

AUSGABE 2/2015

S. 102 - 135

10. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Schadensausschluss infolge persönlichen Schadensnichteinschlages**
Zum Betrug beim Verkauf falsch gekennzeichneten Bio-Waren an Verbraucher und Händler
Von VRILG Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster 102

- Legitimität und richterliche Entscheidung**
Weshalb eine behutsame Fortentwicklung der traditionellen juristischen Methode zweckmäßig ist
Von Dr. Christoph Conrad Henke, LL.M., Frankfurt a.M. 110

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Rechtshilferecht

- OLG Hamburg, Beschl. v. 10.9.2014 – 1 Ws 69/14**
(Zur Anerkennung und Vollstreckung von EU-Geldsanktionen gegen Jugendliche und Heranwachsende, insbesondere zur Auslegung des § 87i Abs. 4 S. 1 IRG)
(Abteilungspräsident im Bundesamt für Justiz
Dr. Christian Johnson, Bonn) 119

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Anna Coninx, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit, 2012**
(Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Pawlik, LL.M. [Cantab.], Freiburg) 124
- Thomas Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015**
(Prof. Dr. Hendrik Schneider, cand. jur. Julia Kneisel, Leipzig) 126
- Fabian Stam, Strafverfolgung bei Straftaten von Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz, 2014**
(Akademischer Rat a.Z. Dr. Manuel Ladiges, LL.M. [Edinburgh], Göttingen) 128
- Frederico Leone, Von der Lehre des „geborenen“ Verbrechens zur modernen Hirnforschung, Ein Beitrag zur Geschichte der Kriminologie und ihrer Auswirkungen auf das Strafrecht, 2013**
(Univ.-Ass. Mag. Benjamin Koller, Graz) 131

VARIA

Tagungsbericht

- Tagungsbericht: 4. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum in Berlin – Lebensschutz im Strafrecht**
Taipeh-Vertretung Berlin, 8.9.-12.9.2014
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Mavany, Trier 133

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

Jaime Winter Etcheberry
Noelia Nuñez
Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Schadensausschluss infolge persönlichen Schadensnichteinschlages

Zum Betrug beim Verkauf falsch gekennzeichnete Bio-Waren an Verbraucher und Händler

Von VRiLG Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster*

I. Einführung

Nach Medienberichten unter der Schlagzeile „Betrug am Verbraucher“¹ wird seit 2011 gegen Verantwortliche etlicher eierproduzierender Unternehmen vor allem in Niedersachsen, aber auch in Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen ermittelt.² In tatsächlicher Hinsicht wird ihnen vorgeworfen, Eier „aus ökologischer Produktion“ bzw. „Bio-Eier“³ an Zwischenhändler und Verbraucher verkauft zu haben, obschon bei der Eierproduktion die entsprechenden Rahmenbedingungen der Legehennenhaltung nicht erfüllt, konkreter: die Hühnerställe mit zu vielen Hennen bestückt und daher überbelegt, waren. Inzwischen sind einige Verfahren durch Strafbefehle wegen (gewerbsmäßigen) Betruges sowie weiterer Straftatbestände (§ 59 Nr. 7 i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB⁴; § 12 Abs. 1 ÖLG⁵ i.V.m. Art. 23 Abs. 2 VO [EU] 834/2007) abgeschlossen worden.⁶

Die Betrugsstrafbarkeit beim Verkauf angeblicher Bio-Produkte, die tatsächlich aus konventioneller Produktion stammen und deshalb substantiell anders zusammengesetzt

sind (etwa auf Grund von Rückständen aus der Behandlung mit Medikamenten [z.B. Antibiotika] oder wegen konventioneller Fütterung), leuchtet unmittelbar ein; entsprechende Verurteilungen hat es bereits in der Vergangenheit gegeben.⁷ Im Unterschied dazu wurden in den jetzt bekannt gewordenen Fällen regelmäßig keine nachweisbar in ihrer Substanz von einem ordnungsgemäß hergestellten Bio-Ei negativ abweichenden Produkte auf den Markt gebracht. Gleichwohl fühlt sich der aufgeklärte Verbraucher getäuscht und betrogen; er möchte schließlich mit dem höheren Preis Produkte aus ökologischer Herstellung, also eine besondere Ware kaufen, für die er einen gegenüber anderen Produkten auch (deutlich) höheren Preis zu zahlen bereit ist. Diese Konstellation des Kaufs eines substantiell ordnungsgemäßen, indes formellen Kriterien nicht entsprechenden und deswegen überpreisigen Produktes gibt Anlass, noch einmal grundsätzlich über die Bedeutung genereller und individueller Faktoren im Rahmen der Schadensbegründung nachzudenken. Denn während der persönliche Schadensnichteinschlag als prinzipiell anerkannt gelten kann,⁸ wurde sein Gegenstück, die individuelle Nichtschädigung trotz an sich feststellbaren Minderwerts erworbener Waren, bislang kaum beachtet. Warum aber – so wäre zu fragen – sollte eine Betrugsschädigung vorliegen, wenn der Verbraucher eine dem gewünschten Produkt in seiner Zusammensetzung entsprechende, für ihn nach dem vorausgesetzten Vertragszweck objektiv uneingeschränkt nutzbare Ware erhält, welche allein wegen der Nichterfüllung für ihn nutzloser Zusatzkriterien auf dem Markt zu einem niedrigeren Preis hätte gehandelt werden müssen. Vor dem Hintergrund dieser Fragestellung soll den Voraussetzungen eines (ggf. zugleich gewerbsmäßigen) Betruges nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB am Verbraucher (siehe unter II.), aber auch am Zwischen- oder Einzelhändler (mit seiner gegenüber den genannten Strafbestimmungen des ÖLG bzw. des LFGB deutlich gesteigerten Strafdrohung) nachgegangen werden (dazu unten III.). Denn beim Betrug zum Nachteil des Handels taucht ebenfalls ein Problem auf, entstanden durch die gesteigerten Anforderungen an die Feststellung eines

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und im zweiten Hauptamt Vorsitzender Richter am LG Münster. Der Verf. hat 2012 ein Rechtsgutachten zu einer ähnlichen Fragestellung erstattet, welches die Idee zu diesem weiterführenden Text geweckt hat.

¹ Spiegel Online v. 24.2.2013:

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/betrug-mit-bio-eiern-staatsanwaltschaft-prueft-hunderte-agrarbetriebe-a-885185.html> (2.2.2015).

² Fröhlingsdorf, Der Spiegel v. 25.2.2013:

<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-91203415.html> (2.2.2015).

³ Die Begriffe „Bio-“ bzw. „Öko-“ werden auf europäischer Ebene als Synonyme verwendet (vgl. die Überschrift der VO ABl. EG 2007 Nr. 834/2007). Das nationale Recht bevorzugt zwar den Begriff „ökologisch“, setzt „biologisch“ dem aber ebenfalls gleich (vgl. § 3 Abs. 2 ÖLG). Entsprechend werden auch hier beide Begriffe behandelt.

⁴ Leben- und Futtermittelgesetzbuch i.d.F. der Bekanntmachung v. 3.6.2013 (BGBl. I 2013, S. 1426), zuletzt geändert durch VO v. 28.5.2014 (BGBl. I 2014, S. 698).

⁵ Öko-Landbaugesetz v. 7.12.2008 (BGBl. I 2008, S. 2358), zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.9.2013 (BGBl. I 2013, S. 3563).

⁶ Presseinformation Nr. 05/13 der Staatsanwaltschaft Oldenburg v. 18.4.2013. Im Mai 2014 liefen allerdings alleine in Niedersachsen noch weitere 125 Ermittlungsverfahren (so der Leiter der StA Oldenburg, Herrmann, Nordwest-Zeitung v. 3.5.2014:

http://www.nwzonline.de/seite1/mehr-ermittler-im-kampf-gegen-kriminelle-landwirte_a_14,7,1593251441.html (2.2.2015).

⁷ LG Bielefeld, Urte. v. 7.6.2010 – 1 Kls 6 Js 9/09 (Verkauf von angeblichen Bio-Schweinen aus tatsächlich konventioneller Produktion); LG Kiel, Urte. v. 13.2.2009 – 3 Kls 8/08 (Verkauf angeblicher Bio-Eier von tatsächlich konventionell gefütterten Hennen).

⁸ Vgl. Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 219 f.; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 60. Lfg., Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 203; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 121 f.; Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 688 ff.; BGHSt 16, 220 (222); 16, 321 (325 ff.).

Schadens im Gefolge der Rechtsprechung des BVerfG:⁹ Im Hinblick auf die geringe Durchsatzzeit der Waren vor ihrem Verkauf an den Endverbraucher kann ein Schaden, solange die Falschetikettierung nicht ruchbar wird, allenfalls als nur schwer zu beziffernder Gefährdungsschaden begründet werden.

II. Die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Bio-Eier-Produktion

Hintergrund der offenbar weit verbreiteten Überbelegung in den Legehennenställen¹⁰ sind zum einen der durch geringe Endverbraucherpreise entstehende Kostendruck, zum anderen rechtliche und tatsächliche Besonderheiten der Legehennenhaltung. Für die ökologische/biologische Produktion und ihre Erzeugnisse gelten die Bestimmungen der VO (EG) Nr. 834/2007 vom 28. Juni 2007 sowie der zu ihrer Durchführung erlassenen VO (EG) 889/2008 vom 5. September 2008. Die Legehennenhaltung wird vor allem in den Art. 10 und 12 sowie Anhang III 2 der VO (EG) 889/2008 geregelt. Danach beträgt u.a. der Höchstbesatz 3.000 Tiere pro Stall (Art. 12 Abs. 3 e) ii)) bei einer Tierdichte von maximal sechs Tieren pro m² Stallfläche¹¹ (Anhang III 2.). Der innerhalb dieses rechtlichen Rahmens an sich erzielbare Ertrag wird allerdings durch eine besonders hohe Sterblichkeit der Tiere insbesondere bei ökologischer Haltung belastet. Die Verlustrate soll in alternativen Haltungsformen im Durchschnitt nämlich etwa 4 % über derjenigen in Käfiganlagen liegen. In der Freilandhaltung kommt ein Verlust durch Greifvögel und Füchse hinzu, der bei durchschnittlich 5,1 % liegen soll.¹² Insgesamt soll mit einer jährlichen Mortalität von durchschnittlich 11,8 % im Falle alternativer Haltung zu rechnen sein, wobei die Zahlenangaben der verschiedenen Studien stark variieren.¹³ Die Hennenzahl in den einzelnen Ställen schrumpft also im Laufe der Zeit ganz erheblich. Legehennen gelangen im Alter von etwa 18 Wochen in den Produktionsbetrieb, wo sie etwa 70 bis 80 Wochen lang Eier legen können und anschließend in die Schlachtung kommen. Am Ende ihrer be-

triebswirtschaftlichen Lebenserwartung¹⁴ muss man daher innerhalb einer Stallpopulation mit summierten Verlusten von 15 bis 20 % rechnen. Wenn ein Betrieb also vorschriftsgemäß 3.000 Tiere einstellt, so leben und produzieren davon am Ende vielleicht noch 2.400 Tiere. Damit kann allerdings die eigentlich vorhandene Stallkapazität fast vom ersten Tag an gar nicht ausgeschöpft werden.¹⁵ Dieser Umstand dürfte das Hauptmotiv sein, anfangs mehr Tiere einzusetzen als zulässig. Beschrieben wurde ein Fall, in welchem in den vier Ställen des Betriebes statt der zulässigen 12.000 Hennen 15.000 Tiere eingestallt wurden, was durchaus gebräuchlich sein soll.¹⁶ Je nach Höhe der anfänglichen Überbelegung erreicht die Stallpopulation infolge des Versterbens von Hennen dann früher oder später den zulässigen Wert.

Solange in einem Stall allerdings mehr als die besagten 3.000 Tiere leben, und sei es nur eine Henne zu viel, dürften die von ihnen gelegten Eier allesamt nicht als „Bio“- oder „Öko-Eier“ gekennzeichnet und vermarktet werden. Denn Art. 23 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 der VO (EG) Nr. 834/2007 verbietet das Verwenden von Bezeichnungen für Produkte, bei welchen die beschriebenen Anforderungen der VO nicht erfüllt wurden. Solange daher die Belegungsgrenzen überschritten werden, wäre die Bezeichnung der entsprechenden Eier als solche aus biologischer/ökologischer Haltung unzulässig (und die Eier dürften nur – mit erheblichem Verlust – als Eier aus einer geringwertigeren Kategorie, z.B. der Freilandhaltung, veräußert werden).

Die verbotswidrige Verwendung einer Kennzeichnung als Produkt aus biologischer/ökologischer Herstellung erfüllt die Strafvorschriften des § 12 Abs. 1 Nr. 3 ÖLG¹⁷ sowie des § 3 Nr. 1 ÖkoKennG.¹⁸ Da es § 3 ÖkoKennG primär um den

⁹ BVerfG NJW 2012, 907 (916 f.); dem entsprechend BGH NStZ 2011, 638 (639); BGH NStZ 2012, 698 f.; BGH NStZ 2013, 711 (712).

¹⁰ Nach einer vom Deutschlandfunk in einem Beitrag v. 19.4.2013 zitierten Mitteilung der Pressesprecherin der StA Oldenburg soll in Niedersachsen jeder fünfte Eier erzeugende Betrieb unter Verdacht stehen: http://www.deutschlandfunk.de/betrug-mit-system.697.de.html?dram:article_id=244036 (2.2.2015).

¹¹ Hinzu kommen Freiluftflächen in bestimmter Größe; geregelt sind ferner die Zahl der Ausflugsklappen, die Stangenlängen pro Tier sowie die Nestbesatzung.

¹² Damme, Betriebswirtschaftliche Aspekte der Eiererzeugung, in: Brade/Flachowsky/Schrader (Hrsg.), Legehuhn-zucht und Eiererzeugung, Empfehlungen für die Praxis, 2008, S. 224 (231).

¹³ Damme (Fn. 12), S. 230 f.

¹⁴ Die Angaben zur natürlichen Lebenserwartung eines Huhnes schwanken stark; im Durchschnitt beträgt sie wohl ca. fünf bis sieben Jahre,

vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Haushuhn>.

¹⁵ Das nachträgliche Einsetzen von Hühnern zur Auffüllung von entstandenen Lücken ist faktisch nicht möglich: Es verursachte den Tieren erheblichen Stress und zudem entstünde eine heterogene Altersstruktur.

¹⁶ Fröhlingdorf, Der Spiegel v. 25.2.2013 (Fn. 2).

¹⁷ § 12 Abs. 1 ÖLG lautet ausschnittsweise: „Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer gegen die Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates vom 28. Juni 2007 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2092/91 (ABl. EU Nr. L 189 S. 1) verstößt, indem er 1. [...] 3. entgegen Artikel 23 Abs. 2 Satz 2 eine Bezeichnung oder Kennzeichnungs- oder Werbepraktiken verwendet, die den Verbraucher oder Nutzer irreführen können [...]“. Die zugleich erfüllten Vergehen nach § 12 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ÖLG treten gegenüber der zitierten Variante, die zugleich ein Täuschungselement enthält, im Wege der Subsidiarität zurück.

¹⁸ Öko-Kennzeichengesetz vom 10.12.2001 (BGBl. I 2001, S. 3441) i.d.F. v. 20.1.2009 (BGBl. I 2009, S. 78), zuletzt geändert durch Gesetz v. 9.12.2010 (BGBl. I 2010, S. 1934).

Schutz des Öko-Kennzeichens als solchem geht und § 12 Abs. 1 Nr. 3 ÖLG mit der Irreführung ein materiell schwereres Unrecht erfasst, treten Vergehen nach § 3 ÖkoKennzG allerdings im Wege der Subsidiarität zurück. Durch eine Kennzeichnung der Eier mit einem unzutreffenden Erzeugercode wird ferner der Tatbestand des § 59 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. § 11 Abs. 1 S. 1 LFGB¹⁹ erfüllt. Allerdings genießen die sektoriellen Regelungen des ÖLG für Öko-Produkte gegenüber der für alle Lebensmittel geltenden Bestimmung des § 59 Abs. 1 Nr. 7 LFGB Vorrang.²⁰ Für fälschlich als aus ökologischer Produktion stammend deklarierte Produkte bleibt daher im Ergebnis allein ein Vergehen nach § 12 Abs. 1 Nr. 3 ÖLG – solange kein Betrug hinzutritt.

III. Betrug am Verbraucher?

Dem Verbraucher wird mittels der Beschriftung der jeweiligen Verpackung erklärt, es handle sich um Eier aus ökologischer/biologischer Produktion. Als Grundbedingung dieser Kennzeichnung wird zugleich konkludent die Erfüllung der insoweit geltenden Anforderungen an die Produktion mitgeteilt. Die Erfüllung der besonderen ökologischen Produktionsbedingungen zählt zu den wesentlichen Geschäftsvoraussetzungen und damit zum entsprechenden Erwartungshorizont des Abnehmers. Zwar weiß die Mehrzahl der Verbrau-

§ 3 lautet auszugsweise: „Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 1 Abs. 1 oder 2 Nr. 1 [...] ein Erzeugnis in den Verkehr bringt.“ Der in Bezug genommene § 1 lautet: „(1) Mit einem Kennzeichen nach Maßgabe einer Rechtsverordnung nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (Öko-Kennzeichen) darf nur in den Verkehr gebracht werden 1. ein Erzeugnis im Sinne des Artikels 1 Abs. 2 Satz 1 oder 3 der Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates [...], wenn die Voraussetzungen für die Verwendung von Bezeichnungen mit Bezug auf die ökologische Produktion nach Artikel 23 Abs. 2 Satz 1 [...] der Verordnung (EG) Nr. 834/2007 erfüllt sind, [...] (2) Es ist verboten, 1. andere als die in Absatz 1 bezeichneten Erzeugnisse mit dem Öko-Kennzeichen ... in den Verkehr zu bringen.“

¹⁹ § 11 Abs. 1 LFGB lautet auszugsweise: „Es ist verboten, Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr zu bringen [...]. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor, wenn 1. bei einem Lebensmittel zur Täuschung geeignete Bezeichnungen, Angaben, Aufmachungen, Darstellungen oder sonstige Aussagen über Eigenschaften, insbesondere über [...] Ursprung, Herkunft oder Art der Herstellung oder Gewinnung verwendet werden, [...]“ § 59 Abs. 1 Nr. 7 LFGB lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...] 7. entgegen § 11 Abs. 1 Satz 1 ein Lebensmittel unter einer irreführenden Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr bringt [...]“

²⁰ Die dazu – soweit ersichtlich – bislang einzige veröffentlichte Entscheidung, LG Kiel, Urt. v. 13.2.2009 – 3 KLS 8/08, hat zwar § 12 ÖLG und § 59 Abs. 1 Nr. 7 LFGB in Tateinheit angenommen, liefert indes dafür keinerlei Begründung und hat offenbar das Problem schlicht übersehen.

cher sicherlich nicht, welche Kriterien für die Haltung von Hennen im Detail gelten. Auf der anderen Seite dürfte allgemein bekannt sein, dass sowohl Fütterung als auch Haltung jedenfalls höheren qualitativen Anforderungen unterliegen als bei konventioneller Eierproduktion. Die Einordnung in eine bestimmte Eierkategorie bildet zudem einen wesentlichen Wertfaktor, weil deren Preise stark differieren.²¹ Die Verbraucher werden deshalb durch falsch deklarierte Eier i.S.v. § 263 StGB getäuscht und sie unterliegen auch einem entsprechenden Irrtum. Zwar wird sich kaum ein Abnehmer im Einzelfall konkrete Gedanken über die Einhaltung der Produktionsbedingungen machen. Indes genügt ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein²² im Sinne einer pauschalen Annahme ordnungsgemäßer Herstellung der betreffenden Eier. Da sich die Käufer der (teureren) Bioprodukte regelmäßig bewusst für diese entscheiden dürften,²³ wird darüber hinaus im Kauf eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung liegen.

Auf der Suche nach einer wirtschaftlichen Schädigung des Verbrauchers gilt der erste Blick dem Marktpreis. Für ein Ei, welches korrekterweise bestenfalls als in der Freilandhaltung produziertes Produkt hätte verkauft werden dürfen, wird ein insoweit überhöhter Preis gezahlt. Der Verbraucher hätte deshalb eigentlich weniger aufwenden müssen, um ein solches Produkt zu kaufen, worin man nach den gängigen Kriterien eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs²⁴ ohne weiteres eine wirtschaftliche Schädigung erblicken könnte. Auf der anderen Seite überspielt diese schlichte Sichtweise einige Besonderheiten des spezifischen Erwerbsgeschäftes, die für die Veräußerung von Produkten mit spezifischen Qualitäts- oder Herkunftsbezeichnungen an den Endverbraucher nicht untypisch sind.

Dazu zählt zum einen der vorauszusetzende Erwerbszweck: Den Käufer interessiert der Marktpreis – im Unterschied zum einkaufenden Händler oder zum Erwerb von Nichtverbrauchsgütern – jedenfalls nicht unter dem Aspekt der Wiederveräußerbarkeit. Vielmehr kommt es ihm primär auf Werthaltigkeit und Qualität des zum baldigen Verbrauch bestimmten Produktes an. Er ist deshalb zweifellos geschädigt, sobald die erworbene Ware statt der vertraglich voraus-

²¹ Die Verbraucherpreise für Eier aus Bodenhaltung lagen 2013 bei durchschnittlich 14 ct/Ei, für Eier aus Freilandhaltung bei durchschnittlich 18 ct/Ei und für Bio-Eier bei 29 ct/Ei.

http://www.proplanta.de/Agrar-Nachrichten/Agrarwirtschaft/Stabile-Preise-am-Eiermarkt_article1391349067.html (2.2.2015).

²² Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 39.

²³ Der Fall des „Notkaufs“, weil die billigeren konventionellen Produkte gerade ausverkauft sind, darf man als irrelevante Ausnahme sicherlich außer Acht lassen.

²⁴ Als Ausgangsbasis – und nur insoweit ist er an dieser Stelle von Interesse – ist der wirtschaftliche Vermögensbegriff nahezu unangefochten; vgl. dazu Satzger (Fn. 8), § 263 Rn. 141 ff.; Lackner/Kühl, Strafrecht, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 34; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 82, 84 ff.; Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 87 ff.

gesetzten eine minderwertige Qualität aufweist. Hingegen könnte ihm die Richtigkeit der Kennzeichnung unter Verwertungsaspekten an sich gleichgültig sein, solange das erworbene Ei nur qualitativ einem zu Recht ausgezeichneten Ei entspricht. Überbelegungen in geringem Umfang, welche die Lebensbedingungen der Hennen nicht dauerhaft²⁵ signifikant verschlechtern, werden allerdings kaum zu nachweisbaren Qualitätsveränderungen bei den betreffenden Eier führen, solange der Betrieb die insoweit sehr viel bedeutsameren Anforderungen an Fütterung, Medikation und Auslauf einhält. Vielmehr dürfte es, um ein Extrembeispiel zu nennen, keinen Unterschied machen, ob ein Ei aus einem mit 3.000 oder (unzulässigerweise) aus einem mit 3.001 Hennen belegten Stall stammt. Für den Verbraucher wird daher objektiv keine reduzierte Verwertbarkeit der Eier festzustellen sein.²⁶

Die Annahme eines Vermögensschadens im Hinblick auf den Marktpreis basiert zudem auf einem fiktiven Preis der tatsächlich veräußerten Eier. Nun wird man zum einen überhaupt keinen Marktpreis für die hier in Rede stehenden Produkte finden. Denn niemand investiert die selbst unter Nichteinhaltung der Belegungsgrenzen deutlich höheren Kosten ökologischer Produktion zwecks Veräußerung (unter Einstandspreis) als nichtökologisch erzeugte (Freiland-)Ware. Zum anderen würde der betreffende Käufer die fragliche Ware in Kenntnis ihrer Herkunft gar nicht kaufen, sondern das „echte“ Bioprodukt vorziehen, da es ihm um keine Einkaufskostenminimierung geht, sondern er gerne bereit ist, den höheren Preis zu zahlen, um die gesuchte Qualität auch garantiert zu erhalten.

Der Kauf von Ökoprodukten dürfte zudem nicht ausschließlich durch den Wunsch motiviert sein, ein besonders schmackhaftes oder qualitativ hochwertiges Produkt zu erwerben, sondern zusätzlich eine altruistische Komponente enthalten: Man verbindet mit einer solchen Haltung die Erwartung, die betreffenden Hennen legen ihre Eier unter Bedingungen einer tierwürdigen, also naturnahen Haltung und lebten gewissermaßen „glücklich“. Der Verbraucher kauft höherpreisige Biowaren also auch in der Erwartung, auf diese Weise artgerechtere Haltungsformen zu fördern. Der Verkauf von Eiern aus überbelegten Ställen enttäuscht eine solche

Erwartung; er begünstigt eine suboptimale Tierhaltung. Der Verbraucher erhält daher eine Leistung, für die er so viel aufzubringen nicht bereit gewesen wäre. Wenn nun aber die Ware trotz unzureichender Produktionsbedingungen in Wahrheit ein objektiv qualitativ gleichwertiges Produkt darstellt, lässt sich die „Schädigung“ des Verbrauchers ausschließlich als eine Art Zweckverfehlung seiner Aufwendung beschreiben. Die typischen Zweckverfehlungsfälle zeichnen sich allerdings dadurch aus, dass der Verfügende sich bewusst selbst schädigt, also beispielsweise eines guten Zwecks wegen eine ersichtlich überteuerte Ware kauft.²⁸ Für derartige Fälle stellt sich das Problem, ob eine bewusst selbstschädigende Verfügung ausreichend ist oder es einer unbewussten Selbstschädigung bedarf. Die wohl herrschende Auffassung verlangt eine unbewusste Selbstschädigung.²⁹ Als Folge dieser Entscheidung vermag die rein finanzielle Schädigung (weil bewusst vorgenommen) dann allerdings keinen Betrugsschaden mehr zu begründen. Die erforderliche unbewusste Selbstschädigung wird deswegen in der sozialen Zweckverfehlung gesucht. Täuschungsbedingt verliere die Leistung ihren sozialen Sinn, der in den Augen des Gebenden an sich geeignet sei, die finanzielle Selbstschädigung zu kompensieren, woraus umgekehrt die Vermögensrelevanz des jeweiligen Zwecks gefolgert wird.³⁰ Teilweise wird zusätzlich argumentiert, eine solche Annahme des Vermögenswertes der Erreichung sozialer Zwecke entspreche in konsequenter Weise der objektiv-individuellen Schadensbegründung, die zu Recht nicht nur nach marktwirtschaftlichen Bewertungen frage.³¹ Nach wie vor stehen allerdings der Zweckverfehlungslehre auch etliche Stimmen kritisch gegenüber. So wird, wenn man die Zweckverfehlung nicht ohnehin gänzlich ablehnt,³² vor allem bloßen Affektionsinteressen die

²⁵ Dabei spielt auch die geschilderte hohe Mortalität eine Rolle, die zwangsläufig über kurz oder lang zu einer Ausdünnung des Bestandes führt.

²⁶ Anders liegt es beispielsweise bei falschen Herkunftsbezeichnungen, wenn – was regelmäßig anzunehmen und bei der Weinherstellung geradezu evident ist – die Produktion in einer anderen Umgebung und mit den dort zur Verfügung stehenden Ausgangsprodukten auch zu einer qualitativ anderen Zusammensetzung des Endproduktes führt. Aus diesem Grunde ist die Entscheidung BGHSt 8, 46 (Hopfen-Entscheidung) auch im Ergebnis zutreffend, obschon der Senat dort allein auf den Marktpreis abgestellt hatte (BGHSt 8, 46 [49]).

²⁷ Nicht umsonst warb die Fa. „Glücksklee“ für ihre Milchprodukte lange Zeit mit dem Slogan einer „Milch von glücklichen Kühen“, der längst zu einem geflügelten Wort geworden ist.

²⁸ Vgl. LG Osnabrück MDR 1991, 468 (Verkauf überteuerter, angeblicher Blindenware); BayObLG NJW 1952, 798 (Einsammeln von Spenden); BGHSt 2, 325 (Bezug verbilligter Deputatkohle durch einen Bergmann bei Täuschung über Weiterverkaufsabsicht); BGHSt 18, 317 (323 f.: Bezug von VW-Aktien mit einem unberechtigten Sozialrabatt); BGH NStZ 1995, 134 (Werbung für gemeinnützigen Verein, der tatsächlich größtenteils zu Erwerbszwecken gegründet worden war); ferner RGSt 4, 352; 6, 360 (Bettelbetrug).

²⁹ Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 41; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 121 f.; ähnlich Hefendehl (Fn. 8), § 263 Rn. 718 (nicht eigenverantwortliche Selbstschädigung); a.A. Satzger (Fn. 8), § 263 Rn. 195.

³⁰ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, § 13 Rn. 152 f.; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 102; Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 29), § 41 Rn. 119 f.; Krey/Hellmann, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 469 ff.

³¹ Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 29), § 41 Rn. 120.

³² So Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003; § 7 Rn. 37 ff.; Arzt (Fn. 24), § 20 Rn. 11; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8.-10. Aufl. 1912, § 263 Anm. V.4.

Tauglichkeit zur Schadensbegründung abgesprochen.³³ Die Rechtsprechung hat die Zweckverfehlung allerdings als Schadensgesichtspunkt prinzipiell anerkannt.³⁴

Indessen unterscheidet sich die Erwartungsenttäuschung des Verbrauchers hier zu den üblicherweise von der Zweckverfehlungslehre behandelten Fallkonstellationen in einem wesentlichen Punkt: Es wird – jedenfalls unter wirtschaftlichen Verbrauchsaspekten – ein ausgewogenes Austauschgeschäft vollzogen. Der Verbraucher bekommt für sein Geld ein objektiv qualitativ ebenso hochwertiges Produkt wie dasjenige, welches er kaufen wollte. Es geht deshalb um kein „Überspielen“ der Hürde einer fehlenden *unbewussten* Selbstschädigung, sondern der Gedanke der Zweckverfehlung würde dazu herangezogen, einen Schaden überhaupt erst zu begründen. Wo aber wirtschaftlich noch kein Schaden existiert, lässt er sich nicht allein über die Enttäuschung affektiver Erwerbsinteressen konstruieren, weil dies dem Betrugstatbestand den Charakter eines Vermögensdeliktes nähme.³⁵

In ihren einschlägigen Entscheidungen hat sich auch die Rechtsprechung bei wirtschaftlich an sich ausgewogenen, aber einen weitergehenden Zweck verfehlenden Austauschgeschäften auf den Standpunkt gestellt, es liege kein Schaden vor. So hat das Reichsgericht es für unerheblich erachtet, dass ein Ministerium täuschungsbedingt eine Ware zu einem angemessenen Preis nicht bei einem Betrieb aus einem Notstandsgebiet erwarb (und damit den zugleich intendierten Förderzweck verfehlte), sondern bei einem „normalen“ Unternehmen.³⁶ Diese Entscheidung wird zwar zum Teil kritisiert.³⁷ Indes wird dabei die Anwendbarkeit der Zweckverfehlungslehre auf wirtschaftlich ausgewogene Austauschgeschäfte ohne nähere Begründung behauptet und damit die prinzipiell andere Fall- und Interessenkonstellation bei solchen Geschäften ignoriert. Das OLG Köln hat beim Erwerb des Abonnements einer (für den Abnehmer brauchbaren) Zeitschrift zu einem angemessenen Preis einen Betrug verneint, obschon die täuschungsbedingte Erwartung der Bestellerin, ein Teil des Preises käme entlassenen Strafgefangenen zu Gute, enttäuscht worden war.³⁸ Der ebenfalls zu einem Abonnementfall ergangene, aber anders lautenden Entscheidung des OLG Düsseldorf lag auch ein an maßgebender Stelle anderer Sachverhalt zu Grunde, denn dort war das Abonnement für die Erwerberin überhaupt nicht brauchbar und sie erwarb es ausschließlich, um einen sozialen Zweck zu fördern, weshalb das Gericht auch nicht den Aspekt der Zweckverfehlung, sondern des individuellen Schadenseinschlages als tragende Erwägung bemühte.³⁹ Aus neuerer Zeit

ist auf die Entscheidung des BGH in einem Treuhandfall hinzuweisen, bei dem im Rahmen eines Unternehmensverkaufs zu einem angemessenen Preis die enttäuschte Erwartung des Erhalts von Arbeitsplätzen keine soziale Zweckverfehlung begründete.⁴⁰

Außerdem wird in der jüngeren Rechtsprechung der Grundsatz betont, nicht jeder Motivirrtum dürfe im Hinblick auf den Charakter des § 263 StGB als Vermögensdelikt die Strafbarkeit begründen. Vielmehr müsse der soziale Zweck dem Verfügenden in der konkreten Situation „notwendig und sinnvoll“ erscheinen,⁴¹ das Geschäft müsse „entscheidend durch den sozialen Zweck bestimmt“ sein.⁴² Das schließt es aus, nicht im Vordergrund des Geschäfts stehende Motive eines Geschäftes zur Schadensbegründung heranzuziehen. Der Verbraucher allerdings kauft Eier einer bestimmten Haltungsform zunächst einmal aus dem unmittelbaren Grund heraus, (irgendwelche) Eier zu benötigen. Das Motiv, dabei möglichst tiergerecht hergestellte⁴³ Produkte zu erwerben, kommt erst sekundär als Auswahlkriterium zur Geltung. Der typische Verbraucher würde nämlich, gäbe es z.B. überhaupt keine Eier aus Öko-Haltung, sicherlich andere Eier erwerben. Hierin liegt der Unterschied zu sämtlichen ansonsten behandelten Fällen (strafbarer) Zweckverfehlung, wo es stets um ein Geschäft ging, welches der Getäuschte ohne die Täuschung gänzlich unterlassen und auch nicht zu anderen Konditionen durchgeführt hätte. In derartigen Fällen mag sein Motivirrtum daher möglicherweise „notwendig“ im Sinne der zitierten Rechtsprechung sein, in der vorliegenden Konstellation ist er es nicht.

Ein letzter Aspekt bleibt zu bedenken: Wo mit falschen wertbildenden Kennzeichnungen operiert wird, beinhaltet diese Kennzeichnung häufig bereits als solche einen Nutzwert für den Verbraucher. Wer Porsche-Felgen⁴⁴ oder Markenkleidung erwirbt, nutzt deren Äußeres auch zur Selbstdarstellung gegenüber seinem sozialen Umfeld und erleidet in dieser Nutzbarkeit eine Beeinträchtigung, sobald die Kennzeichnung falsch ist. Der Käufer von Bio-Lebensmitteln hingegen trägt deren Öko-Siegel nicht zur Schau, sondern verbraucht die Ware; für ihn besitzt die Kennzeichnung ihren Nutzen allein in der Gewähr der Qualität.

Zieht man an dieser Stelle ein Zwischenfazit, so zahlt der Verbraucher zwar einen Preis, welchen er auf dem Markt eigentlich nicht zahlen müsste. Er erhält dafür aber eine Ware, die er objektiv in vollem Umfang und völlig uneingeschränkt nutzen kann, die er in dieser Qualität auch gar nicht günstiger würde kaufen können und deren einziges, für den

³³ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Rn. 590; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 552.

³⁴ Vgl. BGH StV 2006, 297 (Subventionen); ferner die in Fn. 28 genannten Entscheidungen.

³⁵ Ebenso Wessels/Hillenkamp (Fn. 33), Rn. 560; Eisele (Fn. 33), Rn. 592; Hefendehl (Fn. 8), § 263 Rn. 737.

³⁶ RGSt 73, 382 (383 f.).

³⁷ Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 29), § 41 Rn. 120.

³⁸ OLG Köln NJW 1979, 1419.

³⁹ OLG Düsseldorf NJW 1990, 2397.

⁴⁰ BGH wistra 2003, 457 (459).

⁴¹ BGH NSTz 1995, 134 f.; zustimmend Krey/Hellmann (Fn. 30), Rn. 471.

⁴² BGH wistra 2003, 457 (459); ebenso Satzger (Fn. 8), § 263 Rn. 226 f.

⁴³ Da die qualitativen Anforderungen an die Fütterung und Aufzucht der Tiere eingehalten wurden, kann es nicht um den Wunsch gehen, „biologisch“ = möglichst gesunde Produkte zu erwerben; denn diese Erwartung wurde weder hinsichtlich des Produktes noch hinsichtlich der Herstellung enttäuscht.

⁴⁴ BGH NSTz 2012, 629.

Käufer spürbares Manko in der Enttäuschung seiner Erwartung liegt, ein in jeder Hinsicht unter den einschlägigen ökologischen Herstellungsbedingungen produziertes Gut zu erwerben. Der Käufer wird also im Grunde gar nicht in seinem wirtschaftlichen Vermögensstand getroffen, sondern in seiner Erwartungshaltung enttäuscht, etwas ökologisch Sinnvolles zu tun.

Gleichwohl bleibt der Verkauf einer Ware, die in dieser Form und zu dem fraglichen Preis nicht hätte verkauft werden dürfen, die vielmehr bei korrekter Auszeichnung deutlich weniger an Kaufpreis auf dem Markt hätte erzielen können (sofern sie überhaupt verkäuflich wäre) und die jedenfalls zum Befund einer rechtswidrigen Bereicherung des Veräußerers führt. Das sich demgegenüber aufdrängende Unbehagen an der strikten Orientierung am Marktwert hat *Achenbach* unlängst pointiert so ausgedrückt: „Was ist das für ein erbärmlich verkürztes Verständnis von Vermögen, wenn das, was der Mensch hat, stets nur darauf hin taxiert wird, ob er es noch verkaufen (oder eintauschen) könnte!“⁴⁵ *Achenbach* möchte den Blick stattdessen bei Sachen auf die Gebrauchschancen richten,⁴⁶ die selbstverständlich auch in der Wiederveräußerbarkeit liegen können, aber nicht müssen; inwieweit hierfür eine individuelle Betrachtung angezeigt ist, hat er freilich offengelassen.⁴⁷ Käme es dementsprechend auf die individuellen Brauchbarkeitsvorstellungen an, so bliebe der Marktpreis ohne Belang, solange ausschließlich der Verbrauch einer erworbenen Sache intendiert ist und solange ihr spezifischer Gebrauchswert auch anderweitig nur mit demselben finanziellen Aufwand erkaufte werden könnte.

Inwieweit allerdings solche individuellen Gebrauchschancen im Rahmen der Vermögenssaldierung nicht nur bei an sich ausgewogenen Austauschgeschäften unter dem Stichwort des individuellen Schadenseinschlages den Ausschlag geben, sondern sogar bei einem objektiv unausgewogenes Geschäft zur Nichtentstehung eines Vermögensschadens führen können, ist bislang kaum diskutiert worden.⁴⁸ Die Ausrichtung auf individuelle Vorstellungen, wie sie insbesondere von den personalen Vermögensbegriffen⁴⁹ in den Vordergrund gerückt wird, wird üblicherweise mit dem Argument bekämpft, sie leugne den Charakter des Betruges als Vermögensstraftat und wandle ihn zu einem Delikt gegen die

Dispositionsfreiheit.⁵⁰ Dieser Vorwurf mag im Prinzip begründet sein, sofern es allein die Reduzierung der Dispositionschancen des getäuschten Opfers ist, welche vermögensmindernd wirken könnte.⁵¹ Der hier in Rede stehende Sachverhalt ist aber einer solchen Gefahr gar nicht ausgesetzt, denn es geht um keine Begründung einer an sich fehlenden Schädigung durch den Rückgriff auf individuelle, vielleicht gar absurde Verwendungsvorstellungen. Vielmehr soll eine unter dem Marktpreisaspekt objektiv vorhandene Vermögensschädigung aus dem Spektrum des Strafbaren ausgeblendet werden, was am Charakter des Betrugs als Vermögensdelikt nicht zu rütteln vermag, sondern angesichts der fragmentarischen Natur des Strafrechts zu keinerlei Verwerfungen führen kann. Es geht also keineswegs darum, den wirtschaftlichen Vermögensbegriff (wie er auch von den juristisch-ökonomischen Vermögenslehren als Ausgangspunkt durchaus anerkannt wird) in Frage zu stellen, sondern allein den Maßstab der wirtschaftlichen Bewertung zu schärfen. Denn man kann kaum leugnen, dass identische Wirtschaftsgüter in verschiedenem Kontext auch unterschiedliche Wertschätzungen – selbst auf dem Markt – erfahren (man denke nur An- und Verkaufspreise, Handels- und Verbraucherpreise; oder in der Insolvenzsituation an Zerschlagungs- und Fortführungswerte).⁵² Ebenso wenig lässt sich die Notwendigkeit in Abrede stellen, die Schadensfeststellung nur auf die jeweils einschlägige Beurteilungssituation zu beziehen (also nicht etwa für den Betrug am Zwischenhändler den Endverbraucherpreis als Maßstab heranzuziehen). Folgerichtig bildet dann aber für den Betrug am Verbraucher dessen Bewertung des fraglichen Gutes die Messlatte, wie es im Übrigen beim persönlichen Schadenseinschlag in der Fallgruppe der Unbrauchbarkeit zum vertraglich vorausgesetzten Zweck schon weitgehend anerkannt ist.⁵³ Die Gefahr, die Strafbarkeit auf diesem Wege an willkürliche oder gar absurde subjektive Vorstellungen zu knüpfen, wird dort durch die Anknüpfung an eine beiderseits anerkannte und dem Vertrag zu Grunde gelegte Verwendung gebannt.⁵⁴ Ohne eine solchermaßen verobjektivierte wirtschaftliche Schädigung lässt sich kein Schaden begründen. Wem also zum Verkehrswert ein nur von ihm selbst erheblich höher geschätztes Stück abgeschwindelt wird, darf auch unter Berücksichtigung individueller Gebrauchsbedürfnisse nicht als betrugsgeschädigt gelten. Sind diese Gebrauchsvorstellungen allerdings vertraglich vorausgesetzte Grundlage, verliert der Marktpreis seine Bedeutung als alleiniges Kriterium der Schädigung. Dies aber darf nicht nur zum Zwecke der Schadensbegründung im

⁴⁵ *Achenbach*, in: M. Heinrich/Jäger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, Bd. 2, 2011, S. 1005 (1012).

⁴⁶ *Achenbach* (Fn. 45), S. 1013.

⁴⁷ *Achenbach* (Fn. 45), S. 1017.

⁴⁸ Lediglich Andeutungen finden sich z.B. bei *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 263 Rn. 262.

⁴⁹ Vgl. dazu *Bockelmann*, in: *Bockelmann u.a.* (Hrsg.), Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht, 1978, S. 226 (248 f.); *Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, 1990, S. 127 f.; *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 69 f.; *ders.*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 38 Rn. 3 ff.; § 51 Rn. 54 ff.

⁵⁰ *Hoyer* (Fn. 8), § 263 Rn. 113; *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 81, a.E.

⁵¹ So explizit die Zielvorstellung von *Otto* (Fn. 49 – Grundkurs), § 3 Rn. 6; ähnlich *Geerds* (Fn. 49), S. 129.

⁵² *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 81.

⁵³ *Hoyer* (Fn. 8), § 263 Rn. 203; *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 121, 123; BGHSt 16, 321 (326); ebenso auf der Basis seines funktionalen Ansatzes *Kindhäuser* (Fn. 48), § 263 Rn. 307 ff.

⁵⁴ So auf der Basis des personalen Vermögensbegriffs schon *Geerds* (Fn. 49), S. 184 f.

Wege des persönlichen Schadenseinschlages geschehen, sondern muss zwangsläufig genauso umgekehrt gelten: Wer deshalb ein zwar überteuertes Gut erwirbt, welches indessen in jeder Hinsicht den individuell verlangten sowie vertraglich zu Grunde gelegten Verbrauchswert besitzt, erleidet keinen Vermögensschaden. Denn auch in dieser Konstellation muss der Marktpreis dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauchswert als Maßstab weichen. Verallgemeinernd kann man deshalb sagen, der Verkehrswert vermag eine Schädigung oder Nichtschädigung zwar zu indizieren; die Indizwirkung lässt sich aber durch eine abweichende Bewertung des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs widerlegen.

Die konsequente, nämlich sowohl schadensbegründende als auch -ausschließende Ergänzung der wirtschaftlichen Betrachtung durch einen Blick auf die individuellen wirtschaftlichen Verwertungsvorstellungen lässt sich zudem auf den individualschützenden Charakter des Betruges stützen. Es kann schließlich nicht darum gehen, eine allgemeine Vorstellung von dem „richtigen“ Marktpreis zu sichern, sondern den individuellen Vermögensstand, der sich primär aus dem wirtschaftlichen Nutzwert des vorhandenen Inventars ergibt. Soll dieses nur noch verbraucht werden und entspricht der Nutzwert des geplanten und vertraglich vorausgesetzten Verbrauchs dem des eigentlich gewollten, an sich teureren Vergleichsgutes, so tritt kein Vermögensschaden ein, auch wenn das irrend gekaufte Gut formell zu Unrecht Qualitätssiegel (oder Markennamen) trägt. Freilich gilt dies nur solange, wie eine tatsächliche Identität in Zusammensetzung und Gebrauchstauglichkeit vorliegt. Sobald die gekaufte Ware eine abweichende Qualität aufweist, weitere, mit dem Siegel oder der Marke verbundene Gebrauchsmöglichkeiten ausscheiden (was eher bei Gebrauchs- als bei Verbrauchsgütern eintreten wird) oder der Erwerb mit rechtlichen Risiken einher geht (z.B. nach den §§ 146 f. MarkenG, 142a f. PatG), ist zugleich der individuelle Gebrauchswert reduziert und es verbleibt bei einem aus dem niedrigeren Verkehrswert abgeleiteten Schaden.

IV. Betrug gegenüber dem Zwischen- und Einzelhandel

Der Verbraucher wird also solange nicht durch „falsche“ Bio-Eier betrogen, wie die verkauften Eier in ihrer Konsistenz und Brauchbarkeit zutreffend gekennzeichneten Produkten entsprechen. Im Unterschied zum Endverbraucher interessiert den Zwischen- und Einzelhändler primär der Wiederverkaufswert. Seine Gebrauchsvorstellung geht dahin, die erworbenen Produkte als solche aus ökologischer Haltung weiter zu veräußern, die sie nicht sind. Tatsächlich erhält er eine Ware, die er bestenfalls als Eier aus Freilandhaltung zu einem deutlich niedrigeren Preis vertreiben dürfte, weshalb jedenfalls die Möglichkeit seiner Schädigung besteht.

Beschränkt man den Blick allerdings auf den „wahren“ Verkehrswert, so entstünde das seltsame Resultat eines betrügerisch Geschädigten, der in Wahrheit sogar von dem im guten Glauben reibungslos zu Ende geführten Gesamtgeschäft profitiert. Ex post und wertfrei betrachtet, hat der getäuschte Abnehmer eine wirtschaftlich voll verwertbare (und verwertete) Gegenleistung erhalten. In einem vergleichbaren Fall der Täuschung über die Herkunftsbezeichnung von Hop-

fen hat der BGH gleichwohl vollendeten Betrug angenommen und den gutgläubigen und gewinnträchtigen Weiterverkauf durch die getäuschten Abnehmer nur als einen, die Strafbarkeit nicht berührenden, nachträglichen Schadensausgleich angesehen.⁵⁵ Wenngleich sicherlich der unmittelbare Moment nach dem Ankauf für die Schadensermittlung maßgebend ist, so kann eine rein wirtschaftliche Betrachtung dennoch die Bewertung der erhaltenen Ware auch in diesem Moment nur mit Blick auf die tatsächlichen Vermarktungschancen „falscher“ Öko-Eier vornehmen, denen man diesen Makel nicht ansieht und deren Weiterverkauf als Bioprodukte durch den gutgläubigen Händler ebenfalls faktisch nichts entgegensteht. Dieser hätte einen Verlust seiner Vermarktungschancen allenfalls zu fürchten, wenn die Nichteinhaltung der Haltungsanforderungen gerade dann bekannt würde, während sich bei ihm eine entsprechende Charge befindet. Strukturell geht es also um einen Gefährdungsschaden, welcher sich allein aus dem Risiko der Nichtveräußerbarkeit infolge Ruchbarwerdens der fehlenden Erfüllung der Haltungskriterien ergibt. Angesichts der bei Frischwaren äußerst knapp bemessenen Zeiträume des Verbleibs im (Zwischenwie Einzel-) Handel und der offenbar seit Jahren erfolgten Überbelegung der Legehennenställe ist diese Gefahr statistisch gesehen wohl als sehr gering einzuschätzen. Die nach den neuen Maßstäben des BVerfG notwendige Bezifferung eines signifikanten Gefährdungsschaden⁵⁶ dürfte von daher auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Man wird sogar bezweifeln müssen, ob der Nachweis einer Schädigung auf diesem Wege überhaupt gelingen könnte.⁵⁷

Wer den Vermögensbestand im Sinne juristisch-ökonomischen Verständnisses normativ entsprechend einschränkt,⁵⁸ könnte immerhin auf die Idee kommen, der formell illegale Weiterverkauf als Öko-Produkt dürfe bei der Vermögenssaldierung überhaupt keine Berücksichtigung finden. Allerdings wird die rechtliche Missbilligung einer Vermögensposition regelmäßig dazu ins Feld geführt, einen entsprechenden Strafrechtsschutz (z.B. des um die Beute betrogenen Diebes) abzulehnen,⁵⁹ während sie hier umgekehrt dazu beitrüge, überhaupt erst zu einer Schädigung zu gelangen. Aus diesem Grund verfängt auch das ansonsten gegen eine rein wirtschaftliche Betrachtung ins Feld geführte Argument eines unzulässigen strafrechtlichen Schutzes für zivilrechtlich missbilligte Positionen nicht.⁶⁰ Denn es würde

⁵⁵ BGHSt 8, 46 (49).

⁵⁶ BVerfG NJW 2012, 907 (916); BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 ff.).

⁵⁷ Keinen Ausweg liefert das Ausweichen auf ein Versuchsdelikt, denn wenn sich der Tätervorsatz auch nur auf eine objektiv kaum messbare Aufdeckungschance bezieht, dürfte es insoweit am Tatentschluss zur Schädigung fehlen.

⁵⁸ So Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 82 f.; Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 29), § 41 Rn. 99; Wessels/Hillenkamp (Fn. 33), Rn. 535; Mitsch (Fn. 32), § 7 Rn. 83 f.

⁵⁹ Vgl. Wessels/Hillenkamp (Fn. 33), Rn. 535, 568 ff.; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 83, 93, 95.

⁶⁰ Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 83; Wessels/Hillenkamp (Fn. 33), Rn. 535; Mitsch (Fn. 32), § 7 Rn. 84.

lediglich ein Strafrechtsschutz gegenüber dem rechtlich gebilligten Vermögensstand des Opfers verweigert, weil dieses qua Täuschung sein Vermögen gegen eine rechtlich missbilligte Position eingetauscht hat. Es bestünde daher kein zwingender Grund, in dieser Konstellation normative Einschränkungen der wirtschaftlichen Schadensberechnung vorzunehmen. Die Verneinung einer Schädigung in Höhe des aufgewendeten Kaufpreises⁶¹ entspräche vielmehr auch hier der fragmentarischen Natur des Strafrechts; zudem bleibt nach den obigen Erwägungen ohnehin die Möglichkeit, einen Gefährdungsschaden zu bejahen. Unabhängig von dem jeweils favorisierten Vermögensbegriff wäre daher zwar eine Betrugsschädigung des getäuschten Händlers denkbar, allerdings nur bei Bejahung eines signifikanten Entdeckungsrisikos.

V. Fazit

Der Verkauf lediglich falsch gekennzeichnete, qualitativ aber ordnungsgemäßer Biowaren kann – neben Vergehen nach § 12 Abs. 1 Nr. 3 ÖLG – gegenüber einem Händler als Betrug angesehen werden, wobei die Problematik des Nachweises eines Gefährdungsschadens eher tatsächlicher Natur ist. Der Endverbraucher wird dagegen nicht betrogen, da er für seinen Kaufpreis eine vollwertige Gegenleistung erhält, für deren Bewertung es nicht auf den theoretischen Wiederverkaufswert ankommt, weil vertraglich vorausgesetzter Erwerbszweck alleine der Ge- und Verbrauch der Ware ist und ein solcher Ge- und Verbrauch angesichts der objektiven Qualität der Ware uneingeschränkt möglich bleibt. Die besondere Konstellation angeblicher Bio-Eier aus tatsächlich überbelegten Hühnerställen hat somit verdeutlicht, dass der (geringere) Marktpreis einer Ware zwar ein Indiz für eine betrügerische Schädigung liefert, diese aber tatsächlich nur vorliegt, solange sich zugleich die von dem Geschäft vorausgesetzte Brauchbarkeit der Ware für den Getäuschten reduziert.

⁶¹ Jedenfalls für vergangene Geschäfte, die ohne Entdeckung der Täuschung zu Ende geführt worden sind, indem die Ware an Einzelhandel bzw. Verbraucher weitergereicht wurde.

Legitimität und richterliche Entscheidung

Weshalb eine behutsame Fortentwicklung der traditionellen juristischen Methode zweckmäßig ist

Von Dr. Christoph Conrad Henke, LL.M., Frankfurt a.M.

Quantität, Qualität und Legitimität richterlicher Entscheidungen sind gleichermaßen von Bedeutung. Die Quantität lässt sich am leichtesten bestimmen, auch wenn es statistische Besonderheiten geben kann. Die Qualität richterlicher Entscheidung hängt vor allem davon ab, ob ihr Ergebnis vertretbar ist und dessen Herleitung fachlich anerkannten Maßstäben entspricht. In die Bewertung der Qualität fließen subjektive Aspekte ein. Doch ist auch Qualität vom Grundsatz her messbar. So ist es möglich, juristische Leistungen während des Studiums und des Referendariats zu benoten.

Weniger greifbar ist der Aspekt der Legitimität richterlicher Entscheidungen. Der folgende Beitrag versucht, drei Fragen nachzugehen:

I. Was ist unter Legitimität richterlicher Entscheidungen zu verstehen?

II. Beeinflusst die Legitimität das Ergebnis richterlicher Entscheidungen?

III. Welche Schlussfolgerungen sind daraus zu ziehen?

I. Was ist unter Legitimität richterlicher Entscheidungen zu verstehen?

Der Begriff Legitimität ist vielschichtig und bezieht sich im Kern auf die Rechtfertigung von Herrschaft.¹ Im Mittelalter diente der Legitimitätsgedanke der „Abwehr von Usurpation und Tyrannis“; mit der umfassenden Positivierung des Rechts im 19. Jahrhundert wurde er „mit dem Besitz der faktischen Macht gleichgesetzt, dann aber wieder benutzt, um die Problematik eines rein positivistischen Legalitätsprinzips abzufangen.“²

Max Weber unterscheidet „drei reine Typen legitimer Herrschaft“, nämlich die legale Herrschaft, die traditionale Herrschaft und die charismatische Herrschaft. Die legale Herrschaft habe rationalen Charakter und beruhe auf dem „Glauben an die Legalität gesetzter Ordnungen“. Die traditionale Herrschaft fuße auf dem „Alltagsglauben an die Heiligkeit von jeher geltender Traditionen“, die charismatische Herrschaft „auf der außeralltäglichen Hingabe an die Heiligkeit oder die Heldenkraft oder die Vorbildlichkeit einer Person.“³ Der moderne Rechtsstaat fällt unter den Typus der legalen Herrschaft rationalen Charakters.

Luhmann hebt die Bedeutung des Verfahrens für die Legitimität hervor („Legitimation durch Verfahren“). Er definiert Legitimität als „generalisierte Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen“,⁴ stellt also maßgeblich auf die

faktische Akzeptanz der Entscheidungen ab. Gesetze, Verwaltungsakte und Urteile seien legitim, „wenn und soweit anerkannt wird, dass sie verbindlich gelten und dem eigenen Verhalten zugrunde gelegt werden müssen.“⁵ Luhmann nimmt die Sichtweise eines externen Beobachters des Rechts ein. Gegen seine Definition der Legitimität ist nichts einzuwenden, zumal Definitionen nicht richtig oder falsch, sondern allenfalls zweckmäßig oder unzweckmäßig sein können.⁶ Doch geht der vorliegende Beitrag von der Perspektive eines internen Mitwirkenden an der Rechtsprechung aus. Die Rechtsprechung sollte mehr anstreben als nur das faktische Akzeptieren ihrer Entscheidungen. Daher erscheint Luhmanns Definition für die Zwecke dieses Beitrags zu eng.

Habermas rückt bei der Definition der Legitimität die Anerkennungswürdigkeit der Entscheidungen in den Mittelpunkt,⁷ d.h. im Gegensatz zu Luhmann nicht lediglich deren faktische Akzeptanz. Diesem Ansatz wird hier gefolgt. Denn ein Richter sollte die Anerkennungswürdigkeit seiner Entscheidungen zum Ziel haben. Daran anknüpfend kann Legitimität – in Abgrenzung zur Legalität – als Anerkennungswürdigkeit einer staatlichen Institution (z.B. Gericht/Judikative), einer Rechtsvorgabe (z.B. Gesetz/richterrechtliche Lösung), einer staatlichen Handlung (z.B. Urteil/Beschluss) oder der sonstigen Ausübung hoheitlicher Macht durch eine Person (z.B. Richter) verstanden werden.⁸ Dies führt zu der weiteren Frage, woran sich die Anerkennungswürdigkeit bemisst. Für die Zwecke dieses Beitrags wird davon ausgegangen, dass die Anerkennungswürdigkeit einer Entscheidung nach fachlich anerkannten Maßstäben festzustellen ist. Auf eine weitere Herleitung dieser Maßstäbe wird verzichtet, weil dies die Thematik des Beitrags überdehnen würde. Habermas führt diese Maßstäbe auf das Konsensprinzip zurück. Er geht davon aus, dass „genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten“, gültig sind.⁹

In Anknüpfung an Scharpf¹⁰ wird heute oft zwischen Input- und Output-Legitimität unterschieden. Die Input-Legitimität („Handeln durch das Volk“) stellt darauf ab, inwieweit beim Zustandekommen der Gesetze der Willen der Bevölkerung berücksichtigt ist, namentlich durch demokratische Elemente. Die Output-Legitimität („Handeln für das Volk“) betrifft die Frage, ob das Ergebnis politischen Handelns das

⁵ Luhmann (Fn. 2), S. 28.

⁶ Vgl. Wesche, Gegenseitigkeit und Recht, Eine Studie zur Entstehung von Normen, 2001, S. 19.

⁷ Vgl. zu Einzelheiten Schliesky (Fn. 1), S. 152, m.w.N.

⁸ Soweit die Definition auf die Anerkennungswürdigkeit abstellt, beinhaltet dies über den Aspekt der Akzeptanz hinaus eine normative Komponente. Vgl. Schliesky (Fn. 1), S. 152, m.w.N.

⁹ Habermas, Faktizität und Geltung, 1998, S. 138.

¹⁰ Scharpf, Regieren in Europa, Effektiv und demokratisch?, 1999, passim.

¹ Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 149 ff., mit Erläuterungen zum Begriff der Legitimität und zu dessen Verhältnis zur Legalität.

² Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 27.

³ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1921, zitiert nach Baier/Lepsius/Mommsen (Hrsg.), Max Weber, Gesamtausgabe, Bd. 23, 2013, S. 453.

⁴ Luhmann (Fn. 2), S. 28.

Allgemeinwohl erhöht. In Anlehnung daran kann zwischen dem Zustandekommen richterlicher Entscheidungen auf Basis der mittelbar vom Volk bestimmten Verfahrensvorschriften (Input-Legitimität) und der Legitimität des Ergebnisses der richterlichen Entscheidung (Output-Legitimität) unterschieden werden, wobei letztere im Zentrum des Beitrags steht.¹¹

Für das Legitimitätsniveau richterlicher Entscheidungen sind nach dem Vorangegangenen alle Umstände von Bedeutung, die deren Anerkennungswürdigkeit erhöhen oder senken. Eine Rolle spielen nach fachlich anerkannten Maßstäben die „innere Konsistenz der durch Entscheidungen hergestellten Rechtsordnung [...], die juristische Rhetorik und die Darstellungskunst“,¹² außerdem die „Sachkenntnis der Richterinnen und Richter [...], die Qualität der Rechtsnormen, der Entscheidungsdruck in der Gerichtsverwaltung, die Grundeinstellungen in der Justiz, ihre effektive Unabhängigkeit nach innen und außen, die methodischen Spielräume innerhalb des positiven Rechts und vieles mehr.“¹³

Ein Teil der Umstände, die für die Legitimität der richterlichen Entscheidung von Bedeutung sind, liegt außerhalb des Einflussbereichs des Richters. So erhöht die in der Bundesrepublik geltende freiheitliche demokratische Grundordnung¹⁴ die Legitimität der zu erwartenden Entscheidung eines deutschen Richters, noch bevor dieser tätig geworden ist. Gleiches gilt für einfachgesetzliche Verfahrensvorschriften.¹⁵ Auch auf die personelle Ausstattung der Justiz hat der Richter keinen Einfluss. Je besser die personelle Ausstattung ist, desto eher kann der Richter z.B. überlange Gerichtsverfahren und daraus resultierende Menschenrechtsverletzungen¹⁶ vermeiden.

Andere Umstände, die sich auf die Legitimität der Entscheidungen auswirken, kann der Richter positiv wie negativ beeinflussen. Zeigt er sich in der mündlichen Verhandlung unvorbereitet, sinkt die Anerkennungswürdigkeit seiner Entscheidung. Auch ist es ein Unterschied, ob der Richter die Beteiligten zur mündlichen Verhandlung anreisen lässt, um ihnen mitzuteilen, dass er den Rechtsstreit an ein anderes Gericht verweisen möchte, oder ob er den Rechtsstreit im schriftlichen Verfahren verweist. Erscheint der Richter in Jeans und Turnschuhen, fehlt ihm die Legitimitätsgrundlage, um einen Rechtsanwalt ohne Krawatte von der mündlichen Verhandlung auszuschließen. Eine Terminierung auf den 11.11. um 11.11 Uhr kann einen Befangenheitsantrag auslösen, in dem mangelnde Akzeptanz seitens der Parteien zum

Ausdruck kommt.¹⁷ Umgekehrt kann der Richter durch sorgfältige Aufarbeitung des Sachverhalts, angemessene Anhörung der Beteiligten, Ernstnehmen richterlicher Hinweispflichten und Würdigung aller wichtigen Argumente die Anerkennungswürdigkeit seiner Entscheidung erhöhen. Dass der Richter über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften hinaus durch sein Verhalten auf Erhöhung der Legitimität seiner Entscheidungen hinwirken soll, ist allgemein anerkannt und Gegenstand berufsethischer Überlegungen.¹⁸ Ein Richter fasste dies wie folgt zusammen: „Ich will, dass die Leute auch bei einer Verurteilung denken: Das war eine schlechte Entscheidung für mich, aber der Richter war in Ordnung.“¹⁹

Im Mittelpunkt dieses Beitrags steht ein weiterer Aspekt der Legitimität. Diese ist zwar von der Legalität zu unterscheiden (s.o.). Doch stellt sich die Frage, ob das Bemühen des Richters um Legitimität zugleich den Inhalt seiner Entscheidung (Output) einschließlich der Auslegung des Gesetzes beeinflussen kann. Es geht mit anderen Worten darum, ob der Aspekt der Legitimität über den Richter als Mittler Auswirkungen auf die Legalität haben kann.

II. Beeinflusst die Legitimität das Ergebnis richterlicher Entscheidungen?

Das Bundesverfassungsgericht hat (bei Verwendung des Begriffs Legitimationsniveau anstelle des hier bevorzugten Begriffs Legitimitätsniveau) anerkannt, dass „ein bestimmtes Legitimationsniveau“ staatlichen Handelns erforderlich ist.²⁰ Es hat dies primär auf den Aspekt der „demokratischen Legitimation“ bezogen. Es gebe unterschiedliche Formen institutioneller, funktioneller, sachlich-inhaltlicher und personeller Legitimation. Entscheidend sei nicht deren Form, sondern ihre Effektivität.²¹ In personeller Hinsicht sei eine hoheitliche Entscheidung legitimiert, wenn sich die Bestellung des Amtsträgers auf das Staatsvolk zurückführen lasse.²² Die sachlich-inhaltliche Legitimation werde durch Gesetzesbindung und Bindung an Aufträge und Weisungen der Regierung vermittelt. Das Legitimationsniveau müsse „umso höher sein, je intensiver die in Betracht kommenden Entscheidungen die Grundrechte berühren.“²³

¹⁷ Vgl. OLG München, Beschl. v. 10.12.1999 – 26 AR 107/99.

¹⁸ Vgl. Deutscher Richterbund, Richterethik in Deutschland, Thesen zur Diskussion richterlicher und staatsanwaltschaftlicher Berufsethik im Deutschen Richterbund, Stand: 21.1.2012, im Internet abrufbar unter: http://www.drj.de/cms/fileadmin/docs/120121_DRB-Diskussionspapier_Richterethik_in_Deutschland.pdf (3.2.2015).

¹⁹ Pragst, Spiegel v. 22.11.2013, im Internet abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/karriere/berufsleben/interview-mit-rob-ert-pragst-der-heikle-job-von-strafrichtern-a-932122.html> (3.2.2015).

²⁰ BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67).

²¹ BVerfGE 83, 60 (72).

²² BVerfGE 107, 59 (87 f.).

²³ BVerfG, Ur. v. 18.1.2012 – 2 BvR 133/10; vgl. BVerfGE 93, 37 (71 ff.).

¹¹ Insoweit wird *Scharpfs* Ansatz für die Zwecke dieses Beitrags teilweise modifiziert. Vgl. zu *Scharpfs* Einordnung der Judikative *Scharpf* (Fn. 10), S. 24.

¹² Luhmann (Fn. 2), S. 36.

¹³ *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 265.

¹⁴ Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 2 GG.

¹⁵ Vgl. *Luhmann* (Fn. 2), S. 37: „Kommunikationsprozeß, der nach Maßgabe rechtlicher Regelungen abläuft [...]“.

¹⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

Das Legitimationsniveau bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber nicht ausschließlich nach dem Demokratieprinzip; vielmehr sind in diesem Zusammenhang auch andere Verfassungsprinzipien zu berücksichtigen.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus anerkannt, dass der Richter dazu gezwungen sein kann, bei der Gesetzesauslegung außerrechtliche Umstände in die Entscheidung einzubeziehen, wenn er nicht seine Aufgabe, Recht zu sprechen, verfehlen will.²⁵ Wenn das geschriebene Gesetz seine Funktion nicht erfülle, habe die richterliche Entscheidung diese Lücke „nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gesellschaft“ zu schließen.²⁶ Eine Norm stehe „ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen.“²⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat zudem die „gemeinwohl-orientierte“ und „wirksame Erfüllung des Amtsauftrages“ hervorgehoben.²⁸ Der Richter hat mit anderen Worten außerrechtliche Aspekte, die die Anerkennungswürdigkeit der richterlichen Entscheidung beeinflussen, mit zu berücksichtigen. Er ist kein Subsumtionsautomat, sondern kann verfassungsrechtlich dazu verpflichtet sein, Aspekte der Legitimität im eingangs genannten Sinne in seine Entscheidung einschließlich der Gesetzesauslegung einfließen zu lassen.

Dies findet seine Grenzen im Grundsatz der Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG²⁹ und insbesondere darin, dass der Richter frei von Willkür³⁰ zu entscheiden hat und seine Entscheidung nicht aus rechtspolitischen Gründen treffen darf.³¹

Gegen das Konzept des Legitimitätsniveaus lässt sich insbesondere einwenden, dass es an hinreichenden objektiven Kriterien fehle, mit deren Hilfe sich ein Legitimitätsniveau bestimmen und eine Rechtsordnung auf einer Skala zwischen legitim und nicht legitim einstufen lasse.³² Doch ist dieses Problem nicht unlösbar, wie die Rechtsprechung zum demokratischen Legitimationsniveau zeigt.

Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Prinzipien sollte sich in der Rechtspraxis ein Zusammenhang zwischen Legitimität und Ergebnis richterlicher Entscheidungen nachweisen lassen. Im Folgenden wird auf vier bekannte Beispiele eingegangen, bei denen es auf das Zusammenwirken von Legitimität und Legalität ankommt:

- Das erste Beispiel behandelt einen legitimitätserhöhenden Eingriff des Bundesverfassungsgerichts in die prozessualen Vorschriften zur Leitung eines Strafverfahrens.

- Das zweite zeigt einen Eingriff des Gesetzgebers auf, der eine richterrechtliche Lösung durch eine Lösung mit höherem Legitimitätsniveau ersetzt hat.
- Das dritte dokumentiert, wie ein Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass das Legitimitätsniveau nicht hinreicht, um eine vom Gesetzgeber vorgegebene Lösung zu verwerfen.
- Das vierte verdeutlicht, wie das Bundesverfassungsgericht eine richterrechtliche Gesetzesauslegung mit geringem Legitimitätsniveau verworfen hat.

1. Beispiel 1: NSU-Verfahren

Im sog. NSU-Verfahren gegen Beate Z. und andere vergab das OLG München die Sitzplätze für die Medien nach dem Prioritätsprinzip („Windhundverfahren“). Dies führte im Ergebnis dazu, dass kein türkischer Medienvertreter einen Sitzplatz erhielt, obwohl die meisten NSU-Opfer türkischer Herkunft waren.

Da vom Grundsatz her auch ausländische Medienvertreter die Chance hatten, einen Sitzplatz zu erhalten, sah ein Teil der Literatur in der Platzvergabe kein rechtliches Problem. So merkte Rieble an: „Die Frage, welche Schläfrigkeit türkische Medien daran gehindert hat, so schnell zu sein wie öffentlich-rechtliche Anstalten, stellt niemand.“ Rieble warnt ferner vor einer „rechtfertigungsbedürftigen Diskriminierung nach der Medienherkunft. Das gefühlte Sonderberichterstattungsinteresse türkischer Medien soll eine Sonderbehandlung tragen, zum Nachteil aller anderen Medien.“³³ In der Tat erscheint die Nichtberücksichtigung der türkischen Medien als eher politisches Problem, wenn man außerrechtliche Aspekte bei der Rechtsfindung unberücksichtigt lässt.

Ungeachtet dessen gab das Bundesverfassungsgericht dem Vorsitzenden Richter des NSU-Verfahrens durch Beschluss vom 12.4.2013 im Wege einer einstweiligen Anordnung auf, eine angemessene Zahl von Sitzplätzen an Vertreter von ausländischen Medien mit Bezug zu den Opfern der angeklagten Straftaten zu vergeben.³⁴ Ein Verfassungsverstoß sei nicht auszuschließen. So sei zu prüfen, ob das OLG München auf die begrenzte Zahl der zur Verfügung stehenden Sitzplätze für Medienvertreter hätte hinweisen müssen, so dass sich ausländische Medien auf die Knappheit der Sitzplätze und die Eilbedürftigkeit der Anmeldung hätten besser einstellen können. Auch stelle sich die Frage, ob in Anbetracht der Herkunft der Opfer ausnahmsweise ein zwingender Sachgrund für eine Differenzierung zwischen verschiedenen Medien im Sinne einer Quotenlösung gegeben gewesen wäre. Im Rahmen der Abwägung der Vor- und Nachteile einer einstweiligen Anordnung sei zu berücksichtigen, dass türkische Medienvertreter ein besonderes Interesse an einer vollumfänglich eigenständigen Berichterstattung über diesen Prozess geltend machen könnten, da zahlreiche Opfer der angeklagten Taten türkischer Herkunft seien.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich unter Legitimitätsgesichtspunkten wie folgt interpretieren: Es genügt nicht, wenn Gerichte Recht sprechen, sondern man muss es nach einem auf die Legitimität bezogenen

²⁴ Schliesky (Fn.1), S. 620 f, mit Beispielen und w.N.

²⁵ BVerfGE 34, 269 (289).

²⁶ BVerfGE 34, 269 (287).

²⁷ BVerfGE 34, 269 (288).

²⁸ BVerfGE 93, 37 (74).

²⁹ BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 65, 182 (191).

³⁰ BVerfGE 34, 269 (287).

³¹ Vgl. BVerfGE 49, 286 (322).

³² Glaser, Über legitime Herrschaft, Grundlagen der Legitimitätstheorie, 2013, S. 105.

³³ Rieble, FAS v. 7.4.2013, S. 37.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.4.2013 – 1 BvR 990/13.

Spruchwort auch sehen können. Beim NSU-Verfahren gilt dies angesichts der Herkunft der meisten Opfer in besonderer Weise für türkische Medien. Wenn kein türkischer Medienvertreter im Verfahren einen Sitzplatz erhält, ist das Legitimitätsniveau des Verfahrens so weit gesunken, dass dies ernsthafte verfassungsrechtliche Bedenken auslöst. Diese manifestieren sich in den vom Bundesverfassungsgericht genannten Argumenten. Ein zu geringes Legitimitätsniveau kann zu einem Verstoß gegen das Grundgesetz führen und sich auf strafprozessuale Verfahrensvorschriften auswirken. Dies belegt nach hiesigem Verständnis, dass die Legitimität nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Ergebnis richterlicher Entscheidungen – hier zur Sitzplatzvergabe – beeinflussen kann.

Mittlerweile gibt es rechtspolitische Überlegungen, das Legitimitätsniveau in vergleichbaren Fällen noch weiter zu steigern, indem das Verfahren per Video in einen Nebenraum des Gerichts übertragen wird,³⁵ wie es gegenwärtig etwa beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gängige Praxis ist.

2. Beispiel 2: Beschneidungs-Urteil

Das LG Köln stufte mit Urteil vom 7.5.2012 die religiös motivierte Beschneidung eines männlichen Kindes durch einen Arzt als strafbare Körperverletzung ein (§ 223 Abs. 1 StGB).³⁶ Es begründete seine Auffassung damit, dass die Grundrechte der Eltern aus Art. 4 Abs. 1 und 6 Abs. 2 GG durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG begrenzt würden. Die in der Beschneidung zur religiösen Erziehung liegende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit sei, falls sie erforderlich sein sollte, jedenfalls unangemessen. Der Körper des Kindes werde durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert. Diese Veränderung laufe dem Interesse des Kindes zuwider, später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können. Umgekehrt werde das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten seien, abzuwarten, ob sich das Kind, wenn es mündig ist, selbst für die Beschneidung als Zeichen der Zugehörigkeit zu der betreffenden Religion entscheide. Eine Verurteilung des behandelnden Arztes scheitere allerdings daran, dass er einem unvermeidbaren Verbotsirrtum erlegen sei.

Das Urteil ist gemessen an fachlich anerkannten Maßstäben nicht zu beanstanden. Das Ergebnis ist vertretbar und erfuhr bei Teilen der Öffentlichkeit Zustimmung (z.B. beim Kinderschutzbund Baden-Württemberg³⁷). Die Begründung

orientiert sich an herkömmlichen Methoden der Ausbalancierung von Grundrechten im Wege praktischer Konkordanz.

Gleichwohl hatte die rechtliche Lösung des LG Köln keinen Bestand. Außergewöhnlich rasch, nämlich bereits am 19.7.2012, forderte der Deutsche Bundestag die Bundesregierung auf, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der sicherstellt, dass die Beschneidung grundsätzlich zulässig ist.³⁸ Noch im selben Jahr trat das „Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“ in Kraft.³⁹ Mittlerweile ist von einer Begrenzung religiös motivierter Beschneidungen durch die Grundrechte des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG kaum mehr die Rede.

Die Begründung des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes weist auf die Ursache hin. Der Gesetzgeber hat den sozialen Kontext der Beschneidung im Detail untersucht, darunter Herkunft und Verbreitung der Beschneidungspraxis, religiöse, kulturelle und soziale Gründe der Beschneidung, ihre praktische Durchführung sowie medizinische Vor- und Nachteile. Er hat einen umfassenden Rechtsvergleich vorgenommen und ist zu dem Ergebnis gelangt: „Weltweit ist kein Staat bekannt, in dem eine mit Einwilligung der Eltern fachmännisch fehlerfrei durchgeführte Beschneidung von männlichen Kindern, jedenfalls wenn sie aus religiösen Gründen erfolgt, ausdrücklich verboten wäre [...]“. ⁴⁰ Der Gesetzgeber hat sich zudem mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den grundrechtlichen Rahmenbedingungen auseinandergesetzt. Die detaillierte Begründung des Gesetzgebers lässt keinen Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Beschneidung aufkommen. Darüber hinaus verdeutlicht sie, dass einem Verbot der Beschneidung in Deutschland auf absehbare Zeit die gesellschaftliche Akzeptanz fehlen würde. Das LG Köln könnte seiner Zeit voraus gewesen sein. Doch gegenwärtig hat die von ihm entwickelte Lösung keine Aussicht auf Bestand.

Unter Legitimitäts Gesichtspunkten lässt sich dieser Sachverhalt wie folgt interpretieren: Wegen der im Detail herausgearbeiteten und in die Entscheidung eingeflossenen außerrechtlichen Aspekte der Beschneidung hat die Lösung des Gesetzgebers ein wesentlich höheres Legitimitätsniveau als die des LG Köln. Für ein Landgericht ist es freilich in der Praxis nicht zu bewältigen, seine Entscheidungen auf eine ähnlich umfassende, selbst erarbeitete Legitimitätsbasis zu stellen, auch wenn dies im Beschneidungsfall im Zuge der Ausbalancierung der Grundrechte methodisch zulässig gewesen sein mag. Anders als dem Gesetzgeber steht einem Landgericht kein Beamtenapparat mit dutzenden spezialisierten Juristen zur Verfügung, der ihm zuarbeitet. Daraus ist nach hier vertretener Ansicht der Schluss zu ziehen, dass sich ein Richter in vergleichbar schwierigen Fällen die Frage stellen sollte, ob die von ihm ausgearbeitete Begründung als Legitimitätsgrundlage genügt. Ist dies nicht der Fall, sollte er die Entscheidung wenn möglich auf eine andere Begründung stützen. Herkömmliche Arbeitsanleitungen führen allerdings

³⁵ Vgl. LTO v. 7.5.2013, im Internet abrufbar unter:

<http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/nsu-prozess-videouebertragung-gesetzentwurf-bayern/> (3.2.2015).

³⁶ LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11.

³⁷ Vgl. Die Welt v. 27.6.2012, im Internet abrufbar unter:

<http://www.welt.de/regionales/koeln/article107280710/Fast-einhellige-Kritik-am-Koelner-Beschneidungsurteil.html>

(3.2.2015); „Zu den wenigen dem Urteil zustimmenden Äußerungen gehörte am Mittwoch die des Kinderschutzbundes Baden-Württemberg, der das Urteil begrüßte.“

³⁸ BT-Drs. 17/10331 v. 19.7.2012.

³⁹ BGBI. I 2012, S. 2749 ff.

⁴⁰ BT-Drs. 17/11295 v. 5.11.2012, S. 10.

nicht zu solchen Überlegungen, da in ihnen der Aspekt des Legitimitätsniveaus nicht als eigener Prüfungsschritt verankert ist, sondern lediglich mittelbar in die Lösung einfließt. Daher erscheint eine Erweiterung der herkömmlichen Methode um den Prüfungsschritt des Legitimitätsniveaus im Sinne eines Korrektivs richterlicher Entscheidungen zweckmäßig.

3. Beispiel 3: Inzest-Urteil

Im Fall Stübing gegen Deutschland hatte sich der EGMR mit dem Inzest-Verbot zu befassen. Der Beschwerdeführer bekam von seiner leiblichen Schwester vier Kinder, von denen zwei behindert waren. Die deutschen Strafgerichte verurteilten ihn wegen Inzest (§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB).

Gegen das Inzestverbot lässt sich u.a. wie folgt argumentieren: Der einzige „Schaden“, der durch Inzest entstehen könne, sei die Geburt eines behinderten Kindes. Ein behindertes Kind könne kein Schaden sein, weil es nach Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention (EMRK) den gleichen Wert habe wie ein nicht behindertes Kind. Abgesehen von dem Aspekt der Behinderung betreffe Inzest – jedenfalls unter Volljährigen – ausschließlich das Intimleben Dritter, welches niemanden etwas angehe. Die Kriminalisierung von Inzest sei mit der früheren Kriminalisierung der Homosexualität vergleichbar und ebenso als Menschenrechtsverletzung einzustufen.

Eine Verfassungsbeschwerde blieb gleichwohl ohne Erfolg.⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht führte aus, wichtigster Strafgrund des Inzestverbots sei der Schutz von Ehe und Familie. Empirische Studien belegten, dass der Gesetzgeber seinen Ermessensspielraum nicht überschreite, wenn er davon ausgehe, dass Inzestverbindungen zwischen Geschwistern die Familie und die Gesellschaft als Ganzes ernsthaft schädigen könnten. Darüber hinaus verwies das Bundesverfassungsgericht u.a. auf rechtsvergleichende Überlegungen. Allerdings vertrat ein Bundesverfassungsrichter in einem abweichenden Sondervotum die Ansicht, die Norm verfolgte kein Regelungsziel, das in sich widerspruchsfrei sei. Für die Ziele, die man dem Tatbestand unterlege, biete § 173 Abs. 2 S. 2 StGB keinen geeigneten Weg. Es gebe mildere und besser geeignete Instrumente als die Strafdrohung. Zudem verbiete es sich, den Schutz der Gesundheit potentieller Nachkommen zur Grundlage strafgesetztlicher Eingriffe zu machen. Man kenne aus guten Gründen eine Strafbarkeit selbst dort nicht, wo die Wahrscheinlichkeit behinderten Nachwuchses höher sei und die erwartbaren Behinderungen massiver seien als beim Inzest.

Gegen die Entscheidungen legte der Beschwerdeführer Beschwerde beim EGMR ein. Der EGMR gelangte zu dem Ergebnis, dass das Inzestverbot nicht gegen die EMRK verstoße.⁴² Der EGMR griff die rechtsvergleichenden Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts auf und stellte fest, dass in sechzehn der einunddreißig Mitgliedstaaten des Europarats einvernehmliche sexuelle Handlungen zwischen erwachsenen

Geschwistern strafbar seien, in fünfzehn Ländern nicht. Es gebe in den betreffenden Ländern keine Pläne, das Verbot abzuschaffen. Das Max-Planck-Institut habe zudem festgestellt, dass Geschwister auch in den Ländern, in denen einvernehmliche Handlungen zwischen Geschwistern nicht strafbar seien, nicht heiraten dürften. Wo es zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats weder in Bezug auf die relative Bedeutung der betroffenen Interessen noch in Bezug auf ihren bestmöglichen Schutz einen Konsens gebe, sei der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten weiter gefasst. Unter Berücksichtigung der Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts, das die von dem Beschwerdeführer vorgebrachten Argumente hinreichend geprüft habe, sowie im Hinblick auf den weiten Beurteilungsspielraum, den ein Staat genießt, wenn es zwischen den Staaten des Europarats keinen Konsens hinsichtlich der Strafbarkeit gibt, hätten die innerstaatlichen Gerichte ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten, als sie den Beschwerdeführer wegen Inzests verurteilten.

Anders ausgedrückt: Der EGMR stellte fest, dass ihm angesichts der Verbreitung strafrechtlicher und sonstiger Sanktionen in den Mitgliedstaaten des Europarats die Legitimitätsgrundlage fehle, einen Verstoß des Inzestverbots gegen die EMRK festzustellen. Auch dieses Beispiel zeigt, dass die Legitimität das Ergebnis richterlicher Entscheidungen beeinflussen kann. Eine Lösung des Gesetzgebers darf von den Gerichten nur verworfen werden, wenn dafür eine hinreichende Legitimitätsgrundlage vorhanden ist. Dies setzt der richterlichen Rechtsfortbildung Grenzen. Zugleich ist an der Entscheidung des EGMR, welche an die Begründung des Bundesverfassungsgerichts anknüpft, erkennbar, dass eine Argumentation mit Legitimitätsaspekten methodisch zulässig und überzeugend sein kann. Auch wenn man das Inzestverbot in Frage stellt, wird man das Argument nachvollziehen können, dass es dem EGMR nicht zustehe, das Verbot aufzuheben. Eine andere Begründung wäre wahrscheinlich weniger überzeugend gewesen.

4. Beispiel 4: „Recht auf Rausch“

Das AG Lübeck verurteilte 1990 eine Angeklagte wegen vorsätzlicher unerlaubter Abgabe von Haschisch zu einer Freiheitsstrafe, nachdem sie ihrem Ehemann, der sich in Untersuchungshaft befand, 1,12 Gramm Haschisch übergeben hatte. Das LG Lübeck vertrat als Berufungsgericht die Auffassung, die einschlägigen Strafvorschriften seien verfassungswidrig. Es legte die Sache mit einem ausführlich begründeten Beschluss dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vor und führte u.a. aus, das Cannabisverbot stelle einen unzulässigen Eingriff in ein verfassungsrechtlich garantiertes „Recht auf Rausch“ dar. Außerdem verstoße die Ungleichbehandlung zu Alkohol und Nikotin gegen den Gleichheitsgrundsatz.⁴³

Das Bundesverfassungsgericht stellte mit Beschluss vom 9.3.1994 fest, dass die betreffenden Gesetzesvorschriften verfassungskonform seien.⁴⁴ Der Gesetzgeber verfolge den

⁴¹ BVerfGE 120, 224.

⁴² EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland).

⁴³ Sachverhalt entnommen aus BVerfGE 90, 145.

⁴⁴ BVerfGE 90, 145.

Zweck, die menschliche Gesundheit vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu schützen und vor allem Jugendliche vor Abhängigkeit zu bewahren. Diese Zielsetzung sei durch internationale Abkommen erweitert worden. Obwohl sich die von Cannabisprodukten ausgehenden Gesundheitsgefahren als geringer darstellten, als der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes angenommen habe, verblieben nicht unbeträchtliche Gefahren, so dass die Gesamtkonzeption des Gesetzes vor der Verfassung Bestand habe. Ein Recht auf Rausch gebe es nicht. Auch liege kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor. Neben den unterschiedlichen Wirkungen der Stoffe dürfe der Gesetzgeber u.a. deren Bedeutung für das gesellschaftliche Zusammenleben berücksichtigen. Allerdings sei eine stark unterschiedliche Einstellungspraxis in den verschiedenen Bundesländern verfassungsrechtlich bedenklich. Die Länder treffe die Pflicht, für eine im Wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften zu sorgen. Insoweit gab der Vorlagebeschluss des LG Lübeck einen Impuls zu einer verfassungsrechtlichen Verbesserung der Einstellungspraxis.

Auch dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich entnehmen, dass das Legitimitätsniveau einer rechtlichen Lösung für die Rechtslage von Bedeutung sein kann. Wie das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben hat, darf der Gesetzgeber bei den Verbotsregelungen u.a. die Bedeutung „für das gesellschaftliche Zusammenleben“ berücksichtigen. Wenn also der Konsum von Alkohol im gesellschaftlichen Zusammenleben weithin akzeptiert ist, der Konsum von Cannabis dagegen nicht, ist dies ein Argument dafür, dass der Gesetzgeber den Umgang mit beiden Stoffen unterschiedlich regeln darf. Die gesellschaftliche Akzeptanz der Droge und das Legitimitätsniveau eines Verbotes bestimmen die rechtliche Lösung mit. Darüber hinaus ist interessant, dass die Entscheidung des LG Lübeck erheblicher Kritik ausgesetzt war. Man sollte annehmen, dass die Fachwelt voll des Lobes gewesen wäre, weil die Entscheidung ausführlich begründet war, die Ansicht von anderen Gerichten geteilt wurde,⁴⁵ mithin vertretbar war, und der Vorlagebeschluss zu einer verfassungsrechtlichen Verbesserung der Einstellungspraxis geführt haben dürfte. Das LG Lübeck erhielt jedoch nicht nur Lob, sondern auch viel Kritik. Nach hiesiger Auffassung erklärt sich dies dadurch, dass eine Legalisierung von Cannabis durch die Judikative nach Auffassung vieler kein hinreichendes Legitimitätsniveau aufweist, selbst wenn Cannabis weniger gefährlich sein sollte als Alkohol. Es steht der Judikative nicht zu, ein Recht auf Rausch zu entwickeln. Je höher das Legitimitätsniveau einer Entscheidung ist, desto weniger Kritik ist tendenziell zu erwarten.

III. Welche Schlussfolgerungen sind daraus zu ziehen?

1. Die inhaltlich sehr unterschiedlichen Beispielfälle haben gemeinsam, dass sich Aspekte der Legitimität auf das Ergebnis richterlicher Entscheidungen auswirken. Daraus ist zu folgern, dass Überlegungen zur Legitimität bei schwierigen Fällen hilfreich sein können und zugleich ein Schlüssel zum Verständnis höchstrichterlicher Entscheidungen sind.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 90, 145 (147).

2. Weiter ist nach hier vertretener Auffassung der Schluss zu ziehen, dass ein Richter in schwierigen Fällen vorsorglich prüfen sollte, ob das von ihm erarbeitete Legitimitätsniveau hinreicht, um die Entscheidung zu tragen. Die traditionelle juristische Methode sieht einen solchen gesonderten Prüfungsschritt nicht vor, sondern lässt Legitimitätsaspekte stattdessen mittelbar in die Entscheidung einfließen. Daher erscheint eine Erweiterung der juristischen Methode um diesen zusätzlichen Prüfungsschritt zweckmäßig, um der Gefahr vorzubeugen, dass Legitimitätsaspekte möglicherweise nicht hinreichend in die Entscheidung einfließen.

Im NSU-Verfahren und im Beschneidungsurteil trafen die Richter formaljuristisch korrekte und gut vertretbare Entscheidungen, die sich an der Gesetzeslage, der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der herkömmlichen Methode orientierten. Möglicherweise wären die Entscheidungen anders ausgefallen, wenn die Richter in einem zusätzlichen Prüfungsschritt der Frage der Legitimität der Entscheidungen nachgegangen wären.

3. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum demokratischen Legitimationsniveau und zur Einbeziehung außerrechtlicher Umstände in die rechtliche Lösung sollte eine richterliche Entscheidung über den Aspekt des Demokratieprinzips hinaus auch in sonstiger Hinsicht ein hinreichendes Legitimitätsniveau aufweisen. Dieses sollte umso höher sein, je intensiver die in Betracht kommenden Entscheidungen Grundrechte berühren.

Abstufungen beim Legitimitätsniveau sehen Verfassung und Gesetz an verschiedenen Stellen vor. So darf der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „wesentliche“ Entscheidungen, insbesondere solche, die mit Grundrechtseingriffen verbunden sind, nicht an die Verwaltung delegieren, sondern muss sie selbst regeln (Wesentlichkeitstheorie).⁴⁶ Wesentliche Entscheidungen bedürfen also eines Gesetzes als Legitimitätsgrundlage, bei unwesentlichen genügt ein niedrigeres Legitimitätsniveau. Aus Grundgesetz und EMRK folgt, dass Fälle mit intensiven Grundrechtseingriffen (z.B. Umgangsrechtsstreitigkeiten) vorrangig zu bearbeiten sind.⁴⁷ Sie bedürfen eines besonders hohen Legitimitätsniveaus. Auch im Strafverfahren ist das Legitimitätsniveau regelmäßig umso höher, je höher die Straferwartung ist und je intensiver die damit verbundenen Grundrechtseingriffe sind. Dies ist an der Zuständigkeitsverteilung und der Besetzung der Spruchkörper ablesbar (Strafrichter, Schöffengericht, große Strafkammer). Ein Spruchkörper mit mehr Richtern erhöht das Legitimitätsniveau der Entscheidung („vier Augen sehen mehr als zwei“). Auch beim EGMR richtet sich die Anzahl der Richter des Spruchkörpers nach dem jeweils erforderlichen Legitimitätsniveau (Einzelrichter, Ausschuss, Kammer, große Kammer).

⁴⁶ BVerfGE 47, 46 (78 ff.).

⁴⁷ Vgl. § 155 Abs. 1 FamFG: „Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, sowie Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls sind vorrangig und beschleunigt durchzuführen.“

Aus diesen Beispielen ist zu ersehen, dass es als allgemeines Prinzip angesehen werden darf, dass das Legitimitätsniveau mit der Intensität des Grundrechtseingriffs anwachsen soll.

4. Wenn zwei rechtliche Lösungen gleich gut vertretbar sind, sollte sich der Richter unter sonst gleichen Voraussetzungen für diejenige mit dem höheren Legitimitätsniveau entscheiden.

Ein Beispiel für diese Herangehensweise ist die Entscheidung des OLG Nürnberg zur Wiederaufnahme des Falles Mollath, der in einer psychiatrischen Einrichtung untergebracht war und dessen Fall öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zog.⁴⁸ In der ursprünglichen Verhandlung gegen Mollath war ein ärztliches Attest verlesen worden. Dabei irrten sich die Richter über den Aussteller des Attests. Sie erkannten nicht, dass ein Arzt das Attest in lediglich stellvertretender Funktion unterzeichnet hatte. Das LG Regensburg verneinte das Vorliegen einer unechten Urkunde und damit einen Wiederaufnahmegrund.⁴⁹ Es argumentierte, dass das Attest einen Zusatz „i.V.“ aufwies. Wenn dieser von den Richtern nicht erkannt worden sei, bedeute dies nicht, dass die Urkunde unecht sei. Das OLG Nürnberg stufte das Attest demgegenüber als unechte Urkunde im Sinne von § 359 Nr. 1 StPO ein, was die Wiederaufnahme des Verfahrens zur Folge hatte. Die Gesetzesauslegung des LG Regensburg ist bei formaljuristischer Betrachtung ebenso gut vertretbar wie diejenige des OLG Nürnberg. Doch fehlte der Unterbringung Mollaths aufgrund verschiedener Umstände eine hinreichende Legitimitätsgrundlage. Dem trug das OLG Nürnberg Rechnung, indem es sich bei der Auslegung von § 359 Nr. 1 StPO für die Lösung mit dem höheren Legitimitätsniveau im Einzelfall entschied.

Im Zivilverfahren hat der Richter häufig die Wahl zwischen ähnlich gut vertretbaren Lösungen mit unterschiedlichem Legitimitätsniveau. So ist im Zivilprozessrecht durch Gesetzesauslegung zu ermitteln, wie weit die Hinweispflichten des Gerichts nach § 139 ZPO gehen, unter welchen Voraussetzungen der Vortrag einer Partei als unsubstantiiert einzustufen, wann eine Parteienanhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO zur Aufklärung des Sachverhaltes durchzuführen und in welchen Fällen ein Beweisantritt als Ausforschungsbeweis zurückzuweisen ist. Je nach Auslegung kann der Richter den Fokus auf eine Beschleunigung des Verfahrens oder auf materielle Gerechtigkeit legen. Welche Auslegung das höhere Legitimitätsniveau hat und im Zweifel vorzuziehen ist, hat das Kammergericht klargestellt: „Der Richter muss im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes überhaupt alles tun, um eine in der Sache richtige Entscheidung herbeizuführen; die Parteien wünschen und brauchen eine schnelle Entscheidung, aber mehr noch eine richtige Entscheidung.“⁵⁰

Umgekehrt kann es das Legitimitätsniveau senken, wenn sich ein Richter einer gut vertretbaren Gesetzesauslegung an-

schließt. So kann bei Verweisungen von Rechtsstreitigkeiten an andere Gerichte das Interesse des Richters an einer Minimierung seiner Arbeitszeit mit Legitimitätsgesichtspunkten kollidieren. Ist es gleich gut vertretbar, einen Fall zu verweisen wie ihn zu behalten, sollte es im Schnitt in 50 % der Fälle zu Verweisungen kommen. Wenn die Richter die Verfahren gleichwohl wesentlich häufiger verweisen als statistisch zu erwarten ist, reduziert dies das Legitimitätsniveau ihrer Entscheidungen und der Judikative insgesamt. Denn es bedeutet, dass der eigenen Arbeitersparnis und damit einem sachfremden Umstand zu viel Gewicht beigemessen wird. Eine solche missbräuchliche Auslegung der Verweisungsvorschriften kommt nach Einschätzung der Literatur in der Praxis vor.⁵¹ Je weniger sachfremde Aspekte in die Gesetzesauslegung einfließen, desto höher ist das Legitimitätsniveau.

5. Genügt das Legitimitätsniveau nicht, um die vom Richter für richtig erkannte rechtliche Lösung (Output) zu rechtfertigen, sollte der Richter prüfen, ob er das Legitimitätsniveau durch Verbesserungen bei der Input-Legitimität anheben kann. Dies kann durch sorgfältige Aufarbeitung des Sachverhaltes, Ermittlung aller im Rahmen einer Abwägung relevanten Umstände und sorgfältige mündliche sowie schriftliche Begründung erfolgen. Stellt der Richter fest, dass er nicht über die Arbeitskapazität verfügt, um ein hinreichendes Legitimitätsniveau zu erreichen, sollte er prüfen, ob sich das Ergebnis der Entscheidung auf einem anderen rechtlichen Lösungsweg begründen lässt. Ist auch dies nicht möglich, sollte er das Ergebnis vorsorglich nochmals überprüfen.

Im Fall des Beschneidungs-Urteils hätten die Richter erkennen können, dass die Aufarbeitung der im Rahmen der Grundrechtsabwägung zu berücksichtigenden Umstände nicht hinreichend war, um ein Ergebnis mit so großer Tragweite zu legitimieren. Sie hätten für die Nichtverurteilung eine andere rechtliche Lösung ausarbeiten können, was möglich gewesen sein dürfte.

Der EGMR sieht sich teilweise massiver Kritik und Akzeptanzproblemen bis hin zur Drohung mit einem Austritt Großbritanniens aus der EMRK ausgesetzt.⁵² Ihm wird insbesondere vorgeworfen, den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten der EMRK („margin of appreciation“) nicht hinreichend zu beachten. Diese Kritik sollte Veranlassung sein, zu prüfen, ob der EGMR die Legitimität seiner Entscheidungen erhöhen kann. Insoweit erscheinen Verbesserungen möglich. So verzichtet der EGMR gegenwärtig bei den meisten Nichtzulässigkeits-Entscheidungen auf eine Begründung.⁵³ Er

⁵¹ Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 30. Aufl. 2014, § 281 Rn. 17.

⁵² Hall, We'll end this human rights madness, pledges David Cameron v. 30.9.2013, im Internet abrufbar unter:

<http://www.express.co.uk/news/uk/433245/We-ll-end-this-human-rights-madness-pledges-David-Cameron> (3.2.2015):

„Before the start of the Tory party conference, the Prime Minister signalled he may remove the UK from the jurisdiction of meddling Strasbourg judges if he wins a majority at the next election.“

⁵³ Schaffrin, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2012, Art. 27 Rn. 6.

⁴⁸ OLG Nürnberg, Beschl. v. 6.8.2014 – 1 W 354/13 WA.

⁴⁹ LG Regensburg, Beschl. v. 24.7.2013 – 7 KLs 151 Js 4111/13 WA, 7 KLs 151 Js 22423/12 WA.

⁵⁰ KG, Urt. v. 20.2.1975 – 22 U 2196/74 = OLGZ 1977, 479 (481).

könnte alternativ dazu den Beschwerdeführern kurze Begründungen zukommen lassen, soweit dies ohne großen Aufwand möglich ist. Dies würde zwar den in Erwägung gezogenen Austritt Großbritanniens aus der EMRK nicht verhindern können. Es dürfte aber dazu beitragen, die Anerkennungswürdigkeit der Entscheidungen des EGMR zu erhöhen und könnte durch weitere Maßnahmen ergänzt werden.

6. Da der Richter mehrere Ziele gleichermaßen anzustreben hat (Quantität, Qualität und Legitimität), während die Ressourcen begrenzt sind, kann es nicht das Ziel des Richters sein, stets das Legitimitätsniveau zu maximieren. Vielmehr ist das Ziel einer hohen Legitimität gegen andere Ziele abzuwägen. Der Richter hat die vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber zur Verfügung gestellten personellen und sonstigen Ressourcen hinzunehmen und mit ihnen zu wirtschaften. Er darf das Legitimitätsniveau nicht in allen Fällen maximieren, wenn er infolgedessen seinen quantitativen und qualitativen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Dies bedeutet, dass der Richter häufig Abstriche beim Legitimitätsniveau vorzunehmen hat. In der Praxis sind viele Richter mit mehr als 100 % des vom Dienstherrn für angemessenen gehaltenen Arbeitspensums belastet. Der Richter wird in einem solchen Fall zunächst Effizienzreserven ausschöpfen, Überstunden leisten, Fortbildungen reduzieren, verzichtbaren „Service“ für die Beteiligten durch Ablehnung von Terminverlegungsanträgen reduzieren, bei Krankheit arbeiten und Abstriche bei der Referendarausbildung machen. Wenn auch dies nicht genügt, wird er das Legitimitätsniveau seiner Entscheidungen abzusenken.

Die Abstriche können umso größer sein, je weniger intensiv die Grundrechtseingriffe sind (vgl. auch III. 3.). So eröffnet der Gesetzgeber dem Zivilrichter gemäß § 495a ZPO die Möglichkeit, das Legitimitätsniveau bei geringwertigen Streitigkeiten zu reduzieren und von den sonst geltenden Vorgaben der ZPO abzuweichen. Gesetzlich zur Legitimitätsreduzierung gezwungen ist der Richter nicht; es bleibt ihm unbenommen, ein hohes Legitimitätsniveau beizubehalten. Genügt die Arbeitskraft jedoch nicht, um in allen Fällen das Legitimitätsniveau zu maximieren, wird es zweckmäßig sein, entsprechend dem Willen des Gesetzgebers bei geringwertigen Streitigkeiten mit der Legitimitätsreduzierung zu beginnen.

7. Der Gedanke des Legitimitätsniveaus präzisiert anderweitige Überlegungen zum Einfluss außerrechtlicher Umstände auf das Recht.⁵⁴ So sagt das an Analogien zu anderen Fällen geschulte „Bauch-“, „Rechts-“ oder „Fingerspitzengefühl“ oder der „gesunde Menschenverstand“ dem Richter gelegentlich, dass eine bestimmte Lösung falsch sein könnte. Nach dem sog. Pub-Test ist eine rechtliche Lösung fehlerhaft, wenn man gedanklich in einem Pub einem Barkeeper davon berichtet und dieser einen der Bar verweist. Nach anderem Ansatz kann ein Urteil falsch sein, wenn ein Professor es nicht innerhalb von zehn Minuten seinen Studenten erklären kann. Auch wenn solche Faustformeln in der Praxis eine gewisse Hilfe sein mögen – aus diesem Grunde existieren sie – sind sie kaum geeignet, eine richterliche Entscheidung zu

begründen. Sie erhöhen vielmehr die Diskrepanz zwischen „echten“ und schriftlichen Urteilsgründen und sind bereits aus diesem Grund abzulehnen. Demgegenüber stellt der Ansatz des Legitimitätsniveaus den Einfluss außerrechtlicher Umstände auf das Recht auf eine dogmatisch tragfähige Grundlage. Darüber hinaus belegt die Existenz der genannten Faustformeln, dass die traditionelle juristische Methode für bestimmte Fälle nicht ausreichend ist. Denn andernfalls bedürfte es keiner Faustformeln. Dies verdeutlicht, dass eine behutsame Fortentwicklung der traditionellen Methode um den Prüfungsschritt des Legitimitätsniveaus zweckmäßig ist. Zudem besteht bei Faustformeln die Gefahr, dass sie primär auf die faktische Anerkennung einer Entscheidung anstelle der Anerkennungswürdigkeit abzielen.

Nicht legitimitäts erhöhend wäre es, wenn die Gerichte anstelle der Anerkennungswürdigkeit ihrer Entscheidungen deren faktische Anerkennung in der Gesellschaft anstreben würden. Vielmehr sind die Gerichte von Zeit zu Zeit gehalten, Entscheidungen zu treffen, die mehrheitlich auf Ablehnung stoßen. So sah sich das Bundesverfassungsgericht einer großen Koalition von Kritikern ausgesetzt, als es die Drei-Prozent-Hürde bei den Wahlen zum Europäischen Parlament für verfassungswidrig erklärte.⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht hob hervor, dass bei „Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt“, was zur Folge habe, dass „die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle“ unterliege.⁵⁶ Wenn es wie in einem solchen Fall darum geht, die Rechte von Minderheiten zu schützen, kann eine Zustimmung der Mehrheit zur Beschränkung ihrer Rechte und eine mehrheitliche Akzeptanz der Entscheidung nicht immer erwartet werden. Der Inhalt der Entscheidung kann dann nicht an der gesellschaftlichen Anerkennung ausgerichtet werden, ohne die Anerkennungswürdigkeit der Entscheidung zu verringern. In solchen Fällen ist es von Vorteil, wenn sich ein Gericht durch eine lange Historie anerkennungswürdiger Entscheidungen einen Vertrauensvorschuss erarbeitet hat, wie es dem Bundesverfassungsgericht gelungen ist.

8. Die vier eingangs diskutierten Beispielfälle verdeutlichen, dass neben der Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Zweck in schwierigen Fällen insbesondere rechtsvergleichende Überlegungen hilfreich sein können. Entwickelt ein Richter eine rechtliche Lösung, während in fast allen Staaten eine entgegengesetzte Rechtslage vorherrscht, sollte dies Veranlassung sein, die eigene Lösung zu überprüfen (Beschneidungsfall). Ist eine rechtliche Lösung in vielen Staaten verbreitet, benötigt der Richter überzeugende juristische Argumente, um eine solche gesetzgeberische Lösung durch Richterrecht zu verwerfen (Inzestfall). Der Aspekt des Legitimi-

⁵⁴ Vgl. zu den anderweitigen Überlegungen Henke, Über die Evolution des Rechts, 2010, S. 62 f., m.w.N.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 26.2.2014 – 2 BvE 2/13 u.a.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 26.2.2014 – 2 BvE 2/13 u.a., Rn. 59.

tätsniveaus schließt solche rechtsvergleichenden Überlegungen ein, reicht aber darüber hinaus.

9. Möglicherweise kann bei der Bestimmung des Legitimitätsniveaus der Gedanke der Halbwertszeit rechtlicher Lösungen eine Hilfe sein.⁵⁷ Manche rechtlichen Lösungen können auf eine lange juristische Tradition verweisen, etwa der Straftatbestand des Totschlags (§ 212 StGB). Darin kommt eine hohe Anerkennungswürdigkeit zum Ausdruck. Andere Lösungen sind von absehbar kurzer Dauer. Dies ist Ausfluss eines geringen Legitimitätsniveaus. Wenn erkennbar ist, dass einer von einem Richter entwickelten Lösung eine kurze Halbwertszeit beschieden ist, sollte der Richter seine Lösung überdenken.

10. Gegen den hier vertretenen Ansatz könnte man einwenden, dass eine stärkere Berücksichtigung des Legitimitätsniveaus richterlicher Entscheidungen dem Richter unter Aufgabe der verfassungsrechtlich gebotenen richterlichen Selbstbeschränkung („judicial self-restraint“)⁵⁸ eine uneingeschränkte Rechtsfortbildung ermöglichen könnte, falls ihm eine Rechtsnorm unzumutbar erscheint. Diese Gefahr besteht jedoch nicht. Die vier eingangs diskutierten Beispielfälle belegen das Gegenteil. So ist eine Rechtsfortbildung tendenziell abzulehnen, wenn die neue Lösung über ein geringeres Legitimitätsniveau verfügt als die bisherige.

⁵⁷ Vgl. Henke (Fn. 54), S. 103.

⁵⁸ BVerfGE 36, 1 (14).

Entscheidungsanmerkung

Zur Anerkennung und Vollstreckung von EU-Geldsanktionen gegen Jugendliche und Heranwachsende, insbesondere zur Auslegung des § 87i Abs. 4 S. 1 IRG.

1. Für den Fall, dass bei einer in einem EU-Mitgliedstaat gegen einen Heranwachsenden verhängten Geldstrafe im Verfahren nach § 87i Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 IRG die auf den Tatzeitpunkt abstellende Prüfung zur Anwendung von Jugendstrafrecht auf den Heranwachsenden führt, wird der Jugendrichter bei der Umwandlungsentscheidung in erster Linie in den Blick zu nehmen haben, dass der im Rahmenbeschluss 2005/214 zum Ausdruck kommende wechselseitige Respekt der Rechtsordnungen und das Prinzip gegenseitiger Anerkennung eine Umwandlung in eine Geldauflage nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 und Abs. 2 JGG in gleicher Höhe gebieten.

2. Nur dann, wenn die Ziele der jugendgerichtlichen Sanktionierung durch eine wirtschaftliche Überforderung des Betroffenen erkennbar konterkariert werden würden, hat der Jugendrichter das Recht und die Pflicht, das ausländische Erkenntnis orientiert an den Erziehungszielen des JGG anzupassen. In der Regel wird dafür die Gewährung von Ratenzahlungen genügen, eine Reduzierung der Sanktionshöhe wird nur ausnahmsweise in Betracht zu ziehen sein.

(Leitsätze des Verf.).

§ 87i Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 IRG, § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 2 JGG

OLG Hamburg, Beschl. v. 10.9.2014 – 1 Ws 69/14

I. OLG Hamburg, Beschl. v. 10.9.2014 – 1 Ws 69/14

Auf den Antrag des Bundesamtes für Justiz vom 20.2.2014 wird die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts Hamburg-Blankenese – Jugendrichter – vom 30.1.2014 zugelassen.

Auf die Rechtsbeschwerde des Bundesamtes für Justiz wird der vorbezeichnete Beschluss aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens – an das Amtsgericht Hamburg-Blankenese zurückverwiesen.

Gründe:

1. Gegen den zur Tatzeit heranwachsenden Betroffenen erkannte die Rechtbank Amsterdam mit am 24.11.2011 rechtskräftig gewordenen Urteil vom 9.11.2011 wegen „öffentlicher Gewaltanwendung“ nach § 141 Abs. 1 des niederländischen Strafgesetzbuchs („Wetboek van Strafrecht“) auf eine Geldstrafe von 1.000 €, ersatzweise Freiheitsstrafe von nicht mehr als 20 Tagen, weil er am 7.8.2010 in Amsterdam „öffentlich und im Verein Gewalt gegen Personen“ beging.

Unter Vorlage einer Bescheinigung nach Art. 4 des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (nachfolgend: Rah-

menbeschluss) beantragte das nach niederländischem Recht zuständige Centraal Justitieel Incassobureau mit Schreiben vom 8.1.2013 beim Bundesamt für Justiz die Vollstreckung der Geldstrafe.

Nach Anhörung des Betroffenen beantragte das Bundesamt für Justiz bei dem Jugendrichter des Amtsgerichts Hamburg-Blankenese, die Entscheidung der Rechtbank Amsterdam nach § 87i Abs. 1 Nr. 1 IRG für vollstreckbar zu erklären und – für den Fall der Anwendung von Jugendstrafrecht – die mit der Entscheidung verhängte Geldstrafe in eine Geldauflage von 1.000 € umzuwandeln.

Nach mündlicher Anhörung des Betroffenen hat der Jugendrichter mit dem angefochtenen Beschluss die Geldstrafe in eine „Geldbuße gemäß § 15 Abs. 1 Ziff. 4 JGG“ umgewandelt und deren Höhe auf 180 € festgesetzt. Dies entspricht dem Betrag einer Überzahlung aus einem anderen gegen den Betroffenen geführten inländischen Verfahren.

II. Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen; sie hat auch in der Sache Erfolg.

1. Die Rechtsbeschwerde ist nach § 87k Abs. 1 Nr. 1 IRG zuzulassen. Die mit der Rechtsbeschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen sind – soweit ersichtlich – bisher nicht obergerichtlich geklärt. Über die Zulassung – wie auch über die Rechtsbeschwerde selbst – entscheidet der Senat gemäß § 87l Abs. 3 Nr. 1 IRG in der Besetzung mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden.

2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Entscheidung hält sachlichrechtlicher Überprüfung bereits deshalb nicht stand, weil die Anwendung von Jugendrecht auf den betroffenen Heranwachsenden nicht begründet wurde. Dies führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückweisung der Sache an den Jugendrichter.

a) Nach § 87i Abs. 4 Satz 2 IRG ist eine gegen einen nach deutschem Recht heranwachsenden Betroffenen verhängte, vom Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses umfasste ausländische Geldstrafe dann nach § 87i Abs. 4 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 IRG in eine nach dem Jugendgerichtsgesetz zulässige Sanktion umzuwandeln, wenn nach § 105 Abs. 1 JGG Jugendstrafrecht zur Anwendung kommt. Andernfalls wird die Entscheidung (nur) für vollstreckbar erklärt (§ 87i Abs. 4 Satz 3 IRG). Bei Anwendung von Jugendstrafrecht auf den heranwachsenden Betroffenen muss die Entscheidung daher in einer für das Rechtsbeschwerdegericht nachprüfbar Weise darlegen, auf welcher Grundlage der Jugendrichter zur Anwendung von Jugendstrafrecht gelangt ist. Je nach Einzelfall kann es geboten sein, im Rahmen einer ergänzenden Beweisaufnahme z.B. eine Stellungnahme der Jugendgerichtshilfe einzuholen.

b) Hieran gemessen erweist sich die angefochtene Entscheidung als begründungsdefizitär, weil sie lediglich das Ergebnis der jugendrichterlichen Prüfung mitteilt. Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die vom Jugendrichter vorgenommene „Verrechnung“ mit der Überzahlung aus einem anderen Verfahren den mit einer Ahndung nach dem Jugendgerichtsgesetz verfolgten Zielen erkennbar zuwiderläuft.

c) Mit Blick darauf, dass die Sache weiterer Aufklärung zur Anwendbarkeit von Jugendrecht auf den Betroffenen

bedarf, sieht der Senat davon ab, nach § 87j Abs. 5 Variante 1 IRG selbst in der Sache zu entscheiden und verweist sie nach § 87j Abs. 5 Variante 2 IRG an das Amtsgericht Hamburg-Blankenese zur erneuten Sachentscheidung zurück.

3. Für das weitere Verfahren bemerkt der Senat:

a) Die formellen (§ 87a IRG) und materiellen (§ 87b IRG) Voraussetzungen der vom Bundesamt für Justiz erstrebten Gerichtsentscheidung nach § 87i IRG liegen grundsätzlich vor.

b) Sollte der Jugendrichter erneut zur Anwendung von Jugendrecht auf den Betroffenen gelangen und daher nach § 87i Abs. 4 Satz 2 IRG auch eine Umwandlungsentscheidung zu treffen haben, hält der Senat hierbei folgende rechtlichen Erwägungen für geboten:

(1) Der Rahmenbeschluss und seine mit der Einfügung der §§ 86 ff. IRG erfolgte Umsetzung ins innerstaatliche Recht durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen vom 18.10.2010 (BGBl. I 2010, S. 1408 ff.) gehen übereinstimmend davon aus, dass die dem Rahmenbeschluss unterfallenden ausländischen Erkenntnisse grundsätzlich auch hinsichtlich der Sanktionshöhe unverändert in das Recht des vollstreckenden (Heimat-) Staates übernommen werden sollen. Ratio legis ist dabei, dass derjenige, der die Europäischen Grundfreiheiten – namentlich hier die Freizügigkeit – in Anspruch nimmt, sich zugleich der jeweiligen mitgliedstaatlichen (Straf-) Rechtsordnung zu unterwerfen hat.

Dies folgt für den Rahmenbeschluss bereits unmittelbar aus Art. 6 Abs. 1 und – im Umkehrschluss – aus der in Art. 8 Abs. 1 abschließend geregelten Möglichkeit der Reduktion einer Geldsanktion auf das nach dem Recht des Vollstreckungsstaates mögliche Höchstmaß. Diese Reduktion ist nur für den Fall vorgesehen, dass sich die zu vollstreckende Entscheidung auf Handlungen bezieht, die nachweislich nicht im Hoheitsgebiet des Entscheidungsstaates erfolgten und zugleich unter die Gerichtsbarkeit des Vollstreckungsstaates fallen. Im deutschen Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses wurde dieses Grundprinzip ebenfalls anerkannt (vgl. BT-Drucks. 17/1288, S. 15, S. 17, passim) und – mittelbar – in § 87f Abs. 2 IRG niedergelegt (vgl. dazu BT-Drucks. 17/1288, S. 28). Schlechterdings unvertretbare Sanktionen lassen sich dabei (nur) nach Maßgabe der in § 73 Satz 2 IRG verankerten „Rechtshilfegrenze“ korrigieren.

Der Grundsatz einer weitgehenden Unabänderlichkeit der Sanktionshöhe gilt nach § 87i Abs. 3 Satz 3 IRG allgemein auch für die Fälle, in denen wegen Verhängung einer Geldstrafe gegen eine juristische Person oder einen Jugendlichen eine gerichtliche Umwandlungsentscheidung zu erfolgen hat. Für Umwandlungsentscheidungen nach § 87i Abs. 1 Nr. 2 IRG betreffend Geldstrafen und Geldbußen gegen juristische Personen ist dieser Grundsatz von der obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannt (vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 14.5.2013 – III-2 RBs 49/13, 2 RBs 49/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2012 – III-3 AR 1/12, 3 AR 1/12; OLG Köln, Beschl. v. 21.5.2012 – III-2 SsRs 2/12, 2 SsRs 2/12; OLG Koblenz, Beschl. v. 20.1.012 – 1 SsRs 4/12).

(2) Für Jugendliche und – soweit nach § 105 Abs. 1 JGG Jugendrecht auf sie anzuwenden ist – auch für Heranwachsende bestimmt § 87i Abs. 4 Satz 1 IRG allerdings weitergehend und spezieller, dass die verhängte Geldsanktion in eine nach dem Jugendgerichtsgesetz zulässige Sanktion umzuwandeln ist. Nach der Gesetzesbegründung macht Absatz 4 Vorgaben, die durch die besondere Schutzwürdigkeit dieser Betroffenen begründet sind (BT-Drucks. 17/1288, S. 31). § 87i Abs. 4 Satz 1 sieht daher die Umwandlung einer strafrechtlichen Sanktion im Sinne des § 87 Abs. 2 Nummer 1 und 2 IRG in eine Sanktion nach den Vorgaben des Jugendgerichtsgesetzes vor (BT-Drucks. a.a.O.). In der Regel soll hiernach in dieser Fallkonstellation eine Umwandlung in eine Auflage nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 2 JGG in Betracht kommen (Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung), weil das Jugendgerichtsgesetz eine Geldstrafe nicht kennt (BT-Drucks. a.a.O.).

Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung legen es daher nahe, dass wegen der vom Gesetzgeber betonten besonderen Schutzwürdigkeit von Jugendlichen das Prinzip weitgehender Unabänderlichkeit der Sanktionshöhe, das ohnehin nur über eine Geldauflage nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 JGG realisierbar wäre, für diese Betroffenen nicht im selben Maße Geltung beansprucht. Gesetzestechnisch entspricht die in § 87i Abs. 4 Satz 1 IRG gewählte Formulierung eher einer „Rechtsgrundverweisung“, wonach sich die innerstaatliche Umwandlungsentscheidung maßgeblich an den Erziehungszwecken des Jugendgerichtsgesetzes zu orientieren hat und eine möglichst wirkungsgleiche Umsetzung der ausländischen Geldstrafe gerade nicht erstrebt wird.

(3) Diese Auslegung des innerstaatlichen Umsetzungsrechts stünde allerdings in einem Spannungsverhältnis zu den Bestimmungen des Rahmenbeschlusses, dessen Ratio – wie oben ausgeführt – auch mit Blick auf den wechselseitigen Respekt der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen untereinander von einer grundsätzlichen Unabänderlichkeit der Sanktionshöhe geleitet wird (vgl. dazu auch Rahmenbeschluss, Präambel, Erwägungsgründe 1 und 2).

Im Anschluss an die Entscheidung des EuGH in der Rs. Pupino (EuGH, Urteil vom 16.6.2005, C-105/03, Celex-Nr. 62003CJ0105) ist die Auslegung des innerstaatlichen Rechts so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck des Rahmenbeschlusses auszurichten, um das mit dem Rahmenbeschluss angestrebte Ergebnis zu erreichen. Die Verpflichtung, bei der Auslegung des nationalen Rechts den Inhalt eines Rahmenbeschlusses heranzuziehen, wird jedoch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und speziell durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt (EuGH a.a.O., Rn. 34, 43-45, 47, 61). Nach diesen Grundsätzen darf die genannte Verpflichtung insbesondere nicht dazu führen, dass auf der Grundlage eines Rahmenbeschlusses unabhängig von einem zu seiner Durchführung erlassenen Gesetz die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften dieses Beschlusses verstoßen, festgelegt oder verschärft wird (EuGH a.a.O.). Ferner darf die rahmenbeschlusskonforme Auslegung nicht zu einer Auslegung contra legem des nationalen Rechts führen (EuGH a.a.O.). Das nationale Gericht hat gegebenenfalls das gesamte natio-

nale Recht zu berücksichtigen, um zu beurteilen, wie es ohne dem Rahmenbeschluss widersprechendes Ergebnis angewendet werden kann (EuGH a.a.O.).

(4) Vor diesem Hintergrund ist eine Anwendung von § 87i Abs. 4 Satz 1 IRG nach folgenden Maßgaben geboten:

Für den Fall, dass die auf den Tatzeitpunkt abstellende Prüfung des Jugendrichters zur Anwendung von Jugendstrafrecht auf den Heranwachsenden führt, wird er bei der Umwandlungsentscheidung in erster Linie in den Blick zu nehmen haben, dass der im Rahmenbeschluss zum Ausdruck kommende wechselseitige Respekt der Rechtsordnungen und das Prinzip gegenseitiger Anerkennung eine Umwandlung in eine Geldauflage nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 2 JGG in gleicher Höhe gebietet.

Nur dann, wenn die Ziele der jugendgerichtlichen Sanktionierung durch eine wirtschaftliche Überforderung des Betroffenen erkennbar konterkariert werden würden, hat der Jugendrichter nach den Gegebenheiten zum Zeitpunkt der Umwandlungsentscheidung das Recht und die Pflicht, das ausländische Erkenntnis orientiert an den Erziehungszielen des Jugendgerichtsgesetzes anzupassen. Regelhaft wird es zur Abmilderung einer den Erziehungszielen zuwiderlaufenden wirtschaftlichen Überforderung dabei ausreichen, Ratenzahlungen zu bewilligen. Nur ausnahmsweise wird eine Reduzierung der Sanktionshöhe – gegebenenfalls unter Koppelung mit einer anderen jugendgerichtlichen Maßnahme – in Betracht zu ziehen sein. Bei alledem wird der Jugendrichter Bedacht darauf zu nehmen haben, ob bereits das ausländische Erkenntnis in einer dem Jugendgerichtsgesetz vergleichbaren Weise Erziehungsziele bei der Sanktionierung in den Blick genommen hat. Bejahendenfalls wird eine Abmilderung der Sanktion regelmäßig ausgeschlossen sein.

Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit der Entscheidung des EuGH in der Rs. Pupino, weil der Rahmenbeschluss in Art. 7 Abs. 2 Buchst. f) eine Bestimmung enthält, nach der die Vollstreckung einer ausländischen Geldstrafe dann vollständig versagt werden darf, wenn die Sanktion gegen eine natürliche Person verhängt wurde, die nach den Rechtsvorschriften des Vollstreckungsstaates aufgrund ihres Alters für die der Entscheidung zugrunde liegenden Handlungen strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden könnte. Zwar hat diese Vorschrift erkennbar unmittelbar nur die Fälle im Blick, in denen es wegen unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Bestimmungen zur Strafmündigkeit zu einer ausländischen strafrechtlichen Verurteilung eines nach innerstaatlichem Recht Strafmündigen kommt. Ihr ist aber das allgemeine Bemühen des Rahmenbeschlusses zu entnehmen, besondere Rücksicht auf an das Alter des Betroffenen anknüpfende Sonderregelungen im Vollstreckungsstaat zu nehmen. Da die Regelungen des Jugendgerichtsgesetzes bei Jugendlichen eine allein an das Alter, bei Heranwachsenden an eine durch das Alter möglicherweise bestehende Reifeverzögerung anknüpfende Sonderbestimmung des allgemeinen Strafrechts darstellen, liegt es nahe, die hier gefundene Auslegung von § 87i Abs. 4 IRG als rahmenbeschlusskonform anzusehen.

II. Anmerkung

Deutschland hat den Rahmenbeschluss 2005/214/JI über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (im Folgenden: RB Geld) durch Gesetz vom 18.10.2010 umgesetzt.¹ Seit Inkrafttreten des Gesetzes am 28.10.2010 liegen der zuständigen Behörde, dem Bundesamt für Justiz in Bonn, mittlerweile mehr als 40.000 Ersuchen nach dem RB Geld vor, nämlich 26.464 eingehende Ersuchen anderer Mitgliedstaaten und 14.516 deutsche Ersuchen an andere Mitgliedstaaten (Stand: 6.10.2014).² Das sind beachtliche Fallzahlen, welche die (deutschen) Zahlen anderer Rechtsinstrumente der EU, insbesondere diejenigen zum Europäischen Haftbefehl, weit übertreffen.³

Im Anschluss an die bereits vorliegenden OLG-Beschlüsse⁴ zum RB Geld und zu seiner Umsetzung in §§ 86 ff. des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) lenkt der Beschluss des OLG Hamburg erstmalig den Blick auf das Zusammenspiel von europarechtlichen Verpflichtungen nach dem RB Geld und den besonderen Schutzmechanismen, die der deutsche Gesetzgeber für Jugendliche und Heranwachsende vorgesehen hat. Die Notwendigkeit einer gerichtlichen Vollstreckbarerklärung der ausländischen Entscheidung und einer Umwandlung der darin verhängten Geldsanktion hat der Gesetzgeber in den drei Fallgruppen des § 87i Abs. 1 IRG gesehen (Nr. 1: Geldsanktion nach § 87 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IRG [= strafrechtliche Entscheidung des anderen Mitgliedstaates] gegen einen Jugendlichen oder Heranwachsenden im Sinne des JGG;⁵ Nr. 2: Geldsanktion gegen eine juristische Person; Nr. 3: Geldsanktion nach § 87 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 [= Opferentschädigung oder Geldbetrag an öffentliche Kasse oder Organisation zur Unterstützung von Opfern]). Mindestens für die letzten beiden

¹ BGBl. I 2010, S. 1408; allgemein zum Gesetz *Johnson*, in: Grütznert/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Bd. 2, 20. Lfg., Stand: Januar 2011, Vor § 86 IRG Rn. 1 ff.

² Zur aktuellen Entwicklung zuletzt *Johnson*, SVR 2014, 321; *Johnson/Loroch*, RAW 2014, 103; *dies.*, DAR 2013, 253.

³ Zum Europäischen Haftbefehl siehe zuletzt Ratsdok. 8414/3/14 REV 3 v. 15.10.2014.

⁴ Vor allem (veröffentlicht) OLG Koblenz/OLG Düsseldorf ZIS 2012, 77 m. Anm. *Johnson*; OLG Köln NZV 2012, 450 m. Anm. *Johnson*; OLG Düsseldorf DAR 2012, 476; OLG Braunschweig NZV 2013, 148 m. Anm. *Johnson*; OLG Jena NZV 2014, 421 m. Anm. *Johnson*.

⁵ Für im EU-Ausland gegen Jugendliche oder Heranwachsende verhängte Bußgelder wegen Ordnungswidrigkeiten (nach deutscher Begrifflichkeit) hat der Gesetzgeber keine Notwendigkeit einer gerichtlichen Vollstreckbarerklärung und Umwandlung gesehen (BT-Drs. 17/1288, S. 31). Maßgeblich für die Einordnung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit ist nach dem Wortlaut von Art. 1 lit. a) RB Geld und § 87 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IRG („[...] im ersuchenden Mitgliedstaat wegen einer nach dessen Recht strafbaren Tat [...]“) das Recht des ersuchenden Mitgliedstaates. Dessen Einordnung muss keinesfalls der deutschen entsprechen.

Fallgruppen (juristische Personen und „Opfersanktionen“) bestimmt § 87i Abs. 3 S. 3 IRG eindeutig, dass für die Anpassung der Höhe der Geldsanktion § 87f Abs. 2 IRG entsprechend gilt. Danach muss die Höhe der ausländischen Geldsanktion grundsätzlich unverändert beibehalten werden.⁶ Ob dieses Verbot der Herabsetzung der ausländischen Geldsanktion auch im Verfahren gegen Jugendliche oder gleichgestellte Heranwachsende nach § 87i Abs. 1 Nr. 1 IRG gilt, ist nach der Gesetzeslage nicht eindeutig, weil Abs. 4 für diese Fallgruppe weitergehend davon spricht, dass die Geldsanktion in eine nach dem JGG zulässige Geldsanktion umzuwandeln ist (neben dem Verfahren nach § 87i IRG hat der Gesetzgeber weitere Besonderheiten für die eigentliche Vollstreckung gegen Jugendliche und Heranwachsende in § 87n Abs. 1-3 IRG, für die gerichtliche Zuständigkeit in § 87g

⁶ Alleinige Ausnahme nach § 87f Abs. 2 S. 2 IRG: Eine Herabsetzung auf das für eine vergleichbare Handlung nach inländischem Recht zu verhängende Höchstmaß ist zulässig, wenn die Tat, die dem Ersuchen des anderen Mitgliedstaates zugrunde liegt, nicht auf dessen Hoheitsgebiet begangen worden ist und zugleich für diese Tat die deutsche Gerichtsbarkeit begründet ist. Siehe dazu die Beschl. des OLG Koblenz (ZIS 2012, 77), des OLG Düsseldorf (DAR 2012, 476) und des OLG Braunschweig (NZV 2013, 148, siehe auch oben Fn. 4). Ob es für die Fallgruppen in § 87i Abs. 1 Nr. 2 und 3 IRG wirklich einer gerichtlichen Entscheidung bedarf, lässt sich allgemein mit guten Gründen hinterfragen. Der AG-Beschluss erklärt die ausländische Entscheidung für vollstreckbar und wandelt die Geldsanktion in die ihr im deutschen Recht am meisten entsprechende Sanktion um (§ 87i Abs. 3 S. 1 und 2 IRG). Zugespißt formuliert: Aus 120 niederländischen Euro etwa werden 120 deutsche Euro, und die niederländische „Ordnungsstrafe“ wird im Tenor des amtsgerichtlichen Beschlusses fortan als deutsche „Geldbuße“ bezeichnet. Bedeutung für das weitere Verfahren hat die neue Bezeichnung nicht. Beides hätte auch in einem behördlichen Verfahren geleistet werden können. Verfassungsrechtlich hätte dem nichts entgegengestanden, weil Art. 104 Abs. 2 GG nur für Freiheitsentziehungen (auch in Fällen der Vollstreckungshilfe, siehe *Grotz*, in: Grütznert/Pötz/Kreß [Hrsg.], Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Bd. 1, 61. Lfg., Stand: Februar 2004, Vor § 48 IRG Rn. 20 und *Schomburg/Hackner*, in: Schomburg u.a. [Hrsg.], Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, Vor § 48 IRG Rn. 2) eine richterliche Entscheidung verlangt. Gleiches gilt für Geldsanktionen nach § 87 Abs. 3 Nr. 3 und 4 IRG. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Opferentschädigung (Nr. 3) oder eines Geldbetrags an eine öffentliche Kasse oder an eine Organisation zur Unterstützung von Opfern (Nr. 4) kennt das deutsche Recht in der Tat nicht. Auch hier wird das ausländische Erkenntnis (nur) für vollstreckbar erklärt und die „Opferentschädigung“ in eine dem deutschen Recht am meisten entsprechende Sanktion umgewandelt. Da es im deutschen Recht auch keine ähnlichen Sanktionsarten gibt, bleibt wohl nur die Umwandlung in eine gewöhnliche Geldstrafe oder Geldbuße. Auch dafür hätte es keines aufwändigen gerichtlichen Verfahrens bedurft.

Abs. 1 S. 3 IRG und nicht zuletzt für die Besetzung der OLG-Senate in § 87l Abs. 3 Nr. 1 IRG vorgesehen. Allen besonderen Regelungen liegt die Vorstellung des Gesetzgebers von der besonderen Schutzbedürftigkeit von Jugendlichen und Heranwachsenden zugrunde⁷.

Dem zutreffenden Beschluss des OLG Hamburg zufolge gilt das Verbot der Herabsetzung der ausländischen Geldsanktion – jedenfalls in aller Regel – auch, wenn die Geldsanktion gegen einen Jugendlichen oder Heranwachsenden im Sinne des JGG verhängt worden ist. Das AG hatte die in den Niederlanden in Höhe von € 1.000,- gegen den Betroffenen, der nach deutschem JGG zum Tatzeitpunkt Heranwachsender war, verhängte Geldstrafe in eine „Geldbuße gemäß § 15 Abs. 1 Ziff. 4 JGG“ umgewandelt und diese auf € 180,- (herab- und) festgesetzt.⁸ Die Zulassung der dagegen eingelegten Rechtsbeschwerde des Bundesamtes für Justiz nach § 87k Abs. 1 Nr. 1 IRG (Notwendigkeit der Fortbildung des Rechts und/oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung) war unproblematisch, weil es das erste Verfahren war, in dem ein OLG sich mit diesen Fragen zu befassen hatte. Zutreffend führt das OLG Hamburg aus, dass für den Fall, dass bei einer in einem EU-Mitgliedstaat gegen einen Heranwachsenden verhängten Geldstrafe im Verfahren nach § 87i Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 IRG die auf den Tatzeitpunkt abstellende Prüfung zur Anwendung von Jugendstrafrecht auf den Heranwachsenden führt, der Jugendrichter bei der Umwandlungsentscheidung in erster Linie in den Blick zu nehmen habe, dass der im RB Geld zum Ausdruck kommende wechselseitige Respekt der Rechtsordnungen und das Prinzip gegenseitiger Anerkennung eine Umwandlung in eine Geldauflage nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 und Abs. 2 JGG in gleicher Höhe gebieten. Nur dann, wenn die Ziele der jugendgerichtlichen Sanktionierung durch eine wirtschaftliche Überforderung des Betroffenen erkennbar konterkariert werden würden, habe der Jugendrichter, so das OLG weiter, das Recht und die Pflicht, das ausländische Erkenntnis orientiert an den Erziehungszielen des JGG anzupassen. In der Regel werde dafür die Gewährung von Ratenzahlungen genügen, eine Reduzierung der Sanktionshöhe werde nur ausnahmsweise in Betracht zu ziehen sein.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Ob es allerdings nach dem RB Geld wirklich zulässig ist, in besonders gelagerten Fällen Ausnahmen zu machen und die Geldsanktion herabzusetzen, wie das OLG Hamburg es für möglich hält, bleibt mehr als fraglich. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. f) RB Geld (umgesetzt in § 87b Abs. 3 Nr. 7 IRG) darf die Anerkennung und Vollstreckung abgelehnt werden, wenn die Entscheidung gegen eine natürliche Person verhängt wurde, die nach den Rechtsvorschriften des Vollstreckungsstaates aufgrund ihres Alters für die der Entscheidung zugrunde liegenden Handlungen strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden könnte. Das Argument des OLG Hamburg, dieser Vorschrift sei das allgemeine Bemühen des RB Geld zu entnehmen, besondere Rücksicht auf an das Alter des Betroffenen

⁷ BT-Drs. 17/1288, S. 15, 31 f. und 33 f.

⁸ Bei § 15 Abs. 1 JGG handelt es sich richtigerweise um eine Auflage (nicht um eine Geldbuße i.S.d. OWiG).

anknüpfende Sonderregelungen im Vollstreckungsstaat zu nehmen, lässt sich nämlich auch wie folgt genau umkehren: Mit Art. 7 Abs. 2 lit. f) hat der RB Geld für „Alters-Fälle“ eine abschließende Regelung getroffen, und jenseits der Strafunmündigkeit nach seinem Recht (in Deutschland: § 19 StGB, § 3 S. 1 JGG) muss der Vollstreckungsstaat die ausländische Geldsanktion ohne weiteres anerkennen und vollstrecken. Im Übrigen ginge der RB Geld dann davon aus, dass das Recht des Entscheidungsstaates das Alter des Betroffenen bereits hinreichend bei Sanktionsart und -höhe berücksichtigt hat. Eine Herabsetzung der Geldsanktion wäre damit europarechtlich ausnahmslos ausgeschlossen. Schließlich ist auch die vom OLG aufgezeigte Möglichkeit, eine ausnahmsweise Herabsetzung der Geldsanktion mit einer anderen jugendgerichtlichen Maßnahme zu koppeln, nach dem RB Geld nur dann im Einzelfall zulässig, wenn der Entscheidungsstaat nicht gemäß Art. 10 RB Geld Ersatzstrafen in der Bescheinigung nach Art. 4 RB Geld von vornherein ausgeschlossen hat. Mit einem solchen Ausschluss bringt der Entscheidungsstaat nämlich zum Ausdruck, dass seine Geldsanktion auch im Vollstreckungsstaat „Geld“ bleiben soll. (In dem zur Entscheidung Anlass gebenden Fall hatte die niederländische Stelle in der Bescheinigung als Ersatzstrafe nur die „Freiheitsstrafe/Höchstdauer: 20 Tage“ zugelassen und andere Sanktionen ausgeschlossen).

Noch angemerkt sei im Übrigen, dass auch die vom OLG (nach deutschem Recht) zutreffend für richtig gehaltene Umwandlung in eine Geldauflage nach § 15 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 JGG nicht frei von europarechtlichen Bedenken ist. Letztlich ist eine solche Geldauflage in Deutschland nämlich gar nicht wirksam vollstreckbar, weil die Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen gegen Jugendliche oder Heranwachsende gemäß § 87n Abs. 3 S. 1 IRG von vornherein ausgeschlossen ist und damit ein ersatzweiser Arrest gemäß § 15 Abs. 3 S. 2, § 11 Abs. 3 JGG (auch wenn ihn – wie hier nicht der Fall, siehe oben – der Entscheidungsstaat zuließe) ausscheidet.

Abteilungspräsident im Bundesamt für Justiz Dr. Christian Johnson, Bonn

Buchrezension

Anna Coninx, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit, Stämpfli Verlag, Bern 2012, 321 S., € 77,-.

Ungeachtet der vielbeschworenen Trennung zwischen Recht und Moral können und wollen begründungstheoretisch ambitionierte Strafrechtswissenschaftler bei der Behandlung heikler Konfliktsituationen nicht auf den Beistand der praktischen Philosophie verzichten. Zu den schwierigsten dieser Fälle gehört der Lebensnotstand: Die Rettung eines Menschenlebens erfordert die Tötung eines anderen Menschen, obwohl letzterer sich nichts hat zuschulden kommen lassen. Strafrechtswissenschaftler und Philosophen im Lande *Kants* sind sich weitgehend einig darüber, dass die Lösung dieses Konflikts nicht auf ein kollektivistisches – genauer: ein utilitaristisches – Begründungsmuster gestützt werden dürfe. Den gesellschaftlichen Gesamtnutzen zum maßgeblichen Entscheidungskriterium zu erheben, gilt als unvereinbar mit der Freiheit und Würde des Einzelnen. Bedeutet dies, dass Lebensnotstandseingriffe stets rechtswidrig und allenfalls einer Entschuldigung zugänglich sind? Mit der überwiegenden Auffassung im strafrechtlichen Schrifttum kann man sich auf diesen rigorosen Standpunkt stellen; als Kantianer muss man es sogar. Aber spätestens wenn man es mit Fällen zu tun bekommt, in denen ein Teil der Betroffenen (exemplarisch: die Passagiere eines entführten Flugzeugs) definitiv verloren ist, ein anderer Teil (die Bewohner des von den Entführern zur Zerstörung vorgesehenen Gebäudes) durch einen rechtzeitigen Eingriff (den Abschuss der Maschine) hingegen noch gerettet werden kann, meldet sich der Zweifel aufs Neue: Kann es richtig sein, die Herbeiführung eines solchen lebensrettenden Ergebnisses kategorisch für strafrechtlich unzulässig zu erklären?

Diese Bedenken sind ernst zu nehmen. Wie aber lassen sie sich in einer nicht-kollektivistischen Weise artikulieren? *Anna Coninx* setzt in ihrer von *Karl-Ludwig Kunz* betreuten Berner Dissertation auf den konzeptionellen Apparat, den *John Rawls* in seiner „Theorie der Gerechtigkeit“ entwickelt hat. *Rawls* fragt dort, auf welche Grundsätze der Verteilung von Rechten und Gütern sich eine Gruppe von Menschen, die in Unkenntnis ihrer je konkreten Lebensumstände agieren, vernünftigerweise einigen würde. *Coninx* unternimmt es, *Rawls*‘ Begründungsfiguren des hypothetischen Gesellschaftsvertrages und des „Schleiers des Nichtwissens“ auf die Situation von Lebensnotstandskonflikten zu übertragen. Zur maßgeblichen Legitimationsinstanz für Rechtsnormen erklärt sie dementsprechend die Normadressaten. „Es kommt entscheidend darauf an, ob diese den ihnen auferlegten Beschränkungen der individuellen Freiheit zustimmen können.“ Deshalb dürfe ein Mensch zur Wahrung der Interessen eines anderen nur dann verletzt oder gar getötet werden, wenn dies auch aus *seiner* Perspektive vernünftig erscheine. Aber kann dies überhaupt jemals der Fall sein? Ja, so lautet *Coninx*‘ Antwort. Man müsse freilich die Ebene der Normsetzung strikt von derjenigen der Normanwendung trennen. Der Clou dieser Unterscheidung besteht *Coninx* zufolge darin, dass die Men-

schen in ihrer Eigenschaft als Normsetzer nicht um ihre späteren Rollen in konkreten Konfliktsituationen wissen. Dies zwingt sie dazu, sich sowohl in die Position des Notstandstäters als auch in die Position des Notstandsoپfers zu versetzen und nach einer aus der Warte aller Beteiligten gleichermaßen akzeptablen Regelung zu suchen. In *Coninx*‘ eigenen Worten ermitteln wir „demnach nicht, was ein konkretes Notstandsoپfer in einer konkreten Notstandslage will, sondern, was ein potentielles Notstandsoپfer in einer potentiellen Notstandslage vernünftigerweise wollen kann“.

Die letztere Bemerkung ist auch in anderer Hinsicht aufschlussreich. Aus ihr ergibt sich, dass die gesuchte Regelung entgegen der von *Coninx* zu Beginn ihrer Arbeit mit großer Emphase vorgetragenen Berufung auf die „eigene Einsicht“ der verpflichteten Menschen als Normbegründungsbasis nicht von der subjektiven Perspektive des potentiellen Eingriffsadressaten, sondern davon abhängt, was nach Überzeugung der *Autorin* als „rational“ anzusehen und den hypothetischen Normsetzern deshalb als deren vernünftiger Wille zu unterstellen ist. Die Frage, auf welche der gesamte Gedankengang der *Verf.* hinausläuft, lautet deshalb: Was versteht *Coninx* unter Vernünftigkeit?

Ihr Vernunftverständnis ist denkbar schlicht: Vernünftig ist die zweckmäßige Verfolgung der eigenen Interessen. Maßgeblich ist demnach, „was mit den zu verteilenden Rechten und Pflichten zu gewinnen ist“. Schon *Hobbes* wusste, dass in einer säkularen Gesellschafts- und Rechtsordnung der wichtigste aller Belange darin liegt, das eigene Leben zu erhalten; denn am Leben zu sein ist die Bedingung der Möglichkeit aller weiteren Zweckverfolgungen. Die Härte von Lebensnotstandssituationen besteht freilich darin, dass eine Lösung, die allen Konfliktbeteiligten das Überleben sichert, ausgeschlossen ist. *Coninx* stellt deshalb klar, dass die gemeinsame Zwecksetzung in diesen Fällen lediglich die Maximierung der Überlebenschancen jedes Einzelnen zum Gegenstand haben könne: Im Zuge ihrer hypothetischen Normsetzungstätigkeit in Lebensnotstandskonflikten entschieden sich die Normadressaten vernünftigerweise für eine solche Regelung, die jedem von ihnen eine möglichst große Überlebensaussicht eröffnet.

Dieser Ansatz hat zur Folge, dass einen Konfliktbeteiligten, dessen Überlebenschancen in der konkreten Notstandssituation nicht mehr verbessert werden können, weil er im Unterschied zu seinen Konkurrenten um das knappe Gut „Weiterleben“ in jedem Fall verloren ist, eine Duldungspflicht trifft; ihn zu töten ist mithin kein Unrecht. Wie *Coninx* betont, ist eine solche Verpflichtung unter dem Strich vorteilhaft für alle potentiellen Notstandsbeteiligten, weil anderenfalls niemand eine Chance hätte, die Gefahrensituation zu überleben; „nur mit Annahme eines Solidaritätsprinzips sichert sich der Einzelne die Möglichkeit zu, in einer tödlichen Gefahrenlage unter Umständen gerettet zu werden“. Notstandseingriffe, die lediglich zu einer Umlenkung der Gefahr von dem ursprünglich Bedrohten auf einen bislang Unbeteiligten führen, sind *Coninx* zufolge hingegen nicht rechtfertigungsfähig, denn in dieser Konstellation seien Risiken und Chancen deckungsgleich. „Weil dadurch von vornherein, also bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nur der Not-

standstätter bessergestellt würde, müsste man von einer Instrumentalisierung zum ausschließlichen Zwecke anderer sprechen.“

Vordergründig ist dies eine höchst elegante Lösung. Näher betrachtet, ist sie jedoch buchstäblich zu glatt, um wahr zu sein. Sie leidet darunter, dass die sie tragende Begründung Konsequenzen nahelegt, die weit radikaler sind als von *Coninx* angenommen. Wenn es, wie die *Verf.* meint, im Kontext des Notstandes ausschließlich darum geht, „die eigenen Lebensaussichten sinnvoll zu maximieren“, dann haben die hypothetischen Normgeber allen Grund dazu, die Interessenlage – und folglich auch die Rechtsstellung – solcher Personen, die vermutlich noch ein langes und, wie die *Verf.* an einer Stelle formuliert, „zukunftsoffenes“ Leben vor sich haben, höher zu gewichten als die Position solcher Menschen, die bereits den größten Teil ihres Lebenswegs zurückgelegt haben. Die ersteren müssten demnach auch außerhalb der von *Coninx* herausgestellten Fälle einer asymmetrischen Chancenverteilung in der konkreten Notstandslage dazu berechtigt sein, ihr Leben auf Kosten der letzteren zu erhalten. Methodisch ließe sich eine solche Erweiterung unschwer absichern: Der „Schleier des Nichtwissens“, hinter dem die hypothetischen Normsetzer agieren, müsste lediglich auf die Faktoren Lebensalter und Gesundheitszustand erstreckt werden. Von derartigen Schlussfolgerungen will *Coninx* verständlicherweise nichts wissen. Der Grund, den sie für ihre Ablehnung ins Feld führt, ist allerdings bemerkenswert schwach: Ein solches Szenario könne niemand wollen, weil es eine zu starke Einbuße an Lebensqualität bedeuten würde. Wirklich? Immerhin steht dieser Einbuße ein höher zu veranschlagender Zugewinn an Lebensqualität gegenüber, und nur darauf soll es nach *Coninx*‘ Ansatz ankommen. Weshalb soll dies plötzlich nicht mehr gelten?

Ein kritisches Zu-Ende-Denken der Konzeption von *Coninx* lehrt insofern auf eindringliche Weise, dass die Rückführung von Rechtspositionen auf Interessen, die bewertet und verglichen werden können, nicht ohne inakzeptable begründungstheoretische Nebenkosten zu haben ist. Eine Zeit, die sich selbst als „nachmetaphysisch“ feiert, hat zwar eine natürliche Präferenz für klugheitsbasierte, in der Figur des verständigen Eigeninteresses wurzelnde Begründungsstrategien. Die Attraktivität derartiger Ansätze liegt darin, dass sie aufgrund ihrer Verankerung im methodologischen Individualismus die Akzeptanzschwelle für selbstbestimmungs- und selbstoptimierungsaffine Zeitgenossen, die den Sinn für den Eigenwert sozialer Bindungen weitgehend verloren haben, niedrig halten. Aufgrund ihrer Rechenhaftigkeit treffen sie aber die Kategorie des subjektiven Rechts in ihrem Kern. Insofern stehen sie den älteren utilitaristischen Auffassungen näher, als es ihren strafrechtlichen Vertretern lieb sein kann. Dass die klugheitsbasierte Deutung den Bürgern ein gewichtiges *Motiv* zugunsten der von *Coninx* präferierten Notstandsregelung liefert und die von der *Verf.* vorgeschlagenen Lösungen im Ergebnis durchaus plausibel sind, sei nicht in Abrede gestellt. Aber *Motiv* und *Rechtsgrund* sind zweierlei. Darin, dass es *Coninx* all ihrem Scharfsinn zum Trotz nicht gelingt, den Graben zwischen beiden zu schließen, besteht

die legitimierungstheoretische *Crux* ihres Appells an die instrumentelle Vernunft.

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Pawlik, LL.M. (Cantab.), Freiburg

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

Thomas Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance*, Handbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015, 1.504 S., € 198,-.

I. *Thomas Rotsch*, der sich in Deutschland um das Thema Compliance verdient gemacht hat, legt nunmehr ein umfangreiches Handbuch unter dem Titel „Criminal Compliance“ vor. Das Handbuch, an dem Hochschullehrer mit Tätigkeitsschwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht sowie Unternehmensjuristen, Staatsanwälte und Wirtschaftsstrafverteidiger mitgewirkt haben, hat als Zielgruppe neben der Wissenschaft insbesondere die Organe der Strafrechtspflege, die sich mit Fallkonstellationen der Unternehmenskriminalität und/oder allgemein mit Compliance beschäftigen sowie andere Praktiker mit diesem Tätigkeitsschwerpunkt (S. 5).

Das Trendwort „Compliance“ rekuriert im engeren Sinne auf Maßnahmen zur Einhaltung der Strafgesetze. Im weiteren Sinne bezieht sich der aus der angelsächsischen Rechtsterminologie stammende Begriff auf den Inbegriff von Maßnahmen, die von einem Unternehmen zur Einhaltung und Befolgung des geltenden Rechts und darüber hinaus gehender ethischer Standards ergriffen werden.¹ Ein Fach Compliance ist gegenwärtig universitär noch nicht institutionalisiert. Vor diesem Hintergrund ist es strategisch richtig, dass die Rechtswissenschaft zumindest einen Teil dieses interdisziplinären Wissenschaftsfeldes besetzt und ihre Definitionsmacht über die neue Materie zur Geltung bringt. Dass ihre Stimme insofern Gewicht hat, zeigt das vorliegende monumentale Werk in eindrucksvoller Form. Zu klären ist indessen, welche Inhalte unter dem Begriff „Criminal Compliance“ zusammengefasst werden und welche Gesichtspunkte außen vor bleiben. Dies determiniert Leistungen und Grenzen des vorliegenden Handbuchs und verdeutlicht die entsprechenden Erwartungen der Leserschaft.

Der Titel des Werkes knüpft an den im Jahr 2010 erschienen Aufsatz des Herausgebers² an. Während *Dennis Bock* in seiner 2011 erschienenen gleichnamigen Habilitationsschrift³ unter Criminal Compliance noch die „strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht“ als „Absenkung des Schadenserwartungswerts aus unternehmensbezogenen Straftaten“⁴ verstand, legt das Handbuch „Criminal Compliance“ ein weiteres Begriffsverständnis zugrunde: Mit Criminal Compliance werde ein „strafrechtliches Phänomen beschrieben, das seinen Ursprung [...] gerade nicht im Strafrecht hat“ (S. 35, 36). In der Sache gehe es um „kriminalitätsbezogene Compliance“, bei der die Einhaltung strafrechtlich relevanter Regelungen im Mittelpunkt der Bemühungen stehe (S. 41). Ziele von Criminal Compliance seien die Nichtverwirklichung von Straftatbeständen (materiell-präventiver Aspekt), das Streben nach Anerkennung der Compliance-Bemühungen bei den Strafverfolgungsbehörden (prozessual-repressiver Aspekt),

und die Beeinflussung der Außenwahrnehmung des Unternehmens zur Verhinderung von Reputationsschäden, die durch einen „Non Compliance“-Verdacht entstehen können (ökonomischer Aspekt, S. 67). Den genannten Zielen von Criminal Compliance ist auch der Aufbau des Handbuchs, das demnach etwa Themen der Wirtschaftsethik, der Corporate Governance oder der quantitativ-ökonomischen Abschätzung des Compliance-Risikos⁵ ausspart, verpflichtet:

II. Das Werk ist in sechs Teile gegliedert, die insgesamt 38 Paragraphen beinhalten. Teil 1 behandelt insbesondere Grundsatzfragen der Criminal Compliance. Die Teile 2 und 3 haben ihren Schwerpunkt im materiellen Wirtschaftsstrafrecht und sind primär nach Rechtsmaterien (Produkthaftung, Umweltstrafrecht, Korruption) und sekundär nach bestimmten Branchen und den sich hier ergebenden strafrechtlichen Fragestellungen geordnet (insbesondere aus dem Bereich der Health-Care Compliance). Der Schwerpunkt dieser Teile liegt demnach bei der Identifikation und rechtlichen Eingrenzung bestimmter Compliance-Risiken. Teil 4 gibt einen Überblick über Criminal Compliance in den USA, der EU und Großbritannien mit Ausführungen zum praxiswichtigen UK Bribery Act. Der breit angelegte 5. Teil ist den verfahrensrechtlichen Aspekten von Fragestellungen mit Bezug zu Compliance gewidmet und geht hierbei auch auf einzelne Compliance-Maßnahmen ein. Insbesondere dieser Teil ist in begrüßenswerter Weise durch den Blick über den juristischen Tellerand geprägt. Unternehmensrichtlinien, interne Ermittlungen und Hinweisgebersysteme werden aus unterschiedlichen Perspektiven (strafrechtlich, kriminologisch, unternehmenspraktisch) beleuchtet. Der 6. Teil greift unter anderem Fragen der kriminologischen Wirkungsforschung auf und behandelt Sanktionen des deutschen Strafrechts, insbesondere Unternehmensgeldbuße und Verfall.

Eine umfassende Darstellung des Inhaltes des Werkes, das 1.500 Seiten umfasst, ist in diesem Rahmen nicht möglich. Die hier gesetzten Akzente folgen einerseits den Interessenschwerpunkten der Rezensenten und heben andererseits Punkte hervor, in denen das Werk auf dem deutschsprachigen Markt durch Alleinstellungsmerkmale gekennzeichnet ist.

Letzteres gilt beispielsweise für die Darstellung der „Anforderungen an den Compliance-Beauftragten aus unternehmenspraktischer Sicht und aus Sicht des externen Compliance-Beraters“. Während sich wirtschaftsstrafrechtliche Darstellungen, die sich mit dem Compliance-Beauftragten beschäftigen, im Anschluss an das bekannte obiter dictum des 5. *Senats* aus dem Jahr 2009 vor allem auf die umstrittene und bislang wenig praxisrelevante Frage der Garantenstellung beziehen (vgl. im vorliegenden Werk die ausführliche Darstellung *Danneckers*, S. 197 ff., und von *Rotsch*, S. 155 ff.), wird von *Moosmayer* und *Knierim* darüber hinaus die Frage der Compliance-Organisation (S. 204 ff.) und die diesbezügliche Rolle des Compliance-Beauftragten aufgegriffen und kompakt sowie praxisnah abgehandelt. Die Darstellung,

¹ *Brettel/Schneider*, Wirtschaftsstrafrecht, 2014, § 4 Rn. 2.

² *Rotsch*, ZIS 2010, 614.

³ *Bock*, Criminal Compliance, 2011.

⁴ *Bock*, HRRS 2010, 316.

⁵ Vgl. *Ebersoll*, Die Messung von Compliancerisiken in Unternehmen, 2012; *Pittroff*, Whistle-Blowing-Systeme in deutschen Unternehmen, Eine Untersuchung zur Wahrnehmung und Implementierung, 2011.

die sich vor allem auf den deutschen Compliance-Markt bezieht, ist ein gelungener Einstieg für Leser, die Compliance-Organisationen im Unternehmen aufbauen oder entsprechende Beratungstätigkeit entfalten. Organisationspsychologische und rechtssoziologische Fragen, die international z.B. unter dem Sichtwort „Departmentalization“⁶ bekannt sind, werden der Sache nach angesprochen (S. 204 ff., 221 ff.), aber nicht im Detail verfolgt. Unternehmen werden in den genannten Passagen jedoch Ansatzpunkte für ein effektives Recruitment mit erfolgsversprechender Personalbesetzung finden.

Bemerkenswert ist ferner der Überblick zu den internationalen Bezügen der Criminal Compliance (Teil 4). Besprochen werden insofern Spezifika der Criminal Compliance in den USA (*Momsen/Tween*), Großbritannien (*Rotsch/Wagner*) und auf Europäischer Ebene (*Schramm*). Auch vor dem Hintergrund der derzeitigen Diskussion um die Einführung eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland ist der Überblick zu den US-Sentencing-Guidelines (S. 1033 ff.) und der Bedeutung von Compliance-Programmen für die Strafzumessung bei der Festsetzung der Sanktion gegen das Unternehmen von Interesse. Die Darstellung ist praxisnah gehalten, die aktuelle rechtspolitische Diskussion zum Unternehmensstrafrecht in den USA bleibt aber leider ausgeblendet.⁷

Aufschlussreiche Schwerpunkte setzt das Werk bei den wirtschaftskriminologischen Bezügen der Criminal Compliance (*Theile*, S. 1219 ff., 1262 ff.; *Kölbel*, S. 1424 ff.). Versteht man die Zielsetzung von Criminal Compliance unter anderem in der Prävention von Betriebs- und/oder Unternehmenskriminalität, geht es insofern um wirtschaftskriminologische Ursachenforschung und hinsichtlich der einzelnen Präventionsinstrumente (z.B. Unternehmensrichtlinien, Hinweisgebersysteme) um Wirkungsforschung. Beide Aspekte werden im vorliegenden Werk aufgegriffen. Insbesondere zur Wirkungsforschung ist *Kölbel's* Darstellung eine breite Fundgrube zur Rekonstruktion der einschlägigen internationalen Literatur, die der *Autor* in tabellarischer Form für den Leser ausgewertet hat.

III. Das Werk ist insgesamt ein Meilenstein für den deutschsprachigen Diskurs über Criminal Compliance und in den abgehandelten Fragen und Themengebieten ein zuverlässiger Ratgeber, der die Rechtsfragen auf hohem wissenschaftlichen Niveau und zugleich praxisrelevant darstellt. Zu hinterfragen ist allerdings die Schwerpunktsetzung des Handbuchs, die eindeutig im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts liegt und damit – trotz des interdisziplinären Ansatzes der Compliance-Debatte – primär einer „juridischen Rationalität“ (*Schelsky*) verpflichtet ist. Daher ergeben sich inhaltliche Überschneidungen zu den etablierten Lehr- und Handbüchern des Wirtschaftsstrafrechts.

Abgesehen von der knappen Darstellung der Criminal Compliance in den USA und Großbritannien sowie der internationalen Wirkungsforschung wird das internationale

Schrifttum leider nur am Rande berücksichtigt. Dies gilt auch für andere Rechtsmaterien, wie beispielsweise den FCPA, die vorwiegend über die deutschsprachige Literatur erschlossen werden. Die Integration der entsprechenden Arbeiten⁸ in der sicher zu erwartenden Folgeauflage kann die anwenderorientierte Bedeutung und den wissenschaftlichen Ertrag des Werkes weiter steigern.

Prof. Dr. Hendrik Schneider, cand. jur. Julia Kneisel,
Leipzig

⁶ Vgl. z.B. *DeStefano*, *Hastings Business Law Journal* 10 (2014), 71.

⁷ Vgl. z.B. *Alschuler*, *American Criminal Law Review* 46 (2009), 1359.

⁸ Z.B. zur Bedeutung der „facilitation payments“: *Pacini*, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 17 (2012), 545 (569).

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

Fabian Stam, Strafverfolgung bei Straftaten von Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz, Duncker & Humblot, Berlin 2014, 161 S., € 64,90.

I. In Folge der Ausweitung von Kampfeinsätzen der Bundeswehr im Ausland ist in den vergangenen Jahren wiederholt die Frage aufgegriffen worden, wie die Justiz Straftaten von Soldaten im Auslandseinsatz verfolgen soll. Einerseits wurden aus Bundeswehrkreisen häufig Sonderregelungen für Soldaten gefordert, während andererseits die Sorgen laut wurden, eine Sonderbehandlung von Soldaten sei verfassungsrechtlich nicht zulässig und führe zu einer Militärgerichtsbarkeit, die sich von zivilen Maßstäben entfernen könnte. Nun legt *Fabian Stam* die erste monographische Abhandlung vor, die sich nach der Schaffung des besonderen Gerichtsstandes durch § 11a StPO mit der Thematik beschäftigt. Die von *Claus Kreß* betreute Dissertation gliedert sich in zwei größere Teile. Im ersten Teil stellt der *Verf.* die bis 2013 geltenden Regelungen und sodann die Änderungen durch die Einführung des § 11a StPO mit Wirkung vom 1. April 2013 dar.

II. 1. Ausgangspunkt ist die Anwendbarkeit des materiellen Strafrechts bei Straftaten von Soldaten im Ausland nach § 1a Abs. 2 WStG. Die auch im Ausland geltende Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt begründe eine verfassungsrechtliche Pflicht, Straftaten gegen das Leben durch Soldaten unter Strafe zu stellen (S. 25-30). Nach Meinung des *Verf.* gilt das StGB auch im bewaffneten Konflikt, insbesondere werde es nicht durch das VStGB verdrängt (S. 33 f.). Aus dem grundrechtlichen Schutz des Lebens nach Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 2 EMRK folge weiterhin eine verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Pflicht, verbotene Tötungshandlungen durch Soldaten im Ausland nicht nur mit Strafe zu bedrohen, sondern auch tatsächlich wirksam zu verfolgen. Der *Verf.* stellt dabei die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte detailliert dar (S. 36-45). Vor diesem Hintergrund sei das nach § 153c StPO bestehende Ermessen der Staatsanwaltschaft beim Verdacht eines Tötungsdelikts, der Folter oder einer Straftat nach dem VStGB durch einen Soldaten der Bundeswehr im Ausland auf Null reduziert bzw. durch § 153f StPO gesondert geregelt. Für übrige Straftaten sei das Ermessen durch § 1a Abs. 2 WStG intendiert, indem die „Nichtverfolgung der Straftat der Loyalitätspflicht deutscher Soldaten und dem Vertrauen in diese nicht zuwiderlaufen darf“ (S. 50).

2. Nach der grundsätzlichen Klärung der Strafverfolgungspflicht wendet sich der *Verf.* der Verfolgungszuständigkeit zu und stellt kurz die allgemeinen strafprozessualen Gerichtsstände vor. Dabei hätte man sich bei einer monographischen Abhandlung gewünscht, dass der Frage nachgegangen wird, warum sich der strafprozessuale Gerichtsstand des Wohnsitzes gem. § 8 Abs. 1 StPO nach dem Wohnsitzbegriff in § 9 BGB richten soll,¹ wie der *Verf.* ohne jegliche Begründung oder Nachweis annimmt (S. 53). Die Vereinbarung

einer Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft Potsdam aus dem Jahr 2003 auf der Basis einer (vermeintlich) analogen Anwendung von § 143 Abs. 2 GVG bezeichnet der *Verf.* überzeugend als rechtswidrig und unzulässig (S. 54 f.).

Von besonderer Bedeutung ist, dass der Generalbundesanwalt über den Wortlaut des § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG hinaus für alle Straftaten, die im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen werden, eine Verfolgungszuständigkeit beansprucht, auch wenn die Straftaten nicht unmittelbar mit Kampfhandlungen zusammenhängen. Freilich wird diese Kompetenzausdehnung des Generalbundesanwalts in der Literatur kritisiert. Der *Verf.* lehnt im Anschluss an *Jeßberger* die weite Auslegung des Generalbundesanwalts nachvollziehbar ab. Auch wenn eine Zentralisierung der Verfolgungszuständigkeit beim Generalbundesanwalt zweckmäßig sei, sei das Vorgehen des Generalbundesanwalts eine „Zuständigkeitsanmaßung [...] ohne gesetzliche Legitimation“ (S. 63).

3. Der *Verf.* arbeitet sodann die rechtlichen und praktischen Probleme der strafrechtlichen Ermittlungen heraus. Da die StPO nur im Bundesgebiet gelte – die Streichung von § 1 EGStPO im Jahr 2006 beruhe auf einem Redaktionsversehen und entfalte keine Wirkung für das räumliche Geltungsgebiet – könnten die Staatsanwaltschaften keine eigenen Ermittlungshandlungen im Ausland vornehmen (S. 75 f.). Auch völkerrechtlich seien solche Ermittlungen grundsätzlich unzulässig, soweit sie vom betroffenen Staat nicht allgemein oder im Einzelfall gestattet worden seien (S. 76 ff.). Der *Verf.* erörtert sodann die rechtlichen Fragen der derzeitigen Ermittlungspraxis. Diese gehe davon aus, dass jede Straftat im Dienst ein Dienstvergehen gem. § 17 Abs. 2 Soldatengesetz (SG) darstelle, so dass der Disziplinarvorgesetzte Ermittlungen nach der Wehrdisziplinarordnung (WDO) aufnehmen könne. Die Ermittlungsergebnisse würden dann bei einer entsprechenden Abgabepflicht an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet werden. Problematisch sei, dass Soldaten in dienstlichen Angelegenheiten zur Wahrheit verpflichtet sind (§ 13 Abs. 1 SG), während das Strafverfahren vom Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit beherrscht wird. Wegen des Erfordernisses der militärischen Aufklärung müsse an der Pflicht zu wahrheitsgemäßen Angaben bei Befragungen außerhalb von Disziplinarverfahren festgehalten werden (S. 84), auch wenn dann ggf. ein strafprozessuales Verwertungsverbot hinsichtlich der gemachten Angaben bestehe. Ein solches verfassungsunmittelbares Verwertungsverbot begründet der *Verf.* unter Rückgriff auf den Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (S. 86 ff.). Dabei differenziert er zwischen Aussagen, die unter der Wahrheitspflicht des § 13 Abs. 1 SG getätigt worden sind, und Angaben, die der Soldat bei einer Vernehmung gem. § 32 Abs. 4 WDO nach ordnungsgemäßer Belehrung gemacht hat. Erstere unterlägen einem umfassenden Verwertungsverbot, sie dürften auch nicht als Spurenansatz verwendet werden. Bei Letzteren habe das Verwertungsverbot unter Heranziehung der Grundsätze zu § 136 Abs. 1 StPO nur eine eingeschränkte Wirkung (S. 93).

¹ Siehe dazu *Ladiges*, NZWehrr 2013, 66 (67 f.).

III. Der zweite Teil der Untersuchung beschäftigt sich mit möglichen Lösungen der aufgezeigten rechtlichen und praktischen Probleme.

1. Der *Verf.* betont anfangs zu Recht, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 11a StPO die praktisch wichtige Frage der Ermittlungen im Ausland nicht berücksichtigt hat (S. 97). Als Lösungsmöglichkeit diskutiert er dann die Bestellung von Soldaten als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, damit diese vor Ort im Auftrag der Staatsanwaltschaft ermitteln können. Eine solche Bestellung wäre gerichtsverfassungsrechtlich zulässig und auch zweckmäßig (S. 98 ff.). Durchgreifende völkerrechtliche Bedenken sieht der *Verf.* nicht. Er stellt dazu einen Vergleich zur Rechtslage und zur Praxis in den Niederlanden an (S. 103 ff.). Dort seien die zivile Staatsanwaltschaft Arnheim und das Landgericht Arnheim für die Strafverfolgung von Auslandstaten niederländischer Soldaten zuständig. Die Ermittlungsarbeit vor Ort werde unter Führung der zuständigen Staatsanwaltschaft durch Angehörige der Koninklijke Marechaussee, einer Polizei „militärischen Charakters“, ausgeübt. Die Erfahrungen der niederländischen Ermittlungspraxis zeigten, dass eine ähnliche Ausgestaltung auch in Deutschland zweckmäßig wäre. Es erscheine auch nicht plausibel, dass derartige Ermittlungen völkerrechtswidrig seien, denn bisher habe niemand völkerrechtliche Bedenken geltend gemacht. Dies sei zwar kein zwingendes Argument, jedoch lege die Duldung der niederländischen Praxis die völkerrechtliche Zulässigkeit nahe (S. 109). Diese Begründung bleibt sehr vage. Der *Verf.* hätte sich nicht mit einem knappen Hinweis auf die niederländische Praxis begnügen sollen, sondern es wären eigenständige Argumente für die völkerrechtliche Zulässigkeit wünschenswert gewesen.

Im Anschluss diskutiert der *Verf.* die kompetenzrechtliche Zulässigkeit nach deutschem Verfassungsrecht. Zwar seien grundsätzlich die Länder für die Ausübung strafrechtlicher Ermittlungen zuständig, jedoch bestehe eine Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs aus der Möglichkeit der Errichtung einer Wehrstrafgerichtsbarkeit gem. Art. 96 Abs. 2 GG. Dies gelte selbst für den Fall, dass der Bund von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, denn der Einsatz von Soldaten als Ermittlungspersonen greife weniger intensiv in Länderkompetenzen ein (S. 115).

2. Damit leitet der *Verf.* über zur Frage: Ist die Errichtung einer Wehrstrafgerichtsbarkeit eine Alternative für die Strafverfolgung von Soldaten im Auslandseinsatz? Zunächst stellt er die literarische Auseinandersetzung über die Vorschläge zur Schaffung einer Militärstrafgerichtsbarkeit aus den Jahren von 1955 bis 1991 dar. Diese Diskussion müsse stets im Kontext des Kalten Krieges und der damals bestehenden Gefahr des Eintritts des Verteidigungsfalls gesehen werden, denn dann wäre die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht in der Lage gewesen, Disziplinarverstöße und Straftaten mit der für die Aufrechterhaltung der Disziplin erforderlichen Straffheit und Härte zu ahnden (S. 125 f.). Anschließend stellt er die neueren Vorschläge von Karen Birgit Spring² und des Deut-

schen Bundeswehrverbandes vor. Diese Bestrebungen zur Errichtung einer Wehrstrafgerichtsbarkeit für ins Ausland entsandte Soldaten lehnt der *Verf.* ab (S. 127 ff.). Er stellt nachvollziehbar dar, dass die genannten Vorschläge über das hinausgehen, was zur angemessenen Strafverfolgung bei Taten von Soldaten in besonderen Auslandsverwendungen erforderlich ist. Weiterhin beinhalte die Initiative des Deutschen Bundeswehrverbandes eine faktische Zusammenlegung der Straf- und Disziplinargerichtsbarkeit und sei daher verfassungswidrig. Zudem verstieße es gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn dem Verteidigungsministerium Einfluss auf die Besetzung von Richterposten eingeräumt werden und als Anklagebehörde der Bundeswehrdisziplinaranwalt, also eine dem Verteidigungsministerium angegliederte Behörde, fungieren würde (S. 137).

IV. Nach einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse stellt der *Verf.* kurz eigene Reformvorschläge vor (S. 144-147). § 11a StPO sollte in der Regel als vorrangiger Gerichtsstand gelten und sein Anwendungsbereich allgemein auf Straftaten von Soldaten „in einem Auslandseinsatz“ ausgedehnt werden. Durch eine Ergänzung von § 152 GVG und § 163 StPO könnte die Bestellung von Feldjägern zu Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft geregelt und in § 1 Abs. 2 EGStPO klargestellt werden, dass die StPO auch für Ermittlungen im Zusammenhang mit Straftaten bei Auslandseinsätzen gilt. Letztlich sollte der Schutz der Soldaten vor zwangsweiser Selbstbelastung durch die ausdrückliche Regelung eines Verwertungsverbots in § 13 Abs. 2 und in § 32 Abs. 4 WDO verbessert werden.

V. 1. Grundsätzlich ist dem *Verf.* zuzustimmen, dass die Schaffung eines besonderen Gerichtsstandes durch § 11a StPO zu begrüßen ist, auch wenn damit nicht alle Unklarheiten beseitigt worden sind. Die Rede von einer „Zentralisierung der Strafverfolgung bei Straftaten von Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz“ in diesem Kontext (S. 137, ähnlich S. 97) ist jedoch missverständlich, wenn nicht sogar falsch. Denn § 11a StPO bewirkt, wie der *Verf.* selbst darlegt, überhaupt keine Zentralisierung in dem Sinne, dass nur noch ein Gerichtsstand bei Straftaten von Soldaten in besonderen Auslandsverwendungen besteht. Im Übrigen zeigt sich, dass die Verwendung des Begriffs „Auslandseinsatz“ durch den *Verf.* an vielen Stellen ungenau ist. § 11a StPO bezieht sich gerade nicht allgemein auf Auslandseinsätze, so dass es jedenfalls verfehlt ist, im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen von einer „Zentralisierung“ zu sprechen.

2. Wenig überzeugend ist dann auch der Vorschlag des *Verf.* zur Änderung des § 11a StPO, dass bei sämtlichen „Auslandseinsätzen“ der Bundeswehr der besondere Gerichtsstand anwendbar sein soll. Denn der Begriff „Auslandseinsatz“ ist kein feststehender Rechtsbegriff; er unterscheidet sich insbesondere vom Begriff „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“, den das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt entwickelt hat.³ Auch der Rückgriff auf den verfassungsrechtlichen Einsatzbegriff im Sinne von Art. 87a Abs. 2 GG hilft kaum weiter. Einigkeit besteht nämlich darüber,

² Spring, Brauchen wir in Deutschland eine Militärstrafgerichtsbarkeit?, 2008.

³ Vgl. BVerfGE 90, 286 (381 ff.); 121, 135 (153 ff.).

dass ein Einsatz in diesem Sinne ein hoheitliches Tätigwerden der Streitkräfte voraussetzt.⁴ Herkömmlich werden als Auslandseinsätze aber auch solche Verwendungen der Streitkräfte bezeichnet, die sich auf technische Hilfsleistungen beschränken und damit gerade keine Einsätze im verfassungsrechtlichen Sinne sind. Der *Verf.* versucht auch nicht, eine eigene Definition des Begriffs Auslandseinsatz zu entwickeln. Gleichwohl ist richtig, dass der Verweis auf besondere Auslandsverwendungen in § 11a StPO seinerseits lückenhaft ist, indem z.B. unilaterale Kampfeinsätze nicht erfasst werden.⁵

3. Unzureichend bleibt die Begründung der Kritik an dem Vorschlag des Deutschen Bundeswehrverbandes. Es mag bedenklich sein, dass die Exekutive durch Weisungen an die Anklagebehörde Einfluss auf deren Tätigkeit nehmen kann. Vor dem Hintergrund, dass die Staatsanwaltschaften im Allgemeinen den Weisungen der zuständigen Justizminister unterliegen, ist es jedoch voreilig, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung zu behaupten. Ähnliches gilt auch hinsichtlich der Kritik gegen die vorgeschlagene Besetzung der Richterposten mit Soldaten. Der *Verf.* hätte sich damit auseinandersetzen müssen, dass auch bei der Besetzung der Wehrdienstsenate beim Bundesverwaltungsgericht das Bundesjustizministerium und das Bundesverteidigungsministerium Einfluss nehmen.⁶ Zwar folgt aus dieser Praxis natürlich keine verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit, aber sie verlangt eine ausführlichere Begründung der knappen Feststellung, der Vorschlag des Deutschen Bundeswehrverbandes sei nicht mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz zu vereinbaren. Gleichwohl ist die Kritik des *Verf.* an der vorgeschlagenen Besetzung mit zwei Soldaten als Schöffen bei Straftaten, für die das Schöffengericht zuständig wäre, berechtigt, denn in der Tat läge dann die Gefahr einer „Standesgerichtsbarkeit“ (S. 131) nicht fern.

4. Leider sind große Teile der Arbeit nichts Neues für Leser, die sich mit der Thematik der Strafverfolgung von Soldaten bei besonderen Auslandsverwendungen bereits befasst haben. Die schon im September 2012 veröffentlichte Stellungnahme, die der *Verf.* für den Rechtsausschuss des Bundestages verfasst hat, ist überwiegend identisch oder fast wortgleich mit maßgeblichen Teilen des vorliegenden Werkes. Eine kursorische Durchsicht zeigt, dass sich Textabschnitte des Gutachtens auf mindestens 30 Seiten der ohnehin nicht besonders umfangreichen Untersuchung finden. Dabei weist der *Verf.* lediglich im Vorwort darauf hin, dass „Auszüge dieser Arbeit“ dem Rechtsausschuss als Sachverständigengutachten vorlagen. Darüber hinaus übernimmt der *Verf.* auch wesentliche Passagen aus seinem Aufsatz „Strafverfolgung von Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz“⁷. Dies betrifft die Seiten 75, 79, 80, 82, 93 bis 95 der Untersuchung,

ohne dass der Leser etwas über diese wörtlichen oder zumindest sehr ähnlichen Übernahmen erfährt; nur auf S. 79 und S. 95 findet sich jeweils ein allgemeiner Hinweis auf den früheren ZIS-Aufsatz.

Akademischer Rat a.Z. Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh), Göttingen

⁴ Vgl. BVerfGE 132, 1 (18); BVerwGE 127, 1 (13); Kokott, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 87a Rn. 17 m.w.N., die zudem im Regelfall auf die Bewaffnung abstellt.

⁵ Siehe auch Zimmermann, NJW 2013, 905 (907).

⁶ Vgl. BT-Drs. 17/572.

⁷ Stam, ZIS 2010, 629.

Buchrezension

Frederico Leone, Von der Lehre des „geborenen“ Verbrechers zur modernen Hirnforschung, Ein Beitrag zur Geschichte der Kriminologie und ihrer Auswirkungen auf das Strafrecht, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2013, 274 S., € 89,80.

Dass die Überlegung, Straftäter anhand körperlicher Merkmale zu klassifizieren und dadurch auf im Innern des Menschen liegende Eigenschaften zu schließen, keineswegs neu ist, zeigt *Frederico Leone* in seiner veröffentlichten Dissertation über das Thema des „geborenen Verbrechers“. Der Begriff des „geborenen Verbrechers“, des „*delinquente nato*“, geht zurück auf den 1835 geborenen italienischen Arzt und Psychiater *Cesare Lombroso*, der durch Untersuchung der Anatomie von Verbrechern eine eigene Typologie entwickelte (S. 38 ff.). So haben nach *Lombroso* Diebe kleine, manch-mal schielende Augen, Brandstifter oft langes und gelocktes Haupthaar, Mörder einen eisigen, starren Blick und viele Fälscher und Schwindler eine krumme, oft lange und dicke Nase (S. 42 ff.). Zweifelsohne gelten diese fragwürdigen Behauptungen als wissenschaftlich unhaltbar, doch die Überlegung dahinter, der Grundgedanke *Lombrosos*, ist heute aktueller denn je. Zwar werden heute keine Schädel mehr vermessen, wie dies beispielsweise noch *Franz Joseph Gall*, Begründer der Phrenologie, also der „Schädellehre“, tat (S. 31). Doch die Vermessung des Menschen findet heute auf einer anderen, feineren Ebene statt: Der Ebene der Gene und neuronalen Strukturen.

Der erste, historische Teil des Buches (Teil C.) beginnt bei *Aristoteles* und seiner Schrift „*Physiognomonica*“, spannt einen Bogen zu *della Porta*, *Lavater*, *Gall* und *Lombroso* (S. 29 ff.) und endet beim Schulenstreit zwischen Italienischer, Französischer und Marburger Schule (S. 51 ff.). Der Italienischen Schule, die davon ausging, dass der Verbrecher „von Geburt an organisch zum Verbrechen determiniert sei“ (S. 52) stand die Französische Schule gegenüber, die das Milieu als Ursprung der Kriminalität ansah (S. 55). Die Marburger Schule wiederum, mit *v. Liszt* als wichtigstem Vertreter, nahm eine Position zwischen Italienischer und Französischer Schule ein und erachtete „individuelle und gesellschaftliche Faktoren“ als maßgebliche Ursachen für Verbrechen (S. 59).

Der zweite Teil beginnt mit einem knappen Abschnitt über die Kriminalbiologie und den Rassenwahn der Nationalsozialisten. Anschließend werden die „klassischen“ biologischen Kriminalitätstheorien, namentlich die Zwillingsforschung und die Adoptionsforschung, umrissen, bevor die „modernen“ biologischen Kriminalitätstheorien dargestellt werden. Diese gehen von der Ethologie über das Eysencksche Modell bis hin zu Studien über das MAOA-Gen, das mit kriminellem Verhalten in Verbindung gebracht wird. Den Unterschied dieser Studien zu *Lombrosos* Forschung sieht der *Verf.* in der wissenschaftlichen Herangehensweise, obgleich durchaus „brauchbare Ansätze“ mit „fast lächerlich wirkenden Ansätzen“ im Wettbewerb stünden, was sich nachteilig auf die Glaubwürdigkeit der

brauchbaren Ansätze auswirke (S. 109 f.). Welche diese „fast lächerlich wirkenden“ Ansätze sind, erklärt der *Verf.* nicht explizit, doch gemeint sind wohl Forschungen wie jene zu „Kriminalität und Herzfrequenz“ sowie zu „Kriminalität und Hautleitfähigkeit“ (S. 93 ff.).

Die Hirnforschung findet im dritten Teil Erwähnung. Neben einer kurzen Einführung in bildgebende Verfahren wird der Fall des Phineas Gage geschildert, der Arbeiter beim Eisenbahnbau war und durch einen Unfall eine schwere Gehirnverletzung davontrug (S. 114 ff.). Zwar überlebte Gage den Unfall, doch seine Persönlichkeit änderte sich grundlegend. Von diesem Fall ausgehend stellt der *Verf.* die Relevanz von Gehirnanomalien für das Strafrecht zur Diskussion. Aus strafrechtsdogmatischer Sicht besonders interessant ist dabei der fiktive Fall eines Mörders mit geschädigtem Gehirn, der aufgrund seiner Schädigung über nur unzulängliches Empathievermögen verfügt und der seine Aggressionen nicht ausreichend kontrollieren kann. Die entscheidende Frage ist nun, ob auf diesen Täter § 20 StGB anzuwenden ist und falls ja, mit welcher Begründung.

Der vierte Teil schließlich handelt von der Frage nach der Willensfreiheit des Menschen. Zuerst werden dabei die bekannten Experimente *Libets* und anderer dargestellt, bevor das Problem der Willensfreiheit aus strafrechtlicher Sicht beleuchtet wird. Neben den Strömungen des Indeterminismus und des Determinismus im Strafrecht werden Alternativen zum klassischen Schuldstrafrecht veranschaulicht, wie beispielsweise das Präventionsstrafrecht. Der *Verf.* beruft sich in seinem Zwischenfazit zum Problem auf *Kant* und *Schopenhauer*, die wohl insofern Recht hätten, als eine auf jegliche Metaphysik verzichtende Begründung von Freiheit, Zuschreibung und Schuld von vornherein zum Scheitern verurteilt sei. Gerade der „König der naturwissenschaftlichen Ungenauigkeit“ (*Hervorhebung* im Original) und einer der „größten Feinde der Metaphysik“, namentlich *Lombroso*, erklärte doch, „einen Mörder an seinen Augen zu erkennen“. So sei ein Strafsystem mit einer minimalen „Dosis Metaphysik“ einem nicht bewiesenen biologischen Konstrukt, wie es der neurobiologische Determinismus anbiete, allemal vorzuziehen (S. 201).

Etwas weiter vom Strafrecht und der Kriminologie entfernt sich das Kapitel über den Determinismus-Indeterminismus-Streit in der Philosophie. Dass dies ein „Blick über den juristischen Tellerrand“ ist, wie es der *Verf.* bezeichnet, stört dabei nicht, allerdings entfernt sich dieses Kapitel ein wenig vom Rest des Werkes und dem roten Faden des „geborenen Verbrechers“. Zuerst werden die Positionen vom Inkompatibilismus bis zum Kompatibilismus umrissen, wobei letzterer ausführlicher behandelt wird und zahlreiche Vertreter wie *Frankfurt*, *Bieri* und andere genauer behandelt werden. Im Zwischenfazit des *Verf.* findet sich nun auch der rote Faden wieder, wenn *Lombroso* zur philosophischen Diskussion in Beziehung gesetzt wird.

Bei allen Problemen mit dem Schuldstrafrecht und seiner Legitimierung sei aber entscheidend, dass „die von den Kritikern des Schuldprinzips dargebotenen Alternativen nicht sehr viel taugen“. Der Jurisprudenz bleibe nichts anderes

übrig, als das Schuldstrafrecht und somit das „kleinste Übel“ zu wählen (S. 231).

Zum Abschluss findet *Hare* mit seiner Psychopathy Checklist Erwähnung. Dabei lässt der *Verf.* keinen Zweifel daran bestehen, wie problematisch die Idee eines Psychopathen als Verbrechertypus ist, denn gerade hier feiere *Lombroso* „sein wahres Revival“ (S. 239).

Der Verdacht, dass zumindest manche Formen der Kriminalität auf irgendeine Art und Weise biologischen Ursprungs sind“, verhärtete sich, so der *Verf.* in seiner Schlussbemerkung (S. 245). Bedenklich sei aber, dass kriminalpolitische Forderungen *Lombrosos* teilweise „eins zu eins“ übernommen würden, haben diese in der Vergangenheit doch „Nährboden für rassistisches Gedankengut“ geboten. Das „traurige Ergebnis“ sei nun, dass „aus der Geschichte wenig gelernt wurde“. Dabei stigmatisiert der *Verf.* aber die Erforschung der Kriminalität unter biologischen Gesichtspunkten nicht: Vielmehr warnt er vor „martialischer Polemik“ und ruft zu „sachlicher Vernunft“ auf.

Zwar hätte durch sorgfältiges Korrekturlesen mancher Fehler in der Zeichensetzung sowie dem Zitieren von Namen („Josef“ statt „Joseph“ [S. 31 u.a.], „Grisha“ statt „Grischa“ [S. 183]) vermieden werden können, doch alles in allem ist dieser „Beitrag zur Geschichte der Kriminologie und ihrer Auswirkungen auf das Strafrecht“ nicht nur spannend und kurzweilig zu lesen, sondern auch sehr detailreich gestaltet, durch zahlreiche Zitate belegt und somit voll und ganz gelungen.

Univ.-Ass. Mag. Benjamin Koller, Graz

Tagungsbericht: 4. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum in Berlin – Lebensschutz im Strafrecht

Taipeh-Vertretung Berlin, 8.9.-12.9.2014

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Mavany, Trier*

Von der Todesstrafe in Taiwan, über politisch und terroristisch motivierte Tötungen, bis hin zu den aktuellen Reformbestrebungen bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten – die Komplexe, denen sich die Teilnehmer des Deutsch-taiwanesischen Strafrechtsforums unter dem Generalthema „Lebensschutz im Strafrecht“ widmeten, lagen erneut am Puls der Zeit. Vom 8.9. bis zum 12.9.2014 fand das Forum in seiner mittlerweile vierten Auflage in den Räumlichkeiten der Taipeh-Vertretung in der Bundesrepublik Deutschland in Berlin statt. Diese Tagung von Strafrechtswissenschaftlern und Praktikern aus Taiwan und Deutschland wird im jährlichen Wechsel in Taiwan und der Bundesrepublik Deutschland abgehalten. Ziel der Veranstaltungen ist es, einen persönlichen und fachlichen Austausch sowohl zwischen den Strafrechtlern der beiden Länder als auch zwischen Wissenschaft und Praxis zu erreichen. Auf deutscher Seite zeichnen das Zentrum für Europäische und Internationale Strafrechtsstudien der Universität Osnabrück (ZEIS) und das Institut für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht der Universität Trier (ISP) für die Veranstaltungsreihe verantwortlich. Finanziell unterstützt wurde die Veranstaltung durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft, das taiwanesisches National Science Council, die Deutsch-Taiwanesisches Juristenvereinigung, das taiwanesisches Justizministerium, die Taipeh Vertretung in der Bundesrepublik Deutschland und die Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings der Universität Passau.

Den Weg aus Taiwan haben die Prof. *Hsiao-Wen Wang* (Tainan), *Chen-Chung Ku* (Tainan), *Heng-Da Hsu* (Taipeh), *Chin-Jen Hsueh* (Taipeh), *Georg Gesk* (Hsinbei) und *Jiuan-Yih Wu* (Kaohsiung) auf sich genommen. Die Liste der deutschen Vertreter liest sich nicht weniger beeindruckend. So freuten sich die Initiatoren Prof. Dr. *Arndt Sinn* (Osnabrück) und Prof. Dr. *Mark A. Zöller* (Trier), viele Größen der deutschen Strafrechtswissenschaft und -praxis begrüßen zu dürfen. Neben den Veranstaltern richteten der beamtete Staatssekretär im Ministry of Justice der Republik Taiwan *Dr. Chen-Huang Wu*, die Botschafterin der Republik Taiwan *Agnes Hwa-Yue Chen*, Vertreter des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz und des Auswärtigen Amtes sowie der Vorsitzende der Deutsch-taiwanesischen Juristenvereinigung *Dr. Jan Grotheer* Grußworte an die Teilnehmer.

In den fachlichen Sitzungen wurden neben den genannten „heißen Eisen“ auch „Evergreens“ des strafrechtlichen Lebensschutzes, wie beispielsweise die Problematik der Erfolgszurechnung beim Schwangerschaftsabbruch oder die Grenzen zwischen Fremd- und Selbsttötung in den Blick genommen. So konnte das Generalthema von den Teilneh-

mern aus nahezu allen erdenklichen Blickwinkeln beleuchtet werden. Bereits das erste Referat von *Arndt Sinn* über Hemmschwellen bei Tötungsdelikten, in dem er für eine äußerst restriktive Handhabung des Wollenselements im Vorsatz bei Tötungsdelikten plädierte und den archaischen und körperbezogenen Charakter der Freiheitsstrafe anprangerte, sorgte für heftige Diskussionen. Auch wandte sich *Sinn* gegen die absolute Strafdrohung des § 211 StGB sowie dessen alternativlose Anordnung beim Mord. Am Beispiel des fehlgeschlagenen Mitnahmesuizids stellte er dar, dass aus seiner Sicht die Reformbedürftigkeit der Tötungsdelikte vorrangig auf einem Rechtsfolgenproblem beruht. Dennoch lehnte er die Rechtsfolgenlösung des BGH ab. Diese verschiebe unzulässig Sachprobleme des Tatbestands in die Strafzumessung. Daher bestehe umfassender Reformbedarf, in dessen Zuge die Einführung eines minder schweren Falles des Mordes eine denkbare Option sei. Die internationale Dimension des Lebensschutzes illustrierte *Robert Esser* (Passau), indem er über das Recht auf Leben in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vortrug. Unter Darstellung des Abschusses des Fluges MH 17 über der Ostukraine diskutierte er die Reichweite des grundsätzlichen Tötungsverbots aus Art. 2 EMRK sowie die hieraus folgende nachträgliche Aufklärungspflicht, der sich die Ukraine nach seiner Auffassung ausgesetzt sieht. Im Anschluss referierte *Esser* zudem die Rechtsprechung des EGMR zur Sterbehilfe. Unter Beachtung dieser Rechtsprechung, so etwa der Entscheidung des EGMR vom 29.4.2004 in der Sache *Pretty* gegen das Vereinigte Königreich, sei festzuhalten, dass Art. 2 EMRK kein Recht auf Sterben gewähre. Ob der EGMR jedoch ein solches Recht aus Art. 8 EMRK herleite, sei bislang noch nicht geklärt. Nach Ansicht *Essers* ist zwar der Schutzbereich eröffnet, entsprechende Klagen sind bislang jedoch aus prozessualen Gründen gescheitert. Als Fazit zog *Esser* den Schluss, dass Art. 2 EMRK für die aktuellen Fragestellungen des Lebensschutzes fruchtbar gemacht werden könne, die EMRK und der EGMR aber nicht als ersatzpolitische Ebene für die nationalen Parlamente herhalten dürfen. Mit eindringlicher Tiefe trug *Hsiao-Wen Wang* über den Strafgrund der Sterbehilfe vor. Dabei überraschte bereits der zu Beginn des Referats gezogene Vergleich der deutschen, österreichischen, schweizerischen und taiwanesischen Rechtslage. Denn im Ergebnis, so *Wang*, lägen die Normen der Schweiz, Österreichs und Taiwans deutlich näher beieinander, als dies im Bezug zu den Deutschen der Fall sei. Im Kern des Referats stellte er fest, dass die Bestrafung der Sterbehilfe durch paternalistische Gesichtspunkte wie etwa dem Schutz des Individuums vor Selbstschädigung oder die Bestrafung des Täters für die Verletzung eines Dritten und dem Interesse der Allgemeinheit an einem absoluten Lebensschutz gerechtfertigt werden kann. *Wang* zeigte jedoch Bedenken, ob dies im Sinne eines rechtsgutbezogenen Strafrechts sei. Einen weiteren Höhepunkt bot das Referat von *Albin Eser* (Frei-

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Mark A. Zöller an der Universität Trier.

burg) zum Thema „Tötungsdelikte im Wandel des deutschen Strafrechts: Zwischen Heiligkeit und Qualität des Lebens“. Der Referent stellte dabei wertfrei zwei Schutzkonzepte für menschliches Leben gegenüber, den Schutz des menschlichen Lebens als solches, verstanden als Heiligkeit, und den Schutz menschlichen Lebens aufgrund qualifizierender Faktoren, verstanden als Qualität. Sodann wies er deren Existenz in der deutschen Rechtsgeschichte nach und legte ihre Entwicklung dar, nicht ohne Rückschlüsse und Wertungen für die aktuellen Problemfelder zu schöpfen. *Gunnar Duttge* (Göttingen) widmete sich mit dem Spannungsfeld zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmung im Kontext ärztlicher Fahrlässigkeit einem praktisch und wissenschaftlich höchst komplexen Thema. Er entwickelte fünf Thesen, die die zukünftige Diskussion wohl mitprägen werden:

- 1. Im Kontext der ärztlichen Fahrlässigkeit herrscht hinsichtlich der Effektivität des strafrechtlichen Lebensschutzes ein „blind gap“ zwischen Anspruch und Wirklichkeit;
- 2. Die „Eigenverantwortlichkeit“ des sich selbst Gefährdenden steht einem verantwortungszuschreibenden Durchgriff kraft Fürsorge diametral entgegen;
- 3. Die „Opferautonomie“ als eigenverantwortliche Selbstgefährdung erfordert nicht notwendig unmittelbare Handlungsherrschaft, funktionelle und Wissens- oder Willensherrschaft reicht aus;
- 4. Zur Begründung eines strafrechtlich relevanten Verhaltensfehlers genügt die Feststellung, dass der generalisierte „Standard“ verfehlt worden ist, nicht;
- 5. Die Beihilfe zum „freiverantwortlichen Unrecht“ verletzt oder gefährdet kein Rechtsgut und kann daher legitimierungstheoretisch kein strafbewehrtes Unrecht begründen.

Im Anschluss referierte *Hans Lilie* (Halle) über den Alternativ-Entwurf Leben¹ zur Reform der Tötungsdelikte, an dessen Abfassung er selbst federführend beteiligt war. Der Entwurf sieht zwei Strafbarkeitsstufen und drei Strafraumen vor, wobei eine flexible Bestrafung auch aufgrund von Milderungs- und Strafschärfungsgründen möglich ist. Zwar sei der Entwurf sehr weitgehend, aber, so *Lilie*, man müsse vieles wollen, um wenig zu erreichen. Zum Abschluss konnte der Referent auch über die Arbeit der Sachverständigenkommission der Bundesregierung zur Reform der Tötungsdelikte berichten, deren Mitglied er ist. Neue Ansätze präsentierte *Cheng-Chung Ku* in seinem Vortrag über das Notwehrrecht als Grenze des Lebensschutzes. Hierzu stellte er zunächst fest, dass im Rahmen der Notwehr zwar keine Güterabwägung stattfinde, das Notwehrrecht aber aufgrund sozialetischer Erwägungen relativiert werde. Dies könne etwa in Fällen häuslicher Gewalt zu sachwidrigen Ergebnissen führen, wie *Ku* an einem Fall des Judicial Yuan (Oberster Gerichtshof Taiwans) exemplifizierte. Daher sei auch im Falle des Notwehrrechts eine allgemeine Güterabwägung vorzunehmen. In diesem Rahmen müsse jedoch ein strenger Maßstab für den

Ausschluss des Notwehrrechts gelten, der sich an den anerkannten Fallgruppen sozialetischer Notwehrausschlüsse orientieren müsse. Eine Auffassung, die eine lebhaft Diskussion hervorrief. Den aktuellen Problemen der Tötungsdelikte im Zusammenhang mit dem modernen Terrorismus widmeten sich die Referate von *Mark A. Zöller* und *Jiuan-Yih Wu*. Hierbei setzte sich *Zöller* mit der materiellen Rechtslage auseinander, während *Wu* die strafprozessualen Belange näher beleuchtete. *Zöller* definierte zunächst Terrorismus als zweistufiges Phänomen. In einem ersten Schritt verbreite der terroristisch motivierte Straftäter Angst und Schrecken. Dies sei im Kern eine Kommunikationsstrategie zur Erreichung des zweiten Schritts, der Verwirklichung eines Endziels in Form eines Gesellschaftszustandes nach dem Vorstellungsbild des Täters. Unter dieser Prämisse sei im Falle terroristisch motivierter Tötungen immer das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe erfüllt, weil der Konnex zwischen der Tötung und dessen Einsatz als Kommunikationsmittel zur Erreichung eines politischen Umbruchs den Grundlagen der freiheitlich demokratischen Grundordnung widerspricht. Einen Blick in die Praxis gewährten *Andreas Heuer* (Oldenburg) und *Björn Gercke* (Köln). Sie stellten sehr lebendig die juristischen und menschlichen Aspekte bei der Strafverfolgung und -verteidigung in Kapitalsachen dar. Einer nicht nur juristisch höchst umstrittenen Problematik nahm sich *Heng-Da Hsu* an: dem Schwangerschaftsabbruch. Er wies zunächst darauf hin, dass in Taiwan neben dem ungeborenen Leben als solchem auch das Leben und die körperliche Unversehrtheit des pränatalen Menschen zum Schutzgut der einschlägigen Strafnormen gehören. Sodann widmete der Referent sich der Erfolgszurechnung beim Schwangerschaftsabbruch. Hier entwickelte er mehrere Fallgestaltungen pränataler Einwirkung mit postmortalen Schäden oder Todeseintritten und führte sie einer Lösung zu. Dabei sei insbesondere nach der Lebensfähigkeit der Leibesfrucht zu differenzieren. Die Trennlinie zwischen Beihilfe zum Suizid und einer vorsätzlichen Tötung beleuchtete *Georg Gesk* in seinem Referat zum Thema Verschwimmende Grenzen zwischen Fremd- und Selbsttötungen. Neben den Unterschieden zwischen der taiwanesischen und der deutschen Rechtsordnung wies der Referent auch auf die sprachlichen Unterschiede hin. So existiert im Chinesischen zwar ein Synonym für den Begriff Suizid, hingegen findet der Begriff des Selbstmordes keine Entsprechung. Zudem sei in der Praxis die Beweislage oft entscheidend. Denn ob hier eine strafbare Fremdtötung angenommen werden könne, sei oftmals kein dogmatisches Problem, sondern von den vorliegenden Beweisen abhängig. Zum Abschluss des fachlichen Teils des Forums lieferte *Chin-Jen Hsueh* eine Bestandsaufnahme der Todesstrafe in Taiwan und zeigte Perspektiven für die Zukunft auf. Für die deutschen Teilnehmer überraschend war die Erkenntnis, dass die Vertreter der taiwanesischen Strafrechtswissenschaft einhellig gegen die Todesstrafe votierten, sie in Taiwan sogar einige Jahre ausgesetzt war, deren Abschaffung zurzeit aber an dem politischen Widerstand der Mehrheit der taiwanesischen Bevölkerung scheitert. Die Referenten riefen anregende und auf höchstem Niveau geführte Diskussionen der Teilnehmer hervor. Insbesondere die bilaterale Perspektive wirkte dabei anregend und sorgte im-

¹ Abgedruckt in GA 2008, 193.

mer wieder für neue Einblicke und Sichtweisen auf die Problemfelder.

Die Veranstalter sprachen allen Teilnehmern aus der Seele, als sie in ihren Schlussbetrachtungen die kollegiale, ja geradezu freundschaftliche Atmosphäre des diesjährigen Forums lobten und ihre Absicht bekräftigten, sich im nächsten Jahr in Taiwan wiederzutreffen und die gemeinsame Arbeit fortzusetzen. Bis dahin sollen alle Beiträge, wie bereits bei den zurückliegenden Foren, in einem Tagungsband veröffentlicht werden.²

² Sinn/Zöller (Hrsg.), Neujustierung des Strafrechts durch Terrorismus und Organisierte Kriminalität, 2013; Sinn/Wang/Wu/Zöller (Hrsg.), Strafrecht ohne Grenzen, 2015 (im Erscheinen).