fn. 7), S. 165; *Erhard* (Fn. 8), S. 301 f.

⁹² BHGSt 4, 326 stuft § 60 StGB (Eigentatfolgen) als eine Billigkeitsvorschrift ein; BGHSt 31, 104 begründet eine Strafmilderung für die nicht mehr mögliche Gesamtstrafenbildung anhand von Billigkeitserwägungen; vgl. auch *Streng*, JZ 2008, 979 (985), der den Strafabschlag der überlangen Verfahrensdauer auf Billigkeitserwägungen zurückführt. Nach *Strengs* Meinung seien aber solche Billigkeitserwägungen

besonders gut für die Rechtfertigung der strafmildernden Wirkung von tatschuldunabhängigen Umständen, da sie bereits aus begriffslogischer Sicht Strafschärfungen auszuschließen scheint. Diese Folgerung ist für eine tatproportionale Strafzumessungslehre von besonderem Interesse, da diese Lehre die strafschärfende Verwertung von tatschuldunabhängigen Umständen abweist, jedoch ihre strafmildernde Wirkung zulässt.⁹³

Die hier vorgeschlagene – tatschuld- und präventionsunabhängige – Ergänzung der Rechtfertigung des PLM-Modells durch die Maxime der Billigkeit harmonisiert mit einer in den letzten Jahren registrierten Verschiebung der Rechtfertigung der Strafzumessungsrelevanz von tatschuldunabhängigen Umständen in Richtung allgemeiner Gerechtigkeitsgründe und verfassungsrechtlicher Aspekte.⁹⁴ Allerdings besteht die Gefahr, dass eine unkritische Berufung auf allgemeine Gerechtigkeitsgründe zu einer zirkulären Herleitung von zumesungsrelevanten Umständen führen würde. Eine am Härteausgleich orientierte Billigkeitsdefinition⁹⁵ weist hingegen den Vorteil auf, dass sie sowohl mit einer heuristischen Funktion als auch mit einer angemessenen Filterungskraft ausgestattet ist. Sie ist imstande, eine vertretbare Anzahl von tatschuldunabhängigen Strafzumessungsumständen salonfähig zu machen: Z.B. werden aus der Sicht eines rechtsstaatskonformen Härteausgleichs die überlange Verfahrensdauer, die staatliche Tatprovokation, die schwerwiegenden Eigentatfolgen, das Verstreichen langer Zeit nach der Tat in Extremfällen, die erhöhte Strafempfindlichkeit und (unter dem Aspekt der Strafempfindlichkeit) die fehlende bzw. geringe Vorstrafenbelastung zumessungsrelevant.⁹⁶

gen innerhalb der Strafzumessung systemfremd – eine These, die zumindest § 60 StGB übersieht.

⁹³ *Hörnle* (Fn. 7), S. 165.

⁹⁴ *Frisch*, in: *Frisch/v. Hirsch/Albrecht* (Fn. 3), S. 1 (15 Fn. 61); *Nemitz*, *Strafzumessung im Völkerstrafrecht*, 2002, S. 210, 219; für eine „Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes“ siehe den gleichnamigen Beitrag von *Hörnle* (Fn. 52), 105 ff. Auch das BVerfG hält die Strafzumessung für angewandtes bzw. konkretisiertes Verfassungsrecht; dazu siehe *Schlösser*, StV 2010, 157 (159 Fn. 31), unter Verweis auf BVerfGE 50, 205 (214); 86, 288 (313) = StV 1992, 470 (472). Instrukтив für eine Anknüpfung der Billigkeitserwägungen an das Grundgesetz ist die Habilitationsschrift von *Pernice*, *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht*, 1991, S. 306 ff., 447 ff., 538 (Rechtsstaatsprinzip, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Vertrauensschutz, Gleichheitssatz, Fairness und Menschenwürde als konstituierende Bestandteile des verfassungsrechtlichen Kerns der Billigkeit).

⁹⁵ In die Richtung *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, S. 269; *Marcic*, *Rechtsphilosophie*, 1969, S. 186; zur Verbindung der Umstände jenseits des verschuldeten Unrechts mit der ausgleichenden Gerechtigkeit siehe *Ashworth* (Fn. 4 – *Frisch/v. Hirsch/Albrecht*), S. 93 f.

⁹⁶ Dazu siehe näher *Giannoulis* (Fn. 59), 2. Kap., II. 4.4.2. Die für die überlange Verfahrensdauer entwickelte Vollstreckungslösung vermag nicht in allen Fällen einen angemessenen Härteausgleich zu garantieren, weshalb dieser Umstand

Es bedarf hier nochmals der Hervorhebung, dass, wenn ein Härtefall vorliegt, sein Ausgleich nicht von der Disposition des jeweiligen Richters abhängig sein darf; vielmehr muss der Richter eine Strafmilderung unter Rückgriff auf die Billigkeit gewähren.⁹⁷ Übrigens ist die hier vertretene Ansicht nicht dem Vorwurf einer – vom BGH abgewiesenen – präventiven Schuldunterschreitung ausgesetzt. Während der BGH eine präventive Unterschreitung der Schuld ablehnt, schließt er die Durchbrechung der Schulduntergrenze aus rechtsstaatlichen Gründen für einen angemessenen Härteausgleich nicht aus. Vielmehr gebietet nach dem BGH ein rechtsstaatskonformer Härteausgleich die Schuldunterschreitung im Falle einer staatlichen Tatprovokation und einer überlangen Verfahrensdauer.⁹⁸

c) *Gesetzestreue und geminderte Strafwürdigkeit*

Es leuchtet ein, dass die Rechtfertigung des PLM-Modells im Rahmen eines verdienstorientierten Ansatzes auch typische retrospektive Momente mit einbeziehen muss. Aus diesem Grund könnte man die bisherige Rechtfertigung des PLM-Modells durch den Aspekt der retrospektiven Belohnung eines Täterverdienstes verstärken: durch die Honorierung der Gesetzestreue („Credit for a History of Compliance with the Law“⁹⁹). Ein wichtiger Anhaltspunkt für die Honorierung des Gesetzeskonformität kann der Argumentation des BGH entnommen werden: „Nach der feststehenden Rechtsprechung des BGH ist es nicht zulässig, die straffreie Lebensführung eines Täters mit der Begründung als Milderungsgrund unberücksichtigt zu lassen, daß Straffreiheit kein Verdienst, sondern Selbstverständlichkeit sei“.¹⁰⁰ Die strafmildernde Rele-

vanz der Gesetzestreue wird sowohl vom deutschen als auch vom englischen Schrifttum anerkannt.¹⁰¹

Es wurde angedeutet, dass der Aspekt der Strafempfindlichkeit einen abnehmenden Strafabbatt im Sinne des PLM-Modells rechtfertigen kann, der über die Kategorie der Ersttäterschaft hinausgeht und auch vorbestrafte Täter (z.B. Erstverbüßer) umfasst. Ebenfalls muss der Aspekt der Rechtstreue nicht unbedingt nach der Ersttäterschaft vollkommen negiert werden, falls diese Hemmschwelle überschritten wird. Viele vorbestrafte Täter verhalten sich über einen längeren Zeitraum hinweg wieder rechtstreu, was man – in einem bescheideneren Umfang – strafmildernd berücksichtigen könnte. Bedeutet denn eine einzige Verurteilung für ein Bagatelldelikt, welches vor vielen Jahren begangen wurde, dass es sich um keinen rechtstreuen Bürger mehr handelt? Eine instruktive Antwort auf diese Frage hat der Griechische Oberste Gerichtshof durch seine Entscheidung „Areopag 1091/2002“ gegeben. In jenem Urteil wurde dem Täter eines Totschlags der Strafmilderungsgrund des „ehrbaren Vorlebens“ zuerkannt, obwohl es sich insgesamt um seine dritte Straftat handelte. Die Begründung für die Zulassung des Strafmilderungsgrunds war folgende: Die zwei Vorstrafen des Täters seien, so das Gericht, außerstande, das „ehrbare Vorleben“ des Täters aufzuheben. Die erste Vorstrafe (fünfmonatige, zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe wegen Diebstahls) habe nämlich nach dem erfolgreichen Abschluss der dreijährigen Bewährungszeit keinen Bestand, während die zweite Vorstrafe (40 Tage Freiheitsstrafe wegen der unterlassenen Zahlung von Versicherungsbeiträgen) von sekundärer Bedeutung sei. Daraus folgt, dass nicht nur die absolut rechtstreuen Bürger eine Strafmilderung verdienen, sondern auch diejenigen, die sich in ihrem Leben grundsätzlich an der Gesetzeskonformität orientieren, bzw. sich vom Ideal der Rechtstreue noch nicht erheblich distanziert haben. In diesem Sinne wird von einem „progressiv loss of credit for a good [criminal] record“¹⁰² gesprochen.

Aus systematischen Gründen stellt sich wiederum die Frage, inwiefern sich die strafmildernde Wirkung der bisherigen Rechtstreue des Täters auf strafrechtliche Kategorien und Verfassungsprinzipien zurückführen lässt. Wenn man – wie hier – eine engere Definition der Billigkeit im Sinne von Härteausgleich vertritt, um die Strafzumessungsrelevanz der Umstände jenseits des verschuldeten Unrechts einzugrenzen, dann kann eine solche Billigkeitsauffassung nicht den Aspekt der Belohnung einer „Täterleistung“ (z.B. Gesetzestreue, Wiedergutmachung) erfassen.¹⁰³ Sub certis reservationibus

(auch) zumessungserheblich bleiben muss (vgl. BGHSt [GS] 52, 124 [145 Rn. 52]); dasselbe gilt ebenso für eine eventuelle Erstreckung der Vollstreckungslösung auf andere tatschuldunabhängige Umstände. Der Ausschluss dieser Umstände aus der Strafzumessung und insb. aus der Entscheidung über die Strafart würde in vielen Fällen zu einem unvollkommenen Härteausgleich führen; siehe dazu *Giannoulis* (a.a.O.), 2. Kap. II. 4.4.3.

⁹⁷ Ebenso v. *Hirsch/Ashworth* (Fn. 91), S. 169, mit krit. Anm. zum Court of Appeal of England and Wales, Fall „R v. Bernard“ [1997] 1 Cr App R (S) 135; vgl. die Auswertung von 168 BGH-Leitsatzbegründungen mit Billigkeitsargumenten durch *E. v. Savigny*, in: Neumann/Rahlf/v. Savigny (Hrsg.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, S. 60 (62). In 165 Fällen wurde im Sinne von Billigkeitsgründen entschieden!

⁹⁸ Zur staatlichen Tatprovokation siehe BGHSt 45, 321 (339); 47, 44 (52); zur überlangen Verfahrensdauer und insb. zur Beibehaltung einiger schuldrelevanten Kompensationsmöglichkeiten nach dem Entwurf der „Vollstreckungslösung“ siehe BGHSt (GS) 52, 124 (145 Rn. 52).

⁹⁹ *Roberts* (Fn. 72), S. 20.

¹⁰⁰ BGH, NStZ 1982, 376; BGH StV 1983, 237; BGH StV 1984, 71; BGH NStZ 1988, 70.

¹⁰¹ *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 7), Rn. 647; *Roberts* (Fn. 72), S. 20 f.; *Thomas* (Fn. 4), S. 197.

¹⁰² *Daunten-Fear* (Fn. 5), S. 50, unter Verweis auf *Thomas* (Fn. 4), S. 197; krit., obgleich nicht kategorisch abl. *Roberts* (Fn. 72), S. 21.

¹⁰³ Teilweise anders das Kap. 29 § 5 schwedStGB: Aus den sieben Billigkeitsgründen sind fünf auf einen angemessenen Härteausgleich und zwei auf die Belohnung von Täterleistungen (Wiedergutmachung, Erscheinen bei der Polizei) zurückzuführen. Der Rückgriff auf die Billigkeit bzw. die geminder-

bietet sich hingegen die „Kategorie“ der (geminderten) Strafwürdigkeit an, um die strafmildernde Bewertung von Täterleistungen strafrechtsdogmatisch zu rechtfertigen.¹⁰⁴

d) PLM-Modell und positives Recht

Es bedarf der Hervorhebung, dass selbst das dtStGB über Vorschriften verfügt, die sich unter Umständen mit dem PLM-Modell vereinbaren lassen: Mit dem PLM-Modell harmonisiert z.B. die neue Fassung des § 59 StGB. Durch eine Gesetzesänderung wurde die bis zum 31.12.2006 geltende Ersttäterregelung abgeschafft und die Verwarnung mit Strafvorbehalt im Einklang mit dem PLM-Modell auf vorbestrafte Täter erstreckt. Nach § 59 Abs. 2 StGB a.F. war eine Verwarnung mit Strafvorbehalt in der Regel ausgeschlossen, wenn der Täter während der letzten drei Jahre vor der Tat mit Strafvorbehalt verwarnt oder zu Strafe verurteilt worden war.

Auch das Privileg des § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird nicht unbedingt den Ersttätern, sondern den Erstverbüßern einer Freiheitsstrafe zuteil. Es liegt nahe, dass Erstverbüßer den obigen Strafrabatt u.a. wegen ihrer erhöhten Strafempfindlichkeit erhalten und weil sie sich – zumindest unter dem Aspekt der Vorstrafenschwere – noch nicht erheblich von der Rechtstreue distanzieren haben. Immerhin handelt es sich hier nur um eine partielle Übereinstimmung mit dem PLM-Modell,

te Strafwürdigkeit des Täters wird überflüssig, sofern eine Wiedergutmachung das Tatunrecht modifizieren kann.

¹⁰⁴ Zu Möglichkeiten und Grenzen einer Verwertung dieser umstrittenen Kategorie in der Strafzumessung siehe *Giannoulis* (Fn. 59), 2. Kap. II. 4.2 und 4.3, wo u.a. die Relevanz der Strafwürdigkeit für die Tatbestandslehre, ihr Verhältnis zur Billigkeit, ihre inhaltliche Präzisierung, ihre Eingrenzungskriterien und die fragwürdige Strafzumessungsrelevanz vieler „Täterleistungen“ diskutiert werden. Zur Verbindung der Vorstrafen mit der Strafwürdigkeit des Täters siehe *v. Hirsch/Jareborg* (Fn. 4), S. 60 mit Fn. 157; zur Relevanz der Strafwürdigkeit für die Umstände jenseits des verschuldeten Unrechts siehe *Silva Sánchez*, InDret 2/2007, 1 (9); *Cornils/Jareborg* (Fn. 90), S. 34; *v. Hirsch/Jareborg* (Fn. 4), S. 36 mit Fn. 95; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 1975, 2/14; vgl. auch *Langer*, Die Sonderstrafat, 2007, S. 143 Fn. 10, der die Vernachlässigung dieser Kategorie in der Strafzumessung moniert; zum Versuch der Etablierung der Strafwürdigkeit als vierte Deliktsstufe siehe *Langer* (a.a.O.), passim; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1984, 9/4 ff.; *Schünemann*, ZschwR 97 (1978), 131 (147 ff.); *Sax*, JZ 1976, 9; vgl. auch *Androulakis*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2006, S. 341 ff. (in griechischer Sprache), der aber zugleich die Relevanz der Strafwürdigkeit für die Schuld und die Rechtswidrigkeit betont; zur Rolle der Strafwürdigkeit als Pönalisierungs- und Auslegungsmaxime für den gesamten Anwendungsbereich des Strafrechts siehe *Altpeter*, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, 1990, S. 287; ähnlich *Alwart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982, S. 48; *H.-L. Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 89 ff.; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 503 f.; zu den verfassungsrechtlichen Kriterien der Strafwürdigkeit siehe *Altpeter* (a.a.O.), S. 169 ff.

da die o.g. Vorschrift einen breiteren Anwendungsbereich als das PLM-Modell besitzt. Denn die Strafmilderung des § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB kann theoretisch auch einen zehnmal vorbestraften Erstverbüßer erfassen, obwohl eine solche Kombination (scil. erhebliche Vorstrafenanzahl und kein Freiheitsentzug) in der Praxis eher selten vorkommt. Hingegen sind die bescheidenen Strafrabatte des PLM-Modells grundsätzlich auf zwei bis fünf Vorstrafen beschränkt. Dazu kommt, dass gem. § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB Erst- und Mehrfachtäter dieselbe Strafmilderung erhalten, was dem PLM-Modell widerspricht.

e) PLM-Modell und normativer Normalfall

Die Behauptung der Vertreter des PLM-Modells, dass nach einer gewissen Vorstrafenanzahl, die grundsätzlich zwischen zwei und fünf Verurteilungen liegt,¹⁰⁵ die Sanktion weder gemildert noch geschärft wird, verweist aus der Perspektive der deutschen Strafzumessungsdogmatik auf die Kategorie der neutralen bzw. normalen oder schlicht zumessungsrelevanten Umstände.¹⁰⁶ Nach dem PLM-Modell stellt folglich die Vorstrafenbelastung nach ca. drei oder vier Verurteilungen einen neutralen Strafzumessungsstand dar. Wenn außerdem *v. Hirsch* das PLM-Modell gegen den ungerechtfertigten Vorwurf verteidigt, dass eine Strafmilderung für Ersttäter zwangsläufig eine Strafschärfung für Mehrfachtäter impliziere,¹⁰⁷ macht er – wiederum aus Sicht der deutschen Dogmatik – von einem alten Grundsatz Gebrauch: Das bloße Fehlen eines Milderungsgrundes (hier: Ersttäterschaft bzw. leichte Vorstrafenbelastung) darf nicht strafscharfend bewer-

¹⁰⁵ *Wasik* (Fn. 4), S. 118; fünf; *v. Hirsch* (Fn. 3 – *v. Hirsch/Ashworth/Roberts*), S. 160, unter Verweis auf das schwedische Paradigma: vier; *Ashworth* (Fn. 4 – *Frisch/v. Hirsch/Albrecht*), S. 92: zwei oder drei; *Duff* (Fn. 4), S. 169: zwei. Natürlich handelt es sich um dezisionistische Festlegungen – eine magische Zahl gibt es nicht. Außerdem kommt es nicht nur auf die Anzahl der Vorstrafen, sondern auch auf andere Kriterien an; z.B. die Vorstrafenschwere, den Zeitverlauf seit der letzten Vorstrafe. Es ist erwähnenswert, dass nach einer Ansicht das PLM-Modell auf den obersten Bereich der Tatschwere überhaupt keine Anwendung finden sollte (z.B. Kapital- und Sexualverbrechen), da das Verhältnis der Tatschwere zur Toleranz umgekehrt proportional sei; dazu *Roberts* (Fn. 16), S. 150 f., 157 Fn. 4; vgl. § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB: „[wenn die] Freiheitsstrafe [...] zwei Jahre nicht übersteigt“.

¹⁰⁶ Dazu *Dreher*, in: Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung, Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Heft 3, 1977, S. 37 (39); *Bruns* (Fn. 34), S. 250; vgl. *Niemöller*, GA 2012, 337 (352 Fn. 89): „Gemeint sind potenziell erhebliche Umstände, die im jeweiligen Fall aber aktuell wertneutral bleiben.“

¹⁰⁷ Zum Vorwurf siehe *Fletcher* (Fn. 45), S. 460 ff.; *Singer* (Fn. 69), S. 67; *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), S. 892 Fn. 39; *Reichert* (Fn. 7), S. 155 f.; zu seiner Widerlegung *v. Hirsch*, Minnesota Law Review 65 (1981), 591 (615, insb. S. 623 Abb. III.).

tet werden.¹⁰⁸ Dieser Grundsatz wird z.T. mit dem Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) und der Rechtsfigur des normativen Normalfalls in Verbindung gebracht.¹⁰⁹ Bejaht man – anders als der *Große Strafsenat* des BGH – die Rechtsfigur des normativen Normalfalls im Sinne einer (normativen) Neutralausprägung von einzelnen Strafzumessungsumständen,¹¹⁰ dann stellt man fest, dass gemäß den Vorgaben des PLM-Modells der normative Normalfall der Vorstrafenbelastung erst nach ca. drei oder vier Verurteilungen erreicht wird.¹¹¹

¹⁰⁸ Zur verbreiteten Akzeptanz dieses Grundsatzes (und seiner Umkehrung) in der Theorie und Praxis bis zum Ur. BGHSt (GS) 34, 345 siehe eingehend *Fahl*, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, S. 162 ff. m.w.N.; dem Grundsatz zustimmend *Niemöller*, GA 2012, 337 (345); *Frisch*, GA 1989, 338 (366); abl. *Foth*, JR 1985, 397 (398); BGHSt (GS) 34, 345 (348 f.); einschränkend hinsichtlich Reichweite und praktischer Relevanz *Hettinger* (Fn. 9), S. 1157, 1161, 1179 Fn. 145.

¹⁰⁹ Zur Verbindung des Grundsatzes mit dem Doppelverwertungsverbot *Weßlau*, StV 1991, 259 (260); BGH JR 1980, 335; abl. *Fahl* (Fn. 108), S. 164; zur Verbindung des Grundsatzes mit einem „Normalfall als Ausgangswert“ BGHSt (GS) 34, 345 (348); zur Herleitung des normativen Normalfalls (bzw. des Regeltatbilds) aus einer Extension des Doppelverwertungsverbotes siehe *Streng* (Fn. 7), Rn. 705; die extensive Anwendung des § 46 Abs. 3 StGB auf nicht tatbestandlich vertypete aber regelmäßig mit der Verwirklichung eines Tatbestandes verbundene Umstände bejahend *Neumann*, StV 1991, 256 (257 f.); abl. *Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1992, S. 155.

¹¹⁰ Den normativen Normalfall im Sinne einer neutralen Ausprägung von einzelnen Strafzumessungsumständen akzeptieren sogar Autoren, die dem normativen Normalfall als Kombination von mehreren neutral ausgeprägten Strafzumessungsumständen (und einer diesem neutralen Komplex angemessenen Normalstrafe) kritisch gegenüber stehen; so z.B. *Hörnle* (Fn. 7), S. 367, 380; ähnlich *Frisch*, GA 1989, 338 (355), der vom Regeltatbild spricht (*Frisch*, GA 1989, 338 [361]); zustimmend *Fahl* (Fn. 108), S. 129, 161 ff.; der *Große Senat* des BGH hat allerdings beide Auffassungen des normativen Normalfalls zurückgewiesen (BGHSt [GS] 34, 345 [349 ff.]); zu einer aktuellen und kritischen Bestandsaufnahme der ganzen Diskussion um neutrale Bezugspunkte der Strafzumessung siehe *Hettinger* (Fn. 9), S. 1153.

¹¹¹ Nach der Kohortenstudie von *Höfer* findet eine Übereinstimmung zwischen Delikts- und Sanktionsschwere erst bei der dritten bzw. vierten Registrierung einer Straftat in das Bundeszentralregister statt (*ders.* [Fn. 69], S. 132, Abb. 28 [im Bereich der mittleren Delikts- und Sanktionsquanten]); insofern erfüllt das PLM-Modell das Postulat des „Bodenkontaktes“ des normativen Normalfalls zur sozialen Wirklichkeit; zu diesem Postulat siehe *Grasnick*, JZ 1988, 157 (158); zustimmend *Neumann* (Fn. 2), S. 448; allerdings handelt es sich nur um eine partielle Deckung mit dem PLM-Modell, da *Höfer* über der Grenze der vier Registrierungen auch erhebliche Strafschärfungen feststellte. Die Ansicht des

III. Schlusswort

Sowohl die negative als auch die positive Rechtfertigung des PLM-Modells haben die Stärken dieses Ansatzes zur Geltung gebracht. Das durch *Andreas v. Hirsch* geprägte PLM-Modell sollte auch und gerade in der deutschen Strafzumessungswissenschaft Beachtung finden. In der Hoffnung und in der Überzeugung, dass dies in den kommenden Jahren der Fall sein wird, widme ich dem verehrten Jubilar und meinem zweiten Dissertationsbetreuer den vorliegenden Beitrag.

I. Senats des BGH (BGH StV 1988, 60), dass die Straffreiheit den gesetzlichen Normalfall der Vorstrafenbelastung bilde, weil sie von jedem Bürger erwartet werde, verkennt hingegen den Streitgegenstand, da sie nur eine triviale Umschreibung der Gesamtheit aller primären Verhaltensnormen darstellt; siehe näher *Giannoulis* (Fn. 59), 4. Kap. I. 8.2.2.1; ebenso wenig liegt aus statistischer Sicht das regelmäßige Erscheinungsbild aller Straftaten in der Ersttäterschaft; dazu siehe oben II. 1. a) bb) (2) a.E.; dem *I. Senat* im Ergebnis zustimmend *Frisch*, GA 1989, 338 (358 Fn. 82); *Erhard* (Fn. 8), S. 301; *Ahlers-Grzibek*, Der normative Normalfall in der Strafzumessung, 2003, S. 155 ff.; krit. *Hörnle*, HRRS 2006, 75 (77).

Betrug durch das Betreiben von Abofallen

Zur Entscheidung BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12*

Von Prof. Dr. Ralf Krack, Osnabrück

I. Einleitung

Das Bestimmen der Grenzen der konkludenten Täuschung ist eine Daueraufgabe für Rechtsprechung und Wissenschaft. Für jede neuartige Fallkonstellation, in der die sonstigen Voraussetzungen der Betrugsstrafbarkeit gegeben sind, stellt sich die Frage nach der konkludenten Täuschung neu. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass der BGH im selben Monat mit den Ping-Anrufen und den Abofallen in zwei Fallkonstellationen erstmals darüber zu entscheiden hatte, ob eine die Betrugsstrafbarkeit auslösende konkludente Täuschung gegeben ist. Die Schwierigkeiten der Grenzziehung zeigen sich jeweils deutlich in der Uneinigkeit der befassten Gerichte über die Rechtsfrage, ob eine konkludente Täuschung vorliegt. Die erstinstanzlich zuständigen Landgerichte hatten gleichermaßen die Eröffnung der Hauptverfahren mangels konkludenter Täuschung abgelehnt. Erst durch die Entscheidungen der Oberlandesgerichte im Beschwerdeverfahren kam es jeweils zur Durchführung der Hauptverfahren und einer Verurteilung, die durch den BGH bestätigt wurde.

Die juristische Einordnung der (auch hier) so genannten „Abofallen“ hat Rechtspraxis und Rechtswissenschaft schon häufig beschäftigt. Strafgerichte hatten über die Strafbarkeit der Anbieter dieser Systeme oder ihrer Anwälte zu entscheiden, die für die Anbieter das Inkassogeschäft durchführen. Wegen der Einordnung des Betrugstatbestandes als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB sind auch Zivilgerichte mit der Frage befasst, ob ein Betrug vorliegt. Zu dieser Thematik an der Schnittstelle zwischen Verbraucherrecht und Strafrecht gibt es zahlreiche Publikationen aus zivilrechtlicher und strafrechtlicher Sicht. Auch der Gesetzgeber hat in Gestalt der nunmehr in § 312j Abs. 2-4 BGB enthaltenen verbraucher-schützenden Regelungen auf das Phänomen der Abofallen reagiert. Mit Spannung wurde daher das Urteil des 2. Strafsenats erwartet, dessen Begründungstext Gegenstand dieser Anmerkung ist. Zur besseren Einordnung wird nachfolgend zunächst die vorangegangene Rechtsprechung zur konkludenten Täuschung und speziell zur Abofalle dargestellt (II.), bevor ich vor diesem Hintergrund den in der Urteilsbegründung niedergelegten Gedankengang des 2. Strafsenats zum Vorliegen einer konkludenten Täuschung erläutere und kritisch bewerte (III.). Dabei kommt dem (vom Senat abgelehnten) Einfluss des Europarechts auf den Betrugstatbestand eine wichtige Rolle zu. Zu diesem im Schrifttum bereits seit einiger Zeit diskutierten Thema äußert sich der 2. Strafsenat – soweit ersichtlich – als erster Senat des BGH ausführlich. Darin wird langfristig die Hauptbedeutung dieses Urteils

liegen. Auf die Ausführungen zu Vermögensverfügung und Schaden werde ich nur kurz eingehen.

Vor der rechtlichen Einordnung sei die Konstellation der Abofalle kurz beschrieben: Die Täter bieten im Internet Dienstleistungen an, z.B. Routenplaner. Die Entgeltlichkeit erschließt sich nur dem aufmerksamen Nutzer: Er muss entweder vor Betätigen des Bestellbuttons weiter Scrollen und so die Preisangabe am Ende eines mehrzeiligen Textes finden oder sich über eine Schaltfläche die umfangreichen AGB anzeigen lassen, in denen sich ebenfalls die Preisangabe findet. Die vom Nutzer abgefragte Eingabe von Name und Adresse scheint auf den ersten Blick nur der Teilnahme an einem Gewinnspiel zu dienen. Hat der Nutzer die Bestellung ausgeführt, erhält er später vom Betreiber eine Zahlungsaufforderung für die erste Rate des Abonnements, das die Nutzung des Routenplaners umfasst.

II. Die Ausgangslage

Die Konstellation der Abofalle wird häufig mit derjenigen der rechnungsähnlichen Insertionsofferte verglichen.¹ Die Gemeinsamkeit wird darin gesehen, dass der täuschende Charakter nicht aus den einzelnen Textinformationen, sondern aus der Gesamtgestaltung resultiert. Bei den Insertionsofferten wird zwar in einer versteckten Passage darauf hingewiesen, dass es sich um ein neues Vertragsangebot handelt; die rechnungsähnliche Gestaltung des neuen Angebots erweckt jedoch den Eindruck, es handele sich um die Rechnung für eine anderweitig vereinbarte und erbrachte Leistung. Bei den Abofallen finden sich ebenfalls an zwei versteckten Stellen für sich genommen deutliche Hinweise auf die Kostenpflicht. Für den flüchtigen Leser entsteht jedoch hier wie bei den Insertionsofferten der Eindruck, dass es nicht um den Abschluss eines entgeltlichen Vertrags geht. Der Unterschied besteht also lediglich darin, dass es im ersten Fall nicht um einen erneuten Vertragsschluss zu gehen scheint, während das Opfer bei den Abofallen von dem Abschluss eines unentgeltlichen Vertrags ausgeht.

Daher verwundert es nicht, dass das vorbefasste OLG Frankfurt a.M. für die Abofallen die Argumentation des 4. Strafsenats übernimmt, die dieser für die konkludente Täuschung durch rechnungsähnliche Angebote im Jahr 2001 entwickelt hat. Die Annahme einer konkludenten Täuschung soll sich für das zur Irreführung geeignete Verhalten (Insertionsofferten als Rechnung aufgemacht) daraus ergeben, dass der Täter den Irrtum des Opfers absichtlich herbeiführt. Dieses Kriterium des absichtlichen Handelns soll es ermöglichen, den Verantwortungsbereich des Täters zu bestimmen und so eine Abgrenzung des strafbaren Verhaltens von der

* Im Internet abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7d4caac501dc7ef3a2321ce2100b2d6e&nr=68299&pos=0&anz=1>.

¹ Z.B. Eisele, NStZ 2010, 193. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 28a; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2014, § 13 Rn. 14a; Kudlich, ZWH 2012, 39.

straflosen Ausnutzung einer „irrtumsgeneigten Situation“ zu ermöglichen.² Diese Argumentation ist schon häufiger kritisiert worden, so dass ich mich hier eher kurz fassen kann.³

Zutreffend ist an der 2001 vom 4. Strafsenat entwickelten Gedankenführung, dass es bei der konkludenten Täuschung um die Abgrenzung der Verantwortungssphären von Täter und Opfer geht. Grundsätzlich ist jeder für seine Vermögensdispositionen selbst verantwortlich und hat sich über diejenigen Tatsachen, die er seiner Dispositionsentscheidung zu Grunde legt, selbst zu orientieren. Daher reicht das bloße Verursachen des Irrtums eines anderen für die Annahme einer Täuschung nicht aus, mag es auch von einer Irrtumserregungsabsicht getragen sein. Nur wenn eine Tatsache (auch) in den Verantwortungsbereich des potentiellen Täters fällt, stellt sich sein Gesamtverhalten als konkludente Täuschung dar.

Der Fehler des 4. Senats besteht darin, dass dieser Gedanke der Orientierung an den Verantwortungsbereichen nicht korrekt fortgeführt wird. Stattdessen stellt er auf die Absicht des Täters ab. Die Zuweisung der dispositionsrelevanten Tatsachen zu den Verantwortungssphären von Täter und Opfer hängt jedoch nicht von den Vorstellungen des Täters ab, sondern ist objektiv zu bestimmen. Wegen der Erfordernisse der Bereicherungsabsicht und der Stoffgleichheit, die die erstrebte Bereicherung und die den Schaden auslösende Vermögensverfügung miteinander verknüpfen, setzt § 263 StGB ohnehin voraus, dass der Täter die Vermögensverfügung und den diesen ermöglichenden Irrtum bezweckt. In den relevanten Fällen ist die Irrtumserregung also ohnehin von der Absicht des Täters erfasst. Umgekehrt betrachtet, hängt also in denjenigen Fällen, in denen der Täter den Irrtum des Opfers nicht beabsichtigt, die Betrugsstrafbarkeit ohnehin nicht davon ab, ob eine Täuschung vorliegt – die Irrtumserregungsabsicht kann folglich keine Voraussetzung der Täuschung sein, wenn man dieses Merkmal nicht leerlaufen lassen will.⁴ Bei der Bestimmung der Grenzen der konkludenten Täuschung geht es – wie Kühne mit dem Titel seiner Monografie plakativ verdeutlicht hat – um die Frage „Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?“⁵ Der (in diesem Sinne) Geschäftstüchtige erstrebt das irrtumsvermittelt selbstschädigende Verhalten des Opfers ebenso wie der (konkludent Täuschende und daher) Betrüger, nur eben durch erlaubtes, zumindest aber nicht strafrechtswidriges Handeln. Klarheit bringt der übliche Kontrollfall: Wer einem anderen eine Sache zum Kauf anbietet, erklärt nach üblichem Verständnis grundsätzlich nicht konkludent, die Sache sei den verlangten Preis auch wert. Das Orientierungsrisiko für die wertbildenden Faktoren liegt beim Käufer. Stellt man mit dem BGH auf

die Absicht ab, müsste man zu der Annahme einer Täuschung gelangen – ein Ergebnis, das auch die Rechtsprechung nicht teilt.⁶ Die Absicht, beim Opfer einen Irrtum zu verursachen und ihn so zu einer Selbstschädigung zu veranlassen, verschiebt die objektiv zu bestimmenden Verantwortungsbereiche für die Informationsbeschaffung nicht. Daher verfängt die Gegenkritik von Erb nicht, der darauf hinweist, dass in der vorliegenden Konstellation die Irrtumserregungsabsicht nicht aus einem erlaubten Verhalten ein strafbares macht, sondern dass das Verhalten des Täters schon objektiv unzulässig ist.⁷ Diese Überlegung hilft nicht weiter, wenn man wie der 4. Senat und vorangehend der 2. Senat das Täterverhalten keiner objektiven Bewertung unterzieht. Zwar ist von einer objektiven Eignung zur Irrtumserregung die Rede. Da jedoch unter dieses Merkmal nicht subsumiert wird, ist nicht ersichtlich, dass eine objektive Begrenzung der Täuschung aufgestellt wird. Selbst wenn eine objektive Begrenzung der konkludenten Täuschung vorgenommen würde, kommt es entgegen der von Erb vertretenen Ansicht daneben nicht auf die Absicht des Täters an. Denn die Verantwortungssphären von Täter und Opfer hängen nicht von den Vorstellungen und Motiven des Täters ab.

Schon in der BGH-Entscheidung zu den Insertionsofferten⁸, aber auch in der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. zu den Abofallen⁹ wird für die Annahme einer konkludenten Täuschung auf das planmäßige Vorgehen abgestellt. Es bleibt jedoch unklar, was damit gemeint ist – es wird nicht einmal deutlich, ob damit etwas anderes als das Absichtserfordernis beschrieben werden soll. Für mich ist keine Interpretation dieses Begriffes ersichtlich, die einen nachvollziehbaren Ansatz für die Umgrenzung der konkludenten Täuschung darstellt. Dass der Täter mit Vorbedacht handelt, kann eine Täuschung ebenso wenig begründen wie die Tatsache, dass er geschickt vorgeht. Die effektive Ausgestaltung des Täterhandelns vermag für sich genommen das Betrugsunrecht nicht zu begründen, da sie – wie auch die Absicht der Irrtumserregung – die Verantwortungssphären nicht verschiebt. Erneut bringt der Kontrollfall Klarheit: Wer einem anderen eine Sache zum Kauf anbietet, erklärt mit dem Nennen des Preises im Regelfall nicht konkludent, dieser entspreche dem Wert der Sache. Das ändert sich nicht dadurch, dass der Täter sein Vorgehen planvoll gestaltet, indem er z.B. seinem Äußeren eine besondere Seriosität verleiht, besonders gewinnende Formulierungen verwendet und speziell Vertreter eines bestimmten Personenkreises anspricht (vorausgesetzt, es geht um vollverantwortliche Personen). Zwar gibt es mit dem hinterlistigen Überfall in § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ein Tatbestandsmerkmal, das an eine planvolle, die Effektivität des Handelns

² BGHSt 47, 1 (5 f.).

³ Siehe z.B. Krack, JZ 2002, 613; Eisele, NStZ 2010, 193 (194); ders., MMR 2011, 273 (274).

⁴ Damit wäre man dann in Übereinstimmung mit der auch vom BGH (in BGHSt 47, 1 [4 f.]) gescholtenen These: „Wo ein Irrtum ist, ist auch eine Täuschung“, Mahnkopf/Sonnberg, NStZ 1997, 187.

⁵ Kühne, Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?, 1978.

⁶ BGH wistra 1989, 304 (305); OLG Stuttgart NStZ 1985, 503.

⁷ Erb, ZIS 2011, 368 (377).

⁸ BGHSt 47, 1 (4 f.): „planmäßig erweckten Gesamteindruck“, „wenn der Täter die Eignung [...] planmäßig einsetzt“.

⁹ OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (401): „planvolle Vorgehensweise“.

steigernde Vorgehensweise des Täters anknüpft. Hierbei handelt es sich jedoch um ein das durch § 223 StGB erfasste Körperverletzungsunrecht steigerndes Qualifikationsmerkmal – die Begründung einer Strafbarkeit aufgrund eines derart planmäßigen Vorgehens scheint mir dagegen nicht vertretbar.

Teilweise wird die konkludente Täuschung darauf gestützt, dass das Täterverhalten keinen anderen Zweck verfolgt als die irrtumsbedingte Schädigung des Opfers. Insbesondere das OLG Frankfurt a.M. stellt in seiner ausführlichen Beschlussbegründung mehrfach darauf ab, wie die Internetseite ausgesehen hätte, wenn nicht allein der Zweck der Irrtumserregung verfolgt worden wäre.¹⁰ Auch *Erb* stützt die Annahme einer konkludenten Täuschung in der Abfallenkonstellation darauf, dass für die Gestaltung der Internetseite „keine andere Funktion ersichtlich ist als die, einen [...] Teil der Adressaten durch die Erregung von Fehlvorstellungen zu vermögensschädigenden Dispositionen zu veranlassen“¹¹. Es wird nicht deutlich, ob damit etwas anderes als das Kriterium des planmäßigen Vorgehens gemeint ist.¹² Auch hier ist wieder zu entgegnen, dass es für den Verantwortungsbereich des potentiellen Täters unerheblich ist, ob sein Verhalten allein den Zweck der Irrtumserregung verfolgt.¹³ Auch für dieses Kriterium zeigt die Konstellation, in der eine Ware für einen den Wert übersteigenden Preis angeboten wird, die Irrelevanz auf. Wer so vorgeht, begeht nicht deshalb eine Täuschung, weil sein Verhalten keinen anderen Zweck als die Irrtumserregung hat – die alleinige Verantwortung für die Umstände, aus denen sich der Wert ergibt, bleibt beim Käufer. Es macht keinen Unterschied, ob das der alleinige Zweck des Vorgehens ist oder ob der Täter für den (von ihm vielleicht für viel wahrscheinlicher gehaltenen) Fall, dass der Kaufinteressent den wahren Wert erkennt, nur eine erste Zahl nennen möchte, die als Grundlage für weitere Preisverhandlungen dient.

III. Die Urteilsbegründung

Die Begründung des 2. *Senats* zum Täuschungsmerkmal ist zweigeteilt. Zunächst geht es um die klassische Bestimmung der konkludenten Täuschung, bei der an die vorherige Rechtsprechung des BGH angeknüpft wird (Rn. 15-20, dazu nach-

folgend unter 1.). Anschließend wird die mögliche Relevanz europarechtlicher Vorgaben für die Auslegung des § 263 StGB dargestellt (Rn. 21-33, dazu später unter 2.).

1. Konkludente Täuschung

Der 2. *Senat* stellt nicht ausdrücklich auf eine Vergleichbarkeit mit der Konstellation der Insertionsofferten ab, verweist jedoch mehrfach auf die 2001 für diese Fallgruppe verwendete Argumentation des 4. *Senats* zur Bestimmung einer konkludenten Täuschung und die Begründung des vorbefassten OLG Frankfurt a.M., das sich seinerseits eng an die BGH-Entscheidung des 4. *Senats* angelehnt hat.

Zunächst wird eine vom BGH schon häufiger verwendete Definition der Täuschung aufgestellt, wonach eine Täuschung „jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten“ sein soll, „welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen“.¹⁴ Diese Formel umschreibt notwendige Bedingungen für eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB zutreffend. Aus der Formulierung „jede“ folgt jedoch, dass es sich um eine abschließende Definition handeln soll, die die für eine Täuschung hinreichenden Bedingungen beschreibt. Als eine solche abschließende Begriffsbestimmung trifft sie aber nur dann zu, wenn das Merkmal „objektiv geeignet“ so ausgefüllt wird, dass die oben beschriebene Abgrenzung zwischen den Verantwortungsbereichen von Täter und Opfer an dieser Stelle vorgenommen wird.

Das ist jedoch nicht der Fall. Ebenso wie in der BGH-Entscheidung zu den Insertionsofferten und in der ausführlich begründeten Beschwerdeentscheidung des OLG Frankfurt a.M. wird nicht einmal ersichtlich, was mit der objektiven Eignung zur Irrtumserregung überhaupt gemeint sein soll. In den weiteren Ausführungen nennt der *Senat* zwar (wie auch das OLG Frankfurt) diejenigen Tatsachen, aus denen man die Verschiebung des Orientierungsrisikos zum Täter herleiten kann (Verstecken der Informationen zur Entgeltlichkeit der angebotenen Dienstleistung durch die spezielle Gestaltung der Internetseite), jedoch stellt der *Senat* in seiner Subsumtion allein auf die Absicht des Täters ab: „diese Gestaltung spricht dafür, dass der Angestellte tatsächlich eine Kenntnisnahme der Kostenpflichtigkeit durch die Nutzer verhindern wollte“¹⁵; „trägt den landgerichtlichen Schluss, der Angeklagte sei bestrebt gewesen, die Kostenpflichtigkeit des Angebots täuschend zu verschleiern“¹⁶; „dass der Angeklagte [...] auch insoweit beabsichtigte, potentielle Benutzer zu täuschen“¹⁷. Hierdurch wird aber nur der Definitionsbestandteil „subjektiv bestimmt“ ausgefüllt, während nicht erkennbar ist, dass auch der Definitionsbestandteil „objektiv geeignet“ näher erläutert werden soll.¹⁸ Damit liegt die Urteilsbegründung auf einer

¹⁰ OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (401 f.).

¹¹ *Erb*, ZIS 2011, 368 (376 f.).

¹² *Erb*, ZIS 2011, 368 (377) spricht von einer „ähnlichen Idee“ – und stellt kurz darauf auf die „Absicht zur Irreführung“ ab, als ob er die Täuschungsabsicht und das Fehlen eines anderen Zweckes nicht nur für ähnlich, sondern für identisch hält.

¹³ Daher teile ich auch die Ansicht *Hoyers* (in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 141. Lfg., Stand: Juli 2014, § 263 Rn. 49) nicht, der ausreichen lässt, dass die „Erklärung objektiv nur mit der Absicht abgegeben worden sein kann, einen bestimmten Irrtum des Opfers auszulösen“. Die Gleichsetzung mit den Konsistenzüberlegungen *Kindhäusers* (in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, Bd. 3, § 263 Rn. 110) vermag nicht zu überzeugen.

¹⁴ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 16.

¹⁵ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 17.

¹⁶ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 18.

¹⁷ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 19.

¹⁸ Da der *Senat* die landgerichtliche Verurteilung wegen versuchten Betrugs überprüft, ist nicht ausgeschlossen, dass

Linie mit der Begründung in der Insertionsoffertenentscheidung, die auch schon die Begriffsdefinition mit den Elementen „objektiv geeignet“ und „subjektiv bestimmt“ enthält,¹⁹ ohne dass das Eignungserfordernis im Anschluss als einschränkender Bestandteil der Täuschungsdefinition ausgefüllt wird.²⁰

Im Rahmen dieser Ausführungen wird dem vorliegenden Verstoß gegen § 1 Abs. 6 PAngV eine „indizielle Bedeutung“ für die Annahme einer Täuschung beigemessen.²¹ Was damit gemeint ist, bleibt unklar. Eine Indizwirkung ist aus meiner Sicht nur dann verständlich dargelegt, wenn man – generell oder zumindest anhand von Beispielen – mitteilt, unter welchen Voraussetzungen sie widerlegt werden kann, sich also die indizielle Bedeutung im Ergebnis nicht auswirkt.

Vermutlich meint der *Senat* aber keine solche indizielle Bedeutung im juristischen Sinne, wie wir sie z.B. für den Zusammenhang von Blutalkoholkonzentration und Schuldfähigkeit kennen. Gemeint ist wohl eher, dass der Verstoß gegen § 1 Abs. 6 PAngV einen Anhaltspunkt oder ein Argument für die Annahme einer konkludenten Täuschung (oder im konkreten Fall: des darauf gerichteten Tatentschlusses) darstellt. Für diese Interpretation spricht auch, dass von den vier Literaturstimmen, die für die „indizielle Bedeutung“ zitiert werden, drei (darunter auch der Senatsvorsitzende) nichts zu einer Indizwirkung sagen²² und die vierte zwar von einer Indizwirkung spricht, aber (trotz der wertvollen Ausführungen zu dem Verhältnis von zivilrechtlichen Vorgaben und strafrechtlichen Folgen) zu einer Indizwirkung und ihrer Widerlegung nichts ausführt.²³ Dem Verstoß gegen § 1 Abs. 6 PAngV kann man in der Tat eine erhebliche Bedeutung beimessen. Eine schlüssige Argumentation wird daraus jedoch aus meiner Sicht nur dann, wenn man auf die Verteilung des

Orientierungsrisikos abstellt – darauf können gesetzliche Regeln wie § 1 Abs. 6 PAngV Einfluss haben.

Insgesamt betrachtet folgt der *Senat* also der zu den Insertionsofferten entwickelten Herleitung einer konkludenten Täuschung, die aus meiner Sicht nicht zu überzeugen vermag. Auch wenn der 2. *Senat* in seiner Begründung diejenigen Aspekte darstellt, aus denen sich auch nach meiner Auffassung die konkludente Täuschung ergibt, fehlt es an einer schlüssigen Begründung der konkludenten Täuschung. Die Herleitung der Täuschung wird nicht auf das entscheidende Kriterium der Verteilung des Orientierungsrisikos zu der irrumsgegenständlichen Tatsache gestützt. Anders als in der Entscheidung des 4. *Senats* zu den rechnungsähnlichen Angeboten wird dieser Aspekt nicht einmal erwähnt.

Exkurs: Die Relevanz außerstrafrechtlicher Normen für die Bestimmung der konkludenten Täuschung ist eine Thematik, die bereits häufiger behandelt wurde, aber noch nicht abschließend geklärt worden ist. Es dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass verbraucher-schützende Normen deutlichen Einfluss auf die Bestimmung des Orientierungsrisikos haben können. Umstritten ist dagegen die Frage, ob die strafrechtliche Bestimmung einer konkludenten Täuschung eng an zivilrechtliche Vorgaben anzulehnen ist oder ob die „normative Vorstrukturierung des Erklärungsgehalts“²⁴ durch eigenständige strafrechtliche Wertungen eine deutliche Durchbrechung erfährt.²⁵ Meines Erachtens machen gerade die weitgehenden Verbraucherschutznormen deutlich, dass nicht jede Verletzung einer solchen zivilrechtlichen Norm zur Verschiebung des Orientierungsrisikos mit der Folge einer konkludenten Täuschung führen kann. Wenn beispielsweise eine Abofalle derart ausgestaltet wäre, dass dem Verbraucher die Entgeltlichkeit der Nutzung sehr deutlich mitgeteilt wird, so liegt aus meiner Sicht auch dann keine konkludente Täuschung vor, wenn die streng formalisierenden Regeln des § 312j Abs. 3 BGB nicht eingehalten werden, da der Hinweis auf die Zahlungspflicht sich nicht auf der die Bestellung auslösenden Schaltfläche (Button) befindet. Das für einen weitgehenden Gleichlauf von Zivilrecht und Strafrecht angeführte Argument der Einheit der Rechts-

dieses Abstellen auf die subjektive Seite der Prüfung des Tatentschlusses geschuldet ist. Jedoch zeigen die mehrfachen Bezugnahmen auf die Entscheidung des BGH im Insertionsoffertenfall und die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. zu den Abofallen, dass der *Senat* auch für das objektive Täuschungsmerkmal auf die Irrtumserregungsabsicht abstellt.

¹⁹ BGHSt 47, 1 (5).

²⁰ Einen Nachweis für diese Begriffsbestimmung gibt es aktuell wie auch in der Entscheidung zu den Insertionsofferten nicht. Das OLG Frankfurt a.M., auf das der 2. *Senat* häufig Bezug nimmt, führt für dieselbe Begriffsdefinition zwei Literaturzitate an (OLG Frankfurt, NJW 2011, 398 [400]), die diese Aussage jedoch nicht stützen.

²¹ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 18.

²² Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 28a; Brammsen/Apel, WRP 2011, 1254 (1255); Hatz, JA 2012, 186 (187).

²³ Eisele, NStZ 2010, 193 (196). Auch Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 30, spricht wie Eisele in dem Sinne von einer Indizwirkung, dass nicht jeder Verstoß gegen eine solche Schutznorm zur betrugrelevanten Verschiebung des Orientierungsrisikos führen soll.

²⁴ So die Formulierung von Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2014, Bd. 5, § 263 Rn. 105 ff.

²⁵ Das Meinungsbild ist nicht leicht zu erfassen. Während der Meinungsstand üblicherweise als ein Streit zwischen strenger oder gelockerter Akzessorietät dargestellt wird, ist man sich wohl einig, dass eine ausnahmslose Orientierung am Zivilrecht nicht zu angemessenen Ergebnissen führt. Es geht daher nur um das Maß der Durchbrechung der Akzessorietät. Zum Meinungsbild Kasiske, GA 2009, 360 (364 f.); Heim, Die Vereinbarkeit der deutschen Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB) mit unionsrechtlichen Grundsätzen und Regelungen zum Schutz der Verbraucher vor Irreführungen, 2013, S. 116 f.

ordnung²⁶ lässt sich mit dem subsidiären Charakter des Strafrechts kaum in Einklang bringen. Spätestens wenn die Norm eines Tages so ausgestaltet sein wird, dass die Entgeltlichkeit durch die Verwendung eines rot-weiß gestreiften Balkens auf dem Button zu kennzeichnen ist, dessen Erscheinen durch einen anschwellenden polizeisirenenartigen Ton begleitet werden muss, sollte uns einleuchten, dass nicht jeder zivilrechtlich relevante Normverstoß eine Täuschungshandlung begründen und damit in vielen Fällen die Betrugsstrafbarkeit auslösen kann. Die Bestimmung der Kriterien, mit Hilfe derer zwischen der generellen Anlehnung an die zivilrechtlichen Vorgaben und der Selbständigkeit der strafrechtlichen Wertung entschieden wird, bleibt eine wichtige Aufgabe für die Fortentwicklung der Betrugsdogmatik.

2. Einfluss europarechtlicher Vorgaben

Im Anschluss an dieses vorläufige Ergebnis zur konkludenten Täuschung geht der *Senat* auf den möglichen Einfluss des Europarechts auf die Auslegung des § 263 StGB ein. Er untersucht, ob das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Richtlinie 2005/29/EG, nachfolgend UGP-RL) mit ihrem Leitbild des Durchschnittsverbrauchers (Art. 5 Abs. 2b) im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu einer Einschränkung des Täuschungsmerkmals führt. Der *Senat* lehnt das – aus meiner Sicht im Ergebnis zu Recht – ab.

a) Heranführung an das Thema

Auf die Relevanz der Grundfreiheiten für § 263 StGB geht der *Senat* nicht ein, obwohl die Einschränkungen des Betrugsstatbestands auch unter dem Aspekt der unzulässigen Einschränkung der Grundfreiheiten (zumeist Warenverkehrsfreiheit, hier Dienstleistungsfreiheit – Strafbarkeit nach nationalem Recht als Maßnahme gleicher Wirkung) diskutiert werden. Das ist aus zwei Gründen zutreffend. Zum einen ist ein den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnender grenzüberschreitender Sachverhalt nicht gegeben. Zu einer Einschränkung über die Grundfreiheiten kann man daher allenfalls über das allein nationalrechtlich relevante Vehikel der Gleichbehandlung der Inlandsfälle zur Vermeidung eines gespaltenen Täuschungsbegriffs gelangen.²⁷ Zum anderen ist die hier vorliegende Konstellation der online angebotenen Dienstleistung zwischen Unternehmer und Verbraucher derart umfassend und einheitlich sekundärrechtlich geregelt, dass dem Primärrecht als Auslegungsmaßstab des § 263 StGB keine Bedeutung (mehr) zukommt.²⁸

²⁶ Tiedemann (Fn. 23), § 263 Rn. 30; Scheinfeld, wistra 2008, 167 (171).

²⁷ Zu dieser Gleichbehandlung z.B. Satzger, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 114.

²⁸ Heim (Fn. 25), S. 53. Im Schrifttum wird teilweise noch immer primär oder gar allein auf die Grundfreiheiten und das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild abgestellt (z.B.

Wohl weil es sich um die erste Entscheidung handelt, in der sich ein *Strafsenat* des BGH mit dem Einfluss des Europarechts auf den Betrugstatbestand beschäftigt, ist die Darstellung zu dieser Frage relativ ausführlich. Weite Teile betreffen Gesichtspunkte, über die man sich einig sein dürfte (Darstellung des Art. 6 Abs. 1d der RL 2005/29/EG (Rn. 21 f., 26), Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung (Rn. 24), die auch im Strafrecht besteht (Rn. 25). Insbesondere vor diesem Hintergrund verwundert es, dass der *Senat* den vollharmonisierenden Charakter der UGP-RL nicht erwähnt,²⁹ obwohl nur diese Besonderheit überhaupt zu dem in der Urteilsbegründung breit ausgeführten Ansatz der Einschränkung des § 263 StGB im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung führt. Würde die Richtlinie nur den Mindeststandard des Verbraucherschutzes regeln, könnte es keine aus der Richtlinie fließende Pflicht zur restriktiven Auslegung der strafrechtlichen Schutznorm geben. Die Frage, ob die Erstreckung des betrugsstrafrechtlichen Schutzes auf besonders anfällige Opfer mit dem Europarecht vereinbar ist, stellt sich nur, weil die grundsätzlich auf den Durchschnittsverbraucher abstellende Richtlinie diejenigen Verhaltensweisen für zulässig erklärt, die nicht als wettbewerbswidrig eingestuft werden.³⁰

b) Kann die UGP-RL zu einer Einschränkung des § 263 StGB führen?

Bevor der *Senat* später auf die Frage eingeht, ob das Stellen von Abofallen europarechtlich zulässig ist, wird zunächst abstrakt geklärt, ob die UGP-RL überhaupt Einfluss auf die Betrugsstrafbarkeit haben kann.

aa) Unterschiedliche Zwecksetzungen als Argument gegen eine Einschränkung

Der *Senat* weist auf die Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung hin.³¹ Der Gedankengang dieses Absatzes ist für mich nicht nachvollziehbar. Zunächst wird ausgeführt, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nur dann vorgenommen werden muss, wenn der Inhalt der Richtlinie eindeutig ist. Dieser Ansatz wird jedoch nach seiner Erwähnung nicht fortgeführt – die inhaltliche Bestimmtheit der UGP-RL wird nicht angesprochen.³²

Satzger [Fn. 27], § 263 Rn. 112 f.). Das ist wohl historisch damit zu erklären, dass die Diskussion um die Einschränkung des Betrugsstrafrechts älter ist als die vollharmonisierenden sekundärrechtlichen Regelungen.

²⁹ Die vollharmonisierende Wirkung beschränkt sich auf das hier allein interessierende Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher (Erwägungsgründe 6, 8 der UGP-RL).

³⁰ Erwägungsgründe 4, 12 der UWP-RL.

³¹ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 27.

³² Als Beleg werden zwei Nachweise der zivilrechtlichen BGH-Rechtsprechung angeführt, in der es um die Relevanz der Richtlinie bei Untätigkeit des nationalen Gesetzgebers geht – diese Konstellation ist bei der UGP-RL jedoch nicht gegeben.

Stattdessen wechselt der *Senat* zu einer anderen möglichen Grenze der unionsrechtskonformen Auslegung. Es gebe keinen „absoluten Vorrang“ der unionsrechtskonformen Auslegung. Es bleibt aber unklar, was damit gemeint ist, zumal sich die als Nachweis angeführten Literaturstimmen deutlich unterscheiden. Auf der einen Seite wird die Habilitationsschrift von *Satzger* in Bezug genommen, der mit seiner Ablehnung einer „absolut vorrangigen“ unionsrechtskonformen Auslegung nur ausdrückt, dass die unionsrechtskonforme Auslegung dort zulässig ist, wo das nationale Recht Auslegungsspielraum lässt.³³ Das ist eine auch vom EuGH anerkannte Grenze des europarechtlichen Einflusses durch Richtlinien.³⁴ Der *Senat* stützt seine Ablehnung eines „absoluten Vorrangs“ aber auch auf die Habilitationsschrift von *Schröder*, der indes in der zitierten Passage deutlich weiter geht als *Satzger*. *Schröder* sieht den Einfluss der Richtlinien nicht nur durch den Auslegungsspielraum der nationalen Norm begrenzt, sondern nimmt vor dem Hintergrund der Zwecksetzungen des europäischen und des nationalen Rechts eine teleologische Gesamtschau vor.³⁵ Für diese Interpretation der Senatsansicht spricht, dass die weitere Begründung an diesen Gedanken *Schröders* anknüpft. Es sei zu prüfen, ob der Regelungsgehalt der Richtlinie „nach deren Sinn und Zweck auf die Strafnorm durchschlägt“.

Der *Senat* lehnt das ab.³⁶ Um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen, bedürfe es keiner Einschränkung des strafrechtlichen Vermögensschutzes. Es sei nicht vom Zweck der Richtlinie umfasst, allein auf die Vermögensschädigung ausgerichtete Verhaltensweisen straffrei zu stellen. Ich halte diese Argumentation jedoch nicht für zutreffend, da sie dem Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 UA 2. u. 3. EUV und der Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien aus Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht gerecht wird. Soweit das nationale Recht einen Auslegungsspielraum lässt, verpflichten diese primärrechtlichen Regeln dazu, auch schon vor Erlass der Richtlinie

bestehende nationale Normen wie § 263 StGB so zu interpretieren, dass dem Regelungsgehalt der Richtlinie Geltung verschafft wird.³⁷ Wenn die UGP-RL ein Verhalten nicht verbietet und somit aufgrund ihrer vollharmonisierenden Wirkung für zulässig erklärt, ist dieser Normbefehl zu beachten. Der Geltung des Europarechts muss nach Möglichkeit im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung Rechnung getragen werden – auf den Zweck der kollidierenden Regelung und ihr Verhältnis zum Zweck der Richtlinie kommt es nicht an.³⁸ Daher sind auch die weiteren Überlegungen des *Senats* – die Richtlinie dürfe nicht zu einer Einschränkung des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes und insbesondere nicht zu einer Einschränkung des Schutzes besonders Schutzwürdiger führen³⁹ – aus meiner Sicht ohne Belang. Man mag die gesetzgeberische Entscheidung für das in der UGP-RL niedergelegte Leitbild des durchschnittlich orientierten Verbrauchers für falsch halten – es handelt sich jedoch um geltendes EU-Recht, dem in Gestalt der richtlinienkonformen Auslegung Vorrang zukommt. Davon unabhängig ist die vom *Senat* und entsprechend im Schrifttum vorgenommene Zweckbeschreibung zweifelhaft. Es geht wegen der vollharmonisierenden Wirkung der UGP-RL nicht vorrangig um den Schutz des Verbrauchers, sondern in gleichem Maße um die Wahrung der Belange der Unternehmer. Im Interesse der Verwirklichung des freien Binnenmarkts wird durch die Richtlinie unionsweit verbindlich festgelegt, welches Unternehmerverhalten gegenüber Verbrauchern zulässig ist.⁴⁰ Dieser Zweck des Unternehmerschutzes würde von einer mitgliedstaatlichen Strafnorm vereitelt, die ein solches europarechtskonformes Verhalten verbietet und sogar unter Strafe stellt. Eine andere Frage ist, ob das Verhalten der Abofallenbetreiber überhaupt durch die Richtlinie gedeckt ist – an dieser Stelle gilt es (zunächst) nur, das abstrakte Verhältnis zwischen Richtlinie und § 263 StGB zu klären.

bb) Zu starke Normativierung des Irrtumsmerkmals?

Die weitere Argumentation des *Senats* gegen eine Einschränkung des Betrugstatbestands stützt sich auf das Argument, Täuschung und Irrtum erführen dadurch eine zu starke Normativierung.⁴¹ Der Irrtum (auf den der *Senat* an dieser Stelle nur noch abstellt) sei ein psychologisches Kriterium, das es im Prozess im Wege der Beweiserhebung festzustellen gelte. Daher sei eine normative Irrtumsbestimmung anhand des Verbraucherleitbildes mit der Betrugsdogmatik nicht vereinbar. Die Prämisse, der Irrtum sei ein nicht normativ geprägtes Tatbestandsmerkmal, ist jedoch aus meiner Sicht falsch. So gibt es etwa mit den Aspekten des sachgedanklichen Mitbewusstseins und der zweifelbehafteten Fehlvorstellung Aspek-

³³ *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 550.

³⁴ EuGH BeckRS 2012, 81321 (Rn. 51 ff.). Hierdurch wird eine Umgehung der engen Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien verhindert (*Jarass*, EuR 1991, 211 [218]).

³⁵ *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 452 f. Auch der Verweis des *Senats* auf den Beitrag von *Rönnau* und *Wegner* (*Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561 [564]) trägt hier nicht zur Aufklärung bei, da diese den von *Schröder* vertretenen Gedanken mit der (davon unabhängigen und unstrittigen) Notwendigkeit vermengen, zur Bestimmung des europarechtlichen Regelungsgehalts nicht allein auf den Richtlinien text zu schauen, sondern diesen vor dem Hintergrund anderer europarechtlicher Regelungen zu interpretieren (zu diesem Gesichtspunkt *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 10 Rn. 22). Hier werden m.E. das „mehrphasige Auslegungsmodell“ *Schröders* und der „mehrphasige Interpretationsakt“ *Heckers* vermengt (es besteht aus meiner Sicht ein erheblicher Unterschied, auch wenn *Hecker* sich auf *Schröder* beruft).

³⁶ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 28.

³⁷ EuGH NJW 1984, 2021 (2022); EuGH NJW 2004, 3547 (3549 f.); EuGH NJW 2012, 509 (510).

³⁸ Gegen die Relevanz der Schutzrichtung des Betrugsstrafrechts *Heim* (Fn. 25), S. 101.

³⁹ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 29.

⁴⁰ Siehe Erwägungsgründe 4, 12 der UGP-RL.

⁴¹ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 30.

te, die das Merkmal als erheblich normativ geprägt erscheinen lassen. Am deutlichsten dürfte das im Rahmen der konkludenten Täuschung sein: In einem Teil der Fälle ist das Vorliegen eines Irrtums nicht minder problematisch als das Vorliegen einer Täuschung, ohne dass behauptet würde, die Täuschung sei kein normativ geprägtes Tatbestandsmerkmal. So ist z.B. im Rahmen der Sportwette gleichermaßen fraglich, ob der Kunde konkludent erklärt, den Schiedsrichter nicht bestochen zu haben, und ob der Mitarbeiter der Annahmestelle sich Gedanken über eine solche Spielmanipulation macht. Es geht nämlich um die für Täuschung und Irrtum in gleicher Weise relevante und wohl nur einheitlich zu beantwortende Frage, ob Kunde und Mitarbeiter über die Tatsache der Schiedsrichterbestechung kommunizieren.⁴²

c) Verbietet Art. 5 UGP-RL das Einrichten von Abofallen?

Nachdem der *Senat* sich also zunächst abstrakt gegen eine Einschränkung der Betrugsstrafbarkeit durch eine der UGP-RL konforme Auslegung ausgesprochen hat, geht er anschließend der Frage nach, ob das Täterverhalten in der konkreten Konstellation der Abofalle überhaupt durch die europarechtlichen Vorgaben gedeckt ist.

aa) Anwendung von Art. 5 Abs. 2b, Abs. 3 UGP-RL

Sowohl allgemein für das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild⁴³ als auch für die konkrete Umsetzung in der UGP-Richtlinie⁴⁴ gelangt der *Senat* zu dem Ergebnis, dass das nicht der Fall ist. Auch ein situationsadäquat aufmerksamer Verbraucher müsse die Entgeltlichkeit der angebotenen Dienstleistung nicht erkennen, da es hier um eine geringwertige Dienstleistung des täglichen Bedarfs gehe.⁴⁵ Außerdem komme es für die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs (insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 2b, Abs. 3 UGP-RL) auf den angesprochenen Personenkreis an. Hier sei auf die Sicht eines leichtgläubigen Verbrauchers abzustellen.

Abgesehen davon, dass Art. 5 UGP-RL nicht die einschlägige europarechtliche Regelung sein dürfte (dazu später), halte ich diese Interpretation der Richtlinie für angreifbar. Der *Senat* stützt den Richtlinienverstoß darauf, es sei auf den Maßstab eines leichtgläubigen Verbrauchers abzustellen, wenn gerade dieser für die Geschäftspraxis besonders anfällig sei. Das gibt den Regelungsgehalt der Art 5 Abs. 2b, Abs. 3 UGP-RL jedoch unzutreffend wieder. Dass ein leichtgläubiger Verbraucher besonders anfällig ist, macht ihn per Definition aus und kann daher nicht der Grund dafür sein, auf ihn abzustellen – sonst wäre statt auf den verständigen Durchschnittsverbraucher immer auf den besonders anfälligen Verbraucher abzustellen und nicht nur – wie von der Richtlinie bezweckt – in einem Teil der Fälle.

Art. 5 Abs. 3 UGP-RL greift nicht ein, da es sich bei denjenigen, die sich für den Vertragsschluss entschieden haben, nicht um eine eindeutig identifizierbare Gruppe von Verbrauchern handelt. Die Ausnahmeregelung setzt eine Gruppe voraus, die sich aufgrund bestimmter persönlicher Eigenschaften klar identifizierbar vom Durchschnittsverbraucher abhebt.⁴⁶ Die Gründe, weshalb ein Verbraucher zum Opfer der Abofalle wird, sind unterschiedlich: Einer hat es eilig beim Recherchieren der Route und ist daher unsorgfältig beim Lesen des Internetinhalts. Der Nächste ist ein ungeübter Internetnutzer und weiß nicht, welche vermögensrelevanten Gefahren durch Vertragsschlüsse auf ihn lauern. Ein Dritter will erstmals eine Fahrtroute per Internet ermitteln und weiß nicht, dass diese Dienstleistung bei seriösen Anbietern kostenlos in Anspruch genommen werden kann. Anders als z.B. bei den Gruppen der Kinder, der Alten oder der Behinderten – um solche Gruppen ging es dem Gesetzgeber auf europäischer und nationaler Ebene – gibt es kein gemeinsames (und zudem als persönliche Eigenschaft beschreibbares) Merkmal, das diese Opfertypen verbindet. Es fehlt an einer spezifischen Gruppe mit eindeutig identifizierbaren Mitgliedern. Es liegt auch nicht das im Richtlinien text sowie der nationalen Umsetzungsnorm ausdrücklich genannte Gruppenmerkmal der Leichtgläubigkeit vor, obwohl der *Senat* von leichtgläubigen Opfern spricht. Denn darunter sind im Rechtssinne diejenigen Fälle zu verstehen, in denen der Verbraucher dem Unternehmer ein besonderes Vertrauen entgegenbringt (z.B. dem Anwalt) und daher den Angaben ohne weitere Nachfragen vertraut.⁴⁷ Daran fehlt es jedoch bei den im Rahmen der Abofallen angebotenen Internetseiten.

Art. 5 Abs. 2b ist ebenfalls nicht einschlägig. Auch wenn diese Norm an die Gruppe geringere Anforderungen als Art. 5 Abs. 3 stellt, liegt aus den gleichen Gründen keine „bestimmte Gruppe“ vor, an die sich die Geschäftspraxis wendet oder die die Geschäftspraxis erreicht.

bb) Art. 5 UGP-RL wird verdrängt

Hinzu kommt, dass es sich der *Senat* wohl zu schwer macht, indem er den Betrugstatbestand an diesen schwieriger zu handhabenden europarechtlichen Normen misst, obwohl diese nicht einschlägig sind. Sowohl das allgemeine Verbraucherleitbild als auch die UGP-Richtlinie gelangen aufgrund speziellerer Regelungen nicht zur Anwendung. Auf das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild kommt es nicht an, da dieses Grundlage der UGP-Richtlinie ist und dort seine spezielle Regelung gefunden hat. Aber auch auf die Feststellung einer unlauteren Geschäftspraxis nach den Maßstäben des Art. 5 UGP-RL kommt es für die unionsrechtskonforme Auslegung des § 263 StGB in der vorliegenden Konstellation nicht

⁴² Ausführlicher *Krack*, ZIS 2007, 103 (108).

⁴³ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 31.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 32.

⁴⁵ Wie immer der Verbraucher das herausbekommen will, ohne genau hinzuschauen.

⁴⁶ *Yankova/Hören*, WRP 2011, 1236 (1237).

⁴⁷ Zur entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 2/23; *Köhler*, in: Bornkamm/Köhler, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 32. Aufl. 2014, § 4 Rn. 2.48, 2.50.

an. Es gibt speziellere Regelungen.⁴⁸ Die § 1 Abs. 6 PAngV zugrundeliegenden europarechtlichen Vorgaben⁴⁹ sind ebenso spezieller wie die (zum Tatzeitpunkt nicht geltende und daher für den konkreten Fall noch irrelevante) Buttonlösung (Art 8 Abs. 2 UA 2 der RL 2011/83/EU, umgesetzt in § 312j Abs. 3 BGB). Das Gleiche gilt für das spezielle Preisangabenrecht für elektronisch abgeschlossene Fernabsatzverträge (für die Angabe des Gesamtpreises Art. 8 Abs. 2 UA 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1e der RL 2011/83/EU, umgesetzt durch § 312j Abs. 2 BGB i.V.m. Art 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EGBGB). Egal, ob man darin eigenständige Spezialregelungen oder Konkretisierungen der in der UGP-RL enthaltenen wettbewerbsrechtlichen Anforderungen erblickt, stellen sie denjenigen Ausschnitt des Europarechts dar, der aufgrund des Vorrangs Einfluss auf § 263 StGB nehmen könnte. Unter diesem Blickwinkel lässt sich relativ einfach bestimmen, dass die Abofallen gegen die europarechtlichen Vorgaben verstoßen. Es fehlt an einer deutlichen Angabe des Endpreises, wie sie das § 1 Abs. 6 PAngV zu Grunde liegende Europarecht verlangt. Ebenso liegt nach heutigem Recht ein deutlicher Verstoß gegen die Pflicht zur besonderen Verdeutlichung einer Zahlungspflicht gem. Art. 8 Abs. 2 UA 2 RL 2011/83/EU und zur deutlichen Angabe des Gesamtpreises unmittelbar vor Tätigung der elektronischen Bestellung gem. Art. 8 Abs. 2 UA 1 RL 2011/83/EU vor. Es bedarf daher nicht der vom Senat im Ansatz unternommenen – außerhalb der in der Blacklist (Art 5 Abs. 5 i.V.m. Anhang I UGP-RL) genannten Fälle schwierigen – Abwägung gem. Art. 5 UGP-RL, ob eine unlautere Geschäftspraktik vorliegt.

Abschließend stützt der Senat sein Ergebnis, keine richtlinienbedingte Einschränkung des Betrugstatbestands vorzunehmen, auf Nr. 21 des Anhangs I zur Richtlinie i.V.m. Art. 5 Abs. 5 UGP-RL. Danach ist das Verwenden bestimmter rechnungsähnlicher Angebote per se eine unlautere Geschäftspraxis. Daran zeige sich, dass die Erkennbarkeit der Täuschung die Annahme eines Betrugs nicht ausschließe. In der Tat zeigt der im Richtlinienanhang enthaltene Katalog der Per se-Verbote, dass die Erkennbarkeit des täuschenden Verhaltens trotz des Abstellens auf das Leitbild des durchschnittlichen aufmerksamen Verbrauchers nicht automatisch die Unlauterkeit der Geschäftspraxis ausschließt. Da aber die Abofallen nicht in die Blacklist des Richtlinienanhangs aufgenommen worden sind,⁵⁰ folgt daraus für die lauterkeitsrechtliche Einordnung der Abofallen nichts.

⁴⁸ Die Subsidiarität der Richtlinie ergibt sich aus Art. 3 Abs. 4 UGP-RL.

⁴⁹ Zu den § 1 Abs. 6 PAngV zu Grunde liegenden Richtlinien *Weidert/Völker*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Einf. PAngV Rn. 8.

⁵⁰ Teilweise wird im Schrifttum angenommen, Abofallen fielen unter Nr. 20 des Anhangs I der UGP-RL sowie Nr. 21 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (*Heim* [Fn. 25], S. 180; *Eisele*, *NSStZ* 2010, 193 [196]). Damit sind jedoch nur diejenigen Fälle erfasst, in denen Schlüsselwörter wie „gratis“, „umsonst“ oder „kostenfrei“ zum Vertragsschluss verleiten.

3. Vermögensverfügung und Schaden

Am Ende sei noch auf die vom Senat vorgenommene Begründung von Vermögensverfügung und -schaden eingegangen. Das soll nur kurz geschehen – nicht, weil hier alles rechtlich unproblematisch ist, sondern im Gegenteil deshalb, weil – auf den ersten Blick nicht zu erwarten – sich zu diesen Tatbestandsmerkmalen viele weitere Probleme auftun, die einen eigenen Beitrag von ähnlichem Umfang erforderlich machen.

a) Worin liegt die Vermögensverfügung?

Der Senat lässt offen, ob schon – wie vom Landgericht angenommen – der (vermeintliche) Vertragsschluss zum Schaden führt. Stattdessen stellt er auf das Entrichten des Entgelts durch das Opfer ab. Das ist auf den ersten Blick ein sicherer Weg, ohne weitere Probleme einen Betrug annehmen zu können. Anstatt sich mit der Problematik des Eingehungsbetrugs auseinanderzusetzen, wird auf die Erfüllung abgestellt.⁵¹ In der hier vorliegenden Konstellation begibt der Senat sich jedoch durch dieses Abstellen auf die Geldzahlung in unsicheres Gelände, da die Bezahlung nicht durch denselben Irrtum motiviert ist wie der Vertragsschluss. Während der (vermeintliche) Vertragsschluss auf der irrigen Annahme von Tatsachen beruht, aus denen sich für das Opfer die Unentgeltlichkeit des Vertragsschlusses ergibt, erfolgt die Zahlung nach Übersendung einer Zahlungsaufforderung in der Annahme, einen entgeltlichen Vertrag geschlossen zu haben.⁵² Die Zahlung, auf die der Senat abstellen will, beruht also nicht mehr auf dem durch die Gestaltung der Internetseiten erregten Irrtum. Ob der Senat diese Besonderheit der Konstellation gesehen hat, lässt sich nicht sicher ausmachen. Dafür lässt sich anführen, dass er auf das Durchsetzen der täuschungsbedingt eingegangenen Verpflichtung abstellt und nicht auf eine täuschungsbedingte Zahlung durch das Opfer.⁵³ Dagegen spricht jedoch deutlich, dass der Senat auf eine Kommentirstelle seines Vorsitzenden abstellt, in der dieser die Abofalle als Unterfall des unechten Erfüllungsbetrugs

Andere Fälle, in denen der Verbraucher irrig von der Unentgeltlichkeit ausgeht, sind nicht erfasst. Es geht um Worte, die die Assoziation kostenlos auslösen, nicht um Gesamtgestaltungen mit dieser Folge. Siehe dazu *Blasek*, *GRUR* 2010, 396 (399 bei Fn. 65)

⁵¹ Ob nach altem Recht tatsächlich ein wirksamer Vertrag eingegangen wurde, dessen Zahlungsverbindlichkeit erfüllt werden konnte, ist umstritten. Aufgrund von § 312j Abs. 4 BGB besteht nach geltendem Recht keine Zahlungspflicht.

⁵² In der Praxis werden einige Opfer nicht von einer Zahlungspflicht ausgegangen sein, sondern bezahlt haben, um weiteren Ärger zu vermeiden. Dieser für die Vollendungsstrafbarkeit wichtige Aspekt soll nicht näher verfolgt werden, da er im vorliegenden Fall wegen der durch das Landgericht vorgenommenen Beschränkung auf den versuchten Betrug nicht von Interesse ist.

⁵³ BGH, *Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12*, Rn. 35.

ansieht.⁵⁴ Der unechte Erfüllungsbetrug zeichnet sich per definitionem gerade dadurch aus, dass die in der Eingehungsphase vorgenommene Täuschung in der Erfüllungsphase fortwirkt und der dadurch ausgelöste Irrtum fortbesteht. So verhält es sich jedoch bei den Abofallen nicht. Sie beruhen auf dem Prinzip Trojanisches Pferd. Der Zugang in die Opfersphäre wird listig durch Verbergen der Entgeltlichkeit erschlichen, während der Zugriff auf das Opfervermögen nach Ablegen der Tarnung unter deutlichem Hinweis auf eine (vermeintliche) Zahlungspflicht erfolgt. Darin unterscheiden sich die Abofallen z.B. auch von der Konstellation der rechnungsähnlichen Insertionsofferten, bei denen Vertragsschluss und Zahlung – durch denselben Akt erfolgend – auf derselben Opfervorstellung beruhen.⁵⁵

Es sind verschiedene Begründungswege denkbar, auf denen man trotz des Wechsels der Opfervorstellung wie vom *Senat* angenommen in der Bezahlung des Entgelts den Schaden erblicken könnte.

Zum einen kann man in der Zahlungsaufforderung eine eigene Täuschung sehen. Diesen Weg über eine abweichende Bestimmung der Täuschungshandlung ist für die Abofallen das LG Hamburg gegangen.⁵⁶ Das wäre jedoch ein anderer Lösungsansatz, den der *Senat* in seiner Entscheidungsgründung nicht verfolgt. Man müsste der Frage nachgehen, ob die Zahlungsaufforderung neben der Rechtsbehauptung, es bestünde ein Anspruch, auch eine wahrheitswidrige Tatsachenbehauptung enthält.

Zum anderen wäre es denkbar, hier eine mehraktige Verfügung des Opfers anzunehmen, die sich aus dem ersten Akt des (vermeintlichen) Vertragsschlusses am Computer sowie dem zweiten Akt der Zahlung des Entgelts zusammensetzt. Die Konstruktion einer mehraktigen Verfügung ist jedoch problematisch. Immerhin werden hier beide Akte vom Opfer vorgenommen, so dass anders als bei durch den Täter oder beliebige Dritte vorgenommenen Teilakten nicht die Gefahr besteht, den Selbstschädigungscharakter des Betrugs zu verkennen. Dennoch erscheint es bedenklich, solche Opferakte mit einzubeziehen, die nicht irrtumsbedingt erfolgen oder bei denen der zur Vermögensverfügung führende Irrtum nicht auf dem Täterverhalten beruht, in dem man die relevante Täuschung erblickt. Hier müsste aufwändig argumentiert werden, weshalb es ausreichen soll, wenn der Schaden auch auf nicht täuschungs- und irrtumsbedingtem Opferverhalten beruht. Dieser dogmatisch interessanten Fragestellung geht der *Senat* nicht nach.

b) Schaden

Mir bleibt unklar, weshalb das Landgericht und ihm folgend der 2. *Strafsenat* offen lassen, ob bei rein objektiver Betrachtung ein Vermögensschaden vorliegt, und stattdessen umständlich „jedenfalls“ nach den Maßstäben des individuellen

Schadenseinschlags ein Schaden angenommen werden kann. Denn zum einen sollte dieser Weg der Schadensbegründung vor dem Hintergrund der durch BGH und BVerfG initiierten Verschärfung der Anforderungen an eine Schadensbegründung kritisch hinterfragt werden.⁵⁷ Zum anderen dürfte doch nach objektiven Maßstäben ein Schaden vorliegen. Denn Routenplaner gibt es für jedermann leicht zugänglich und von Millionen Nutzern verwendet unentgeltlich im Internet. Der Marktpreis für solche Dienstleistungen liegt daher bei null. Die Unentgeltlichkeit vergleichbarer Routenplaner führt nicht nur dazu, dass ein entgeltliches Programm für die Opfer „subjektiv sinnlos und daher wertlos“⁵⁸ ist – es ist schon objektiv wertlos.

IV. Schluss

Dem hier kritisch besprochenen Urteil des 2. *Strafsenats* kommt eine erhebliche Bedeutung zu. Die Bemühungen um die Bestimmung der Grenzen der konkludenten Täuschung und des Einflusses des Europarechts werden weiter gehen. Der 2. *Strafsenat* hat dafür durch sein Urteil zu den Abofallen einen bedeutenden Beitrag geleistet, insbesondere durch die ausführlichen Darlegungen zur richtlinienkonformen Auslegung des § 263 StGB, die die Diskussion zu dieser Thematik weiter beleben werden.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 35, mit Verweis auf *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 178.

⁵⁵ Diesen Unterschied übersieht *Kliegel*, JR 2013, 389 (399).

⁵⁶ LG Hamburg ZWH 2012, 404 (405).

⁵⁷ Siehe jüngst BGH, Urt. v. 2.7.2014 – 5 StR 182/14, Rn. 10.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 39.