

AUSGABE 10/2016

S. 654 - 730

11. Jahrgang

Inhalt

ZEHN JAHRE ZIS V

Strafrecht

- Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda**
Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schönemann, München 654
- Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre**
Von Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg 672
- § 217 StGB – Bemerkungen zur Auslegung eines zweifelhaften Tatbestandes**
Von Prof. Dr. Thomas Weigend, Köln, Jun.-Prof. Dr. Elisa Hoven, Köln 681
- „Leben“ – Das Rechtsgut im Hintergrund?
Ein Beitrag zur Auslegung von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB**
Von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M., Hannover 692
- Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB**
Von Prof. Dr. Petra Wittig, München 700

Strafprozessrecht

- Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung**
Von Prof. Dr. Dres. h.c. Wolfgang Frisch, Freiburg 707
- Zur Abgrenzung von Erstbeschwerde (§ 304 StPO) und weiterer Beschwerde (§ 310 StPO), insbesondere bei Verstoß gegen Zuständigkeitsvorschriften**
Von RiOLG Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel 715

Europäisches Strafrecht

- Anforderungen des nationalen Strafverfassungsrechts an die Inbezugnahme EU-rechtlicher Verhaltensnormen und an Rückverweisungsklauseln in nationalen Rechtsverordnungen
Begrenzung des nationalen Grundrechtsschutzes durch den unionsrechtlichen „effet utile“?**
Von Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Heidelberg 723

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schönemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. 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. Mitarbeiterin Diana Karakaplan
Wiss. Hilfskraft Kevin Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Wiss. Mitarbeiterin Natalia Dobrosz
Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

I. Prolog

1. Des zehnjährigen Jubiläums der Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik in diesem Jahr eigens zu gedenken, könnte auf den ersten Blick angesichts einer ungefähr 5.000-jährigen Geschichte des *staatlichen* Strafrechts¹ übertrieben erscheinen. Aber angesichts einer erst 250-jährigen Geschichte des *modernen* Strafrechts, dessen Geburtsstunde auf die Publikation von *Cesare Beccarias* „*Dei delitti e delle pene*“ im Jahr 1764 zu datieren ist, sieht die Relation schon etwas anders aus. Und wenn man auf den Beginn der Europäisierung des Strafrechts mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam 1999 oder auf die Wirksamkeit des Statuts von Rom über das Völkerstrafrecht 2002 abhebt, dann füllt das ZIS-Jubiläum sogar den größeren Teil dieser spektakulären Internationalisierung der Strafgewalt aus. Diese zeitliche Parallelität korrespondiert dem von meinem Mitherausgeber *Thomas Rotsch*, dem Herz und Hirn des gesamten Projekts, beschriebenen ZIS-Konzept, „die Herausforderungen anzunehmen, die in einer durch die fortschreitende Globalisierung [...] gekennzeichneten Welt an das Strafrecht herangetragen werden,“ und dabei „insbesondere die Europäisierung und Internationalisierung“ in den Blick zu nehmen, „die nationale Strafrechtsdogmatik aber keineswegs“ auszublenden.²

2. Freilich wäre diese Zielvorstellung von einem wenig brauchbaren Ausgangspunkt aus formuliert worden, wenn man neueren Stimmen Glauben schenken dürfte, die die kritischen Töne, die bei einer vor der Jahrtausendwende in Berlin großartig inszenierten Nabelschau der Strafrechtswissenschaft³ zu hören waren, schon einige Jahre später wiederholt und zugespitzt haben. Nachdem *Joachim Vogel* 2012 sich denen angeschlossen hatte, die der deutschen Strafrechtswissenschaft „selbstbewussteste Provinzialität“ und die Mentalität von „Priestern einer Glaubengemeinschaft“ sowie

eine „verstörende Demokratieförderung“ nachsagten⁴, hat *Kai Ambos* dies vor kurzem abermals wiederholt, für die Zukunft eine von ihm anscheinend bisher vermisste „Offenheit und diskursive Methodik“ eingefordert⁵ und die globale Bedeutung seiner Diatribe durch eine doppelte Publikation in Deutschland und weitere Publikationen in spanischer und portugiesischer Sprache zu unterstreichen unternommen.⁶

3. Weil *Ambos*, wie schon vor ihm *Vogel*, sich hierfür nicht auf inhaltliche Fehler der deutschen strafrechtsdogmatischen Doktrinen, sondern auf deren Resonanzdefizite in internationalen Organisationen und Diskussionsforen beruft, also auf einer pragmatischen Metaebene argumentiert, könnte man geneigt sein, schlicht auf derselben pragmatischen Ebene zurückzufragen, wie er sich denn dann beispielsweise die große Resonanz der von ihm jährlich in Göttingen veranstalteten Sommerschule für lateinamerikanische Nachwuchswissenschaftler im Straf- und Strafprozessrecht erklärt, die den stattlichen Kursbeitrag⁷ und die erheblichen Reise- und Aufenthaltskosten aufzubringen bereit sind, um u.a. und vor allem mit *Claus Roxin* den (so *Ambos* selbst) „Star unter den in Lateinamerika aktiven deutschen Strafrechtslehrern“⁸ zu hören – also eben den, der unbestritten das Niveau einer elaborierten Strafrechtsdogmatik mit ihrer systematischen Entfaltung von am Regelungsproblem selbst entwickelten Lösungen repräsentiert, wie sie nun einmal im deutschsprachigen Diskussionsraum die akademische Messlatte bildet.⁹ Aber um das von *Ambos* gezeichnete und durch seinen triling-

¹ Natürlich darf der heutige Begriff des Staates wie des Strafrechts nicht unbedenken für andere Kulturen und Epochen verwendet werden, doch dürfte eine hinreichende „Familienähnlichkeit“ jedenfalls bei sämtlichen Übelzuefügungen durch die Obrigkeit in einer kephalen Gesellschaft allein wegen eines vergangenen Frevels bestehen. Dann besteht an der Existenz des Strafrechts im Gottkönigtum der altorientalischen Kulturen kein Zweifel, wobei die geschriebenen Strafrechtsnormen, die wir etwa im Codex Hammurabi (1754 vor unserer Zeit) finden, mit großer Wahrscheinlichkeit den Schlusspunkt einer langen Praxis bilden, ähnlich wie im pharaonischen Ägypten und der chinesischen Xia-Dynastie.

² *Rotsch*, ZIS 2011, 285.

³ Siehe *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, und dazu *meine* Rezension in GA 2001, 205.

⁴ *Vogel*, JZ 2012, 25 mit Zitaten von *Fletcher*, *Donini* und *Stuckenberg* und dazu bereits meine Entgegnung: *Schünemann*, in: *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 223.

⁵ *Ambos*, GA 2016, 177.

⁶ Der Beitrag erscheint ausweislich *Ambos*, GA 2016, 177 (Sternchenfußnote) auch in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, *Revista Penal* und *Revista Brasileira de Ciências Criminas*.

⁷ 2015 für die 2-wöchige Sommerschule 1.500 € p.P. (cedpal@uni-goettingen.de)

⁸ *Ambos/Malarino*, GA 2016, 336.

⁹ Aber beileibe nicht nur hier und schon gar nicht unter Inanspruchnahme eines spezifischen Deutschtums, weshalb ja gerade *Roxin* hierfür und als Bezeichnung der von seinem Lehrstuhl an der Ludwig-Maximilians-Universität München vertretenen Forschungsrichtung den später auch für die ZIS namensgebenden Begriff der (nicht mit dem innerstaatlichen Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB zu verwechselnden) „internationalen Strafrechtsdogmatik“ geprägt hat, pikanterweise zu einer Zeit, da *Ambos* als Münchener Habilitand und in diesem Geiste seine „Ansätze zu einer Dogmatisierung des Völkerstrafrechts“ ausarbeitete (Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, bes. S. 517 ff.).

gualen Beitrag auf weite Verbreitung berechnete Zerrbild auch auf der Objektebene richtig zu stellen, ist es als erstes und vor allem geboten, den Gegenstandsbereich (das Strafrecht) und die Wissenschaftslogik (konventionell formuliert: das Wesen) der Strafrechtsdogmatik sowie ihre gesellschaftliche Aufgabe zu rekapitulieren.

II. Der Begriff des Strafrechts und seiner Dogmatik

1. In der (Straf-)Rechtsdogmatik geht es um mit einem intersubjektiven Richtigkeitsanspruch¹⁰ auftretende Aussagen über das geltende Recht. Damit dieser Anspruch erhoben werden kann, muss zunächst einmal als Minimalvoraussetzung das Widerspruchsverbot beachtet werden, woraus sich wiederum die Notwendigkeit ergibt, sämtliche einzelnen Aussagen in ein widerspruchsfreies Gesamtsystem zu fügen.¹¹ Dessen zentrale Begriffe müssen, weil es um Sollenssätze geht, aus normativen Prinzipien bestehen,¹² die wegen der existenziellen Bedeutung des Strafrechts für das rechtsunterworfenen Individuum wie für die Gesamtheit der Bevölkerung Teil der (geschriebenen oder ungeschriebenen) Verfassung sein müssen, also der fundamentalen Grundsätze einer (zumindest auch) rechtlich verfassten Gesellschaft. Daraus

¹⁰ D.h. Wahrheitsanspruch, wenn man den Wahrheitsbegriff nicht durch das empiristische Sinnkriterium von vornherein auf deskriptive Aussagen beschränkt. Dazu umfassend in rechtshistorischer Perspektive *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, 2012; ferner *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl. 2011, S. 385 ff.; *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

¹¹ Zu den Konsequenzen von *Kants* von einem System abhängig gemachten Wissenschaftsbegriff (Vorrede zu *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786: „Eine jede Lehre, wenn sie ein System, das heißt ein nach Prinzipien geordnetes Ganze der Erkenntnis sein soll, heißt Wissenschaft [...] [wobei die] Prinzipien [...] [solche] der rationalen Verknüpfung der Erkenntnisse in einem Ganzen sein können“) für die Jurisprudenz vor allem aus zivilrechtlicher Perspektive instruktiv *Rückert*, in: *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 13 (41 ff.). Selbstverständlich ist mit der Notwendigkeit eines dogmatischen Systems nicht eine irrig für semantisch geschlossen gehaltene Begriffspyramide gemeint, die für bei ihrem Bau noch nicht bedachte Konstellationen vermöge der „Genealogie der Begriffe“ zu synthetischen Aussagen führende Deduktionen ermöglichen würde.

¹² Zur Unterscheidung von *Normen* und *Prinzipien* allgemein *Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 49 ff. (73 ff., 219 ff., 336 f.); *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978, S. 14 ff. (46 ff.); *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 71 ff.; die im Text angesprochenen zentralen Prinzipien rangieren noch eine Abstraktionsstufe höher, sie bilden sozusagen die axiologische Ursuppe eines ganzen Rechtsgebiets wie die Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats im öffentlichen Recht oder der Privatautonomie im Privatrecht.

ergeben sich zugleich die beiden zentralen Fragen, die die Strafrechtsdogmatik beantworten muss: Warum und wozu überhaupt Strafrecht, und wonach soll sich die Strafe richten? Für die Antwort benötigen wir natürlich, um nicht zirkulär zu argumentieren, ein nicht zu enges und für das weitere Abschreiten der hermeneutischen Spirale¹³ hinreichend elastisches Vorverständnis. Als Strafrecht in einem weiteren Sinn möchte ich denjenigen Teil des Rechtssystems bezeichnen, der die Verhängung von negativen Sanktionen aus Anlass eines unangenehmen Ereignisses gegen Menschen oder Menschengruppen regelt.¹⁴

III. Magisch- und archaisch-primitives Strafrecht

1. In magisch-primitiven Gesellschaften genügt dabei ein magischer Zusammenhang zwischen der Person und dem Ereignis.¹⁵ Auf der nächsten Stufe der Entwicklung muss zwischen der zu bestrafenden Person und dem unangenehmen Ereignis ein spezifischer Zusammenhang bestehen, entweder in Gestalt der Kausalität des Verhaltens der Person für das Ereignis oder in Gestalt eines sozialen Status, kraft dessen das für das Ereignis kausale Verhalten eines anderen auch der Person selbst zugerechnet wird. Diese Zurechnungsform herrscht typischerweise in archaisch-primitiven Gesellschaften, die die Haftung an die bloße Kausalität oder an die bloße Zugehörigkeit zu einer Sippe knüpfen. Reste einer derartigen Strafrechtskonzeption haben bis heute in vielen Rechtsordnungen überlebt, etwa in den zahlreichen Beispielen einer strafrechtlichen Kausalhaftung im Rechtskreis des Common Law.¹⁶ Daneben wird auch die Sippenhaftung immer noch in

¹³ So die *Winfried Hassemer* zu verdankende Reformulierung des „hermeneutischen Zirkels“ (Tatbestand und Typus, 1968, S. 107 f., und dazu *Schünemann*, in: *Neumann/Herzog* [Hrsg.], *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 239).

¹⁴ Für speziellere Fragestellungen wie etwa nach der Realisierbarkeit eines genuine Strafrechts gegen juristische Personen müsste natürlich ein spezifischerer Begriff der Strafe entwickelt werden, sei es entsprechend dem Vorschlag von *Greco* durch den Eingriff in angeborene Rechte (Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 653 ff.; *ders.*, GA 2015, 503 [512 f.], was die eine Ersatzfreiheitsstrafe kennende Geldstrafe ein-, die Geldbuße nach OWiG aber ausschließt!), sei es in der von mir bisher bevorzugten Weise durch die reine Repressivität (*Schünemann*, ZIS 2014, 1; *ders.*, GA 2015, 274 [279 ff.], was eine Verhängung allein wegen des vergangenen Ereignisses bedeutet und deshalb allein durch das Schuldprinzip legitimiert werden kann), sei es durch eine Kombination von beidem.

¹⁵ Wobei auch die Reihenfolge zwischen Ereignis und Sanktion umgekehrt werden kann, beispielsweise wenn Menschen der Gottheit geopfert werden, damit es zukünftig regnet. Ob man auch derartige Phänomene unter einen tentativen Begriff des Strafrechts fassen sollte, kann hier offen bleiben.

¹⁶ Dazu z.B. *Leigh*, *Strict and vicarious liability*, 1983; *Clarkson/Keating*, *Criminal Law*, 3. Aufl. 1994, S. 197 ff.; *Smith/Hogan/Ormerod*, *Criminal Law*, 13. Aufl. 2011, S. 155 ff.; *Jones/Christie*, *Criminal Law*, 1992, S. 59 ff. Zur aktuel-

totalitären Systemen praktiziert. Und auch die Anknüpfung an andere Formen des gesellschaftlichen Status kommt bis heute vor und ist sogar wieder auf dem Vormarsch, so etwa in Gestalt der Verantwortlichkeit des militärischen Befehlshabers gemäß Art. 28 des Rom-Statuts über den Internationalen Strafgerichtshof¹⁷ oder auch tendenziell in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die die Handlungen, die aus einer hierarchisch aufgebauten Organisation heraus begangen werden, direkt dem Anführer dieser Organisation zurechnet, in einem Wirtschaftsunternehmen also dem Vorstand.¹⁸ Ob es sich dabei um ein Relikt oder gar einen Rückfall in primitive Strafrechtsformen oder um moderne Einsichten in legitime Bedürfnisse des Strafrechts handelt, bildet das selbstverständliche Thema einer analytisch-kritischen Strafrechtswissenschaft.

2. In den auf religiösen Wahn gegründeten Gottesstaaten sollte das Strafrecht mehr oder weniger die Hölle schon auf Erden vorwegnehmen, weshalb die als Vergeltung präsentierte Strafe in Wahrheit bei den meisten Delikten in einem sich bis zum Sadismus steigenden Übermaß („Overkill“) bestand.¹⁹ Da die grauenhaften Höllenstrafen nach dem über-

len Diskussion unter besonderer Berücksichtigung der strict liability bei sexuellem Mißbrauch *Leonard*, Buffalo Criminal Law Review 6 (2003), 691. Die historische Analyse von *Leonard* zeigt dabei sehr schön, dass die zuletzt in Guantanamo (dazu *Schünemann*, GA 2003, 299 [312 f.]; *ders.*, in: Moreno Hernández [Hrsg.], Globalización e internacionalización del derecho penal, 2003, S. 115) kulminierende Neigung, das Strafrecht als eine Art staatsterroristisches Instrument einzusetzen, auf dem Sonderweg des Common Law beruht, dessen Strafrechtsdenken nicht auf der Aufklärung und der idealistischen Philosophie, sondern auf dem Puritanismus und Utilitarismus beruht.

¹⁷ Denn weil Art. 28 den Vorgesetzten aus einem Vorsatzdelikt bestraft, wenn er sich fahrlässig verhalten hat, ist es offenbar im Grunde genommen sein Status, der seine Verantwortung begründet, und nicht seine persönliche Schuld. Darin liegt zwar nicht die Legitimation, aber die logische Auflösung des von *Weigend* und *Ambos* registrierten Widerspruchs (*Weigend*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* [Hrsg.], Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1397; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 705); in der Kommentierung von *Fenrick*, in: *Triffterer/Ambos* (Hrsg.), Commentary on the Rome statute of the international criminal court, 3. Aufl. 2016, Art. 28 Rn. 11, wird freilich nicht einmal dieser Widerspruch anerkannt, was für einen Autor aus dem Bereich des Common Law bezeichnend ist.

¹⁸ Dazu mit zahlreichen Nachweisen *Schünemann*, in: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 621 (623 ff.).

¹⁹ Eindrucksvoll die „Fünf (Körper-)Strafen“ für 3.000 Delikte im alten China (dazu *Nienhauser* [Hrsg.], The Grand Scribe's Records, 1994, S. 69), von denen etwa die Todesstrafe des langsamen Zerstückelns (Lingchi) mit einem Zerstückelungsrekord von 500 Teilen bis 1905 oder 1908 praktiziert wurde (*Brook/Bourgon/Blue*, Death by a Thousand Cuts,

wiegend, vor allem von der katholischen Kirche und auch in der protestantischen Confessio Augustana von 1530 anerkannten christlichen Dogma im Jenseits sogar ewig währen würden, war das normative Strafrechtsprinzip der „Übervergeltung“ also in der damaligen ungeschriebenen Verfassung der auf Gottesgnadentum gegründeten christlichen Gemeinwesen implizit enthalten.²⁰ Und auch der Begriff der Straftat ergab sich zum großen Teil aus göttlicher Offenbarung, weshalb etwa *Benedikt Carpzov* noch im 17. Jahrhundert die Bibel wie eine Rechtsquelle behandelt hat²¹ und im Islam die hadd-Vergehen das Recht Gottes verletzen.

IV. Dessen Überwindung in der Aufklärung und die Geburt des modernen rechtsstaatlichen Strafrechts

1. Erst die Aufklärung, laut *Immanuel Kant* die Befreiung des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit,²² hat, vor allem in Gestalt von *Beccaria* und *Hommel*, das Strafrecht aus der intellektuellen und moralischen Dunkelheit der christlichen Überlieferung in die Helligkeit der Vernunft und Humanität transponiert, und zwar durch die Doktrin vom Sozialschaden als seinem einzigen legitimen Zweck.

Beccaria schrieb wörtlich: „Die Vermehrung des Menschengeschlechts [...] vereinigte die ersten Wilden. Die ersten Zusammenschlüsse zogen notwendigerweise die der anderen nach sich, um gegen erstere sich zu behaupten. [...] Es

2008), oder die europäischen Leibes- und Lebensstrafen des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit (anschaulich *Heinemann*, Der Richter und die Rechtsgelehrten, Neudruck 1969, Abb. 101 ff.; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 1963, S. 6 ff.); auf Einbruchsdiebstahl stand nach Art. 185 der Bambergensis bei Männern Erhängen, bei Frauen Ertränken, dieselbe Rechtsfolge auch auf den einfachen Diebstahl im 2. Rückfall (Art. 188), während beim 1. Rückfall nur die Ohren abgeschnitten wurden, (Art. 187).

²⁰ Es ist deshalb leicht zu sehen, dass der Unterschied zwischen dem Strafrecht der Scharia (siehe nur *Zehetgruber*, Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung, 2010) und dem christlichen Strafrecht vor der Aufklärung weit geringer ist als zwischen diesen beiden und dem säkularisierten Strafrecht nach der Aufklärung, von der Vergleichbarkeit des Wütens des IS mit der jahrhundertelangen Ketzerverfolgung durch die katholische Kirche ganz abgesehen. Zur zentralen Rolle des Teufels und der Hölle für die christliche Gesellschaft und damit auch das Strafrecht vor der Aufklärung instruktiv *Flasch*, Der Teufel und seine Engel, 2015.

²¹ Vgl. *Carpzov*, Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Bd. 1, 2. Aufl. 1646, Quaestio 44 Nr. 32, 40, 41, 50, 52, 66 ff. Die Todesstrafe gegen Hexen und Zauberer wird als unmittelbares Gebot Gottes gerechtfertigt (Nr. 50: „Quis tuto negare poterit, revera sortiarior & sortilegos in rerum natura existere, convictus sacrarum literarum auctoritate, quae non modo veneficos & magos existere & suise, veluti Numer. 33 Hierem. 27 Dan. 2. Psalm 578, sed & eosdem mortis poena affici debere restandur ex. Dei mandato“).

²² *Kant*, Was ist Aufklärung?, herausgegeben und übersetzt von Brandt, 1999 (zuerst 1784), S. 20.

war somit die Notwendigkeit, welche die Menschen zur Dahingabe eines Teils der eigenen Freiheit zwang; demnach ist es gewiß, daß ein jeder nur den geringst möglichen Teil seiner Freiheit in das öffentliche Verwahrnis einbringen will, nur soviel, wie ihm reicht, um die anderen dazu zu bringen, auch ihn zu schützen. Die Gesamtheit dieser geringst möglichen Teile macht das Recht zum Strafen aus; alles darüber hinaus ist Missbrauch und nicht Gerechtigkeit.²³ [...] Wir haben gesehen, wonach die Verbrechen bemessen werden sollen, nämlich nach dem der Gesellschaft zugefügten Schaden“ (Teil VIII). Und *Hommel* in seiner berühmten *Hommelischen* Vorrede zu der deutschen Ausgabe von *Beccarias* Werk: „Der selbstdenkende Jurist muß durchaus durch moralische Plauderei und betäubende Wörter sich nicht irre machen lassen, die Größe des Verbrechens in etwas anderem als einzig und allein in dem Schaden zu suchen, welcher daraus der Gesellschaft erwächst. Es sei die begangene Tat [...] immerhin ein [...] moralisches oder theologisches Verbrechen, das geht uns nichts an, die wir uns bloß mit bürgerlichem Unheile beschäftigen. Unsere Regel ist diese: Je trauriger der Erfolg ist, den eine Tat dem gemeinen Wesen verursacht, desto straffälliger ist sie. Hat sie aber keinen nachteiligen Erfolg im gemeinen Wesen, so ist sie gleichgültig, allerwenigstens kein Gegenstand der [...] Strafgesetze.“²⁴ *Beccaria* hat daraus beispielsweise die Straflosigkeit des Selbstmordes gefolgert (Teil XXXII), und *Hommel* sagt noch schärfer: „Man muß Sünde, Verbrechen und verächtliche Handlungen nicht untereinander werfen. Ein Loch im Strumpfe zu haben, ist weder Sünde noch Verbrechen, sondern Schande; seine Schwester zu heiraten, ist bei den Christen Sünde, aber kein bürgerliches Unrecht. Denn Verbrechen oder Unrecht heißt nur dasjenige, wodurch ich jemanden beleidige. Bloß dieses ist Gegenstand bürgerlicher Strafgesetze. Es kann etwas schändlich, es kann etwas sündlich und doch bürgerlich kein Verbrechen sein. Mensch, Bürger und Christ sind drei unterschiedene Begriffe.“²⁵

2. Von besonderer und bis heute ungebrochener Bedeutung ist, dass die göttliche Offenbarung als Grund des Strafrechts in der Geburtsstunde des modernen Strafrechts nicht durch eine logische Deduktion aus einem formalen Rechts- und Pflichtbegriff, sondern durch die Idee des Gesellschaftsvertrages und damit durch das normative Prinzip des Konsenses ersetzt worden ist. Über das damit janusköpfig verbundene Prinzip der Volkssouveränität ist also die Beschränkung des Strafrechts auf den alleinigen Zweck der Verhütung von Sozialschäden in den Prämissen jeder demokratischen Staatsverfassung verankert und liegt damit allen positiven Verfassungen demokratischer Staaten als impliziter Bestandteil notwendig voraus.

3. Inhaltlich geht es bei diesem Begrenzungsprinzip also um den Schutz des Individuums vor der Willkür der Macht-

haber, zu denen in einer parlamentarischen Demokratie selbstverständlich auch die Abgeordneten des Parlaments als Inhaber der gesetzgebenden Gewalt gehören. Dass und wie das normative Prinzip der Sozialschadensverhütung als Zweck des Strafrechts ohne wesentliche inhaltliche Veränderung die Metamorphose in die heute übliche Formel der „ultima ratio zum Rechtsgüterschutz“ erlebt hat, habe ich an anderer Stelle dargelegt,²⁶ und will ich hier nicht wiederholen. Immerhin möchte ich eine Station genauer betrachten, die durch ihren doppelten Gegenpol die entscheidenden Züge des modernen Strafrechts besonders prägnant hervortreten lässt, nämlich die Strafrechtsphilosophie *Immanuel Kants*.

a) *Kants* berühmte Definition des Rechts als des Inbegriffs der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann,²⁷ wird in *Kants* Einleitung in die Rechtslehre zwar auf der Oberflächenstruktur nicht aus einem emphatischen und substantiellen Freiheitsbegriff für das Leben des Menschen in der Gesellschaft, sondern aus verschiedenen formalen Definitionen der von *Kant* gebildeten transzendentalen Grundbegriffe (Pflicht und Verbindlichkeit, Gesetz und Maxime, Wille und Willkür) abgeleitet, hängt aber doch über den für Recht und Moral gleichermaßen geltenden kategorischen Imperativ mit der Würde des Menschen als einem sich seine eigenen Gesetze gebenden Vernunftwesen zusammen. Es wäre deshalb keine Verfälschung dieser deontologischen Basis, wenn man mit dem gleichen Effekt wie bei *Beccaria* und *Hommel* aus *Kants* Rechtsdefinition für das Strafrecht die Folgerung ableiten würde, dass nur Freiheitsverletzungen bestraft werden dürfen und dass deshalb eine positive Rechtsvorschrift, die eine innerhalb der eigenen Freiheitssphäre verbleibende und nicht in fremde Freiheits- und damit Rechtssphären übergreifende Handlung unter Strafe stellt, nicht Recht, sondern Unrecht wäre.²⁸ *Immanuel Kant* selbst hat diese Folgerung für das Strafrecht aber bedauerlicherweise nicht gezogen, sondern hat sich aufgrund einer Verwechslung von notwendiger und hinreichender Bedingung in eine unglückliche Polemik gegen *Beccaria* verstrickt und bei einer bloßen Verletzung der moralischen Pflichten gegen sich selbst, deren Anerkennung in der Ethik diskutabel, im Strafrecht aber unerträglich und in *Kants* eigenem Rechtssystem absurd ist, zur Propagierung von Straftatbeständen verstiegen, deren Erfüllung lediglich Moralnormen verletzt, aber keinen Sozialschaden begrün-

²⁶ *Schünemann*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 133 (138 ff.).

²⁷ *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, in: Weischedel (Hrsg.), *Werksausgabe*, Bd. 8, 1993, S. 337 (A 33/B 33).

²⁸ In diesem Sinne wird *Kants* Strafrechtstheorie gegenwärtig von der *Wolff-Köhler*-Schule rekonstruiert, etwa *Wolff*, in: Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, S. 137 ff. (211 ff.); *Köhler*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1997, S. 22 ff., was aber speziell im Strafrecht die tatsächliche Philosophie *Immanuel Kants* nur selektiv wiedergeben dürfte. Zur Entwicklung der Rechtsverletzungstheorie durch den Kantianer *Feuerbach* siehe umfassend *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrechtstheorie*, 2009, S. 303 ff.

det.²⁹ Die zusätzlichen (!) utilitaristischen Argumente, die *Beccaria* gegen die Todesstrafe vorgebracht hatte,³⁰ sind von *Kant* prompt verabsolutiert und mit dem deontologischen Einwand konterkariert worden, bevor man über den möglichen Nutzen einer Strafe nachdenken könne, müsse die Strafbarkeit des Täters unabhängig von ihren Folgen begründet werden.³¹ Aber dabei hat *Kant* übersehen, dass *Beccaria* ja den Gesellschaftsvertrag und damit ebenfalls die Autonomie des Individuums als deontologische Basis für das Strafrecht benutzt hat. Und *Kant* hat zum zweiten die Schuld des Täters als notwendige Bedingung für die Legitimation der Strafe (dazu sogleich näher) ohne Begründung in eine hinreichende Bedingung verwandelt und damit die in seinem Sittlichkeitskonzept überhaupt nicht ableitbare Vergeltungstheorie der Strafe axiomatisch vorausgesetzt.³²

b) Damit zeigt sich in *Kants* Straftheorie in exemplarischer Weise die Gefahr eines Übergriffs der Moral auf das Strafrecht, indem dem moralischen Vorwurf (dem „Tadel“) neben dem Zweck des Strafrechts, Sozialschäden zu verhüten, und der Schuldidee als reinem Legitimationsprinzip (wegen der Möglichkeit des Täters, die Straftat zu vermeiden), eine selbständig strafbegründende Funktion zuerkannt wird.³³ Nach 200 Jahren die Behauptung zu wiederholen, dass auf Unrecht (gemeint wohl: verschuldetes Unrecht) Strafe zu folgen habe, sei eine „Vernunftnotwendigkeit, und zwar im gedanklich ersten Schritt auch unabhängig von jegli-

cher staatlichen Verfestigung der Rechtsverhältnisse“,³⁴ bedeutet (kantianisch gesprochen) einen Rückfall in die selbstverschuldete Unmündigkeit. Denn aus einem Verbot lässt sich im Falle seiner Verletzung maximal die Pflicht zur Wiedergutmachung ableiten, nicht aber die Pflicht zur Bestrafung des Verletzers: Hat dieser jemandem rechtswidrig ein Auge ausgeschlagen und wird daraufhin ihm eines ausgeschlagen, so ist der Schaden nicht ausgeglichen, sondern verdoppelt worden, so dass der Glaube, dadurch sei das Recht wiederhergestellt worden, zwar nicht so weit geht wie die in vielen Religionen ubiquitäre Erfindung beliebiger übersinnlicher Entitäten,³⁵ aber doch nicht mehr ist als eine *petitio principii* und eine Verwechslung von notwendiger und hinreichender Bedingung, die zwar öfter vorkommt und deshalb eine lässliche Sünde ist, aber wenn ihretwegen Menschen früher ihres Lebens und heute ihrer Freiheit beraubt werden, so hört der Spaß auf.

V. Der Overkill-Charakter auch des modernen Strafrechts und seine daraus für jeden demokratischen Rechtsstaat folgende Begrenzung

1. Andererseits hat *Kants* Insistieren auf einem strikten Vergeltungsprinzip deutlich gemacht, dass sich in Wahrheit weder das frühere noch das moderne Strafrecht in ihrer realen Gestalt hierdurch legitimieren lassen (was nicht nur den Rechtsgüterschutz als alleinigen Zweck des Strafrechts, sondern auch dessen Rolle als *ultima ratio* unabweisbar macht): Wie *Immanuel Kant* zu Recht ausgesprochen hat, wird eine Vergeltung durch das Talionsprinzip beschränkt,³⁶ denn wenn dem Übeltäter etwas Schlimmeres zugefügt wird, als er selbst zu verantworten hat, dann findet gerade keine Vergeltung, sondern nur noch Rache statt. Die Wirklichkeit des Strafrechts bleibt aber auch heute noch nur bei der Bestrafung von Tötungsdelikten und schweren Körperverletzungsdelikten hinter der Talion zurück, während sie im Regelfall weit darüber hinausgeht: Wer ein Vermögensdelikt begeht, erst recht im Rückfall, wird unter Umständen über Jahre hinweg wie ein wildes Tier in einen Käfig gesperrt. Und dasselbe passiert einem Sexualtäter, der Leib und Seele seines Opfers zweifellos übel mitgespielt hat, aber nur über eine ganz kurze Zeitspanne. Dieses fast permanente Übermaß der strafrechtlichen Sanktion, dieser strukturelle Overkill, schließt eine Rechtfertigung durch den Vergeltungsgedanken kategorisch aus, lässt also nur noch den Zweck des Rechtsgüterschutzes übrig und gebietet für den Anwendungsbereich des Strafrechts die heute allgemein anerkannte *Ultima-Ratio-Formel*: Strafen dürfen gerade wegen ihres Overkill-Effekts nur verhängt werden,

²⁹ Ein Beispiel: In den erläuternden Bemerkungen zur 2. Auflage der *Metaphysik der Sitten* hat *Kant* ausdrücklich die von ihm sogenannte Bestialität (Geschlechtsverkehr mit Tieren) ins Strafrecht eingeordnet und als „ein strafbares Verbrechen an der Menschheit überhaupt“ qualifiziert, wobei als Strafe die „Ausstoßung aus der bürgerlichen Gesellschaft auf immer“ für angebracht erklärt wird, weil der Täter „sich selbst der menschlichen unwürdig gemacht“ habe (*Kant* [Fn. 27], S. 488, B 171 f.).

³⁰ *Beccaria* (Fn. 23), Abschnitt XXVIII.

³¹ *Kant* (Fn. 27), S. 453, A 196/B 226.

³² Greifbar in seinem berühmten „Inselbeispiel“, siehe (Fn. 22), S. 455, A 199/B 229. Im Anhang zur 2. Aufl. der „*Metaphysik der Sitten*“ hat *Kant* interessanter Weise in der Fußnote auf S. 171 die Unterscheidung zwischen der Strafbarkeit, welche moralisch sei, und der Strafklugheit, welche pragmatisch sei und von ihm als Prävention verstanden wird, ausdrücklich getroffen, ohne aber auch hier auf die notwendige Kombination von beidem als Voraussetzung der tatsächlichen Bestrafung einzugehen.

³³ Zur Kritik an der modernen Konzeption *Andreas v. Hirschs*, das Strafrecht neben seiner Verhütungsaufgabe auf den moralischen Tadel zu stützen, siehe *meine* Kritik in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 109 (111 ff.); dazu, dass eine Entscheidung zur Normverletzung, also gegen den kategorischen Imperativ, nicht durch die transzendente Freiheitsidee *Kants* erklärt werden kann, siehe *meinen* Beitrag in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, S. 327 (332 ff.).

³⁴ *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, S. 157.

³⁵ Um ein vom Range her mediokres, in seiner Absurdität aber prägnantes Beispiel anzuführen, sei auf die Engelslehre des (angeblichen) Dionysius Areopagita hingewiesen, die durch die erdichtete Entführung seiner angeblichen Reliquien nach Regensburg zu einem dreifachen Veitstanz des Irrsinns gesteigert worden ist (dazu *Wesche*, *Akademie Aktuell* 4/2015, 42 ff.).

³⁶ *Kant* (Fn. 27), II. Teil S. 227.

wenn es um die Gewährleistung der unentbehrlichen Güter des Einzelnen und der Gesellschaft geht und alle anderen Mittel fruchtlos sind; und bei geringfügigen Verletzungen muss ganz auf sie verzichtet werden.

2. Mit dieser Ermittlung des Zwecks der Strafe als des ersten für jedes Strafrecht in einem demokratischen Staat verbindlichen Grundprinzips ist das strafrechtsdogmatische Raisonement freilich noch nicht am Ende. Denn jede utilitaristische (= konsequentialistische) Begründung eines einem Menschen zugefügten Übels, als welches sich der Overkill der Strafe darstellt, verlangt eine Ergänzung durch ein (deontologisches) Legitimationsprinzip gegenüber dem es Erleidenden. Und an diesem Punkt trifft man auf eine überraschende „prästabilisierte Harmonie“ von Deontologie und Konsequentialismus. Denn das Strafrecht als Verbot und Sanktionsandrohung kann ja nur über die Motivation des potentiellen Rechtsgutsverletzers wirken, also nur dann, wenn dieser zur Normbefolgung in der Lage war. Die Möglichkeit des Andershandelns bildet deshalb eine implizite Voraussetzung dafür, dass die Strafrechtsnorm eine (androhungsgeneralpräventive) Wirkung entfalten kann und deshalb für den Fall, dass diese Wirkung ignoriert wird, die angedrohte Sanktion allein wegen der Rechtsverletzung verhängt wird. Zugleich kann aber (nur) in diesem Fall gegenüber dem Normverletzer der persönliche Vorwurf erhoben werden, dass er die Norm nicht befolgt hat, obwohl er dazu in der Lage war. Darin liegt seine Schuld als Legitimationsgrund für die Straftat als Overkill. Und auch diese Anforderung liegt wiederum jeder demokratischen Staatsverfassung notwendig voraus. Denn aus der Idee des Gesellschaftsvertrages als allein möglicher Legitimation von Staatsgewalt folgt die Anerkennung der Autonomie und dadurch Würde des Menschen, die unabhängig von einer Positivierung wie in Art 1 GG zu den impliziten Fundamenten jeder demokratischen Staatsverfassung zählt.

3. a) Die Zweckrationalität in Gestalt der ultima ratio zum Rechtsgüterschutz durch Androhungsgeneralprävention und die Legitimation durch das Schuldprinzip bilden deshalb die beiden strafrechtlichen Fundamentalprinzipien jedes demokratischen Rechtsstaates. Und es ist deshalb auch kein Zufall, dass es in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 und in der ersten rechtsstaatlichen Verfassung Europas, der französischen Verfassung von 1791, im ersten Titel als Teil der Natur- und Bürgerrechte heißt: „Art. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société.“ „Comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société.“³⁷ – womit *Beccarias* Sozialschadensprinzip als dem

positiven Recht vorausliegende und von diesem anzuerkennende Bedingung des Strafrechts eine Formulierung gefunden hat, deren epochale Geltung nicht durch eine Buchstabenjurisprudenz verkümmert werden kann, die bei der Lektüre des zweifellos nicht weniger rechtsstaatlich gemeinten Grundgesetzes ein bestimmtes Wort vermisst. Dass im Wortlaut des Grundgesetzes weder der Begriff des Rechtsgutes noch derjenige des Sozialschadens auftaucht, verschlägt wenig, denn auch vom Embryo liest man dort nichts, und doch hat das BVerfG hierfür wichtige Sätze aus dem GG entwickelt.³⁸ Und wenn im Rechtsstaatsprinzip implizit die Garantie einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ für enthalten erklärt wird,³⁹ so wäre es sonderbar, wenn darin nicht auch ebenso implizit der legitime Zweck dieses Instrumentes und damit dessen Begrenzung geregelt wäre, denn man kann schwerlich die Effizienz eines Mittels für notwendig erklären, ohne zuvor dessen Zweck geklärt zu haben. Man kann es deshalb nur mit Ignoranz oder Unredlichkeit oder beidem erklären, wenn der Gründung und Begrenzung des Strafrechts auf die und durch die Formel der Ultima Ratio zum Rechtsgüterschutz als Umformulierung des gemeineuropäischen und im Anspruch globalen, erstmals von einem Italiener ausgesprochenen und von der Französischen Nationalversammlung proklamierten Sozialschadensprinzips der Vorwurf engstirniger Provinzialität gemacht wird.

b) Wenn darin eine Verletzung des angeblich vorrangigen Demokratieprinzips gesehen wird,⁴⁰ so ist das nahezu abwegig: Die in dieser Kritik steckende Verwechslung von Demokratie (= Herrschaft des Volkes = Respektierung der Menschenrechte und der aus der Idee des Gesellschaftsvertrages abzuleitenden Begründung und Begrenzung der Staatsgewalt) mit der Macht der Parlamente (= eines bloßen Herrschaftsaggregats) wäre selbst dann für einen Staatsrechtslehrer peinlich, wenn nicht gerade die manifeste Krise des parlamentarischen Systems (das in den oligarchischen Cliquen der von

nete *Duport*, siehe *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 7).

³⁸ Beginnend mit BVerfGE 39, 1, dessen weitestgehende Preisgabe durch die aktuelle Rechtsprechung (BVerfGE 88, 203; 98, 265) zwar vom BVerfG selbst nach Kräften verschleiert worden ist, aber ohne dass es im vorliegenden Zusammenhang darauf ankommt.

³⁹ Zahlr. Nachw. bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 1 Rn. 7.

⁴⁰ So aber der Staatsrechtslehrer *Gärditz* (Der Staat 49 [2010], 331 [mit zutr. Kritik von *Zaczyk*, Der Staat 50 [2011], 295]); ebenso *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658), der in methodologischer Hinsicht ebenso fehlerhaft argumentiert, wenn er meint, es gehe der Doktrin des Rechtsgüterschutzprinzips darum, die Rechtsgüter durch „Zugrundelegung ontologischer Kriterien vom demokratischen Substrat des Normativen abzukoppeln“. Denn (von der semantischen Konfusion des Begriffs „demokratisches Substrat des Normativen“ ganz abgesehen; noch kapriziöser *Gärditz*' neuester Begriff der „Demokratizität“ in JZ 2016, 641) zählt das Rechtsgüterschutzprinzip, wie dargelegt, zu den beiden normativen Grundprinzipien des Strafrechts in jeder Demokratie.

³⁷ Die Französische Nationalversammlung war sich auch vollauf bewusst, dass sie hier in der „Verpflichtung, die sie im Angesicht ganz Europas übernommen“ hatte, „nicht davor zurückschrecken“ durfte, „Wahrheiten für alle Zeiten und für alle Länder auszusprechen“, und damit „eine Erklärung gewollt für alle Menschen, für alle Nationen“ (so der Abgeord-

Ambos u.a. zum Angelpunkt erklärten internationalen Machtzirkel ohnehin nichts mehr zu melden hat) inzwischen sogar die These der „Postdemokratie“ erzeugt hätte⁴¹ und wenn nicht gerade das zur Rettung der demokratischen Idee entwickelte Konzept der „deliberativen Demokratie“⁴² im Strafrecht auf eine elaborierte und selbstbewusste Strafrechtswissenschaft als Avantgarde der öffentlichen Meinung angewiesen wäre.

VI. Vorschlag für eine Neuinterpretation der BVerfG-Rechtsprechung

1. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Cannabis-Entscheidung weder den Sozialschaden noch das in der deutschen Diskussion an dessen Stelle getretene Rechtsgüterschutzprinzip als Limitationsprinzip des Strafrechts anerkannt, sondern die darin liegende Hürde gewissermaßen kleingeraspelt, indem zunächst nur die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG für einschlägig und durch jeden beliebigen Grund des Gemeinwohls für einschränkbar erklärt und sodann die Strafbewehrung nur noch am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen wurde.⁴³ Aber eine einzige Entscheidung in dem politisch extrem verminten BtM-Gelände kann unmöglich eine 250-jährige Geschichte des Strafrechts im demokratischen Rechtsstaat zu Makulatur stempeln. So spricht denn auch das gewöhnlich ebenfalls als Ablehnung des Rechtsgüterschutzprinzips verstandene Inzesturteil genau genommen eine andere Sprache, weil das BVerfG dann doch wieder ein dem Inzestverbrechen zugrunde liegendes Rechtsgut darzutun versucht und mit der von ihm verwendeten ultima-ratio-Formel ja ohne einen hinzugefügten Gegenstand schon logisch nicht auskommt (ultima ratio wozu?).⁴⁴ Die beharrliche Betonung des Ultima-Ratio-

Prinzips in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁵ wirkt deshalb wie der Aufbau eines Spannungsbogens, der nach dem erlösenden Wort „Rechtsgut“ hungert, bemerkenswerter Weise sogar zweimal in der Inzest-Entscheidung selbst (BVerfGE 120, 224 Rn. 77): „Strafrecht ist ultima ratio, ist das letzte verfügbare Mittel, um einen Belang der Allgemeinheit zu schützen, und kommt deshalb nur in Betracht, wenn das inkriminierte Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich [sic!] und für das Zusammenleben der Menschen unerträglich, wenn seine Verhinderung besonders dringlich ist.“ Und noch deutlicher in Rn. 35: „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“ Zwar sei es „grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut [sic!], dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei.“ Aber diese Freiheit wird hier in sprachlich eindeutiger Weise an das Vorhandensein eines Rechtsguts geknüpft und nicht etwa schon an jeden schlichten öffentlichen Belang, wie es der „Raspelmethode“ der Cannabis-Entscheidung entsprochen hatte.⁴⁶ In Verbindung mit weiteren neueren Entscheidungen,

Argumente angeführt, die (freilich mit zweifelhaftem Ergebnis, siehe das Sondervotum von *Hassemer*, BVerfGE 120, 224 Rn. 73 ff., sowie *Duttge*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Botke/Haffke/Schünemann/Wolter [Hrsg.], Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 227) ohne Schwierigkeiten in die Rechtsgutstheorie integriert werden können; siehe die Kritik von *Greco*, ZIS 2008, 234; *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Zabel*, JR 2008, 453; *Botke*, in: *Hassemer/Kempf/Moccia* (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag am 20. Mai 2009, 2009, S. 93; *Roxin*, StV 2009, 545; *ders.*, in: *Neumann/Herzog* (Fn. 13), S. 573; *ders.*, GA 2013, 433; *Kühl*, JA 2009, 833; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24; eingehend *Schünemann*, El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!, 2007. Auf die insgesamt eher kritische Monographie von *Fiolka*, Das Rechtsgut, 2006, kann vorliegend nicht näher eingegangen werden; insgesamt scheint mir ihre Position mit dem Inzesturteil vergleichbar zu sein.

⁴⁵ BVerfGE 90, 145 Rn. 198; 96, 10 Rn. 65; 96, 245 Rn. 10; BVerfG, Beschl. v. 6.7.2007 – 2 BvR 1226/07, Rn. 3; 120, 224 Rn. 35.

⁴⁶ In der Cannabis-Entscheidung vom 9.3.1994 findet man erst in den Sondervoten die Sätze: „Ein Unrecht, das sich in einem formalen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot erschöpft, ist nicht strafwürdig und Strafe schon darum nicht erforderlich. Hinzukommen muß, daß das Verbot der Verwirklichung des Schutzes von Rechtsgütern dient, deren Gewicht es aufwiegen kann, daß zu seinem Schutz das sozialethische Unwerturteil einer Bestrafung über denjenigen

⁴¹ Dazu grundlegend *Colin Crouch*, Post-democracy, 2005; ferner die die EU wie die USA treffende, tiefdringende Analyse von *Streeck*, Gekaufte Zeit, 2013, S. 28 und passim, mit den speziell die EU betreffenden Diagnosen der „Entpolitisierung der Wirtschaft bei gleichzeitiger Entdemokratisierung der Politik“ (S. 164) und der „Institutionalisierung von Oligarchie und Expertokratie“ (S. 214); vgl. auch allgemein *Blühdorn*, Simulative Demokratie, 2013.

⁴² Statt aller *Kasiske*, Rechts- und Demokratietheorie im amerikanischen Pragmatismus, 2009, S. 162 ff.

⁴³ BVerfGE 90, 145, vgl. dazu nur die Kritik bei *Schünemann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 221 (233 ff.).

⁴⁴ Zwar hat BVerfGE 120, 224 (241 f.) die Rechtsgutsdoktrin ausdrücklich verworfen und dabei einige spärliche Zitate vorwiegend Freiburger Autoren angeboten, ohne die daran seit langem ausgearbeitete Antikritik (*Schünemann* [Fn. 26], S. 147 ff.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 92 ff.; *ders.*, GA 2002, 21; *ders.*, GA 2007, 2; *ders.*, ZIS 2009, 506; *Neumann*, GA 1999, 35 [39]) oder auch nur die für die moderne Strafrechtsdogmatik repräsentativen Ausformungen der Doktrin (siehe nur *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2 ff.) angemessen zu berücksichtigen, anschließend aber in seinen konkreten Überlegungen zur Strafwürdigkeit des Inzests durchweg

in denen diese oder eine ähnliche Formel verwendet wird, scheint mir (unter Abänderung meiner früheren Einschätzung) eine diskrete Distanzierung des BVerfG von der Nonchalance der Cannabis-Entscheidung unleugbar und dementsprechend eine Neuinterpretation seiner Rechtsprechung geboten zu sein.

2. Besonders begrüßenswert ist dabei in meinen Augen die vom BVerfG vorgenommene Kombination der Sozial-schädlichkeit (negativ) mit dem Rechtsgüterschutz (positiv) und deren Verwendung als austauschbare Formeln. Denn indem *Birnbaum* das von *Feuerbach* verwendete Deliktskriterium der Rechtsverletzung durch die „Gutsverletzung“ ersetzt hat,⁴⁷ hat er inhaltlich eine weitgehende Übereinstimmung mit *Beccarias* „Sozialschaden“ hergestellt.⁴⁸ Über

ausgesprochen wird, der dieses Rechtsgut durch eine schuldhaftige Handlung bedroht [...] Bei der Bestimmung dessen, was in diesem Sinn als strafwürdiges Verhalten anzusehen ist, kommt dem Gesetzgeber ein – beschränkter – Entscheidungsspielraum zu. Zwar läßt sich anhand der grundgesetzlichen Wertordnung mit hinreichender Bestimmtheit ermitteln, was zweifellos in den Kernbereich des Strafrechts gehört; mit gleicher Sicherheit läßt sich sagen, daß gewisse minderwertige Tatbestände aus diesem Kernbereich herausfallen.“ (Rn. 198). „Das Strafrecht soll die Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens schützen. Es wird als „ultima ratio“ dieses Schutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotsensein hinaus in besonderer Weise sozial-schädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“ (Rn. 225). Bereits im Jahr 1997 heißt es dann aber mehrmals in der Entscheidungsbegründung selbst: „Das Strafrecht wird als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotsensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“ (BVerfGE 96, 10 Rn. 65 sowie 96, 245 Rn. 10); und: „Dies folgt aus dem Umstand, dass Kriminalstrafe die am stärksten eingreifende staatliche Sanktion für begangenes Unrecht darstellt und Strafrecht daher nur als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt werden darf.“ (BVerfG, Beschl. v. 6.7.2007 – 2 BvR 1226/07, Rn. 3). Auch die Betonung der Freiheit des Gesetzgebers, „ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will“, in der Lissabon-Entscheidung BVerfGE 123, 267 Rn. 356 ist dann eher als eine Abgrenzung zur Strafpflicht der Abtreibungsentscheidung BVerfGE 39, 1 zu sehen und hält an der Notwendigkeit eines Rechtsguts als Voraussetzung der Bestrafung fest, was e contrario auch durch die Untreueentscheidung BVerfGE 126, 170 bestätigt wird, denn die Feststellung eines schutzwürdigen Rechtsguts (Rn. 84 f.) dient darin gerade zur Begründung der Verfassungsmäßigkeit.

⁴⁷ *Birnbaum*, Archiv für Kriminologie 13 (1834) 149, 172 ff.

⁴⁸ So *meine* Interpretation (Fn. 26), S. 138 ff.; ähnlich *Hefendehl* (Fn. 44 – Kollektive Rechtsgüter), S. 15 ff.; kriti-

Bindings Normen,⁴⁹ in denen der Begriff der „Rechtsgüter“ geprägt wird, und v. *Liszts* Lehrbuch⁵⁰ avancierte der Rechts-gutsbegriff zum Grundbegriff des Strafrechts, damals natur-gemäß in den Fesseln des Gesetzespositivismus.⁵¹ Nach dem Ende des die Rechtsgutsdoktrin limitierenden Gesetzespositivismus und der sie anschließend quasi unterpflügenden NS-Diktatur hat es eigentlich auf der Hand gelegen, vier sie tra-gende Begründungsstränge zu einer Deduktion von überwältigender Überzeugungskraft zu verknüpfen: Zum ersten ließ sich dieser Ansatz, wie soeben dargelegt, in der von jeder Verfassung und damit auch vom Grundgesetz vorauszusetzenden konzeptionellen Basis des Gesellschaftsvertrages und dessen fast 200 Jahre vor Erlass des Grundgesetzes einsetzender Entfaltung für das Strafrecht durch *Beccaria* und Fortentwicklung durch *Hommel* und *Birnbaum* und damit in einer fundamentalen Reflexionsschicht verankern, die jeder Verfassungsgebung in Deutschland vorausging und deren historische Grundlage bildete. Zum zweiten mussten gerade die Missachtung des Rechtsgüterschutzprinzips und der Einsatz des Strafrechts zu beliebigen politischen Zwecken im Dritten Reich die Notwendigkeit einer Begrenzung für den Einsatz dieses Instrumentes evident machen.⁵² Zum dritten

scher das Urteil von *Amelung*, Rechtsgüterschutz oder Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 37 (aber differenzierend, S. 39 ff. [45 ff.]).

⁴⁹ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, 1872, S. 179 ff.

⁵⁰ v. *Liszt*, Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts systematisch dargestellt, 1881: „Die Strafe hat ihren Zweck in dem Schutz der Rechtsgüter, der durch die Androhung der Strafe als Mittel erreicht wird (S. 3). Der Gesetzgeber stellt ein bestimmtes Interesse unter seinen Rechtsschutz, indem er es zu einem Rechtsgut erklärt“ (S. 12).

⁵¹ Vgl. v. *Liszt*, der Rechtsgüter als die „Lebensinteressen des einzelnen oder der Gemeinschaft“ bezeichnete, die von der Rechtsordnung nicht erzeugt, sondern zum Rechtsgut erhoben würden, der aber den Richter selbst dann nicht zur Korrektur des Gesetzgebers für befugt erklärte, wenn dieser sich getäuscht und eine materiell rechtmäßige Handlung unter Strafe gestellt hat (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14. und 15. Aufl. 1905, S. 65 [140], und dazu *Amelung* [Fn. 48], S. 84 f., zur Kritik S. 87 ff.). Ein instruktives Beispiel bietet v. *Liszts* Stellungnahme zur Homosexualität, deren Straflosigkeit er ausdrücklich für geboten erklärte, ohne aber die Gültigkeit der Strafvorschrift zu verneinen (S. 385 f.).

⁵² Denn gerade das Rechtsgüterschutzprinzip ist von der nationalsozialistischen Strafrechtstheorie am erbittertsten attackiert worden, siehe *Schaffstein*, DStrR 1935, 95; *ders.*, DStrR 1937, 335; *ders.*, in: Dahm/Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 108 ff.; weitere Nachweise bei *Amelung* (Fn. 48), S. 228 ff.; *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975, S. 177 ff., und kaum ein anderes

wurde der Gesetzgeber durch das Grundgesetz an die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip gebunden, womit die im Gesetzespositivismus noch geltende Ohnmacht gegenüber der Willkür des Gesetzgebers obsolet war. Und zum vierten musste, in einer selbst wieder vierfach verflochtenen Argumentation, der Einsatz des Instrumentes „Strafrecht“ im Vergleich zu schlichten Grundrechtseinschränkungen deshalb von einem qualitativen Sprung in der Dringlichkeit und *materiellen* Legitimation abhängig gemacht werden, weil 1. das Grundgesetz bei der an sich weniger wichtigen *formalen* Rechtfertigung strafrechtlicher Maßnahmen ausdrücklich einen solchen Legitimationssprung statuiert (arg. Art. 103 Abs. 2, 104 GG), weil 2. die mit der Strafe tendenziell verknüpfte schwere Beschädigung oder gar Zerstörung der sozialen Existenz selbst einen nicht nur quantitativen, sondern qualitativen Sprung zu schlichten Grundrechtseinschränkungen bedeutet, weil 3. der gerade vom BVerfG betonte sozial-ethische Vorwurf, der mit der Kriminalstrafe verbunden sei,⁵³ über die Eingriffe in Freiheit oder Vermögen hinaus den Vorwurf einer Selbstentwürdigung bedeutet, der schon objektiv ein gravierendes Fehlverhalten zur Voraussetzung hat, und weil schließlich 4. der schon dargelegte Charakter des Strafrechts als Overkill, also als au fond unverhältnismäßige Übelszufügung, eine Domestizierung allein durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausschließt⁵⁴ und deshalb ohne eine drastische Einschränkung in den Anordnungsvoraussetzungen kein Recht, sondern staatlicher Terror wäre. Wenn man sich all dies vor Augen hält, so kann ich mich nach wie vor⁵⁵ nicht der Vision erwehren, dass dem BVerfG die strafrechtliche Rechtsgutstheorie vom Grundgesetz auf einer Silberplatte angedient wird wie weiland das Haupt des Jochanaan der Salome und von ihm deshalb auf die Dauer nicht verleugnet werden wird.

3. Zwar hat *Engländer* der vorstehend skizzierten Ableitung des Rechtsgüterschutzprinzips dreifach entgegengehalten, dass es von der Theorie des Gesellschaftsvertrages zu viele Spielarten gäbe, als dass man an irgendeine bestimmte anknüpfen könne; dass es insbesondere keinen Nachweis gebe, dass der Parlamentarische Rat das Grundgesetz an irgendeine bestimmte aufklärerische Vorstellung habe anschließen wollen; und dass die Positionen der Aufklärung auch viel zu sehr durch spezielle religiöse Vorstellungen wie bei *Locke* oder metaphysische Positionen wie bei *Kant* ge-

Rechtsgebiet ist von der NS-Diktatur in so brutaler Weise für ihre die Werte des liberalen Rechtsstaates auf den Kopf stellenden Zwecke missbraucht worden wie das Strafrecht; auf der anderen Seite hat gerade die notorische Frontstellung des Grundgesetzes gegen die Rechtspraxis der Nazidiktatur in der Rechtsprechung des BVerfG einen zentralen Interpretationstopos gebildet, siehe dazu allgemein BVerfGE 6, 32 (37); 18, 112 (117); 30, 173 (192), und speziell im Strafrecht BVerfGE 39, 1 (36).

⁵³ BVerfGE 9, 167 (171); 22, 49 (79); 96, 245 (249).

⁵⁴ In diesem Punkt stimmt auch die an sich rechtsgutskritische Arbeit von *Hörnle* (Grob anstößiges Verhalten, 2005) zu (S. 35 ff.).

⁵⁵ Vgl. bereits *Schünemann* (Fn. 26), S. 144.

prägt gewesen seien, als dass sie dem weltanschaulich neutralen Grundgesetz unterlegt werden dürften.⁵⁶ Aber das geht meines Erachtens an den eigentlichen Fundamenten des Rechtsgüterschutzprinzips dreifach vorbei. Die philosophischen Feinheiten in den unterschiedlichen Spielarten des Kontraktualismus der Aufklärungszeit haben für die Forderung des gesellschaftlichen Schadens als Bedingung der staatlichen Strafgewalt weder bei *Beccaria* noch in den französischen Revolutionsverfassungen eine Rolle gespielt, geschweige denn religiöse oder metaphysische Spekulationen. Das den Sozialschadensgedanken umformulierende Rechtsgutsdogma wird man in Kaiserreich und Weimarer Republik als herrschend bezeichnen dürfen, wenn auch natürlich in den Grenzen des damaligen Gesetzespositivismus. Indem es im Nationalsozialismus verworfen wurde, war es für eine Wiederaufrichtung unter dem Grundgesetz geradezu prädestiniert, und jetzt nicht nur innerhalb des einfachen Gesetzes, sondern innerhalb der freiheitlichen Verfassung und ihren Gewährleistungen. Dass der Overkill des Strafrechts wegen seiner einzigartigen Brutalität nach einer ebenso exceptionellen Eingriffshürde verlangt, drängt sich selbst dem Alltagsverstand auf. Und dass die in der aufgeklärten Vernunft ebenso wie in der Tradition der Strafrechtswissenschaft zu findende Hürde des Rechtsgüterschutzprinzips im Wortlaut des Grundgesetzes keinen Ausdruck gefunden hat, gilt ja ganz genauso für das Schuldprinzip oder das Prinzip der materiellen Wahrheit und steht deshalb wie diese einer Verankerung im Rechtsstaatsprinzip nicht im mindesten im Wege.

VI. Zur methodologischen Struktur des Rechtsgutsbegriffs

1. Dann bleibt freilich die methodologische Kritik an der Rechtsgutsformel übrig, dass sie wegen ihrer semantischen Unbestimmtheit letzten Endes doch nur ein Passe-partout für jede politische Entscheidung und damit wertlos sei.⁵⁷ Aber hoch abstrakte Begriffe wie das „Rechtsgut“ sind nicht nur in einer systematischen Rechtswissenschaft unverzichtbar, sondern auch trotz ihrer relativen Unbestimmtheit konkretisierungsfähig, sofern sie einen von der Extension her deutlichen und allgemein akzeptierten Kern haben, d.h. sofern evidente Beispielfälle („Archetypen“) benannt werden können – bei den Rechtsgütern die angeborenen Rechte Leben, Leib und Freiheit sowie für alle entwickelten Gesellschaften das Eigentum. Dieser Kern kann dann durch Analogiebildung Schritt für Schritt erweitert werden, wobei es – wie bei jeder Typus-Konkretisierung – wichtig ist, einen Gegenbegriff zu bilden, der ebenfalls einen von der Extension her deutlichen und allgemein akzeptierten Kern an „Archetypen“ besitzt, wobei dann – wie bei jedem Typusbegriff – die charakteristischen Züge des Typus herauszuarbeiten und in ihrer quantitativen Ausprägung zu einem Gesamtprofil zu addieren sind.⁵⁸

⁵⁶ *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616, 627 ff.

⁵⁷ Siehe etwa *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (656 f.) in Wiederholung alter Einwände (z.B. von *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2000, § 2 Rn. 7). Dazu die grds. Kritik bei *Roxin*, in: Neumann/Herzog [Fn. 44], S. 579.

⁵⁸ Dies habe ich für die Bestechungstatbestände durch die Entgegensetzung von Unrechtsvereinbarung und Repräsentation

2. Der Gegenbegriff zum Rechtsgut ist die „Lebensform“, die in einem demokratischen Rechtsstaat nicht mit den Mitteln des Strafrechts erzwungen werden darf. Dass diese wechselseitige Konkretisierung der durch das Strafrecht schützbarer Rechtsgüter einerseits, der strafrechtsfesten Lebensformen andererseits natürlich nicht mit der im Recht niemals erreichbaren mathematischen oder empirischen Sicherheit, aber mit hoher argumentatorischer Plausibilität erreichbar ist, habe ich an einzelnen konkreten Beispielen bei anderen Gelegenheiten mehrfach demonstriert.⁵⁹ Das soll und kann hier nicht wiederholt werden. Stattdessen beschränke ich mich auf den Hinweis, dass es sich hierbei auch nicht um eine Art juristischen Schleichweg, sondern um einen besonders instruktiven Anwendungsfall methodologischer Erkenntnisse handelt. Denn in der modernen Sprachphilosophie ist längst anerkannt, dass die klassische Definition durch *genus proximum* und *differentia specifica* ein extremer Sonderfall ist, an dessen Stelle (um nur die wichtigsten sonstigen Kategorien sprachlicher Repräsentation herauszugreifen) der *Typus*⁶⁰, die *Familienähnlichkeit* im Sinne *Wittgensteins*⁶¹

tionsakt und durch die Herausarbeitung von sechs verschiedenen Zügen demonstriert (*Schünemann*, in: Dannecker [Hrsg.], Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 777 [791 ff. 795 ff.]), die vom BGH (notabene ohne Zitat) weitgehend übernommen, aber als „Indizien einer wertenden Beurteilung des Tatrichters“ missverstanden worden sind (BGHSt 53, 6 [16 f.]). Zum Straftatbegriff als Typus knapp und treffend bereits *Hefendehl* (Fn. 44 – Kollektive Rechtsgüter), S. 107 ff.

⁵⁹ *Schünemann* (Fn. 26), S. 149 ff.; *ders.*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, S. 51 ff.; *ders.*, in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlens (Hrsg.), *Mediating Principles*, 2006, S. 18 ff.; *ders.*, *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos*, 2007; in dieselbe Richtung *Roxin*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, 2005, S. 135; *ders.* (Fn. 44 – AT), § 2 Rn. 12 ff.; *ders.* (Fn. 57), S. 573; *ders.*, GA 2013, 433; *Greco*, ZIS 2008, 234; *ders.*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, S. 303 ff.; *Hefendehl* (Fn. 44 – Kollektive Rechtsgüter), S. 18 ff.

⁶⁰ Wobei die Karriere der Konzeption vom Typus in der Rechtstheorie besonders aufschlussreich ist: Während dessen ursprüngliche hermeneutische Beschreibung durch *Arthur Kaufmann*, *Analogie und „Natur der Sache“*, 1965; *Hassemer*, *Tatbestand und Typus*, 1968; *Leenen*, *Typus und Rechtsfindung*, 1971; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 460 f., zunächst von *Kuhlen*, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, 1977, S. 163 ff., und von *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 73 ff. scharf kritisiert worden war, ist diese inzwischen von *Kuhlen* selbst (*Kuhlen*, in: *Herberger/Neumann/Rüßmann* [Hrsg.], *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP-Beiheft 45, 1992, S. 101 [119 ff.]); *Puppe*, in: *Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 15 (25 ff.), logisch präzisiert und rehabilitiert worden (*Schünemann*, in: *Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth* [Hrsg.] *Festschrift*

oder die Exemplifizierung einer nur verschwommen erfassten Intension durch einige Fälle der Extension⁶² tritt, deren weitere Explikation durch ein analogisches Verfahren zu erfolgen hat, das in der ontologischen Hermeneutik immer schon als Normalfall der juristischen Methode angesehen worden ist.⁶³

VII. Die Aufgabe der (Straf-)Rechtsdogmatik als vierte Gewalt

1. Was ich vorstehend am sog. systemkritischen, d.h. strafrechtsbegrenzenden Rechtsgutsbegriff zu zeigen versucht habe, gilt *pars pro toto* für alle Strafrechtsprobleme und ihre rechtswissenschaftliche Behandlung: Die rechtsstaatliche Begrenzung der Strafgewalt durch das Rechtsgüterschutz- und das Schuldprinzip muss in der Weise bei allen Anwendungsfragen berücksichtigt werden, dass die Zwischenschritte und die konkreten Ergebnisse in ein Gesamtsystem eingeordnet und an ihm kontrolliert werden, um vermöge des Gebots der Widerspruchsfreiheit die Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes und damit die Gerechtigkeit bei allen einzelnen dogmatischen Figuren zu gewährleisten. Der jeweilige Machthaber (im einzelnen Strafverfahren der Richter) kann deshalb nicht nach Willkür entscheiden, sondern muss bald abstraktere, bald konkretere Regeln und Prinzipien respektieren.

2. Das gilt selbst bei seiner vergleichsweise einfachsten dogmatischen Tätigkeit, der Auslegung der Tatbestände des Besonderen Teils. Hier gibt der sog. systemimmanente⁶⁴ Rechtsgutsbegriff der teleologischen Auslegung Halt und Ziel. Ungleich bedeutender ist die dogmatische Arbeit bei der Analyse der allgemeinen, für alle oder jedenfalls viele Straftatbestände übereinstimmend gültigen Strafbarkeitsvoraussetzungen. Aus dem Zweck des Rechtsgüterschutzes und der Legitimation durch das Schuldprinzip, das die individuelle Vermeidbarkeit der Tat voraussetzt und sich dadurch mit dem Schutzmechanismus der Androhungs-Generalprävention deckt, lassen sich auf deduktivem Wege erstaunlich viele spezielle Strafbarkeitsvoraussetzungen ableiten. Dabei geht

für *Arthur Kaufmann* zum 70. Geburtstag, 1993, S. 299 (304 ff.); zur Anwendung auf den Vorsatzbegriff *Schünemann*, in: *Weigend/Küpper* [Hrsg.] *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag* 11. April 1999, 1999, S. 363 [370 ff.]; schließlich zur Anwendung auf den Rechtsbegriff selbst *Schünemann*, in: *Joerden/Wittmann* [Hrsg.], *Recht und Politik*, ARSP-Beiheft 93, 2004, S. 133 ff. [142]).

⁶¹ *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, S. 65 ff.; dazu v. *d. Pfordten*, in: *Joerden/Wittmann* (Fn. 60), S. 51 ff. (55).

⁶² Zur semantischen Unterscheidung zwischen Extension und Intension vgl. nur *Stegmüller*, *Erklärung, Begründung, Kausalität (Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie I)*, 2. Aufl. 1983, S. 94 ff.; v. *d. Pfordten*, *Deskription, Evaluation, Präskription*, 1993, S. 133 ff.

⁶³ *Arthur Kaufmann* (Fn. 60), *passim*; *ders.*, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, 1999, S. 59 ff.

⁶⁴ Diese Terminologie geht zurück auf *Hassemer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, S.19.

es vor allem und in vielen Fällen darum, die Bestrafung wegen bloßen Zufalls auszuschließen. Durch die Entwicklung einer Doktrin der objektiven Zurechnung soll sichergestellt werden, dass der Sozialschaden auf der Normverletzung beruht, weil er bei Beachtung des strafrechtlichen Verbots ausgeblieben wäre, dass also nicht nur ein äußerlicher, sondern ein funktionaler Zusammenhang zwischen der verbotenen Handlung und dem Schadenseintritt existiert.⁶⁵ Die Irrtumslehre sorgt dafür, dass der Täter nur für diejenigen Umstände verantwortlich gemacht wird, die er kannte oder hätte erkennen können, ist also eine Verfeinerung des Schuldprinzips.⁶⁶ Indem der Begriff der Täterschaft durch die Tatherrschaft ausgeführt wird, wird der Schwerpunkt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf diejenigen Personen gelegt, die in der konkreten Situation die maßgebliche Entscheidung über das Wohl und Wehe des Rechtsgutsobjekts treffen.⁶⁷ Das gilt auch für die Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, die als Herrschaft über den Grund des Erfolges in den beiden Formen der Herrschaft über eine Gefahrenquelle oder über die Hilflosigkeit des Rechtsgutsobjekts die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen Personen sicherstellt, deren Position mit der Herrschaftsgewalt eines Begehungstäters vergleichbar ist.⁶⁸

3. Wegen dieser Aufgabe der von Wissenschaftlern betriebenen Dogmatik zur intellektuellen Kontrolle der von Richtern gefällten Entscheidungen habe ich die Rechtswissenschaft⁶⁹ als eine Art Vierte Gewalt apostrophiert.⁷⁰ Zwar werden in der politischen und sogar staatsrechtlichen Diskussion gewöhnlich die Massenmedien als vierte Gewalt bezeichnet,⁷¹ was in einem soziologischen Sinne zweifellos zutrifft. Dass die von diesen ausgeübte Herrschaft, die in der

nach Infotainment hungernden Freizeitgesellschaft gigantisch gewachsen ist, seit dem Verlust interner „checks and balances“ infolge der (beim ersten Auftreten vor 50 Jahren eine heftige Gegenbewegung in der Gesellschaft auslösenden, heute alltäglich erscheinenden) Großen Koalition mit ihrer weitgehenden Gleichschaltung der sog. Leitmedien als Folge außer Kontrolle geraten ist (worin eine gewichtige Ursache der in den Medien verwundert berichteten „Politikverdrossenheit“ der Bevölkerung und der Demokratiekrise liegt), zeigt sich im Recht beispielsweise in der immer ungenierteren Einmischung in laufende Gerichtsverfahren, etwa durch Pseudo-Dokumentarfilme über den NSU-Komplex bei laufender Hauptverhandlung, noch dazu im öffentlich-rechtlichen Fernsehen, oder durch den erbärmlich voyeuristischen Medienhype um Kachelmann und Lohfink. Im Gegensatz dazu steht die intellektuelle Kontrolle aller drei Staatsgewalten durch die dogmatische Rechtswissenschaft, die keinerlei Macht besitzt (also nicht herrscht) und gerade deshalb die sonst unlösbare Frage beantworten kann „quis custodiet ipsos custodientes?“. Allein dadurch wird also ein legitimer Abbruch des in einem gewaltenteilenden Rechtsstaat sonst unendlichen Kontrollregresses möglich. Auch wer hierin eine unstatthafte Apotheose der Rechtsdogmatik erblickt,⁷² wird nicht leugnen können, dass eine Rechtsprechung, die sich der rechtswissenschaftlichen Kritik nicht stellt, nicht mehr als eine Kadijustiz ist, die es in einem Rechtsstaat nicht geben darf: Allein durch diese Kontrolle kann deshalb die demokratisch nicht ausreichend legitimierte Gewalt der Rechtsprechung gerechtfertigt und erträglich gemacht werden. Und daraus folgt zwingend die Notwendigkeit einer Öffnung der Rechtsprechung zum dogmatischen Diskurs mit der Rechtswissenschaft.

⁶⁵ Dazu statt aller: *Roxin* (Fn. 44 – AT), § 11 Rn. 44 ff.; *Schünemann*, GA 1999, 207 ff.

⁶⁶ Dazu statt aller: *Roxin* (Fn. 44 – AT), § 21 Rn. 1 ff.; zum typologischen Vorsatzbegriff *Schünemann* (Fn. 60 – FS Hirsch), S. 363; zum Zusammenhang von Wertung und System beim Erlaubnistatbestandsirrtum zuletzt *Schünemann/Greco*, GA 2006, 27.

⁶⁷ Nach wie vor grundlegend: *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2015; zur Erweiterung des Herrschaftsprinzips als allgemeine Täterschaftsstruktur *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 16, 39 ff.

⁶⁸ Dazu zuletzt *Schünemann*, GA 2016, 301.

⁶⁹ Wobei diese natürlich von jedem betrieben wird, der Rechtsfolgen nicht kraft eigener Machtvollkommenheit anordnet (wie die Exekutive und Judikative), sondern anhand vernünftiger Argumentation für unser Rechtssystem postuliert.

⁷⁰ *Schünemann*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Fn. 17), S. 1 (8); *Schünemann*, in: *Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier* (Hrsg.) *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 39.

⁷¹ Vgl. nur von Graevenitz (Hrsg.), *Vierte Gewalt?*, 1999.

VIII. Schaf im modischen Wolfspelz: die Rückschrittspropaganda

Eine ernstzunehmende Kritik an diesem Konzept der dogmatischen Strafrechtswissenschaft muss selbstverständlich an dessen inhaltlichen Positionen ansetzen. Das wird immerhin mit der Behauptung ihres Widerspruchs zum Demokratieprinzip wenigstens versucht – auch wenn diese Kritik in der Sache irrig ist, wie oben gezeigt wurde. Davon abgesehen, kann ich in *Ambos*' Wiederholung älterer Vorwürfe nur Missverständnisse, Zerrbilder und Allerweltsweisheiten entdecken, auf die ich mich gleichwohl nachfolgend aus zwei Gründen etwas näher einlassen möchte: einmal, weil *Ambos* selbst „auf Gegenrede hofft“ (177⁷³) und ich ihm dadurch meine Reverenz erweisen möchte; und zum anderen, weil

⁷² Die umgekehrte Antikritik *Pawliks*, auch die Rechtswissenschaft übe durch ihren Einfluss auf die Gerichte Herrschaft aus, was ich angeblich verkannt hätte (*Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 44 Fn. 143), verkennt in Wahrheit selbst das beim Vergleich mit den Staats-„Gewalten“ allein sinnvolle Verständnis von „Herrschaft = Befehlsgewalt = gewaltsam durchsetzbar“ und erliegt deshalb einer quaternio terminorum.

⁷³ In Klammern gesetzte Zahlen bezeichnen nachfolgend die Seitenzahlen der Publikation in *Ambos*, GA 2016, 177.

seine Thesen durch ihre vierfache Publikation,⁷⁴ durch den hohen Bekanntheitsgrad ihres *Autors* in Lateinamerika und vor allem deshalb eine weite Verbreitung erwarten lassen, weil sie die aktuelle Speerspitze eines sich in den letzten Jahren fast zu einer „Schule“ entwickelnden Revisionismus bilden.

1. a) *Ambos* meint, von ihm als Bekräftigung und Weiterentwicklung der Gedanken *Joachim Vogels* verstanden, „dass sich die deutsche Strafrechtswissenschaft an einem Scheideweg befindet: Entweder sie öffnet sich tatsächlich der Internationalisierung und Europäisierung oder sie verharrt weiterhin in selbstbewusster Provinzialität“ (177 unter Hinweis auf *Fletcher* und auf *Doninis* Rüge eines „nationalistischen Provinzialismus“). Den *pragmatischen* Grund für die notwendige „Öffnung“ sieht er „in einem internationalen Bedeutungsverlust der deutschen Strafrechtswissenschaft auf praktisch allen Ebenen“, freilich abgesehen „von zahlreichen Staaten des sog. Civil Law Rechtskreises“; den *theoretischen* in der Fehlerhaftigkeit ihres „demokratiefernen, abgehobentheoretischen, mitunter sogar autoritären Diskurses“ (177, 178).

b) So wie in diesen Thesen der Inhalt der ganzen Abhandlung konzentriert ist, so auch ihre unklare Semantik, ihre verzerrte Wirklichkeitswahrnehmung und ihre Ausklammerung der wissenschaftstheoretischen und -soziologischen Zusammenhänge.

aa) Die Anerkennung des in der deutschsprachigen strafrechtsdogmatischen Literatur von allen Teilnehmern verlangten Rationalitätsniveaus (der von mir sog. *mos analyticophilosophicus civitatis iuris* – „mapci“)⁷⁵ als maßstababbildend beschränkte sich immer schon auf den „sog. Civil Law Rechtskreis“ außerhalb der frankophonen Staaten, weil das englische Common Law und demzufolge alle ehemaligen Kolonien Großbritanniens (einschließlich den erst 1783 ausgescherten USA) ebenso wenig an einem konstruktiven Dialog und Austausch mit dem Rest der Welt interessiert waren wie die um das Jahr 1800 weltweit führende, aber die „rechtsphilosophische Wende“ der Strafrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert nicht mehr nachvollziehende französische Strafrechtsdogmatik einschließlich der von ihr geprägten ehemaligen französischen Kolonien. Die Grenzlinien des Strafrechts wie auch der zugehörigen Dogmatik sind also damals wie heute im Ausgangspunkt identisch mit den machtpolitischen Grenzen, so dass die außerhalb des anglo-amerikanischen und des frankophonen Machtbereichs verbreitete und allein mit der Kraft des besseren Arguments erreichte Anerkennung des *mapci* einen starken Beweis für dessen „machtungeschützte Richtigkeit“ ergibt. Und das auch weiterhin, denn der von *Ambos* behauptete „Bedeutungsverlust“ erfasst ja mitnichten die deutsche Strafrechtswissenschaft und den von ihr verbreiteten *mapci*, sondern die Stel-

lung und den Einfluss der deutschen Regierung bei der Ausarbeitung strafrechtlicher Konventionen, bei deren laut *Ambos* teils unbefriedigender Umsetzung und bei der Besetzung und Arbeitsweise der dabei geschaffenen Institutionen.⁷⁶ Für diese notorische Schwäche gibt es genügend andere Beispiele außerhalb des Strafrechts, man denke nur daran, dass die Bundesrepublik Deutschland mit einer Beteiligungsquote von über 25 % am Euro im EZB-Rat nur halb so stark (!) vertreten ist wie Malta und Zypern mit zusammen kaum mehr als dem hundertsten Teil (0,27 %). Den Unwillen oder die Unfähigkeit der deutschen Regierung bei der internationalen Wahrnehmung nationaler Interessen als einen Beleg für die Fehlerhaftigkeit des (nicht nur) in Deutschland anerkannten Rationalitätsniveaus der Strafrechtswissenschaft auszugeben, ist deshalb abwegig.

bb) Schon der Jurastudent muss (häufig zu seinem Leidwesen) die Erfahrung machen, dass im deutschen Strafrecht praktisch alles intensiv und kontrovers diskutiert wird, von den obersten Prinzipien bis zu einer einzelnen Gerichtsentcheidung u.U. sogar von Instanzgerichten. Die Abhandlungen zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Besonderen Teils sind oft kaum noch zu zählen bis hin zur permanenten Behandlung kleinteiliger Auslegungsfragen wie etwa des Begriffs der Waffe oder des gefährlichen Werkzeugs;⁷⁷ und wo Grundsatzfragen wie die richtigen Begriffe von Schuld oder Fahrlässigkeit oder der Aufbau des Strafrechtssystems erörtert werden, wird das vom „goldenen Überfluss der Welt“ genommen und schmälert den Strom praxisnaher Literatur nicht im mindesten.⁷⁸ Als weiteres Beispiel nenne ich die

⁷⁶ Dazu in deskriptiver Hinsicht zutr. *Vogel*, JZ 2012, 26, zur Bewertung *Schünemann* (Fn. 4), S. 237. *Ambos* kritisiert die seines Erachtens unzulängliche Umsetzung der Folterkonvention (S. 179, 181), rühmt im Übrigen das instrumentelle Strafrechtsverständnis der internationalen Gebilde (180 u.ö.) und verbucht namentlich die unter seiner wissenschaftlichen Beratung erzielten Erfolge im Völkerstrafrecht (183, 184).

⁷⁷ Die Zahl der Veröffentlichungen zu diesem Tatbestandsmerkmal der § 244 und 250 StGB geht in die Dutzende, vgl. nur *Becker*, Waffe und Werkzeug als Tatmittel im Strafrecht, 2003; *Fischer*, NSTZ 2003, 569; *Geppert*, Jura 1999, 599; *Giesen*, Die Tatmittel in der Diebstahls- und Raubqualifikation gemäß §§ 244, 250 StGB, 2002; *Küper*, JZ 1999, 187; *Leißner*, Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs im StGB, 2002; *Lesch*, JA 1999, 30; *Schmid*, Das gefährliche Werkzeug, 2003; *Schroth*, NJW 1998, 2861 (2863 ff.); *Streng*, GA 2001, 359.

⁷⁸ Um dafür ein nicht bloß *aperçuhafes*, sondern quantitativ aussagekräftiges Beispiel anzuführen: Das Verzeichnis der Literatur zwischen 1950 und 1995, die ich in der 11. Aufl. meiner Kommentierung des § 266 StGB im Leipziger Kommentar nachwies, umfasste zwei Seiten, das sodann in der 12. Aufl. für die in 15 Jahren hinzugekommene Literatur hinzugefügte Verzeichnis dagegen über acht Seiten, wobei die Beiträge durchweg ganz konkrete Fälle aus der Rechtsprechung auf- und damit ins volle Leben hineingreifen, und seitdem sind abermals viele Dutzende Dissertationen und Aufsätze hinzugekommen.

⁷⁴ Wobei es sich für die noch ausstehenden Publikationen empfehlen dürfte, die offensichtlichen Zitatfehler in den Fn. 33, 34, 85, 118, 129, 130 und 133 zu korrigieren.

⁷⁵ Dessen Explikation sich in *Schünemann* (Fn. 4), besonders S. 236, und auch oben im Text unter II.-VII. findet und jedem Teilnehmer an dieser Diskussion implizit geläufig ist.

strafrechtliche Produkthaftung, die natürlich in allen Industriestaaten dieselben Sachprobleme aufwirft, aber nur in den den *mapci* verwendenden Strafrechtskulturen unablässig weiter diskutiert wird.⁷⁹ Weil sich daran mittlerweile auch

⁷⁹ Die deutsche Diskussion wird unablässig fortgebildet, siehe nur *Bloy*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 35; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 110 ff.; *Hilgendorf*, GA 1995, 522; *ders.*, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 33; *Holtermann*, Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung, 2007; *Kuhlen*, in Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, S. 79 ff.; *Schmucker*, Die „Dogmatik“ der strafrechtlichen Produktverantwortung, 2001. Gerade weil niemandes Meinung dabei sakrosankt ist, habe ich immer wieder um meinen Standpunkt mit Argumenten kämpfen müssen, siehe *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *ders.*, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 68 f.; *ders.* (Fn. 18), S. 621; *ders.*, in: Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 2002, S. 121 f. In Frankreich gibt es einen allgemeinen Personengefährdungstatbestand, Art. 223-1 Code Pénal, dazu näher *Pradel/Danti-Juan*, Droit pénal spécial, 4. Aufl. 2007, Rn. 129 ff.; zur Haftung aus dem Verletzungsdelikt Rn. 78; es gibt ferner ein umfassendes Verbraucherschutzstrafrecht, das auch abstrakte Gefährdungsdelikte durch fehlerhafte Produkte miterfasst, dazu *Stasiak*, Droit pénal des affaires, 2. Aufl. 2009, S. 509 ff.; *Jeandidier*, Droit pénal des affaires, 6. Aufl. 2005, S. 595 ff. Aber eine Spezialliteratur hierzu, die mit der deutschen qualitativ oder quantitativ auch nur annähernd verglichen werden könnte, ist weder existent noch auch nur in Sicht, deshalb offenbar die französische (wie übrigens auch englische) Übung, in Gesamtdarstellungen im Unterschied zur deutschen Übung so gut wie keine Aufsätze oder Monographien zu zitieren. Noch krasser ist die Situation im Bereich des common law. In den USA wird die Produkthaftung ausschließlich als ein zivilrechtliches Problem angesehen, weshalb der Vorstoß des Senators Arlen Specter, einen bundesrechtlichen Spezial-Straftatbestand zu schaffen, auf heftige und bis heute erfolgreiche Kritik stieß (siehe *Vandall*, Catholic University Law Review 57 (2008), S. 341; *Schwartz/Silverman*, Criminalizing Product Liability Law: Putting to Rest a Bad Idea, U. S. Chamber Institute for Legal Reform, 2006). In England gibt es mit demselben praktischen Effekt den eigenständigen Tatbestand einer fahrlässigen Tötung durch Unternehmen („corporate manslaughter“, in Schottland „corporate homicide“) auf Grund des Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 (dazu näher *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law, 8. Aufl. 2016, S. 172 f. 303 f.), neben dem zwar eine strafrechtliche Verfolgung der individuell Verantwortlichen wegen manslaughter und gross negligence nach dem Health and Safety at Work etc Act 1974 nicht ausge-

Jurastudenten mit eigenen Publikationen beteiligen und überdies eine Art permanenter Schlagabtausch zwischen kritischen Rezensionen aller irgendwie bedeutenden Gerichtsentscheidungen einerseits und der Berücksichtigung der dogmatischen Literatur in diesen Entscheidungen andererseits zum *mapci*-Standard gehört,⁸⁰ ist die Meinung von *Ambos*, hier

geschlossen ist, aber in der Dogmatik doch nur eine geringe Rolle spielt, weshalb das Standardwerk von *Whittaker*, The Development of Product Liability, 2012, unter „criminal liability“ zwar Regelungen in Frankreich, Italien und Spanien erwähnt (S. 93 f., 223 f. und 253 f.), nicht aber im Vereinigten Königreich. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, es fehle eben hier an vergleichbaren Skandalen wie Contergan und Lederspray in Deutschland und Colza Öl in Spanien, denn in England findet sich der leading case *Donoghue v. Stevenson* bereits im Jahre 1932 (dazu *Whittaker*, aaO., S. 19 f. [32 f. 52 ff.], und in den USA gab es schon in den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts den Ford Pinto Skandal. Außerdem lässt sich der Quantensprung in der Quantität, Intensität und Subtilität der Problembearbeitung zwischen dem *mapci* einerseits, der französischen und angloamerikanischen Strafrechtsdogmatik andererseits an jedem beliebigen Beispiel demonstrieren, seien es die schon erwähnten unechten Unterlassungsdelikte, die sachlogischen Grundlagen der Täterschaft (deren Analyse nicht einmal durch das epochale Werk *Roxins* über „Täterschaft und Tatherrschaft“ [1963] zur Ruhe gekommen ist, siehe nur zur erneut aufflammenden Diskussion *Schünemann*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter [Fn. 44], S. 799; *Rotsch*, in Groppe/Hecker/Kreuzer/Ringelmann/Witteck/Wolfflast [Hrsg.], Strafrecht als ultima ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 309) oder die objektive Zurechnung, deren kontroverse Behandlung in Deutschland mittlerweile Regale füllt, während (als Beispiel) in England die in der Entscheidung *R. v. Blaue* ([1975] 61 Cr App R 271) formulierte „thin skull rule“, derzufolge der Täter auch für unvorhersehbare Anfälligkeiten des Opfers und damit also unsinniger Weise für Zufall haftet, immer noch das Maß aller Dinge ist (siehe *Glanville Williams*, Law Quarterly Review 77 [1961], 179 [195]; *Moore*, Causation and responsibility, 2009, S. 221 ff.; *Loveless*, Complete Criminal Law: Text, Cases, and Materials, 2012, S. 94 ff.).

⁸⁰ Genau das hat schon *v. Liszt* im Vorwort seines Lehrbuchs des deutschen Strafrechts am Reichsgericht gerühmt („Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts systematisch dargestellt“), und der nach wie vor international beispiellos aufwändige Begründungsstil der BGH-Entscheidungen wird dieser Anforderung im Grundsatz gerecht. Freilich nur im Grundsatz, denn zum einen ist namentlich bei den Strafsenaten des BGH eine Tendenz feststellbar, „immer nur ad hoc die vom Ergebnis her passenden Begründungstorsi zu übernehmen, nicht aber das sie erst gebärende systematische Gesamtkonzept, so daß sie beim nächsten Problem, gleich einem an keine logische Konsequenz gebundenen Schmetterling, auf das nächste dogmatische Gewächs hinüberflattern

finde ein „demokratieferner, abgehoben-theoretischer, mitunter sogar autoritärer Diskurs“ statt, nur für jemanden nachvollziehbar, der noch niemals eine deutsche strafrechtliche Fachzeitschrift gelesen hat. Von „Demokratieferne“ zu sprechen, ist überdies ohne Begriffsverwirrung nur beim systemkritischen Rechtsgüterschutzprinzip möglich (und auch dort, wie oben dargelegt, verfehlt), erliegt dagegen – als von *Ambos* gegenüber dem *mapci* insgesamt erhobener Vorwurf – entweder bereits auf der semantischen Ebene einer *quaternio terminorum* des Demokratiebegriffs oder verweigert sich diesem geradezu. Demokratie bedeutet nach der formalen Theorie der Repräsentativität, dass die Ausübung von Staatsgewalt, also politische Entscheidungen des Gesetzgebers und dadurch mittelbar die Gesetzesanwendung durch die (über die Regierung parlamentarisch verantwortliche) Exekutive und durch die Justiz letztlich auf einen Wahlakt des Demos, der Aktivbevölkerung, zurückgeführt werden können; genuin rechtswissenschaftliche Aussagen werden davon so wenig betroffen wie alle anderen wissenschaftlichen Aussagen oder Meinungsäußerungen, hinter denen keine Staatsgewalt steht. Umgekehrt besagt die materielle Legitimationstheorie der deliberativen Demokratie, dass Entscheidungen auf der Basis eines möglichst umfassenden Diskurses argumentativer Abwägung getroffen werden sollen,⁸¹ was durch die von mir beschriebene intellektuelle Kontrolle der rechtsprechenden Gewalt durch den *mapci* in idealer Weise realisiert wird.⁸² Dagegen plötzlich als vorgebliche Neuerung die „Bereitschaft zu einem ergebnisoffenen Diskurs [...]“ zu fordern, „bei dem es auf die Bedeutung der Sachargumente statt auf überkommene dogmatische Kategorien ankommt“ (189), verwechselt offensichtlich den bei uns seit langem stattfindenden strafrechtlichen Diskurs mit der Situation in der katholischen Kirche.

cc) Eine vergleichbare Kategorienverwechslung auf der methodologischen Ebene unterläuft *Ambos* bei seiner Auffassung, dass sich bei der konkreten Falllösung „letztlich die induktive Fallmethode“ durchsetze (189). Weil die Fälle sich ja nicht von selbst entscheiden, muss man selbstverständlich einen Obersatz finden, wobei es abermals selbstverständlich ist, dass dieser Obersatz bei neuen Fällen daraufhin überprüft

und sich damit dem ordnenden Zugriff der Rechtswissenschaft immer wieder entziehen“ können (*Schünemann*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* [Fn. 17], S. 6). Und zum anderen trifft man, wohl wegen der ungenügenden Ausstattung der Senate mit wissenschaftlichen Mitarbeitern, immer wieder auch auf fehlerhafte Verarbeitungen des dogmatischen Diskussionsstandes (exemplarisch *Schünemann*, GA 2011, 445).

⁸¹ Instruktiv zusammenfassend *Kasiske* (Fn. 42).

⁸² Wenn man sich an dessen Stelle mit dem Austausch von „tweets“ auf der weder Ernsthaftigkeit noch eine rudimentäre Sachkunde verlangenden Internetplattform „Twitter“ begnügen wollte, so wäre das ein plattes Missverständnis der Idee der deliberativen Demokratie, auch wenn diese erzpopulistische Methode gegenwärtig ein bevorzugtes Instrument zur Meinungsbeeinflussung und Popularitätssteigerung ausgerechnet des Bundesjustizministers darstellt.

werden muss, ob er womöglich zu allgemein formuliert wurde oder im Hinblick auf weitere Eigenheiten der unterschiedlichen Fälle weiterer Ausdifferenzierung bedarf. In diesem Punkt besteht zwischen der sich immer weiter konkretisierenden und ausdifferenzierenden teleologischen Auslegung des Gesetzes und dem mit *ratio decidendi* und *distinguishing* arbeitenden *case law* gar kein Unterschied. Selbstverständlich müssen aber alle einzelnen Fallregeln nach dem Gesetz des Widerspruchs in ein Gesamtsystem zusammengefasst werden, weil sonst der Gleichheitsgrundsatz verletzt wird. Und man muss die Fälle natürlich nicht plakativ nach ihrem äußeren Erscheinungsbild ordnen, sondern nach eben dieser aus ihren charakteristischen Zügen entwickelten *Ratio Decidendi*. So etwa in der erwähnten „Thin Skull Rule“, bei der der dünne Schädel nicht als solcher eine Rolle spielt, sondern nur als Beispiel dient, aus dem nach den Regeln der objektiven Zurechnung eine sinnvoll rechtsgüterschützende Norm entwickelt werden muss. Ein besonders instruktives Beispiel, wie man durch „induktive Falllösung“ ohne systematische Richtigkeitskontrolle zu grotesk falschen Folgerungen gelangt, hätte *Ambos* in dem auf der Berliner Tagung von *Fletcher* unternommenen Versuch finden können, die fahrlässige Vergewaltigung wegen der Leiden des Opfers aus dem Vorsatztatbestand zu bestrafen.⁸³ Dann wäre ihm rasch klar geworden, dass gerade die sog. „induktive Methode“ die vom Gesetzgeber aufgestellte Regel hinter das Rechtsgefühl des Richters zurückstellt und damit ein Musterbeispiel jener „Demokratieferne“ bildet, die *Ambos* fälschlich der systematisch verfahrenen Strafrechtsdogmatik vorzuwerfen versucht.

dd) In ähnlicher Weise ist auch die von *Ambos* geforderte „empirische Überprüfbarkeit“ (190) eine nicht zu Ende gedachte Floskel: Normen sind in logisch-formaler Hinsicht nicht empirisch überprüfbar, weil es sich um Sollenssätze und nicht um Seinsbehauptungen handelt, so dass der Versuch, sie empirisch zu bestätigen oder zu widerlegen, einen naturalistischen Fehlschluss bedeutet. Doch können in einem Begründungsnetz, wie es für die im *mapci* für erforderlich gehaltene Strafrechtsdogmatik typisch ist, auch konsequentialistische Aussagen enthalten sein, und in diesem Umfang ist es selbstverständlich geboten und geschieht auch, die Existenz bzw. Erreichbarkeit einer als für die Entscheidung wichtig angesehenen kausalen Prämisse oder Folge zu überprüfen.

2. Wenn man die vorstehend skizzierten Rationalitätsbedingungen des juristischen Diskurses ignoriert, kann man für die eigene Kritik *eo ipso* nur noch das Niveau von *baby talk* reklamieren.⁸⁴ *Ambos*' Forderung nach „[größerer] Verständlichkeit“ und „möglichst einfachen Strukturen und Kategorien“ (190) weist bedenklich in diese Richtung und beruft sich übrigens zu Unrecht auf *Jareborg*, der ausdrücklich gefordert hat, dass die Kategorien „konzeptuell reich genug sein müssen, um einem Richter alle diejenigen Unterscheidungen zu ermöglichen, die bei der Rechtsanwendung eine Rolle spielen müssen“ (Übersetzung aus *Ambos*' Fn. 105).

⁸³ Dazu genauer meine Kritik in *Schünemann*, GA 2001, 219.

⁸⁴ Dazu auf der Berliner Tagung treffend *Lüderssen*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 3), S. 360.

Kategorien zu erfinden, die hierfür nicht nötig sind, ist selbstverständlich ein Unding⁸⁵ (das ist unter der Bezeichnung als „Ockhams Rasiermesser“ Allgemeingut der Philosophie), aber das gilt umgekehrt auch für das in ungenügend entwickelten Rechtskulturen typische Fehlen der erforderlichen Differenzierungen (beispielhaft die strafrechtliche Erfolgshaftung, die in Form der strict liability noch heute im angloamerikanischen Strafrecht vorkommt). Beides wird (nur) vom mapci erkennbar und kritisierbar gemacht, weshalb auch ohne weiteres einzuräumen ist, dass die Auseinandersetzungen um das richtige Strafrechtssystem wie jeder sich in hintereinander geschaltete Abstraktionsebenen vorwagende Diskurs immer wieder in die Gefahr gerät, begriffliche Metaebenen mit der Objektebene zu verwechseln und dadurch scholastische Gedankengebäude zu errichten, die Ockhams Rasiermesser nicht standhalten können. Als Beispiel nenne ich die Konzeption von *Jakobs*, die Rechtsgutsverletzung als Inbegriff der Straftat durch die von ihm dem meist wortlosen Handeln des Täters subintelligierte Erklärung zu ersetzen, die Gültigkeit der betreffenden Verbotsnorm zu leugnen, worauf der Staat gut hegelianisch mit der durch Strafe kommunizierten Leugnung der Leugnung reagiere.⁸⁶ Ob das rich-

⁸⁵ Zwar glaubt *Ambos* entdeckt zu haben, dass die deutsche Dogmatik überall dort inhaltlich falsch liege, wo sich ihre Begriffe nicht ins Englische übersetzen lassen (190). Aber dahinter steckt ein fundamentales Missverständnis des Verhältnisses von Sprache und Sachgedanken. Beispielsweise hat die Entwicklung der modernen Naturwissenschaft eine Reihe von Phänomenen und Erkenntnissen zu Tage gefördert, für die es in der bis dahin entwickelten Sprache keine Ausdrücke gab. Diese Ausdrücke mussten dann selbstverständlich gebildet werden, wenn sie zur Beschreibung und Erklärung von Naturphänomenen benötigt wurden, was übrigens bis heute in vollem Weitergang begriffen ist, in der Regel werden Akronyme gebaut. Die Logik von *Ambos* würde darauf hinauslaufen, die gesamte Entwicklung der modernen Naturwissenschaften zu verwerfen und bei *Aristoteles* stehenzubleiben, weil das Fehlen entsprechender Bezeichnungen die sachliche Richtigkeit widerlegen würde.

⁸⁶ Alle früheren Ansätze zusammenfassend in *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13 ff.: Nach seiner „kommunikativen“ Straftheorie „[dient] der Schmerz der Strafe der *kognitiven* Sicherung der Normgeltung“ – darin sieht *Jakobs* ihren Zweck –, während „der Widerspruch gegen die Geltungsverneinung durch den Verbrecher ihre Bedeutung ist“. Es geht *Jakobs* also nicht (mehr) um einen auf Realfolgen bezogenen Konsequentialismus, sondern um einen sich per definitionem selbst erfüllenden Zweck (die „kognitive Sicherung der Normgeltung“ träte durch die Strafe eo ipso ein, ist also Zweck und Effekt zugleich), der mit der zugeschriebenen, ja nicht zufällig an *Hegel* erinnernden Bedeutung des „Widerspruchs gegen die Geltungsverneinung“ bereits identisch ist. Dementsprechend soll auch die Straftat eine „Rede“ sein, auf die die Bestrafung die „Antwort“ gebe (S. 14); beispielhaft behaupte der Täter eines Totschlages, „er habe das Lebensrecht des Opfers nicht zu achten“ (S. 13). Durch Abstraktion und Transponierung auf die Ebene der

tig oder – wie ich meine – falsch ist, kann im vorliegenden Zusammenhang vollständig dahingestellt bleiben, denn für diesen kommt es allein darauf an, dass sich derartige wie alle anderen Positionen im mapci einer kritischen argumentativen Auseinandersetzung stellen können und müssen,⁸⁷ also gerade nicht autoritativ gesetzt werden können. Eine Gefahr für die soziale Relevanz der Strafrechtsdogmatik könnte aus solchen hochabstrakten Diskursen deshalb erst erwachsen, wenn die Bearbeitung der Interpretations- und Subsumtionsprobleme auf den konkreteren Ebenen (namentlich des Besonderen Teils) darunter leiden würde. Aber solange beispielsweise die Frage, ob eine in den Rücken des Gewahrsamsinhabers gedrückte Seife in Form einer Pistole ein anderes gefährliches Werkzeug ist und deshalb die Qualifikationsmerkmale eines schweren Raubes erfüllt, in Lehrbüchern und Kommentaren, Aufsätzen und Urteilsbesprechungen eine Resonanz wie Donnerhall auslöst, braucht niemandem darob bange zu sein.

3. Noch gravierender als die bisher betrachteten semantischen und methodologischen Defizite der „Rückschrittspropaganda“ ist in meinen Augen allerdings die durch sie drohende Auslieferung des Strafrechts an die Willkür der jeweiligen Machthaber, die bei *Ambos* aus seinem Verständnis einer instrumentellen Beliebigkeit von „Kriminalpolitik“ folgt.

a) Laut *Ambos* wird die Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen auf dem Gebiet des Besonderen Teils international nach vermeintlichen (sic!) kriminalpolitischen Bedürfnissen vorgenommen; es komme entscheidend darauf an, ob aus kriminalpolitischer Sicht die Qualifizierung bestimmter Kriminalitätsbereiche für erforderlich gehalten werde (179), entsprechend dem „international verbreiteten instrumentellen Strafrechtsverständnis“ (180). Dagegen werde die Kriminalpolitik im Rahmen der (scil. deutschen) Strafrechtswissenschaft „eher stiefmütterlich, fast schon verschämt behandelt“, offenbar weil „dem strafrechtsaristokratischen Diskurs die Überzeugung der Autonomie oder gar Überlegenheit der Strafrechtsdogmatik gegenüber der Kriminalpolitik immanent“ sei (181). Weitgehend⁸⁸ mustergültig sind dagegen in

Metasprache wird also ein aus Gewalt (der Tat und der Strafe), Blut (des Ermordeten) und Tränen (des zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Mörders) bestehendes reales Geschehen in eine doppelte Kommunikation verwandelt, und zwar mit dem Anspruch, aus einem in Form der symbolischen Deutung erfolgenden sprachlichen Zuschreibungsakt Rechtsfolgen ableiten zu können.

⁸⁷ Siehe *meine* Kritik in *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1.

⁸⁸ Auf S. 186 unten äußert *Ambos* rechtsstaatliche Bedenken und Zweifel, ohne diese aber in einen allgemeinen Zusammenhang einzuordnen oder deshalb sein negatives Urteil über die von ihm sonst durchgehend als Popanz aufgebaute deutsche Strafrechtswissenschaft zu hinterfragen. Zu diesem Popanz nur ein einziges weiteres Beispiel: Auf S. 182 oben wird der Popanz eines „ontologisierenden Generalverweises auf vorgebliche sachlogische Strukturen, die die deutsche Strafrechtsdogmatik zum Maß aller Dinge machen“, aufgebaut und in Fn. 39 zur Kritik einer ontologisierenden Be-

seinen Augen die Ausübung der EU-Kompetenz zur Bekämpfung „besonders schwerer Kriminalität“ mit ihrer „vor allem polizeilich prozessualen“ Wirkung und der „engen Zusammenarbeit auf europäischer Ebene (Europol, Eurojust, zukünftige europäische Staatsanwaltschaft)“, das vom Sicherheitsrat und der EU ausgehende Anti-Terrorismus-Strafrecht und überhaupt das auf den Schutz der Menschenrechte gegründete Völkerstrafrecht (186) – dies vor dem Hintergrund seiner breiten Zurückweisung des „Cultural Defence-Arguments“, wonach es beim Strafrecht wesentlich um kulturelle, historisch gewachsene, auch sprachlich geprägte Vorverständnisse gehen sollte (184-187).

b) Wenn man einmal davon absieht, dass hiermit Theorie und (Völkervertrags-, Gesetzgebungs- sowie Justiz-)Praxis schlicht ineinander gemengt werden, hat *Ambos* mit seiner Kritik der angeblichen Kulturgebundenheit des (scil. modernen) Strafrechts das Richtige getroffen, steht dabei aber in Wahrheit auf den Schultern des von ihm nirgendwo erwähnten *Beccaria* und der auf diesen zurückgehenden Begrenzung des Strafrechts auf die Verhütung von Sozialschäden = den Schutz von Rechtsgütern; die These vom kriminalpolitischen Defizit in der deutschen Strafrechtswissenschaft zeugt nicht nur von einer geringen Beachtung der deutschen Literatur, die ja von Reformdiskussionen nur so wimmelt, sondern auch von völligem Unverständnis für die Verklammerung von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik durch die Rechtsgüterschutzdoktrin; und die Lobpreisung der internationalen Aktivitäten verschließt die Augen vor der hier obwaltenden Dominanz rein polizeilicher, vielfach sogar polizeistaatlicher Interessen.

aa) Die Kulturgebundenheit des Strafrechts ist bei historischer Betrachtung ein Faktum (= Sein), dem aber mit dessen Beschränkung auf den Rechtsgüterschutz die Legitimation (= Sollen) weitgehend verloren gegangen ist. Zwar hat das BVerfG in seiner Lissabon-Entscheidung, wie *Ambos* zutreffend registriert (184), die im deutschen Schrifttum von unterschiedlichen Autoren vertretene⁸⁹ These von der Abhängigkeit des Strafrechts von kulturellen Vorverständnissen aufge-

trachtungsweise *Roxin* zitiert, der ja auch ein deutscher Strafrechtswissenschaftler ist. Einen solchen angeblichen Generalverweis gab es nicht einmal bei *Welzel*, während die moderne deutsche Strafrechtsdogmatik durchgehend teleologisch strukturiert ist. Hingegen trifft auf das Common Law das exakte Gegenteil zu, dessen Grundbegriffe „actus reus und mens rea“ aus dem Jahre 1606 stammen (aufgestellt von *Edward Coke*, so dass dessen Qualifikation als „vormodern“ entgegen *Ambos* bei Fn. 40 auf S. 182 eine Feststellung und keine Abkanzelung ist). Genau diese äußerliche Unterscheidung ist nämlich in einem äußerst trivialen Sinn „ontologisierend“, während die deutsche Strafrechtsdogmatik durch die Unterscheidung von Unrecht und Schuld umfassend auf zwei unterschiedliche Wertungen gegründet und damit im Kern normativ ist.

⁸⁹ Nachw. bei *Ambos*, GA 2016, 184 f.; *Schünemann*, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, 2014, S. 88 Fn. 24.

griffen,⁹⁰ aber diese These ist weder in dieser Allgemeinheit überzeugend⁹¹ noch zur Begründung der strengen demokratischen Legitimationsanforderungen des Strafrechts überhaupt notwendig.⁹² Wenn *Ambos* stattdessen den Schutz der Menschenrechte als Basis des Strafrechts nennt (185 f.), so ist das in gewisser Weise nur eine verkleinerte Version der Rechtsgüterschutzdoktrin und deshalb ab ovo ungeeignet, eine auf letzterer basierte Strafrechtskonzeption als provinziell zu denunzieren.

bb) Es hieße Eulen nach Athen tragen, wenn ich die (Un-)Zahl der deutschen Alternativ-Entwürfe, Gesetzgebungsvorschläge, Stellungnahmen zu Gesetzesentwürfen und Gesetzesschelten auch nur an einzelnen Beispielen vorführen wollte. Wie *Ambos* diesen Sachverhalt auf den Kopf stellen kann, ist mir nicht nachvollziehbar.

cc) Gänzlich unabhängig davon folgt aus dem Rechtsgüterschutzprinzip als Basiszweck eines freiheitlichen rechtsstaatlichen Strafrechts, dass legitime kriminalpolitische Überlegungen eo ipso Teil der Strafrechtswissenschaft sind. Diese enge Verbindung von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik beruht entgegen *Ambos* (181) auch nicht erst auf den von *Roxin* „1973 gesetzten Maßstäben“, sondern findet sich schon in der 1. Auflage des Strafrechtslehrbuches von *von Liszt*.⁹³

dd) Dass *Ambos* an der Europäisierung der Strafrechtspflege die polizeiliche Dimension und die Zusammenarbeit europäischer Verfolgungsbehörden rühmt, bedeutet aus der Perspektive eines kundigen deutschen Lesers wahrlich ein privilegium odiosum, was aber für seine lateinamerikanischen Leser schwer erkennbar ist; weshalb er diese, auch wenn er die (beileibe nicht nur) von mir über mehr als ein Jahrzehnt unverdrossen vorgetragene Kritik an der in der Strafrechtseuropäisierung steckenden „Demontage des demokratischen Rechtsstaats“⁹⁴ für überzogen halten mag, wenigstens hätte darauf hinweisen sollen, dass es in der von ihm so geschmähten Provinzialität der deutschen Strafrechtswissenschaft noch Autoren gibt, die sich mit dem polizeilich-instrumentellen Strafrechtsverständnis der EU nicht abfinden und noch an der traditionellen Aufgabe der Strafrechtsdogmatik als Wächter über die bürgerliche Freiheit festhalten wollen. Aber wenn das (nota bene nicht der deutschen Straf-

⁹⁰ BVerfGE 123, 267 (359).

⁹¹ Eingehende Analyse bei *Hörnle* (Fn. 54), passim; siehe auch bereits *Schünemann* (Fn. 89), S. 88 f. = *ders.*, GA 2004, 193 (197 f.); *ders.*, ZStW 116 (2004), 376 (382); *ders.*, ZIS 2007, 535; *ders.*, KritV 2008, 6 (15 f.); *ders.*, GA 2001, 205 (236).

⁹² *Schünemann* (Fn. 89), S. 60 f. (110 f. 130 f. 214 f.) und passim.

⁹³ *Schünemann*, GA 2016, 506 (509 f.).

⁹⁴ *Schünemann* (Fn. 89) mit Wiederabdruck zahlreicher Beiträge aus den Jahren 2002-2011; fortgesetzt in *ders.*, StV 2016, 178 ff.; siehe auch die im Rahmen europäischer kriminalpolitischer Arbeitsgruppen erstellten und entgegen *Ambos* alles andere als „verschämten“ Alternativentwürfe in *Schünemann* (Hrsg.), Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung, 2004; *ders.* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006.

rechtswissenschaft, sondern allenfalls der Gesetzgebung anzulastende) Fehlen eines Spezialtatbestandes der Folter im deutschen Recht gerügt (179), zur gewohnheitsmäßigen Anwendung der Folter im weltweiten „war on terrorism“ durch die USA dagegen geschwiegen wird; die „zunehmende Erweiterung und Vertiefung von Zwangsmaßnahmen entsprechend dem international verbreiteten instrumentellen Strafrechtsverständnis“ hervorgehoben (180), aber von notwendigen Kompensationen auf der Seite der Verteidigung kein Wort gesagt wird; oder schließlich wenn die „weltweite Durchsetzung des adversatorischen Verfahrens“ konstatiert (180), aber weder dessen längst eingetretene Agonie und Metamorphose in ein polizeiliches Verfahren mit anschließend praktisch abgenötigtem plea agreement⁹⁵ noch dessen völlige Paralyse in den ausgepowerten Gesellschaften der dritten Welt⁹⁶ noch schließlich der schon vor 140 Jahren erfolgte Einbau seiner Errungenschaften in den deutschen reformierten Strafprozess⁹⁷ erwähnt wird, entzieht sich eine solche, Objektivität nicht einmal intendierende Darstellung jeder Kritik.

3. a) Dasselbe gilt für die Behauptung einer vergleichsweise unzulänglichen Rechtsvergleichung seitens der deutschen Strafrechtswissenschaft (191-193), die so schmerzhaft falsch ist, dass ich nicht umhin kann, einige schon an anderer, aber entlegener Stelle⁹⁸ antizipierten Richtigstellungen ergänzend zu wiederholen: Allein die rechtsvergleichenden Dissertationen im deutschen Sprachraum sind Legion, und auch in dogmatischen Monographien gehört ein rechtsvergleichendes Kapitel heute zum Standard; *Vogels* Lehrer *Klaus Tiedemann* ist schon vor über 20 Jahren das Madrid-Symposium 1992 mit seinen „Bausteinen des europäischen Wirtschaftsstrafrechts“⁹⁹ gewidmet worden, dieser selbst hat 2002 den Sam-

melband „Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union“ herausgegeben, und in seiner Festschrift 2008 finden sich unter insgesamt 98 Autoren nur 42 deutsche. Eine kritische Diskussion der durch die Europäisierung des Strafrechts entstandenen rechtsstaatlichen Probleme¹⁰⁰ findet sich nahezu ausschließlich in Deutschland, während der Erfolg belgisch-niederländischer Universitäten bei der Einwerbung von EU-Forschungsmitteln eng damit zusammen hängt, dass sich diese auf praktische Anwendungs- und Evaluierungsfragen konzentriert und damit freilich das Wohlwollen der Kommission erworben haben.¹⁰¹ Oder was die Beschäftigung der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion mit der den Kern der europäischen Strafprozessprobleme bildenden Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anbetrifft, so sei auf die modellhafte Ausprägung in den Kommentierungen von *Paeffgen* im Systematischen Kommentar zur Strafprozessordnung und von *Esser* im Löwe-Rosenberg sowie in den beiden großen Monografien von *Esser* und *Gaede* hingewiesen,¹⁰² denen in der englisch- und französischsprachigen Literatur wenig Vergleichbares an die Seite zu stellen ist. Und in der aus der Perspektive des Tatbegriffs eine ganze Prozesstheorie entwickelnden Monographie von *Greco*¹⁰³ sind nicht nur die europäischen und amerikanischen Rechtsordnungen, sondern auch die wichtigen dogmatischen Beiträge dazu umfassend berücksichtigt und verarbeitet worden.

dem Titel „Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal“.

¹⁰⁰ An dem ich mich selbst über ein Jahrzehnt beteiligt habe (jetzt kompiliert in: *Schünemann*, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, 2014), von Anfang bis Ende ebenso wie bei der zunächst mit elf Kollegen aus vier Ländern (*Schünemann* [Hrsg.], Alternativentwurf europäische Strafverfolgung, 2004, und dazu die außerordentliche Dresdner Strafrechtslehrertagung 2003, *Weigend*, ZStW 116 [2004], 275) und sodann im EU-finanzierten AGIS-Programm mit 15 Kollegen aus zehn Ländern betrieben und in sechs Sprachen publizierten (*Schünemann* [Hrsg.], Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege = A Programme for European Criminal Justice, 2006, S. 255, slowakisch S. 527, und dazu die Tagung in Thessaloniki, S. 61; Hrsg. italiana a cura di Militello, „Un Progetto Alternativo di Giustizia Penale Europea“, 2007; auf Polnisch herausgegeben von *Szwarc* und *Guzik-Makaruk*, 2005; spanische Übersetzung von *Rey Sanfiz*, 2007) Ausarbeitung eines rechtsstaatlich überzeugenderen Zukunftsentwurfs in dem *Camus*' Sisyphos entsprechenden Bewusstsein, dass in den gubernativ-bürokratischen Machtstrukturen der EU die Etablierung der Strafrechtswissenschaft als einer vierten Gewalt keine Realisierungschance besitzt.

¹⁰¹ Siehe *Vogel*, JZ 2012, 30 li. Sp. Die andere Ursache liegt in der Deklassierung der deutschen Sprache, die zuvor die lingua franca der Strafrechtsdogmatik der meisten Mitgliedstaaten gebildet hatte, in der EU.

¹⁰² *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2003; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007.

¹⁰³ *Greco* (Fn. 14), mit Literaturverzeichnis auf S. 1018-1141.

⁹⁵ Dazu *Schünemann*, in: Weßlau (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, S. 555.

⁹⁶ Dazu *Schünemann*, in: Reyna Alfaro (Hrsg.), Colección „Justicia y Proceso“, La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, 2007, S. 193; *ders.*, in: Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología, 25. Aufl. 2004, S. 175. Auf den von *Ambos* an anderer Stelle (188) lediglich angedeuteten enormen politischen Druck, mit dem die USA das adversatorische Modell beispielsweise in Mexiko und Kolumbien durchgesetzt haben, kann hier nicht weiter eingegangen werden, doch wird natürlich auch dadurch *Ambos*' Behauptung von der sozusagen intrinsischen Unterlegenheit des kontinentaleuropäischen reformierten Strafverfahrens widerlegt.

⁹⁷ Dazu *Schünemann*, ZStW 114 (2002), 1.

⁹⁸ *Schünemann*, GA 2001, 205 (228 f.).

⁹⁹ 1994 auf Deutsch herausgegeben von *Schünemann/Suárez Gonzalez*, parallel in Spanien 1995 als Boletín Oficial del Estado unter dem Titel „Hacia un Derecho Penal Económico Europeo“; nicht zu vergessen das Coimbra-Symposium für *Claus Roxin* 1991, von *Schünemann/Figueiredo Dias* 1995 herausgegeben unter dem Titel „Bausteine des europäischen Strafrechts“ und parallel von *Silva Sánchez* in Spanien unter

In der darin zu findenden, von allen Teilnehmern verlangten „Netzstruktur“ der dogmatischen Arbeit¹⁰⁴ liegt zweifellos der Grund dafür, dass seit Jahrzehnten ein so überaus fruchtbarer strafrechtswissenschaftlicher Austausch mit den Strafrechtsdogmatikern von Portugal bis Griechenland, in Ost-Mittel-Europa, Skandinavien sowie Ostasien und Lateinamerika stattfindet, wobei die im mapei alltägliche Praxis, dogmatische Probleme von den obersten Prinzipien bis zu konkreten Fällen zu analysieren und in ein widerspruchsfreies System zu integrieren, für den Nachwuchs zahlreicher Länder einen mehrjährigen Forschungsaufenthalt in Deutschland attraktiv macht, der häufig bedeutende, die gemeinsame Diskussion wesentlich vorantreibende Abhandlungen oder gar Monografien zeitigt¹⁰⁵ und dadurch den traditionellen Dogmatikexport in diese Rechtsordnungen durch einen -import ergänzt. Und alle diese Bemühungen sind keine kurzatmigen Aktivitäten, sondern bauen auf einer beeindruckenden Tradition auf, im Strafverfahren auf den intensiven rechtsvergleichenden Forschungen im 19. Jahrhundert¹⁰⁶ und im materiellen Strafrecht auf der monumentalen „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“.¹⁰⁷

b) All das findet bei *Ambos* keinerlei Erwähnung. Stattdessen äußert er sich anerkennend zu den rechtsvergleichenden Leistungen des Freiburger Max-Planck-Instituts (192, 193), die sich freilich trotz der konkurrenzlos umfangreichen Mittel zum großen Teil auf Normtextvergleiche beschränken anstatt der von *Ambos* geforderten funktionalen Vergleichung (191). Aber wie dem auch sei, eine Strafrechtsvergleichung von ähnlicher Intensität ist weder im angloamerikanischen noch im frankophonen Rechtskreis vorzufinden, was *Ambos* halb unfreiwillig auch an anderer Stelle einräumen muss, wenn er für die „angloamerikanische Rechtswelt“ feststellt, dass „man nahezu sicher davon ausgehen kann, dass strafrechtliche Veröffentlichungen in deutscher – oder einer anderen fremden – Sprache nicht zur Kenntnis genommen werden (sic!) und eben auch kaum Übersetzungen existieren“ (188).

4. Angesichts dessen möchte ich mit der nur noch rhetorischen Frage schließen, wo denn nun wohl die von *Ambos* apostrophierte „selbstbewusste Provinzialität“ wirklich zuhause ist. Und was man sich als im mapei sozialisierter Strafrechtslehrer davon versprechen mag, hierüber so irreführende Thesen zu verbreiten.

¹⁰⁴ Und nicht in der von *Vogel* (JZ 2012, 27 li. Sp.) apostrophierten „gleichermaßen problematischen Vergangenheit“.

¹⁰⁵ Exemplarisch *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte, 2010, und *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, sowie die „Auslandshefte“ GA 2010/6 und 2013/11 („Spanienhefte“ mit Beiträgen von *Silva Sánchez* und *Gracia Martín* bzw. *Silva Sánchez*, *Robles Planas*, *Montaner Fernández/Ortiz de Urbina Gimeno* und *Sánchez Lázaro*), 2011/5 („Roxin-Spanienheft“ mit Beiträgen von *Díaz y García Conlledo*, *Gimbernat Ordeig*, *Luzón Peña* und *Silva Sánchez*), 2011/8 („Griechenlandheft“ mit Beiträgen von *Mylonopoulos* und *Morozinis*) und 2011/10 und 2014/4 („Portugal-Brasilienhefte“ mit Beiträgen von *Sousa Mendes* und *D’Avila* bzw. *de Figueiredo Dias* und *Leite*) sowie 2013/8 („Argentinienheft“ mit Beiträgen von *Pérez-Barberá* und *Béguelin*), die den Auslandsteil der ZStW mit seiner Rechts- und Dogmatikvergleichung durch einen Dialog über die aus sachlogischen Gründen international identischen dogmatischen Fragen ergänzen; und seit einem Jahrzehnt die ZIS, die sich inzwischen zu einer globalen Plattform der Strafrechtsdogmatik entwickelt hat, zuletzt die „Brasilien-Ausgabe“ 2014/6. Entsprechende Beispiele könnten im Verhältnis zu Polen, Skandinavien oder Italien, Japan, Südkorea oder Taiwan gegeben werden. Zur Volksrepublik China siehe Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013.

¹⁰⁶ Vgl. nur *Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, 1845; *ders.*, Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, 1851.

¹⁰⁷ *Mittermaier*, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, in 9 Bänden, 1909.

Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre*

Von Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg

I. Einführung und Problemstellungen

Schon sehr lange und sehr intensiv diskutieren deutsche mit deutsch- und anderssprachigen Strafrechtslehrerinnen und -lehrern darüber, ob die Strafrechtsdogmatik dem Strafrechtsgesetzgeber verfassungsrechtlich verbindliche Grenzen aufzeigen kann. Es geht dabei um die Frage, ob es „das“ Rechtsgut gibt, das vom Gesetzgeber gerade mit dem Kriminalstrafrecht in legitimer und verfassungsgemäßer Weise geschützt werden darf oder ob „dieses“ Rechtsgut nur über andere Sanktionsordnungen aus dem Ordnungswidrigkeiten-, dem Verwaltungs- oder dem Zivilrecht geschützt werden darf. Die Idee, über „das“ Rechtsgut zu diskutieren, wird von nicht wenigen als der „Exportschlag“ der deutschen Strafrechtsdogmatik angesehen. Dies haben zuletzt die Strafrechtslehrertagung 2015 (Augsburg)¹ sowie zuvor schon das Gedenksymposium für *Joachim Vogel*² gezeigt. Beispielhaft sei auf die jüngste Argumentation von *Schünemann* verwiesen, wonach nur die Rechtsgutslehre den erforderlichen „Quantensprung an Legitimation“ leisten könne, der erforderlich sei, um den Einsatz gerade des Kriminalstrafrechts im Vergleich zu Verwaltungs- oder Zivilrecht zu begründen.³ Es gibt auch in der Tat sehr viele ausländische Publikationen, die sich um entsprechende „Importe“ aus Deutschland in ihre Rechtsordnung bemühen. Ein quantitatives Argument spielt bei qualitativen Überlegungen jedoch von vornherein keine Rolle.

Mit den nachfolgenden Überlegungen möchte ich zum einen aufzeigen, dass ein solches Unterfangen in Österreich ein völlig untauglicher Versuch wäre, weil die Einschränkungen und Bindungen des Gesetzgebers vor dem Hintergrund einer völlig anderen politischen Kultur ganz anders gesehen und gelebt werden als gerade in Deutschland (siehe unten III.). Denn der Befund, dass es in Österreich eine Zurückhaltung des Kriminalstrafrechts gibt, die sich die deutsche Strafrechtsdogmatik fast nicht zu wünschen traut (siehe unten II.) bedarf der Erklärung. Damit sind zum anderen die Grundla-

gen geschaffen, um wichtige Fehlverständnisse und -vorstellungen in der Strafrechtsvergleichung aufzuzeigen (unten IV.).

Es geht also nur und ausschließlich um die Ebene der Gesetzgebung, nicht auch um diejenige der Rechtsanwendung. Diese zweite Ebene der Rechtsgutsdiskussion ist eigentlich eine methodische Selbstverständlichkeit. Wenn man nämlich unter Rechtsgut mit *Richard M. Honig* die „Abkürzung des Zweckgedankens“⁴ versteht, dann besteht die zentrale Funktion des Rechtsgutsgedankens darin, die teleologische Auslegung von Normen inhaltlich zu konturieren. Das ist als solches sehr wichtig und richtig; aber eben keine deutsche Besonderheit.⁵ Von einer inhaltlichen Verbindlichkeit sind wir dann aber noch weiter entfernt als auf der Gesetzgebungsebene. Denn es ist völlig klar, dass der Norminterpret als *quibus ex populo* – selbst wenn er professoraler Rechtswissenschaftler ist – den „richtigen“ oder den „allein verbindlichen“ Zweck einer Norm nicht allgemeinverbindlich und sogar „weltweit“ vorgeben kann – auch wenn man bei manchen zu spüren meint, dass sie das gern könnten. Auch das Bundesverfassungsgericht lehnt das ab. Das hat es schon vor über zwanzig Jahren deutlich gemacht.⁶

II. Befunde

1. Vorfeldkriminalisierung

Fragen der Vorfeldkriminalisierung sind ein zentrales Beispiel für die Relevanz der Rechtsgutsdiskussion in Deutschland bzw. der Auswirkungen des Trennungsgrundsatzes in Österreich. Unter „Vorfeld“ wird in der Regel dasjenige gemeint, das der „eigentlichen“ Rechtsgutsverletzung im Sinne der „Erfolges“ vorgelagert ist. Beispielsweise ist die vollendete vorsätzliche Tötung (§ 212 dStGB, § 75 öStGB) diese „eigentliche“ Rechtsgutsverletzung. Der Versuch einer Tötung und erst recht deren Vorbereitung ist das „Vorfeld“ der Verletzung. Auch über die Unterscheidung von konkreter und abstrakter Gefährdung erreicht man eine Unterscheidung, die freilich auf einer völlig anderen Ebene liegt, weil die abstrakte Gefährdung nicht das zeitliche Vorstadium der konkreten Gefährdung ist.⁷ Die reine Form abstrakter Ge-

* Dieser Beitrag ist der ZIS gewidmet, die zehn Jahre eine enorm wichtige und nicht mehr wegzudenkende Kommunikationsarbeit im Bereich der transnationalen Dogmatik und Strafrechtsvergleichung geleistet hat.

¹ *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616; *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635; *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (709 ff.).

² Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016 (im Erscheinen).

³ Bei *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (709, 711); vgl. näher auch *Schünemann*, ZIS 2016, 654. Vgl. insofern auch besonders die Beiträge von *Burchard*, *Hörnle*, *Perron* und *Ambos*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/ Brodowski (Fn. 2). Sie deuteten schon bei der Tagung letztlich einen Generationswechsel an, weil die Position vor allem der weltweiten Vorbildfunktion der deutschen Dogmatik zunehmend und zu Recht relativiert wird. Vgl. dazu bereits zutreffend: *Vogel*, JZ 2012, 25.

⁴ Vgl. *Honig*, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, S. 94, zur strafrechtlichen Rechtsgutslehre.

⁵ Vgl. nur Art. 31 Abs. 1 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens vom 23.5.1969 (BGBl. II 1985, S. 927; II 1987, S. 957) als Kodifikation von bereits zuvor schon lange bestehendem Völkergewohnheitsrecht in deutscher Übersetzung: „Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“

⁶ BVerfGE 86, 28 (35 f., 42 ff.), und zuletzt BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 = BVerfGE 120, 224 Rn. 39.

⁷ Vgl. *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 163 ff., 337 ff., der vor allem und zu Recht betont, dass man die abstrakte Gefährdung gerade nicht mit dem Angriffsparadig-

fährdung ist umgesetzt beim Tätigkeitsdelikt. Ein gutes Beispiel ist die Trunkenheitsfahrt nach § 316 dStGB. Allein das Fahren in fahruntüchtigem Zustand ist verboten und mit Kriminalstrafe sanktionierbar. Dieses Fahren muss nicht zu einem Verletzungs- oder konkreten Gefährdungserfolg führen. Ein vergleichbares Delikt des Kriminalstrafrechts gibt es in Österreich nicht. Die folgenlose Trunkenheitsfahrt ist ausschließlich als Verwaltungsstraftat sanktionierbar. Dies gilt in Österreich auch für das Fahren ohne Fahrerlaubnis, das in Deutschland nach § 21 dStVG als Kriminalstraftat sanktionierbar ist, in Österreich jedoch nach § 37 des österreichischen Führerscheingesetzes nur eine Verwaltungsstraftat in Form einer Verwaltungsübertretung darstellt.

Wenn man den Grad der Vorfeldkriminalisierung in Österreich analysiert, kommt man zur Erkenntnis, dass der Gesetzgeber diese fast ausschließlich dem Verwaltungsstrafrecht zuschlägt und nur ausnahmsweise dem Kriminalstrafrecht. Er erreicht damit etwas, das die deutsche Rechtsgutsdiskussion bislang vergeblich umzusetzen trachtete. Generell stehe ich dabei vor dem methodischen Problem, wie ich nachweisen kann, dass der Rechtsgutsgedanke im österreichischen Rechtsdenken kaum eine Rolle spielt. Es wäre eine Forschungsarbeit für sich, die Gesetzgebungsmaterialien einschließlich der im Umfeld dazu publizierten Arbeiten zu durchforsten, ob direkt oder auch nur indirekt auf den Rechtsgutsgedanken Bezug genommen wird. Im Nachfolgenden werde ich mich auf punktuelle Hinweise beschränken. In vielen Gesprächen wurde aber meine These als solche unproblematisch akzeptiert: Ein Rechtsgutsdenken spielt in Österreich auf der hier allein interessierenden Ebene der Gesetzgebung – anders als auf der Ebene der einfachrechtlichen Dogmatik⁸ – keine entscheidende Rolle; und eine verfassungsrechtlich verbindliche, wie sie in Deutschland eingefordert wird, auf keinen Fall.

Vor diesem Hintergrund ist der Befund, den eine jüngere wissenschaftliche Untersuchung ergeben hat, sehr bedeutsam. *Rauter* hat analysiert, welche Tätigkeitsdelikte es im Kriminalstrafrecht des österreichischen StGB und (!) im praktisch relevanten österreichischen Nebenstrafrecht gibt. Sie fasst ihr Ergebnis in einer Tabelle zusammen, die nur 31 (in Worten: einunddreißig) Strafbestimmungen umfasst.⁹ Legt man genau dieselben Kriterien¹⁰ beim deutschen Kern- und Nebenstraf-

recht an, so führt allein die Analyse des StGB dazu, dass man auf 24 Straftatbestimmungen kommt. Würde man das deutsche Nebenstrafrecht analysieren, so ist eine dreistellige Ziffer für Deutschland zu erwarten. Freilich wäre eine solche Analyse bereits alleine angesichts des Umfangs der Sammlung von *Erbs/Kohlhaas* mit zurzeit¹¹ 14.070 Seiten eine Herkulesaufgabe.

Dieser Befund bedarf der Erklärung.

2. Inhaltlich neuralgische Punkte

Während sich die gerade behandelte Vorfeldproblematik immer auf ein bestimmtes Rechtsgut und dessen zeitlicher Verflüchtigung¹² hin zu Allgemeindelikten bezieht, spielt der Rechtsgutsgedanke in Deutschland vor allem auch allein inhaltlich eine Rolle. Besonders deutliche Beispiele sind der Tierschutz (unten a) oder das Eigendoping (unten b).

a) Tierschutz

Nach § 222 öStGB ist die Tierquälerei mit Kriminalstrafe bedroht. Bis 1971 gab es in Österreich landesrechtlich unterschiedliche Regelungen. Die seinerzeit dann geschaffene bundeseinheitliche Regelung des § 524 StG sollte den „Unwert der Tierquälerei“ erfassen.¹³ Die Regierungsvorlage für den späteren § 222 öStGB betonte: Das Gewicht der Tierquälerei „erfordert gerichtliche Bestrafung“. Die Verwerflichkeit der Tierquälerei sei auch „überall in gleicher Weise selbstverständlich“¹⁴. Damit sollte der Unwert der Tierquälerei zumindest in qualifizierten Fällen durch Verschärfung der Sanktionen erfasst und eine (bundes-)einheitliche Behandlung dieses Delikts sichergestellt werden.¹⁵ Das geschützte Rechtsgut wird heute im Wohlergehen des (höher entwickelten) Tieres gesehen.¹⁶

Der klassische deutsche Gedankengang lässt sich hingegen folgendermaßen zusammenfassen: Strafrecht dürfe nur dem Schutz von Menschen dienen, also sei die Bestrafung von Tierquälerei entweder gar nicht möglich oder nur unter sehr engen und geradezu gekünstelt wirkenden Vorausset-

ma der vollendeten Verletzung bzw. der konkreten Gefährdung erklären könne; dargestellt bei *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 22 ff.

⁸ Vgl. z.B. die Darstellung bei *Schick*, ZÖR 65 (2010), 573 (580 ff.).

⁹ *Rauter*, in: *Lagodny* (Hrsg.), Strafrechtsfreie Räume in Österreich und Deutschland, Ergebnisse eines rechtsvergleichenden Lehrprojekts, 2015, S. 85 (122 f.).

¹⁰ Z.B. Ausblendung von verwaltungsakzessorischen Delikten, von Eignungsdelikten, von Delikten mit zusätzlichem Erfordernis einer konkreten Gefährdung, von Delikten mit erweitertem Vorsatz, von völkervertragsrechtlich vorgegebenen Sanktionierungen im Bereich etwa der Drogendelikte etc.; vgl. näher *Rauter* (Fn. 9), S. 102 ff. und 110 f.; und *Lagodny*, in: *Lagodny* (Fn. 9), S. 265 (272 f.).

¹¹ *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 207. Lfg., Stand: März 2016.

¹² Besonders deutlich bei den Suchtgiftdelikten: Die konkrete kausale Fremdverletzung z.B. durch Suchtgift als Körperverletzung einerseits und der bloße Suchtgiftbesitz ohne weitergehenden Verwendungsvorsatz als Vorfeld denkbarer kausaler Fremdverletzungen andererseits.

¹³ *Philipp*, in: *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 147. Lfg., Stand: Mai 2016, § 222 Rn. 3.

¹⁴ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum Strafrechtsänderungsgesetz 1971, 39 BlgNR 12. GP, S. 19.

¹⁵ *Philipp* (Fn. 13), § 222 Rn. 2.

¹⁶ *Philipp* (Fn. 13), § 222 Rn. 5, unter Berufung auf *Kienapffel Schmoller*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 3, 1999, § 222 Rn. 7.

zungen.¹⁷ Bringt man diese deutsche Position in Österreich ein, so stößt man schlicht auf Unverständnis.

b) *Doping*

Man hat jetzt in Österreich auch ohne deutsche Rechtsgutsdiskussion erreicht, dass das Eigendoping gerade nicht strafbar ist,¹⁸ während genau dies in Deutschland offensichtlich trotz Rechtsgutsdiskussion nicht zu verhindern war.¹⁹ Man kann in Deutschland deswegen aber kaum einen Verfassungsverstoß annehmen. Die kernstrafrechtliche Sanktionierung des Eigendopings mag man zwar in der Tat als sehr weitreichende Ausprägung eines paternalistischen Ansatzes ansehen. Dies allein führt meines Erachtens aber noch lange nicht zur Verfassungswidrigkeit.

Auch solche Unterschiede verlangen Gründe und Erklärungen.

III. Mögliche Gründe und Erklärungen für die fehlende Bedeutung der deutschen Rechtsgutslehre in Österreich

Zuerst möchte ich skizzieren, warum die Rechtsgutsdiskussion in Deutschland überhaupt eine solche Bedeutung erlangt hat (unten 1.). Ein erster Erklärungsversuch erfolgt dann über eine verfassungsrechtliche Besonderheit in Österreich, den „Trennungsgrundsatz“ (unten 2.). Staatstheoretische Grundlagen im Rechtspositivismus *Kelsens* liefern eine weitere Grundlage im österreichischen Recht (unten 3.) und das Begutachtungsverfahren bei der Gesetzgebung zieht daraus die praktische Konsequenz (unten 4.).

1. Die historisch-kulturelle Kontext des Rechtsgutskonzepts in Deutschland

Die Bedeutung der Rechtsgutsdiskussion für das deutsche Strafrecht kann man nur aus der historisch-kulturellen Entwicklung heraus verstehen. Zentral war insoweit das Anliegen, den Gesetzgeber in Schranken zu weisen. Dies prägte die deutsche Rechtsgutsdiskussion von Anfang an. Nachdem das deutsche Recht in der nationalsozialistischen Zeit deformiert worden war, entwickelte die deutsche Strafrechtslehre vor allem in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts die Rechtsgutslehre. Damit sollte vor allem verhindert werden, dass über das Strafrecht bloße Moralwidrigkeiten sanktioniert werden. Eine wichtige Grundlage war z.B. auch die

personale Unrechtslehre von *Hassemer*.²⁰ Dies führte zu teilweise heftigen Diskussionen über die Legitimität von strafrechtlich geschützten abstrakten Gefährdungsverboten.²¹

Die junge Bundesrepublik Deutschland musste sich in dieser Zeit erst finden. In der politischen Auseinandersetzung spielten gesetzgebungskritische Konzepte eine herausragende Rolle. Gleichzeitig avancierte das deutsche Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe zu einem allseits geachteten und respektierten Schiedsrichter: Es gab kaum einen großen politischen Konflikt, bei dem dieses Gericht nicht das letzte Wort sprach. In Sachen Schwangerschaftsabbruch brauchte es sogar zwei Entscheidungen, bis wieder Ruhe eingekehrt war.²² Ein Höhepunkt der Rechtsgutsdiskussion war sicherlich die europäische Diskussion um die Neuregelung des Umweltstrafrechts in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts: Ein Hauptstreitpunkt war, ob die Umwelt als solche strafrechtlich geschützt werden darf oder ob nicht jede strafrechtliche Regelung auf „den Menschen“ rückbezogen werden muss.²³

Rückblickend kann man die deutsche Rechtsgutsdiskussion als spezielle strafrechtliche Ausprägung der Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus und seinem geistigen Umfeld verstehen.²⁴ Eine vergleichbare Konfrontation mit der eigenen Vergangenheit hat es in Österreich zur damaligen Zeit überhaupt nicht gegeben. Vielmehr versuchte man insgesamt, an Zeiten vor dem Nationalsozialismus anzuknüpfen. Man verstand sich ja als erstes „Opfer“ der Nationalsozialisten.²⁵

In Deutschland war die strafrechtliche Diskussion auch deshalb notwendig, weil man vom Verfassungsrecht wenig „Schützenhilfe“ bekommen hat, obwohl eine Begrenzung einfachen Rechts primär durch höherrangiges Verfassungsrecht zu leisten gewesen wäre. Auch insoweit war die Nähe von Teilen der (deutschsprachigen) „Staatsrechtslehre“ zum Nationalsozialismus schlicht hinderlich. Die Welten des deutschen Verfassungsrechts und des deutschen Strafrechts waren fast hermetisch gegeneinander abgetrennt. Erst in den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts kam eine nennenswerte Diskussion über Begrenzungen des Strafrechts durch das Verfassungsrecht auf. Das Bundesverfassungsgericht erteilte einem rein strafrechtlichen Begrenzungskonzept aber dann in

¹⁷ Dazu die Darstellung von *Pfohl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 2013, § 17 Tierschutzgesetz Rn. 1 ff.

¹⁸ Vgl. nur *Tipold*, in: Höpfel/Ratz (Fn. 13), 124. Lfg, Stand: Juli 2015, Vor §§ 22a-d ADBG m.w.N. Dort wird unter zutreffender Berufung auf die Materialien (Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 561 BlgNR 23. GP; Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 777 BlgNR 21. GP) betont, dass es ausdrücklicher gesetzgeberischer Wille war, das Eigendoping nicht zu erfassen. Die Bestrafung des Sportlers solle den Sportverbänden überlassen bleiben. Ebenso: *Kirchbacher*, in: Höpfel/Ratz (Fn. 13), § 147 Rn. 58a.

¹⁹ Siehe § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 4 Anti-Doping-Gesetz vom 10.12.2015 (BGBl. I 2015, S. 2210).

²⁰ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1980, S. 192 ff.

²¹ Vgl. dazu die Darstellung bei *Lagodny* (Fn. 7), S. 21 ff.

²² BVerfGE 39, 1; 88, 203.

²³ Vgl. dazu die Nachweise bei *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635, und bei *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616, sowie bei *Lagodny* (Fn. 7), S. 21 ff.

²⁴ Siehe auch *Vogel*, ZStW 115 (2003), 638.

²⁵ Siehe <https://de.wikipedia.org/wiki/Opferthese> (13.9.2016); *Ehreiber*, in: Panagl/Gerlich (Hrsg.), Wörterbuch der politischen Sprache in Österreich, 2007, Stichworte: „Vergangenheitsbewältigung“ (S. 446 ff.), „Wehrmachtsausstellung“ (S. 468 ff.) und „Wiedergutmachung“ (S. 477 f.) sowie *Djordjevic* (a.a.O.), Stichwort: „Opferthese“ (S. 296 ff.); *Uhl*, ÖZP 2011, 19.

der Inzest-Entscheidung aus dem Jahre 2008 eine klare Absage.²⁶

In der Zwischenzeit hatte sich die strafrechtliche Rechtsdiskussion aber verselbständigt. Es waren Positionen aufgebaut, von denen man nur schwer abgehen konnte, ohne den eigenen Ansatz in Frage zu stellen. Aus heutiger Sicht war diese Diskussion also notwendig, ist aber heute letztlich in vielerlei Hinsicht überholt durch verfassungsrechtliche Argumentationen.

Vielleicht ist es aber auch ein Misstrauen in den 50er und 60er Jahren gegenüber der tatsächlichen Kontrollmacht der Verfassung und ihres Gerichtes, welche dazu geführt hat, dass man im deutschen Strafrecht die Zügel selbst in die Hand nehmen wollte. Vielleicht hatte man sich auch noch nicht hinreichend mit dem Verfassungsrecht befasst und es als externe Kontrolle verstanden, die mit den Feinheiten und dem Tiefsinn des Strafrechts ohnehin nicht viel anzufangen wusste.

Doch sei dies hier dahingestellt. Das Verhältnis des Kriminalstrafrechts zum Verwaltungsstrafrecht verlief in Österreich historisch vor einem ganz anderen Hintergrund, nämlich dem seit den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts geltenden Trennungsgrundsatz.

2. Der Trennungsgrundsatz (Art. 94 Abs. 1 B-VG)

a) Darstellung

Für den österreichischen Gesetzgeber spielt ein in Deutschland wiederum unbekannter Grundsatz eine zentrale Rolle. Der verfassungsrechtlich vorgegebene Trennungsgrundsatz in Art. 94 Abs. 1 Bundesverfassungsgesetz lautet:

„Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“

Dieser Grundsatz hat es in sich. Er ist zunächst die österreichische Sicht des Gewaltenteilungsprinzips.²⁷ Wenn man ihn isoliert und ohne den österreichischen Hintergrund betrachtet, fragt man sich: Warum soll die Verwaltung in Österreich vor den Gerichten geschützt werden? Seit 2014 ist diese Frage prima vista hinfällig, weil es seither unabhängige Verwaltungsgerichte gibt. Der bis 2014 geltende Rechtszustand hat aber die Sicht des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsstrafrechts geprägt: Ein ordentliches Gericht darf niemals eine Verwaltungsbehörde kontrollieren.²⁸ Dies hat natürlich

unmittelbare Konsequenzen für die Konzeption eines Verwaltungsstrafverfahrens: Auch dieses ist strikt von den ordentlichen Gerichten fernzuhalten. In Österreich ist es völlig undenkbar, dass ein ordentliches Gericht über die Rechtmäßigkeit der Verhängung einer Verwaltungsstrafe befindet.

Vor diesem Hintergrund hat sich in Österreich eine strikte Trennung ergeben: Verwaltungsstrafverfahren finden ausschließlich vor Verwaltungsbehörden statt. Seit 2014 werden diese von Verwaltungsgerichten kontrolliert. Zuvor oblag dies den „Unabhängigen Verwaltungssenaten“, die organisatorisch zur Exekutive zählten, aber eine gerichtsähnliche Funktion haben sollten.²⁹ Kriminalstrafverfahren haben in Österreich so genannte „gerichtlich strafbare“ Handlungen bzw. Taten zum Gegenstand. Damit will man ausdrücken, dass es sich nicht um Verwaltungsstraftaten handelt. Nur „gerichtlich strafbare“ Handlungen werden von der Staatsanwaltschaft angeklagt und von den ordentlichen Gerichten abgeurteilt. Dies führt dazu, dass der österreichische Gesetzgeber sich definitiv für den einen oder für den anderen Weg der Sanktionierung entscheiden muss. Diese Entscheidung kann zwar rückgängig gemacht werden. Das kam bislang jedoch kaum vor. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die Hochstufung der Marktmanipulation von einer Verwaltungsstrafat zu einer Kriminalstrafat. Sie geht aber nur auf eine EU-Richtlinie zurück, ist also nicht aufgrund originärer österreichischer kriminalpolitischer Überzeugung entstanden.³⁰

Die Entscheidung für die eine oder für die andere Sanktionsordnung muss auch der deutsche Gesetzgeber treffen. Anders als in Österreich, wo es bis zur Rechts- bzw. Bestandskraft ganz strikt und ausschließlich bei der verfahrensmäßigen Trennung bleibt, kann man in Deutschland zwischen dem Ordnungswidrigkeitenverfahren, wie das deutsche Verwaltungsstrafverfahren bezeichnet wird, und dem Kriminalstrafverfahren wechseln. Dies wird aus §§ 21 und 40 dOWiG ersichtlich. Ein solcher Wechsel wäre in Österreich wegen der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Trennungsgrundsatzes völlig undenkbar.³¹ Weder wird „nur das Strafgesetz“ angewendet, wie es § 21 Abs. 1 dOWiG für den Fall einer gleichzeitigen Anwendbarkeit von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht vorsieht, noch ist das österreichische Verwaltungsstrafverfahren subsidiär, wie es § 21 Abs. 2

warter/Ohms, Bundes-Verfassungsgesetz mit Nebenverfassungsrecht, 13. Aufl. 2014, S. 184.

²⁹ Zur Frage, ob die Unabhängigen Verwaltungssenaten als „Gericht“ i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen sind, gibt es viele Entscheidungen, siehe zum Ganzen z.B. Larcher (Hrsg.), Handbuch UVS, Organisation, Verfahren und Zuständigkeiten der Unabhängigen Verwaltungssenaten, 2012, passim.

³⁰ § 48n BörseG, siehe öBGBI. I 2016, Nr. 76; vgl. dazu Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1186 BlgNR 25. GP, S. 1, die auf die Richtlinie 2014/57/EU über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) Bezug nimmt.

³¹ Vgl. zur österreichischen Rechtslage: *Schick*, ZÖR 65 (2010), 573 (577 f.).

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 = BVerfGE 120, 224 Rn. 39.

²⁷ Siehe schon *Coreth*, ÖVwBl. 18 (1930), 1; siehe auch z.B. *Berka*, Verfassungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 388 f.; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl. 2015, Rn. 162 f. Besonders instruktiv auch: *Khakzadeh-Leiler*, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, 12. Lfg. 2013, Art. 94 B-VG Rn. 1 ff.

²⁸ *Wiederin*, ÖJZ 2011, 352; *Machacek*, in: Machacek (Hrsg.), Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof, 5. Aufl. 2004, S. 11; *Grab-*

dOWiG anordnet. Undenkbar wäre auch die Verfolgung einer Verwaltungsstraftat durch die Staatsanwaltschaft (§ 40 dOWiG).

Diese österreichische Normalität mit deutscher Brille zu verstehen, benötigt lange Zeit.³² Und es ist umgekehrt für jemanden, der in Österreich juristisch sozialisiert worden ist, geradezu unverständlich, dass man diese österreichische Konzeption des Gewaltenteilungsprinzips nicht versteht.

b) Konsequenzen

Die Konsequenzen hieraus können nicht überschätzt werden. Das Kriminalstrafrecht und das Verwaltungsstrafrecht stehen bis hin zu völlig separaten Verfahrenszügen selbständig nebeneinander. Nur das Verwaltungsgericht erkennt über Verwaltungsstraftaten, nicht das „ordentliche“ Gericht der Justiz. Das geht sogar so weit, dass die Betreuung einer Dissertation zur transnationalen Vollstreckung von deutschen Bußgeldbescheiden bzw. österreichischen Verwaltungsstrafverfügungen im Straßenverkehrsbereich ein Problem für mich darstellt, weil ich keine *Venia* im österreichischen Verwaltungsrecht habe. Mit anderen Worten: Der Trennungsgrundsatz ist im österreichischen Strafverfassungsrecht geradezu unverrückbar verankert.

Die Ergebnisse sind aus deutscher Sicht allerdings vorbildlich. Man kann durchaus formulieren:

Das österreichische Recht hat vor allem auf der Grundlage des Trennungsgrundsatzes eine Rechtslage herbeigeführt, von der die traditionelle deutsche Strafrechtsdoktrin mit dem Rechtsgutsprinzip nur träumen kann.

An diesem Befund führt kein Weg vorbei – trotz Berufung auf die lange deutsche Rechtsgutsdiskussion, auf die tief-schürfende Gründlichkeit oder auf den Grundsatzcharakter. Wir müssen es deshalb akzeptieren, dass es diesseits und jenseits der deutsch-österreichischen Grenze zwei völlig verschiedene Ansätze gibt, um den Strafrechtsgesetzgeber in seine Grenzen zu weisen: die dafür weitgehend untaugliche Rechtsgutsdiskussion und der Trennungsgrundsatz.

Sicherlich ist der Trennungsgrundsatz – wie *Kudlich*³³ zu Recht betont hat – ein formales Prinzip. Es sagt dem österreichischen Gesetzgeber nur: Entscheide Dich entweder für das Kriminalstrafrecht oder für das Verwaltungsstrafrecht. Diese Entscheidung muss auch der deutsche Strafgesetzgeber in jedem Fall treffen. Der Trennungsgrundsatz bedeutet aber zusätzlich: Es bleibt bei der einmal getroffenen Entscheidung; vor allem gibt es verfahrensrechtlich keinerlei Verbindung oder Übergang. Das ist der ganz entscheidende Unterschied zur deutschen Rechtslage. Deshalb kommt es gar nicht auf die fehlende inhaltliche Ausrichtung an: Ist der Gesetzgeber durch die ausgewählte Tür gegangen, gibt es (fast) kein Zurück mehr.

c) Hypothesen

Gleichwohl bleibt der sehr erklärungsbedürftige Befund, dass es in Österreich ein überaus großes Maß an gesetzgeberischer Zurückhaltung gegen „zu viel“ Kriminalstrafrecht und vor allem gegen eine flächendeckende Vorfeldkriminalisierung gibt. Ich kann deshalb nur erklärende Hypothesen formulieren:

Erste Hypothese: Der österreichische Trennungsgrundsatz zwingt den Gesetzgeber dazu, sich abschließend entweder für das Kriminalstrafrecht oder für das Verwaltungsstrafrecht zu entschließen. Diese Entscheidung kann verfahrensrechtlich nicht durch einen nahtlosen Übergang zwischen beiden Verfahren in derselben Sache relativiert werden. Dieser ist nur nach deutscher Rechtslage möglich.

Zweite Hypothese: Der Trennungsgrundsatz hat in Österreich eine viel längere Tradition als die strafrechtliche deutsche Diskussion über Vorfeldkriminalisierung und Rechtsgüter. Der Trennungsgrundsatz wurde auch in die österreichische Verfassung (Art. 94 B-VG) aufgenommen.³⁴ Er entstand lange vor der gesellschaftlichen Entwicklung, die zum Ruf nach mehr Kriminalstrafrecht im Vorfeld geführt hat. Diese hat im Grunde erst eingesetzt nach dem 2. Weltkrieg und im Zuge der weltweiten Diskussion über gesellschaftliche „Großstörungen“³⁵, wie insbesondere z.B. den Klima- und Umweltschutz. Damit verbunden war der Übergang von Erfolgs- und konkreten Gefährdungsdelikten zu mehr abstrakten Gefährdungsdelikten.³⁶ Dies bedeutete von der Sache her einen Rückgriff auf ein eher polizeirechtliches Regelungsinstrument, das ins Kriminalstrafrecht übertragen wird. Diese Weggabelung hat das österreichische öffentliche Recht mithin zeitlich schon vor dem 2. Weltkrieg gelöst – eben durch Einführung des Trennungsgrundsatzes. Deshalb finden sich auch sehr wenige reine abstrakte Gefährdungsdelikte im österreichischen Kriminalstrafrecht.

Dritte Hypothese: Auf der Grundlage dieser beiden Hypothesen bekommen nachfolgende Beobachtungen eine besondere Bedeutung: Es gibt in der österreichischen politischen Kultur eine grundsätzliche Zurückhaltung. Man kann sie mit dem Prinzip „Leben und leben lassen“ charakterisieren. Diese Grundhaltung scheint eine Rolle zu spielen bei der Entscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht. Man ist sich der Bedeutung und der Eingriffstiefe des Kriminalstrafrechts in Österreich viel mehr bewusst. Ob zusätzlich noch der Gedanke der Sozialpartnerschaft³⁷ eine Rolle spielt, lasse ich hier offen.

Ebenfalls charakteristisch scheint mir in Österreich eine Abneigung gegen „grundsätzliches“ oder „kategorisches“ Denken zu bestehen, wenn es verbunden wird mit einer „konsequenten“ Durchsetzung, wie es nun mal für deutsches Denken prägend ist. Ein treffendes Beispiel hierfür ist die Dis-

³⁴ Dazu *Coreth*, ÖVwBl. 18 (1930), 1 (diesen Hinweis verdanke ich meinem sehr geschätzten, lieben Kollegen *Ewald Wiederin* [Wien] der mir mit Engelsgeduld meine Fragen zum Trennungsgrundsatz zu beantworten versucht hat).

³⁵ Begriff von *Kratzsch*, GA 1989, 49 (67).

³⁶ Vgl. näher die Darstellung bei *Lagodny* (Fn. 7), S. 21 ff.

³⁷ Dazu *Lagodny* (Fn. 10), S. 276 f.

³² Siehe unten IV. 1.

³³ Bei *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (709, 712).

kussion um die „Rettungsfolter“. Sie hat in Deutschland geradezu zwei Lager³⁸ provoziert, die sich unerbittlich argumentierend gegenüber standen oder stehen. Vergleichbares gibt es in Österreich nicht; hier scheint mir die Begrenzung der Nothilfe durch Art. 3 EMRK weitgehend außer Frage zu stehen.³⁹

Diese drei Hypothesen sind bewusst offen formuliert, weil ich sie hier auf keinen Fall schon überprüfen kann. Das wäre ein Forschungsprogramm für mehrere Jahre.

Nicht sinnvoll wäre es freilich, für das deutsche Verfassungsrecht ein Pendant zum österreichischen Trennungsgrundsatz zu erfinden. Das wäre ebenfalls nicht weiterführend, weil dieser auf die deutsche Rechtsordnung nicht passt. Nur am Rande sei aber erwähnt, dass man den Trennungsgrundsatz in Österreich schlicht als Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips versteht.⁴⁰ Von daher läge es eigentlich nahe, diesen Grundsatz nach Deutschland zu „exportieren“, kennt doch auch die deutsche Verfassung in Art. 20 Abs. 3 GG das Gewaltenteilungsprinzip.

Im Folgenden wird es deshalb darum gehen, die Unterschiede in ihrer kulturell-historischen Rechtsentwicklung zu verstehen. Dann wird es offensichtlich, dass man den Trennungsgrundsatz nicht nach Deutschland übertragen kann. Aber eben auch nicht die Rechtsgutstheorie nach Österreich, weil es dafür überhaupt keinen Bedarf gibt: Man hat ja bereits wirksame Korrektive. Damit wird zugleich offengelegt, warum eine Übertragung wichtiger Konzepte – wie eben dem deutschen Rechtsgutskonzept – auf andere Rechtsordnungen mit größter Vorsicht zu genießen ist.

Freilich ist damit noch nicht erklärt, weshalb man in Österreich die deutschen Zweifel an der Legitimität eines kriminalstrafrechtlichen Tierschutzes, der nicht auf „den Menschen“ zurückgeführt werden kann, nicht recht nachvollziehen mag.⁴¹ Der strafrechtliche Schutz von Tieren ist zwar formallogisch mit der deutschen Argumentation zu kritisieren, nicht jedoch von den Werten und den Wertungen her. Es geht um den Schutz der lebenden Kreatur. Das mag man mit noch so vielen Worten relativierend umschreiben.

3. Der Rechtspositivismus von Kelsen

Die Rechtsentwicklung in Österreich ist untrennbar mit dem Namen und dem Wirken von *Hans Kelsen* verbunden. Der Schöpfer der rechtspositivistischen Reinen Rechtslehre hat nicht nur die Verfassung von 1920 entscheidend geprägt; sein Einfluss im österreichischen öffentlichen Recht ist auch heute noch unvermindert groß. Die Macht des Gesetzgebers ist vor diesem Hintergrund entscheidend: Soweit er die Kompetenz besitzt, darf er fast alles machen. Dabei muss er freilich

³⁸ Vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 62a.

³⁹ Vgl. *Weberndorfer*, Rettungsfolter als zulässige Verteidigungshandlung?, 2008.

⁴⁰ Siehe bereits *Coreth*, ÖVwBl. 18 (1930), 1 (4).

⁴¹ Dies ist meine eigene Einschätzung aufgrund von Fachgesprächen. Eine ausdrückliche schriftliche Ablehnung habe ich nicht gefunden.

(auch) die Grundrechte achten. Dieser rechtspositivistische Ansatz wiederum bedeutet für die (straf-)rechtswissenschaftliche Theorie in Österreich, dass sie kaum rechtspolitisch argumentiert. Denn das ist nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach *Kelsen*. Dessen Theorie prägt nach meinem Eindruck auch das Strafrecht – und zwar heute noch. In Österreich wäre es heute nämlich wenig akzeptiert, ginge ein Lehrbuch nicht vom Gesetz aus, sondern zunächst von der Theorie des Autors, um daran das geltende Recht zu messen. Letzteres ist jedenfalls die Vorgehensweise von *Jakobs*⁴² oder von *Köhler*⁴³.

Genau dies wäre aber im Lichte des Positivismus undenkbar, weil danach einzig und allein der Gesetzgeber zur Schaffung von Recht berufen ist. Dies schließt nicht aus, dass einzelne Lehrbücher sich kritisch zum geltenden Recht äußern. Dies ist aber eher die Ausnahme. Primär versucht man, den gesetzlich vorgesehenen Stoff und die gerichtliche Praxis dazu zu ordnen und zu systematisieren. Ein rechtspolitisches dogmatisches Denken, mit dem das geltende Recht in Frage gestellt und nicht nur überzeugender ausgelegt wird, ist im österreichischen Strafrecht eher die Ausnahme.⁴⁴ Freilich ordnet und systematisiert auch die deutsche Dogmatik. Sie geht darüber hinaus aber von einem gesetzeskritischen Selbstverständnis aus: „Die Strafrechtswissenschaft hat auch die Antwort auf die Frage zu geben, welches Strafrecht in der jeweiligen Zeit legitimes Strafrecht ist und welches nicht legitim [...] ist.“⁴⁵ Wer sich als „Rechtsgehilfe“ nur im Rechtssystem aufhalte, mag dieses fördern, ohne allein deshalb auch Wissenschaft zu betreiben.⁴⁶ Diese Standortbestimmung stammt von *Jakobs*, der damit die anderen deutschen lehrbuchschreibenden Kolleginnen und Kollegen auf die Stufe von „Rechtsgehilfen“ stellen könnte. Sie ist deshalb mit Vorsicht zu verwenden. Aber sie beschreibt eine auch für Österreich zutreffende Richtung eines sehr anderen Wissenschaftsverständnisses in der Rechtswissenschaft. Dieses drückt sich für mich auch in den Vorbehalten⁴⁷ gegenüber verfassungskonformer Auslegung aus.

Man kann jetzt nicht entgegnen, dass es in der Tat sogar in Österreich kaum strafrechtliche Literatur gibt, die sich mit *Kelsen* befasst.⁴⁸ Das wäre zu kurz gegriffen. *Kelsen* und seine Sicht der Dinge wirken in Österreich im Strafrecht vielmehr nur sehr mittelbar und gleichsam „unter der Oberfläche“. Ohne dies belegen zu können oder zu wollen: Das

⁴² *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991.

⁴³ *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, mit Besprechung *Lagodny*, JZ 2000, 40.

⁴⁴ Vgl. als Beispiele und ohne einen irgendwie gearteten Anspruch auf Vollständigkeit die Veröffentlichungen von *Schmoller*, *Fuchs* und *Schwaighofer*.

⁴⁵ *Jakobs*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 104 (106).

⁴⁶ *Jakobs* (Fn. 45), S. 106.

⁴⁷ Vgl. dazu *Lagodny*, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens, 2011, S. 239.

⁴⁸ Soweit ersichtlich nur *Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdogmatik, 1989.

öffentliche Recht in Österreich wird nach meinem Eindruck beherrscht von der Theorie *Kelsens*. Weil aber jeder österreichische Strafrechtler und jede österreichische Strafrechtlerin im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Bildung genau dieses öffentliche Recht studiert, wird daran nicht gezweifelt. Das ist ähnlich fest verankert wie *Kant* oder *Hegel* in der deutschen Denkweise.

4. Begutachtungsverfahren

Die deutsche Strafrechtswissenschaft ist in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts sehr verstört aufgewacht, als plötzlich der Entwurf für das 6. Strafrechtsreformgesetz zur Harmonisierung der Strafrahmen im StGB an die Öffentlichkeit drang.⁴⁹ Grundsätzlich ist eine solche Überraschung in Österreich nicht möglich, weil Entwürfe bereits dann in der Fachöffentlichkeit diskutiert werden, wenn sie formell noch gar nicht als Gesetzesentwürfe konzipiert sind, sondern es sich erst um einen Ministerialentwurf handelt.⁵⁰ Erstens werden diese Entwürfe als solche auf der Homepage des Bundeskanzleramtes veröffentlicht. Darüber hinaus wird die Fachöffentlichkeit formell zu Stellungnahmen aufgefordert. Jeder österreichische Strafrechtskollege und jede -kollegin bekommt die Entwürfe per Mail zugeschickt und wird zur Stellungnahme aufgefordert. Diese Stellungnahmen werden auch veröffentlicht. Dies hat schon für sich einen Rationalisierungseffekt.⁵¹ Dieses Prozedere nimmt nämlich keineswegs eine Feigenblatt-Funktion ein, sondern führt in nicht wenigen Fällen zu sachlichen Korrekturen.⁵² Österreich wird durch dieses Verfahren freilich nicht zu einer – wie auch immer konzipierten – „Gelehrtenrepublik“. Aber *Lienbacher* charakterisiert das Verfahren zutreffend: „Die Öffentlichkeit und insbesondere die Medien sitzen als Diskussionspartner gleichsam mit am Tisch“.⁵³ Warum eine solche offizielle Information in Deutschland nicht ebenfalls möglich ist, entzieht sich meiner Kenntnis und Vorstellungskraft. Das eigentlich Spannende ist, dass das österreichische Begutachtungsverfahren nicht auf eine verfassungsrechtliche Pflicht zurückgeht, sondern auf eine Entschließung des Nationalrats aus dem Jahre 1961.⁵⁴ Das Begutachtungsverfahren hat deshalb eine lange, schon über 50 Jahre existierende parlamentarische Tradition.

IV. Schlussfolgerungen für die Strafrechtsverglei- chung

Vor dem Spiegel der österreichischen Entwicklung stellt sich die deutsche Rechtsgutsdiskussion als spezifisch deutsche Fragestellung heraus. Sie führt in Deutschland zu einer kriti-

schen Analyse von Gesetzgebungsvorhaben, indem sie den Fokus auf den Zweck des Gesetzes richtet.⁵⁵ Hier hat die Rechtsgutslehre zweifellos ganz wichtige Verdienste innerhalb der deutschen Diskussion. Mehr aber auch nicht. Vor allem ist sie nicht verfassungsrechtlich verbindlich.

Für die Rechtsvergleichung bedeutet diese Erkenntnis, dass man vorsichtig sein muss, wenn man die Rechtsgutslehre auf andere Rechtsordnungen und -traditionen übertragen will.⁵⁶ Hier ist generell Vorsicht angezeigt.⁵⁷ Die Zahl von ausländischen Arbeiten, welche die Rechtsgutslehre rezipieren, ist kein überzeugender Beleg, solange nicht offengelegt ist, dass die entsprechende ausländische Rechtsordnung Ansatzpunkte für einen solchen Transfer bietet und keine Gegenindikationen aufweist.

Die vorstehenden Überlegungen haben jedenfalls gezeigt: Es gibt überzeugende oder jedenfalls nachvollziehbare Gründe, weshalb die deutsche Rechtsgutslehre in ihrer gesetzgebungskritischen Funktion⁵⁸ nicht auf die österreichische Rechtsetzungskultur passt. Dies hat nichts damit zu tun, dass man in Österreich die grundlegenden und grundsatzorientierten Überlegungen der deutschen Strafrechtswissenschaft nicht verstünde. Es gibt in Österreich vielmehr andere Mechanismen der kritischen Gesetzgebung, von denen sich umgekehrt die deutsche Rechtsordnung eine Scheibe abschneiden könnte.

Zutreffend ist daran, wie bereits erwähnt,⁵⁹ dass das Selbstverständnis der deutschen Strafrechtsdogmatik darin besteht, die geltende Rechtslage kritisch zu hinterfragen. Es ist auch völlig zutreffend, dass die österreichische Strafrechtsdogmatik bislang und wohl auch in Zukunft ohne Rekurs auf *Kant* oder *Hegel* auskommt. Das leuchtet ein in einer Rechtsordnung, die jahrhundertlang auch dadurch geprägt war, dass *Kant* und *Hegel* auf dem Index der katholischen Kirche gestanden haben.⁶⁰ Im österreichischen Zivilrecht war *Kant* z.B. rezipiert worden,⁶¹ nicht aber im öffentlichen

⁵⁵ Vgl. zutreffend: *Goeckenjan*, in: Jestadt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit, Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 184 (197 ff.); *Hefendehl*, ZIS 2012, 506.

⁵⁶ Vgl. generell zur Frage der Übertragbarkeit im Rahmen der Rechtsvergleichung: *Lagodny*, in: Burkhardt/Koch/Gropp/Lagodny/Spaniol/Walther/Künschner/Arnold/Perron (Hrsg.), *Scripta amicitiae, Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag*, 2015, S. 387.

⁵⁷ Vgl. zunächst oben Fn. 3 sowie deutlich: *Ambos*, GA 2016, 177 m.w.N.; *Vogel*, JZ 2012, 25; *Kudlich/Hoven*, ZIS 2016, 345 zur Ausdehnung deutschen Strafrechts auf Auslands-sachverhalte.

⁵⁸ Siehe oben I.

⁵⁹ Siehe oben III. 1.

⁶⁰ Siehe *Lagodny* (Fn. 10), S. 271.

⁶¹ Dazu *Schmidlin*, in: Selb/Hofmeister (Hrsg.), *Forschungsband Franz v. Zeiller*, 1980, S. 192; *ders.*, *Die Einheit der Rechtsquellen und der Rechtsanwendung im Privatrecht, Gutachten zum 5. Österreichischen Juristentag (1973) I/1 A*, S. 13 ff., 38 ff. und passim; *Grimm*, in: Selb/Hofmeister

⁴⁹ Vgl. dazu z.B. *Kreß*, NJW 1998, 633.

⁵⁰ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (38). Zur Begutachtung durch den Verfassungsdienst: *Lienbacher*, in: Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner (Hrsg.), *Staat und Recht in europäischer Perspektive, Festschrift für Heinz Schäffer*, 2006, S. 427 (445 ff.).

⁵¹ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (37 ff.).

⁵² *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (40).

⁵³ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (39).

⁵⁴ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (41).

Recht. Hier hat *Kelsen* zentrale Bedeutung. Ähnlich wie in Deutschland wird auch in Österreich die traditionelle Trennlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht mit aller Macht aufrechterhalten, obwohl die Grenzen zunehmend verwischen und oft nur noch vermeintliche akademische Alleinvertretungsmonopole zu rechtfertigen scheint. Die Entwicklungen im Europarecht sprechen dafür Bände. Dies relativiert für mich die Wirkkraft der Reinen Rechtslehre. Es mag durchaus sein, dass meine Vorbehalte darauf zurückzuführen sind, dass ich nicht von Beginn meiner juristischen Sozialisation an mit dieser Lehre bedacht worden bin, und deshalb ihre Vorzüge nicht verstehe.

Es liegt deshalb nahe, dass auch andere Rechtsordnungen ihre jeweiligen gewichtigen Besonderheiten haben, die historisch und ideengeschichtlich gewachsen sind. Ich kann hier nur illustrieren, welche Überlegungen und Erkenntnisse für mich nötig waren, um die österreichische Denkwelt der Dogmatik zu verstehen. Dazu möchte ich an meinen eigenen Erfahrungen in einer anderen und fremden Rechtsordnung anknüpfen (unten 1.). Diese möchte ich mit neuesten Erkenntnissen der Strafrechtsvergleichung verknüpfen, um daran noch mehr zu verdeutlichen, wie geradezu absurd ein möglicher Weltgeltungsanspruch der deutschen Strafrechtsdogmatik ist (unten 2.).

1. Eigene Erfahrungen

Mir wurden die oben geschilderten Besonderheiten der österreichischen Rechtsordnung und des österreichischen Rechtsdenkens erst nach über zehn Jahren meiner Tätigkeit in Salzburg bewusst. Weder mit dem „Trennungsgrundsatz“ noch mit der Reinen Rechtslehre kann ich mich intellektuell anfreunden. Aber ich kann inzwischen das mit beidem verbundene Rechtsdenken wenigstens nachvollziehen. Doch sollen die damit zusammenhängenden Fragen jetzt nicht hier diskutiert werden. Entscheidend für mich ist es, dass es so lange gedauert hat, bis mir diese beiden Faktoren bewusst geworden sind.

Eine wichtige Rolle hat dabei der österreichische Soziologe *Georg Simmel* gespielt. Er hat an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert davon gesprochen, dass keiner die Kultur so kennt, wie der „Fremde, der heute kommt und morgen bleibt“. ⁶² Das bedeutet für die Rechtsvergleichung, dass man in den Rechtsordnungen, die man vergleichen will, im Idealfall gelebt haben muss. Nur dann kann man die entscheidenden Details erkennen. Als Fremder kann man das deshalb gut, weil man Fragen stellt, die dem Einheimischen gar nicht in den Sinn kommen, weil sie so selbstverständlich sind.

So ging es mir mit dem Trennungsgrundsatz. Er war das zentrale Argument, weshalb es in Österreich bis zum Jahre 2014 – bis auf die keinesfalls umfassende und flächendeckende Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof – keinen Verwaltungsrechtsschutz durch wirklich von der Verwaltung unabhängige Gerichte gab. Meine Frage in der Zeit davor

war: „Warum müssen österreichische Verwaltungsbehörden vor den Gerichten geschützt werden?“ Wenn jemand diese Frage überhaupt verstand, dann kamen allenfalls zögerliche mündliche Antworten. ⁶³ Diese gingen dahin, dass im 19. Jahrhundert das Vertrauen der Bürger in die Verwaltung höher war als in die dem Monarchen ergebene Richterschaft.

Den Gedanken von *Georg Simmel* kann man auch in die gegenläufige Richtung sinngemäß anwenden: Erst aus der Außenperspektive wird einem manche Besonderheit der Herkunftsrechtsordnung bewusst. Und das Beispiel der Rechtsgutsdebatte ist ein besonders gutes Beispiel.

Ein weiteres Beispiel ist der Katechismus der deutschen juristischen Ausbildung. Er wird geprägt vom Heiligen Gral des „Gutachtenstils“. In Österreich kennt man diesen Begriff nicht und kommt dennoch gut zurecht. ⁶⁴ Und so ist es auch bei der Rechtsgutsdiskussion: Erst von der Außenperspektive her wird mir bewusst, warum es einer solchen gerade in Deutschland vielleicht bedarf oder wenigstens: warum eine solche gerade in Deutschland entstanden ist. Das zwingt zur Frage, von welchen Besonderheiten der deutschen Rechtsordnung es abhängt, dass sich eine solche Diskussion entwickeln konnte. Mit anderen Worten: Erst die Außenperspektive führt zur Frage des „Warum?“. Sie ist aus deutscher Sicht genauso erstaunlich – ja vielleicht sogar befremdlich – wie für die österreichische Dogmatik meine Frage nach dem „Warum“ des Trennungsgrundsatzes.

2. Abhängigkeit der rechtsvergleichenden Methode von der Zielsetzung (*Eser*)

Verknüpft man freilich die vorstehenden Überlegungen mit einer ganz neuen Erkenntnis zur Rechtsvergleichung, so geht es um einen entlarvenden Rückschluss auf den Hochmut deutscher Dogmatik: Sie soll Weltgeltung innehaben. Ausgangspunkt ist nämlich die Erkenntnis von *Eser*, dass die Frage der zutreffenden rechtsvergleichenden Methode einzig und allein davon abhängt, welche Zielsetzung verfolgt wird. Diese kann sehr vielfältig sein und von der Entwicklung übernationaler Standards oder der Reform des eigenen Rechts bis hin zu eher musealen institutionellen Betrachtungen (z.B. zum „Wesen“ einer Rechtsfigur) reichen. ⁶⁵ Die Bedeutung dieser Erkenntnis kann gar nicht hoch genug eingestuft werden, auch wenn es sich wissenschaftstheoretisch eher um eine Banalität handelt. Jede natur- oder geisteswissenschaftliche Arbeit muss zuerst die Zielsetzung diskutieren und danach die in der Arbeit einzuschlagende Methode begründen. Das sind die „Basics“, die in jeder Lehrveranstaltung zu wissenschaftlichem Arbeiten vermittelt werden müssen. Fehlt nur eines davon, ist die Arbeit nicht wissenschaftlich. Das kann man im Grunde in jedem nicht-juristischen Curriculum zum Promotionsstudium an jeder Universität nachlesen. In der Strafrechtsvergleichung hat man dies bis zur Arbeit von *Eser* aber offensichtlich noch nicht zur Kenntnis genommen. Man

⁶³ Ausnahme *Wiederin*, ÖJZ 2011, 351.

⁶⁴ Vgl. dazu *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157.

⁶⁵ *Eser*, in: *Eser/Perron* (Hrsg.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, 2015, S. 929 (1038 ff., 1098 ff.).

(a.a.O.), S. 97; vgl. auch *Ogris*, in: *Olechowski* (Hrsg.), *Elemente europäischer Rechtskultur*, 2003, S. 311 (320).

⁶² *Simmel*, *Soziologie*, 1908, S. 685 (Exkurs über den Fremden).

hat sich darüber gestritten, was denn nun „die“ rechtsvergleichende Methode sei, oder „wie viele“ „richtige“ Methoden es gebe.⁶⁶ Diese Fragestellung führt in Sackgassen.

Trotz dieser Überlegungen mag zunächst der Eindruck des Unbefriedigtseins überwiegen. Kann man – so mag man fragen – eine so zentrale Diskussion wie die deutsche Rechts-gutsdiskussion mit so wenigen Worten transnational relativieren? Ist das nicht seinerseits unbedacht? Und: Es kann nicht sein, dass man nur dann Rechtsvergleichung betreiben darf, wenn man eine Rechtsordnung so intensiv kennt, dass man die geschilderten „Hintergründe“ erkennt und einordnen kann.

In der Tat muss man sich Gedanken machen, ob es „die“ richtige Methode der Rechtsvergleichung gibt, wenn man die gerade geschilderten möglichen Bedenken relativieren möchte. Insoweit muss ich auf neueste Erkenntnisse von *Eser* hinweisen, der dies jetzt in der notwendigen Deutlichkeit präsentiert hat: Welche rechtsvergleichende Methode man wählen sollte, hängt ausschließlich von den zuvor ausdrücklich formulierten Zielsetzungen ab.⁶⁷ Das ist eine allgemeine Anforderung an wissenschaftlich-methodisches Arbeiten: Die konkret richtige Methode kann ich erst festlegen, wenn ich die Forschungsfragen formuliert habe. Warum sollte gerade die Rechtsvergleichung als Wissenschaft hiervon abweichen und „zweckfrei“ sein?⁶⁸ Deshalb gibt es nicht „die“ zutreffende rechtsvergleichende Methode. Hiervon scheinen jedoch viele auszugehen;⁶⁹ es wäre schlicht vermessen von mir, wenn ich forderte, dass man Rechtsvergleichung nur betreiben dürfe, wenn man einige Zeit in der Rechtsordnung gelebt hat, weil man nur dann solche Fundamente entdecke, wie ich sie vorstehend am Beispiel etwa des Trennungsgrundsatzes aufgezeigt habe. Zusammenfassend sei betont: Es gibt genauso viele richtige Methoden wie es (sinnvolle) rechtsvergleichende Fragestellungen gibt.

Zudem muss man die *Eser'sche* Zielsetzungsforderung auch in die umgekehrte Richtung denken: Wenn ein rechtsvergleichender Gegenstand wie die deutsche Rechtsgutsdiskussion, den Anspruch erhebt, potentiell Weltgeltung zu haben, dann lässt dies Rückschlüsse auf die dahinterstehende Fragestellung zu. War dann die Weltgeltung ihr unausgesprochenes Ziel? Ein solches Ziel schimmert mehr als deutlich durch, wenn das Hohe Lied auf die Überlegenheit der deutschen Strafrechtsdogmatik gesungen wird.⁷⁰ Dann darf man nicht überrascht sein, wenn man daran gemessen wird.

V. Fazit

1. Sicherlich hat die Rechtsgutsdiskussion „identitätsstiftende Funktion“⁷¹ für die deutsche Strafrechtswissenschaft. Mehr aber auch nicht. Freilich wäre es zu herabsetzend, bezeichnete man sie als bloße „Spielwiese“ der deutschen Strafrechtsdogmatik. Das mag man sich heute nur noch nicht allseits eingestehen.

2. Das Beispiel Österreich zeigt vielmehr, wie man auf anderen Wegen zu genau den Zielen gelangt, die sich die deutsche Strafrechtsdogmatik auf ihre Fahnen geschrieben hat. Es wird aber Zeit, dass man sich von einer solchen germanozentrischen Sicht verabschiedet. Letztere ist überheblich und lässt nicht auf Weitblick schließen. Auf Weltblick schon gar nicht. Ein bisschen Bescheidenheit würde der deutschen Strafrechtsdogmatik deshalb sehr gut tun. Rumpelstilzchen schadet ihr eher.

⁶⁶ Vgl. die beeindruckende Darstellung bei *Eser* (Fn. 65), S. 954 ff.

⁶⁷ *Eser* (Fn. 65), S. 929.

⁶⁸ Dies ist jedoch ein in der Rechtsvergleichung nicht selten anzutreffender Ansatz, vgl. dazu die Darstellung und die Nachweise bei *Eser* (Fn. 65), S. 963 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu nochmals den ganzen Strauß an scheinbar einzigartigen Begriffen und Modellen, die bei *Eser* (Fn. 65), S. 954 ff., eindrucksvoll zusammengestellt sind.

⁷⁰ Sehr gerne angestimmt von *Schünemann*, zuletzt auf der Strafrechtslehrertagung 2015 in Augsburg, dazu: *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (711).

⁷¹ *Schramm*, ZStW 127 (2015), 714.

§ 217 StGB – Bemerkungen zur Auslegung eines zweifelhaften Tatbestandes

Von Prof. Dr. Thomas Weigend, Köln, Jun.-Prof. Dr. Elisa Hoven, Köln

I. Einleitung

Die Schlacht um die Inkriminierung der Suizidförderung ist geschlagen. Der Gesetzgeber hat sich ungeachtet aller Bedenken und Gegenargumente¹ für den Erlass einer Strafvorschrift entschieden, die das „geschäftsmäßige“ Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln einer Gelegenheit zur Selbsttötung unter Strafe stellt. Die besondere Gefahr einer geschäftsmäßigen Suizidförderung soll vor allem darin liegen, dass Suizidunterstützung „zu einem Dienstleistungsangebot der gesundheitlichen Versorgung“² wird und dass ein solches Angebot eine Nachfrage erzeugt, die sonst nicht vorhanden wäre. Das Verbot geschäftsmäßiger Suizidförderung soll also verhindern, dass der Einzelne durch das Vorhandensein „attraktiver“ Suizidförderungsangebote zu der Verwirklichung eines möglicherweise nur passageren Sterbewunsches gedrängt wird. Die Norm bezweckt mithin den Schutz der Autonomie in Bezug auf das eigene Leben.

Die Gegenposition, die unserer Auffassung entspricht,³ soll hier nur ganz kurz akzentuiert werden: Der Gesetzgeber geht von der unbewiesenen und psychologisch nicht sehr plausiblen Prämisse aus, dass manche geistig gesunde⁴ Menschen einen latenten Suizidwunsch hätten, der durch das Angebot günstiger Gegebenheiten für eine Selbsttötung aktiviert werden könne.⁵ Er nimmt ferner – ebenfalls ohne ausreichende empirische Grundlage – an, dass „Sterbehilfevereine“ und ähnliche Einrichtungen aus ökonomischen oder anderen auf das Florieren der Vereinigung gerichteten Interessen darum bemüht seien, eine Nachfrage nach ihrem Suizidhilfe-Angebot zu generieren, und daher Interessenten ohne

hinreichend ausgewogene Beratung zum Sterben drängen.⁶ Auf der Grundlage dieser prima facie nicht besonders einleuchtenden Annahmen ist ein strafrechtliches Verbot der Suizidförderung verabschiedet worden, ohne dass zuvor die nicht-strafrechtlichen Alternativen einer wirksamen Bekämpfung der vermeintlichen „Auswüchse“ ernsthaft geprüft worden wären.⁷ Diese Regelung schützt nicht etwa – wie vom Gesetzgeber behauptet – die Autonomie der Menschen hinsichtlich der Entscheidung zwischen Sterben und Weiterleben, sondern sie beschneidet diese Autonomie in gravierendem – möglicherweise verfassungswidrigem – Maße, indem sie entscheidungsfähigen sterbewilligen Personen den Zugang zu Angeboten abschneidet, die ihnen die Möglichkeit eröffnen würden, ihr Lebensende nach ihrem individuellen Wunsch zu gestalten.⁸

Es geht uns allerdings in diesem Beitrag nicht darum, die Position, die sich im Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt hat, noch einmal grundsätzlich zu kritisieren. Wir untersuchen auch nicht die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 217 StGB, mit denen sich vermutlich demnächst das Bundesverfassungsgericht beschäftigen wird.⁹ Unser Anliegen ist es vielmehr, Überlegungen zur Auslegung der neuen Strafvorschrift zu präsentieren.

II. Versuch einer restriktiven Auslegung

Die kritischen Fragen, die Zielsetzung und Notwendigkeit der neuen Strafvorschrift aufwerfen, müssen dazu führen, dass man ihren Anwendungsbereich nach Möglichkeit einschränkt. *Kubicziel* schlägt zur Wahrung der Verfassungsmäßigkeit des § 217 StGB eine allgemeine teleologische Reduktion vor:¹⁰ Unter Berücksichtigung der Ratio der Vorschrift („Übereilungsschutz“)¹¹ soll die Strafbarkeit entfallen, wenn „keine Gefahr einer voreilig-undurchdachten Lebensaufgabe“ besteht. *Kubiciels* Vorschlag läuft darauf hinaus, dass in den Tatbestand ein weiteres Merkmal hineingelesen wird, nämlich die (konkrete) Eignung der Tat zur Beeinflussung des Willens des Suizidenten. Der Suizidhelfer soll straflos blei-

¹ Siehe z.B. *Duttge*, NJW 2016, 121 (123 f.); *Eidam*, medstra 2016, 17; *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280; *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108; *Roxin*, NSTZ 2016, 185; *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, Rechtsgutachten zum strafrechtlichen Verbot organisierter Sterbehilfe, 2015. Zur generellen rechtlichen Erlaubnis zum Suizid *Gärditz*, ZfL 2015, 114; *Hillenkamp*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 521 (530); *Neumann*, in: Heger/Kelker/Schramm (a.a.O.), S. 569 (577); *Saliger*, medstra 2015, 132.

² BT-Drs. 18/5373, S. 2.

³ Siehe dazu im Einzelnen *Hoven*, ZIS 2016, 1.

⁴ Wenn sich ein Suizident aufgrund fehlender oder stark eingeschränkter Entscheidungsfähigkeit in nicht freiverantwortlichem Zustand töten will, so ist derjenige, der ihn bei der Verwirklichung seiner Absicht unterstützt, bereits wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft strafbar; vgl. für die insoweit allgemeine Ansicht *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 211 Rn. 37; *Roxin*, GA 2013, 313 (319). Für diese Fälle bedürfte es also keiner neuen Strafvorschrift.

⁵ Skeptisch hierzu auch *Fischer*, in: Heinrich/Jäger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 557 (575).

⁶ Zur Realität des Wirkens von „Sterbehilfevereinen“ siehe *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (547); *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (117 f.); *Schöch*, in: Heger/Kelker/Schramm (Fn. 1), S. 585 (598 ff.).

⁷ Siehe dazu die sehr pauschalen Behauptungen in BT-Drs. 18/5373, S. 15. Für nicht-strafrechtliche Lösungen z.B. *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (548); *Kempff*, JR 2013, 10 (13); *Roxin*, NSTZ 2016, 185 (189 f.).

⁸ Ebenso *Duttge*, MedR 2014, 621.

⁹ Siehe zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 217 StGB BT-Drs. 18/5373, S. 13; *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (552); *Hillgruber*, ZfL 2013, 70 (71 ff.); *Kubicziel*, ZIS 2016, 396; *Merkel*, in: Hoyer/Müller/Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 297 (317); *Saliger*, Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 160 ff.

¹⁰ *Kubicziel*, ZIS 2016, 396 (402).

¹¹ Siehe BT-Drs. 18/5373, S. 8, 11 f., 17.

ben, wenn „an der Reflektiertheit und Vollzugsreife des Selbsttötungswillens“ des Suizidenten „keine Zweifel bestehen“.¹² Das Gericht hätte danach in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Sterbewunsch des Betroffenen schon vor dem Eingreifen des Täters autonom gefasst („Reflektiertheit“) und hinreichend stabil („Vollzugsreife“) war; es hätte also den Sterbewunsch einer individuellen Bewertung zu unterziehen.¹³

Man kann geteilter Meinung darüber sein, ob sich eine Strafvorschrift mit dem von *Kubiciel* ins Auge gefassten Inhalt in hinreichend bestimmter und subsumtionsfähiger Weise formulieren ließe. Der Gesetzgeber hat sich jedenfalls – obwohl ähnliche Vorschläge bereits vorlagen¹⁴ – für eine andere Lösung entschieden. Er hat § 217 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt konzipiert, dessen Tatbestand eine Einzelfallprüfung der „Vollzugsreife“ des Suizidwunsches nicht vorsieht. Die von *Kubiciel* vorgenommene teleologische Reduktion würde im Ergebnis dazu führen, dass die Strafbarkeit von einem Element der konkreten Gefährlichkeit der Tat für die Autonomie des Suizidenten abhinge. Eine Ausnahme von der Strafbarkeit nach § 217 StGB in Fällen fehlender „Vollzugsreife“ würde allerdings dazu führen, dass in jedem Einzelfall eingehende Feststellungen zur psychischen Verfassung des Suizidenten getroffen werden müssten. Bereits die unwiderlegte Behauptung des Beschuldigten, er sei von der „Vollzugsreife“ des Sterbewunsches ausgegangen, müsste in dubio pro reo zu einem Freispruch führen. Mit diesen weitreichenden Konsequenzen entfernt sich der Vorschlag deutlich von Wortlaut und Begründung des Gesetzes. Zwar wird durch ein solches Vorgehen nicht das Verbot einer Analogie zu Lasten des Angeklagten verletzt; nach der Rechtsprechung des BVerfG endet die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung jedoch dort, „wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte“.¹⁵ Es muss dem Bundesverfassungsgericht überlassen bleiben, über die Verfassungskonformität der Norm in der vom Gesetzgeber gewählten Form zu entscheiden und ihm gegebenenfalls eine Neuregelung aufzuerlegen.

Im Folgenden wird daher nicht der Weg einer generellen Einschränkung der Norm mittels ungeschriebener zusätzlicher Tatbestandsvoraussetzungen verfolgt; vielmehr werden die einzelnen Merkmale von § 217 Abs. 1 StGB – im Lichte der in den Gesetzesmaterialien genannten Ratio der Vor-

schrift – einer engen Auslegung unterworfen, in der Hoffnung, dass die Vorschrift dadurch auf einen noch akzeptablen Kern reduziert werden kann.

1. Objektiver Tatbestand

Die Tatbestandsstruktur von § 217 Abs. 1 StGB ist zumindest sehr ungewöhnlich. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers beschreibt der Tatbestand des § 217 Abs. 1 StGB eine „zur Täterschaft verselbständigte Unterstützungshandlung“.¹⁶ Die Unterstützung bezieht sich allerdings auf ein Verhalten (den freiwilligen Suizid), das selbst nicht strafbar ist. Da der Akt der Selbsttötung kein Unrecht darstellt, lässt sich die Strafbarkeit der Suizidförderung nicht akzessorisch aus einem geförderten Unrecht ableiten, sondern muss gewissermaßen aus sich selbst heraus begründet werden können.

Außerdem handelt es sich bei § 217 Abs. 1 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt:¹⁷ Die Strafbarkeit des Täters setzt nicht voraus, dass die „geförderte“ Handlung überhaupt vorgenommen wird. Hat der Sterbewillige die Gelegenheit zum Suizid erhalten und nimmt sie nicht wahr, so ist der Suizidassistent gleichwohl wegen vollendeter Förderung der Selbsttötung strafbar. Ob allerdings schon das bloße Tätigwerden in Richtung auf eine Förderung des Suizidvorhabens zur Strafbarkeit führt oder ob nicht doch mindestens ein faktischer „Erfolg“ eintreten muss – diese Frage hängt von der Interpretation der einzelnen Tathandlungen ab, mit der wir uns im Folgenden beschäftigen.

a) Tathandlungen

§ 217 StGB unterscheidet drei Varianten der Tathandlung: das Gewähren, das Verschaffen und das Vermitteln einer Gelegenheit zur Selbsttötung. Damit hat der Gesetzgeber Begriffe übernommen, die auch in anderen Tatbeständen verwendet werden, nämlich bei der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (§ 180 Abs. 1 StGB) und bei der Förderung des verbotenen Gebrauchs von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 10, 11 StGB). Es ist zweifelhaft, ob die Übernahme dieser Begriffe aus ganz anderen Sinnzusammenhängen eine glückliche Entscheidung war. Schon nach dem Erscheinungsbild der Tat haben die Förderung unerlaubter sexueller Kontakte (wie in § 180 Abs. 1 StGB) und die Ermöglichung eines Suizids wenig miteinander gemeinsam. Außerdem beziehen sich die Förderungshandlungen sowohl bei § 180 Abs. 1 StGB als auch bei § 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG auf Verhaltensweisen, die – von irrationalen Ausnahmen abgesehen¹⁸ – per se verboten und sozial verpönt sind;

¹² *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 (402).

¹³ Für eine solche – allerdings nicht nur formell-prozedurale, sondern substantiell-inhaltliche – Bewertung generell *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 35; siehe auch *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 210.

¹⁴ Siehe insbesondere *Freund/Timm*, GA 2012, 491 (496); siehe auch *Brose*, ZIS 2014, 235 (237, der eine Straffreistellung von Ärzten bei vorheriger Prüfung der Freiwilligkeit des Sterbewunsches vorschlägt); *Engländer*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 583 (596).

¹⁵ BVerfGE 138, 64.

¹⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 16.

¹⁷ Kritisch zum Bestehen einer auch nur „abstrakten“ Gefahr *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (113, 115).

¹⁸ § 180 Abs. 1 StGB stellt nicht nur die Förderung verbotener sexueller Ausbeutung von Jugendlichen durch ältere Erwachsene unter Strafe, sondern ganz unverständlicherweise auch die Unterstützung vollkommen legaler und üblicher Sexuallkontakte unter Jugendlichen; siehe zu dieser gesetzgeberischen Aberration *Hörnle*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar,

dadurch bekommt die Förderung, etwa durch Verschaffen einer „Gelegenheit“, eine ganz andere soziale und normative Bedeutung als die Unterstützung eines psychologisch nachvollziehbaren und ethisch neutralen Aktes der Selbsttötung. Die missglückte Transplantation einzelner Begriffe in einen anderen Regelungskontext erschwert die Interpretation der verwendeten Wörter. Jedenfalls sollte man die Auslegung, die diese Begriffe in einem anderen normativen Zusammenhang erfahren haben, nicht ohne nähere Prüfung auf die Situation der Suizidförderung übertragen.

aa) *Gelegenheit*

Das Problem der inkongruenten Begriffsbildung zeigt sich schon bei der „Gelegenheit“ zum Suizid, die den gemeinsamen Bezugspunkt der drei Tathandlungen von § 217 StGB bildet. Verbotene sexuelle Handlungen mit Minderjährigen und der Erwerb von Betäubungsmitteln sind nicht frei zugänglich; die „Gelegenheit“ dazu ist daher nicht jederzeit gegeben, sondern kann nur unter besonderen Anstrengungen zur Überwindung der aus der Verpönung resultierenden faktischen Hürden geschaffen werden. Die Selbsttötung steht demgegenüber rechtlich jedermann frei. Wer Suizid begehen möchte, hat auch faktisch zur Verwirklichung seines Vorhabens eine Vielzahl von Möglichkeiten, die ihm jederzeit ohne umständliche Vorbereitung zur Verfügung stehen: Rasierklingen, tiefe Gewässer, hohe Felsen und Schnellzüge bieten frei zugängliche „Gelegenheiten“ zum Suizid. Nur in dem seltenen Ausnahmefall vollkommener physischer Hilflosigkeit ist ein Suizidwilliger zwingend darauf angewiesen, dass ihm ein anderer bei der Verwirklichung seines Wunsches hilft. Wenn ein bewegungsfähiger Suizident die Unterstützung eines anderen Menschen sucht, dann geschieht dies also in aller Regel nicht deshalb, weil er ohne dessen Hilfe keine „Gelegenheit“ hätte, seinen eigenen Tod herbeizuführen; es geht ihm vielmehr nur darum, sich in einer bestimmten (meist sicheren, friedlichen und schonenden) Art und Weise töten zu können.

Die Gesetzesbegründung zu § 217 StGB ignoriert diese Besonderheit, indem sie – unter Rückgriff auf Kommentierungen zu § 180 Abs. 1 StGB – formuliert, der Täter müsse durch seine Unterstützungshandlung äußere Umstände herbeiführen, „die geeignet sind, die Selbsttötung zu ermöglichen oder wesentlich zu erleichtern“. ¹⁹ In Bezug auf verbotene sexuelle Handlungen mag die Aussage sinnvoll sein, jemand habe sie erst „ermöglicht“, indem er etwa den Kontakt zu dem minderjährigen Sexualpartner hergestellt oder einen sonst nicht zugänglichen diskreten Raum für die sexuellen Handlungen bereitgestellt hat. ²⁰ Auf eine Selbsttötung passt eine solche Aussage nicht: Da einem physisch bewegungsfä-

higen Suizidwilligen die Selbsttötung jederzeit möglich ist, kann sie ihm nicht durch einen Anderen „ermöglicht“ werden. Ähnliches gilt auch für das „wesentliche Erleichtern“ eines Suizids. Da physisch sehr „leicht“ zugängliche Methoden der Selbsttötung in vielen Variationen jedem zur Verfügung stehen, liegt z.B. in der Vermittlung des Suizidwilligen an eine ausländische Sterbehilfe-Organisation, die erst nach einem umständlichen Prüfungsverfahren Suizidhilfe leistet, keine „Erleichterung“ des Weges in den Tod. Das Tatbestandsmerkmal des Verschaffens einer „Gelegenheit“ kann also nicht bedeuten, dass dem Sterbewilligen *irgendein* Zugang zum Suizid eröffnet wird; die „Gelegenheit“ kann sich vielmehr nur auf die Möglichkeit der Selbsttötung in einer bestimmten, vom individuellen Suizidenten gewünschten Modalität beziehen. Ob schon die damit verbundene graduelle Erhöhung des Selbsttötungsrisikos bei einem bereits generell suizidwilligen Menschen strafwürdig ist, kann man mit gutem Grund bezweifeln. Für das Verbot einer so verstandenen Erleichterung des Suizids lässt sich aber immerhin die Erfahrung anführen, dass viele Menschen, die nicht mehr weiterleben möchten, dennoch vor leicht zugänglichen, aber besonders brutalen Formen der Selbsttötung wie dem Sprung von einem hohen Gebäude zurückschrecken.

Eine „Gelegenheit“ verschafft der Täter dem Suizidwilligen nach den hier angestellten Überlegungen (nur) dann, wenn er ihm Umstände bietet, die es ihm möglich oder leichter machen, in der gerade von ihm bevorzugten Art und Weise aus dem Leben zu scheiden, z.B. weil er sich (nur) von der gewählten Methode einen sanften Tod verspricht oder weil sie das „Überlebensrisiko“ weitgehend ausschließt. ²¹ In erster Linie kommt danach als „Gelegenheit“ der Zugang des Suizidenten zu bestimmten Betäubungsmitteln oder Medikamenten in Betracht, die es ihm erlauben, seinen Wunsch nach einem „friedlichen Einschlafen“ zu verwirklichen. Außerdem sind Fälle erfasst, in denen dem Suizidwilligen nicht allgemein zugängliche Informationen gegeben werden, die er zur Durchführung der Selbsttötung in der ihm genehmen Weise benötigt, zum Beispiel darüber, wie ein Fehlschlagen des Suizidversuchs wirksam vermieden werden kann. ²²

²¹ Dies bedeutet nicht, dass strafbare Suizidförderung nur in individueller Interaktion mit dem Suizidwilligen durch die Gewährung für ihn „maßgeschneiderter“ Mittel oder Informationen geleistet werden könnte. Eine „Gelegenheit“ kann vielmehr auch dadurch verschafft werden, dass gegenüber der Allgemeinheit Mittel oder Methoden zum Suizid angeboten werden, die den Suizid für eine Vielzahl von interessierten Personen als sicher und schmerzlos und damit als besonders attraktiv erscheinen lassen.

²² Die hier vertretene Lösung entspricht dem Vorschlag der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin, die ausschließlich die Verordnung des tödlichen Medikamentes und die Anleitung zur Suizidplanung als strafbare Beihilfe erfasst sehen wollten; Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin, *Ärztlich assistierter Suizid, Reflexionen*, abrufbar unter: https://www.dgpalliativmedizin.de/images/stories/140128_ärztsuizid_online.pdf (14.9.2016). Kritisch dazu *Duttge*, *MedR* 2014, 621 (624); *Oğlakcioğlu*, in: v. Heintschel-Heinegg

Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 180 Rn. 4; *Renzikowski*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 180 Rn. 7.

¹⁹ BT-Drs. 18/5373, S. 18 im Anschluss an die Kommentierungen von *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 180 Rn. 5, und *Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 4), § 180 Rn. 9.

²⁰ Insoweit zustimmend *Gaede*, *JuS* 2016, 385 (388).

Von seltenen Ausnahmefällen abgesehen kann dagegen die bloße Bereitstellung von Räumlichkeiten für die Durchführung des Suizids nichts als Verschaffen einer „Gelegenheit“ gelten. Soweit die Gesetzesbegründung anderes behauptet,²³ orientiert sie sich in verfehelter Weise an dem nur vermeintlichen „Vorbild“ des § 180 Abs. 1 StGB. Bei der Förderung unerlaubter sexueller Handlungen mit Minderjährigen ist es denkbar, dass eine räumliche Rückzugsmöglichkeit, die die Entdeckung der Handlungen durch Dritte ausschließt, für das Gelingen des Vorhabens wesentlich ist.²⁴ Dagegen kann eine Selbsttötung überall vorgenommen werden; wenn dem Suizidenten das gewünschte Mittel zur Verfügung steht, ist der Ort des Sterbens gleichgültig. Ein Suizident kann zwar aus verschiedenen Gründen den Wunsch haben, nicht in der eigenen Wohnung Suizid zu begehen. In diesem Fall gibt es aber eine so große Vielzahl an leicht zugänglichen, gleichermaßen geeigneten alternativen Räumen, dass derjenige, der dem Suizidwilligen etwa in Kenntnis seiner Absicht ein Hotelzimmer vermietet, ihm noch keine „Gelegenheit“ verschafft. Selbst die Einrichtung einer als „Suicide Hotel“ bezeichneten Unterkunft fällt nicht unter § 217 Abs. 1 StGB, wenn dort außer einem auf den besonderen Zweck des Aufenthalts abgestimmten Ambiente keine speziellen Mittel zur Selbsttötung angeboten werden; denn das bloße Schaffen eines angenehmen äußeren Rahmens ist nicht konstitutiv für die Möglichkeit des Suizids in der von dem Suizidenten gewünschten Art und Weise.²⁵

bb) Gewähren oder Verschaffen

Die Tathandlungen „Gewähren“ und „Verschaffen“ richten sich auf die Herbeiführung der „Gelegenheit“ in dem oben charakterisierten Sinne. Sie unterscheiden sich voneinander lediglich dadurch, dass das Mittel dem Täter des „Gewährens“ bereits zur Verfügung steht (Beispiel: Der Arzt besitzt ein tödliches Gift, das sich für einen Suizid eignet), während der Täter des „Verschaffens“ es sich erst noch besorgen muss (Beispiel: Der Täter kauft das tödliche Gift für den Suizidenten in der Apotheke).²⁶ In beiden Fällen ist schon nach dem lexikalischen Sinn der verwendeten Verben vorzusetzen,

(Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.3.2016, § 217 Rn. 19.

²³ BT-Drs. 18/5373, S. 18.

²⁴ Renczkowski (Fn. 18), § 180 Rn. 32.

²⁵ Auch für die vergleichbaren Tatbestände von § 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG wird das Verschaffen oder Gewähren einer „Gelegenheit“ nur bei typischerweise oder unmittelbar fördernden Handlungen bejaht; siehe Körner/Patzak/Volkmer, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2016, § 29 Rn. 1748; Kotz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 2013, § 29 BtMG Rn. 1475. Auch § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird nicht dadurch verwirklicht, dass jemand in dem Zimmer, in dem die verbotenen Sexualkontakte stattfinden sollen, das Bett frisch bezieht oder Getränke bereitstellt; Hörnle (Fn. 18), § 180 Rn. 22.

²⁶ Renczkowski (Fn. 18), § 180 Rn. 32; Fischer (Fn. 19), § 180 Rn. 5.

dass die „Gelegenheit“ den Adressaten tatsächlich erreicht. Versendet beispielsweise der Apotheker das tödliche Gift an den Suizidwilligen und geht die Sendung unterwegs verloren, so hat der Apotheker dem Suizidenten eine „Gelegenheit“ weder verschafft noch gewährt. Da der Versuch der Suizidförderung nicht strafbar ist, bleibt der Apotheker in diesem Fall straflos.

Auch wenn man für die Vollendung von § 217 StGB das Verschaffen oder Gewähren einer tatsächlichen „Gelegenheit“ zur Selbsttötung verlangt, bleibt die Frage offen, ob auch zeitlich weit im Vorfeld liegende Beiträge als „Verschaffen“ angesehen werden können, wenn sie letztlich zu einem Suizid oder zu einer konkreten „Gelegenheit“ geführt haben. Verwirklicht den Tatbestand beispielsweise auch der Pharmazeut, der Substanzen komponiert oder herstellt, die besonders für einen schmerzlosen Suizid geeignet sind, sofern diese Substanzen später einem Sterbewilligen zur Verfügung gestellt werden? Und wie ist es mit dem Mit-Gründer eines „Sterbehilfereins“? Um eine weite Ausdehnung der Strafbarkeit auf fördernde Handlungen im Vorfeld zu vermeiden, schlägt Kubiciel eine restriktive Interpretation in dem Sinne vor, dass nur Handlungen bestraft werden sollen, bei denen ein „tatbestandstypischer Unmittelbarkeitszusammenhang“ zum Suizid feststellbar ist und die der Selbsttötung „unmittelbar vorausgehen“.²⁷

Eine solche Einschränkung der Tathandlungen in zeitlicher Hinsicht ist jedoch weder kriminalpolitisch sinnvoll noch notwendig. Wer dem Suizidwilligen ein Gift zur Selbsttötung verschafft, kann – wenn die Voraussetzungen von § 217 Abs. 1 StGB im Übrigen erfüllt sind – nicht allein deshalb straflos werden, weil der Suizident das Gift nicht sofort, sondern erst nach einigen Monaten zur Selbsttötung benutzt.

Eine hinreichende Einschränkung des Tatbestandes ergibt sich jedoch unabhängig von der zeitlichen Dimension aus der folgenden Überlegung: Nach seinem Zweck kann § 217 Abs. 1 StGB nur solche Handlungen verbieten, die das Potential haben, die Autonomie der Entscheidung über die Fortsetzung des eigenen Lebens zu beeinträchtigen. Daher sind die Grenzen strafwürdiger Förderung deutlich enger zu ziehen als bei den „Vorbild“-Strafnormen § 180 Abs. 1 StGB und § 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG, bei denen es um die Förderung verbotener Handlungen geht.²⁸ Da Möglichkeiten zum Suizid

²⁷ Kubiciel, ZIS 2016, 396 (402); ähnlich Oğlakcioğlu (Fn. 22), § 217 Rn. 19.

²⁸ Durch diese Einschränkung unterscheidet sich die Auslegung der im Tatbestand verwendeten Begriffe möglicherweise von der Interpretation der gleichlautenden Ausdrücke in § 180 Abs. 1 StGB und § 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG. Dass dadurch dieselben Begriffe an verschiedenen Stellen des Strafgesetzbuchs unterschiedlich ausgelegt werden, ist eine Folge der Entscheidung des Gesetzgebers, bei der Formulierung von § 217 StGB auf Tatbestände zurückzugreifen, denen andere Lebenssachverhalte und unterschiedliche Schutzzwecke zugrunde liegen. Es ist auch nicht ganz außergewöhnlich, dass identische Termini in verschiedenen Vorschriften des StGB unterschiedlich ausgelegt werden, ist allerdings nicht

in vielfältiger Weise zur Verfügung stehen, setzt das Gewähren oder Verschaffen einer „Gelegenheit“ voraus, dass der Täter dem Suizidenten eine Selbsttötungsmöglichkeit eröffnet, die diesem sonst nicht zur Verfügung stünde. Denn die Willensfreiheit eines Menschen, der die Option des Suizids für sich erwägt, kann durch das Schaffen einer „Gelegenheit“ allenfalls insoweit tangiert werden, als ihm besonders attraktive, „verführerische“ Angebote zur raschen und unkomplizierten Verwirklichung seines Sterbewunsches gemacht werden, dass ihm also der Weg zum eigenen Tod in spezifischer Weise geebnet wird. Die Begriffe des Gewährens oder Verschaffens sind folglich auf das Angebot solcher Leistungen zu begrenzen, die für die Verwirklichung des Sterbewunsches essentiell sind, die also für den Suizidenten notwendig sind, um sein Leben in der von ihm gewünschten Weise zu beenden.

Hierfür sind Handlungen nicht geeignet, die dem Suizidenten Möglichkeiten bieten, die er sich leicht auch aus eigener Kraft verschaffen könnte. Wer beispielsweise einen „Sterbehilfverein“ gründet, schafft damit noch nicht für einzelne Personen eine „Gelegenheit“ zum Suizid; diese Schwelle wird erst überschritten, wenn ein Funktionsträger des Vereins einem bestimmten Ratsuchenden Mittel zur Selbsttötung besorgt oder ihm genaue Instruktionen zum sicheren Vorgehen beim Suizid erteilt. Ähnliches gilt für die Herstellung und den Vertrieb von Substanzen, die allgemein zur Begehung von Suizid geeignet sind; auch damit wird noch keine individualisierte „Gelegenheit“ geschaffen. Da Verschaffen und Gewähren voraussetzen, dass dem Suizidwilligen ein Zugang zur Selbsttötung geboten wird, der ihm sonst nicht ohne weiteres zur Verfügung stünde, sind die beiden Tathandlungen auf die konkrete Person des Suizidenten bezogen. Wer beispielsweise einem lebensmüden Apotheker eine zur Selbsttötung geeignete Substanz besorgt, die sich jener auch aus seinem eigenen Vorrat nehmen könnte, „verschafft“ ihm keine den Suizid besonders erleichternde Gelegenheit; dagegen kann bei einem gelähmten Suizidenten schon das Bereitlegen eines scharfen Messers am Krankenbett als „Verschaffen“ anzusehen sein.

In ähnlicher Weise ist das Verschaffen einer Gelegenheit durch verbale Einwirkungen zu beurteilen. Eine solche Tathandlung liegt vor, wenn der Täter den Suizidwilligen bei der Anwendung einer Suizidmethode oder eines Mittels fachkundig anleitet und auf diese Weise die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der Suizident seinen Tod herbeiführt. Dagegen kann eine bloße psychische Unterstützung des Suizidwilligen oder die Bestärkung seines Entschlusses keine Strafbarkeit nach § 217 Abs. 1 StGB begründen; dasselbe gilt für die Weitergabe von Informationen über bestehende Angebote von Suizidförderung, etwa durch „Sterbehilfvereine“ wie die schweizerische Organisation „Dignitas“. In Betracht kommt in solchen Fällen allerdings eine Strafbarkeit nach §§ 217

Abs. 1, 27 StGB, sofern es später – wie vom Gehilfen vorausgesehen – zur Gewährung einer konkreten „Gelegenheit“ durch die geschäftsmäßig tätige Organisation kommt.²⁹

cc) Vermitteln

Größere Auslegungsprobleme bereitet die dritte Tathandlungsvariante, das „Vermitteln“ einer Gelegenheit.³⁰ Das Spezifikum des Vermittelns gegenüber den beiden anderen Modalitäten liegt darin, dass der Täter beim Vermitteln nicht selbst über die Gelegenheit zum Suizid verfügt, sondern eine dritte Person ins Spiel bringt, die ihrerseits die Suizidgelegenheit verschaffen oder gewähren soll. Nach der Gesetzesbegründung soll „Vermitteln“ schon dann gegeben sein, wenn „der Täter den konkreten Kontakt zwischen einer suizidwilligen Person und der Person, die die Gelegenheit zur Selbsttötung gewährt oder verschafft, ermöglicht“; diese beiden Personen müssten noch nicht miteinander in Kontakt getreten sein.³¹ Gleichgültig, was man unter dem Begriff des „konkreten Kontakts“ (gibt es auch einen „abstrakten“ Kontakt?) verstehen möchte, führt diese Definition zu einer deutlichen Diskrepanz bezüglich des Unrechtsgehalts zwischen den Modalitäten des Gewährens und Verschaffens einerseits und des Vermittelns einer Suizidgelegenheit andererseits. In Bezug auf das Gewähren der Suizidgelegenheit ist das Herstellen „konkreten Kontakts“ nicht mehr als eine vorgelagerte Unterstützungshandlung und hat allenfalls das Gewicht einer Beihilfe (die eine vollendete Haupttat voraussetzen würde!). Es ist keine normative Legitimation dafür ersichtlich, eine bloße Hilfstätigkeit im Vorfeld der eigentlich inkriminierten abstrakten Lebensgefährdung (Verschaffen der Suizidgelegenheit) zur Täterschaft hochzustufen. Um eine solche Disharmonie zwischen den Tathandlungen des § 217 StGB zu vermeiden, darf man den Begriff des Vermittelns nicht so weit wie die Gesetzesbegründung verstehen, sondern muss ihm einen Inhalt geben, der ihn mit dem Unrecht des Verschaffens und Gewährens vergleichbar macht.

Der Begriff des Vermittelns ist sprachlich zweideutig: Er kann zum einen eine bloße Tätigkeit beschreiben (z.B.: ein Diplomat „vermittelt“ – mit ungewissem Ergebnis – zwischen zwei Streitparteien), zum anderen die Herbeiführung eines Erfolges (z.B.: der Makler „vermittelt“ einen Wohnungskauf, das heißt, er bringt einen Vertragsabschluss zustande). Daher kann man auch unter dem „Vermitteln“ einer Gelegenheit zum Suizid Verschiedenes verstehen, nämlich

1. die Weitergabe einer Information an den Suizidwilligen, mit deren Hilfe dieser Kontakt mit einem Suizidhelfer aufnehmen kann (der Täter gibt dem Suizidwilligen S die Kontaktdaten des Arztes A, der bereit ist, Mittel zum Suizid zur Verfügung zu stellen; S unternimmt nichts weiter);

2. die erfolgreiche Herstellung eines Kontakts zwischen dem Sterbewilligen und dem Suizidhelfer (der Täter gibt S die Kontaktdaten von A; daraufhin ruft S den A an. Bei die-

ganz außergewöhnlich; so wird etwa der Begriff der „Wegnahme“ in §§ 168 und 289 StGB anders verstanden als in § 242 StGB. Siehe hierzu *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 168 Rn. 4, und *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4) § 289 Rn. 9, jeweils m.w.N.

²⁹ Vgl. *Oğlakcioğlu* (Fn. 22), § 217 Rn. 17.

³⁰ Der Begriff des „Vermittelns“ findet sich im StGB etwa auch in §§ 180, 181a, 236 und 328 Abs. 2 Nr. 2 StGB.

³¹ BT-Drs. 18/5373, S. 18. So auch *Renzikowski* (Fn. 18), § 180 Rn. 27.

ser Variante kann man noch danach differenzieren, ob S und A nur über allgemeine Themen oder schon über die Möglichkeit einer Förderung des Suizids durch A sprechen); oder

3. das tatsächliche Verschaffen einer Gelegenheit zum Suizid mit Hilfe eines Dritten (S wendet sich mit Hilfe der ihm vom Täter überlassenen Kontaktdaten an A, und A übergibt dem S das zur Durchführung des Suizids notwendige Mittel³²).

Die Gesetzesbegründung siedelt den Begriff des Vermittelns in der Nähe der ersten Variante an. Es soll zwar für die Strafbarkeit noch nicht ausreichen, dass der Täter den Suizidenten nur „auf eine ohnedies allgemein bekannte Stelle“ hinweist,³³ wegen (vollendeter!) Vermittlung soll jedoch bereits strafbar sein, wer „mit beiden Personen in Verbindung steh[t] und deren zumindest grundsätzliche Bereitschaft für eine solche ‚Hilfe‘ abgeklärt“ hat, ohne dass die beiden Personen tatsächlich miteinander in Kontakt getreten sein müssten.³⁴

Gestützt wird diese Interpretation (indirekt) auf die Auslegung des Begriffs des Vermittelns in § 180 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Dort setzt eine Strafbarkeit wegen Vorschubleistens zu sexuellen Handlungen mit Personen unter 16 Jahren durch „Vermittlung“ nach h.M. mindestens voraus, dass ein persönlicher Kontakt zwischen den (möglichen) Sexualpartnern zustande kommt.³⁵ Die Gesetzesbegründung lehnt eine parallele Voraussetzung für § 217 StGB ab, da bei der Suizidförderung nicht der Akt selbst, sondern nur die Gelegenheit hierzu vermittelt werden müsse.³⁶ Bei dieser Argumentation trifft schon die Prämisse nicht zu, dass sich das „Vermitteln“ in § 180 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf den verbotenen sexuellen Akt selbst beziehe. Das Vermitteln wird dort vielmehr als eine Modalität des Vorschubleistens verstanden, also einer Förderungshandlung mit dem Ergebnis, dass „die Möglichkeit des Zustandekommens des sexuellen Kontakts in greifbare Nähe gerückt“ ist.³⁷ Dies ist durchaus mit dem Verschaffen einer

Gelegenheit (dort: zu sexuellen Handlungen) vergleichbar. Insofern läge es näher, hinsichtlich des „Vermittelns“ eine Parallele zwischen § 180 Abs. 1 und § 217 Abs. 1 StGB zu ziehen. Aber selbst wenn das Vermitteln in § 180 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein kategorial anderes Bezugsobjekt hätte als in § 217 StGB, würde das nichts daran ändern, dass der Täter des § 217 StGB nicht allein eine (ergebnislose) Tätigkeit entfalten muss, sondern „etwas“ (nämlich: die „Gelegenheit“) vermitteln muss. „Vermitteln“ wird im Gesetzestext transitiv, also im Sinne einer *erfolgreichen* Vermittlungstätigkeit gebraucht. Die Gelegenheit „hierzu“, von der § 217 Abs. 1 StGB spricht, ist sprachlich eindeutig die Gelegenheit zur „Selbsttötung“, nicht etwa die Gelegenheit für den Suizidenten, sich die Möglichkeit eines Zugangs zum Suizid erst durch *eigene* Tätigkeit (z.B. Kontaktaufnahme mit einem Arzt) zu verschaffen. Dass der Gesetzgeber durchaus über die Möglichkeit verfügt, sprachlich zu differenzieren, zeigt ein Vergleich von § 217 StGB mit dem strukturell verwandten Verschaffen einer Gelegenheit zum unerlaubten Drogenkonsum: § 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG stellen das „Mitteilen“ einer Gelegenheit zum Drogenkonsum unter Strafe. Hätte der Gesetzgeber (kriminalpolitisch allerdings verfehlt!) bereits die einseitige Information des Suizidenten erfassen wollen, so hätte er die Handlungsvariante in § 217 StGB ebenso wie in § 29 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BtMG formulieren können und müssen.

Auch der Umstand, dass in § 217 StGB die Tathandlungen des Vermittelns, Verschaffens und Gewährs gleichrangig nebeneinander stehen, zwingt zu einer Interpretation des „Vermittelns“ in dem Sinne, dass der Vermittler dafür gesorgt haben muss, dass dem Suizidwilligen die Gelegenheit zur Selbsttötung tatsächlich zur Verfügung steht. Der Unterschied zum „Verschaffen“ und „Gewähren“ besteht lediglich darin, dass der Täter bei diesen Varianten die Gelegenheit selbst zur Verfügung stellt, während er beim Vermitteln den Suizidwilligen in Kontakt mit einem Dritten bringt, der seinerseits (wie der Vermittler dies vorausgesehen hat) dem Suizidenten die „Gelegenheit“ verschafft oder gewährt. Dabei ist unter „Gelegenheit“, wie oben begründet, das Verschaffen von Mitteln oder der Kenntnis von wirksamen Methoden zur Selbsttötung gemeint. Vollendetes Vermitteln liegt also erst dann vor, wenn der Suizident das Mittel oder die Methode tatsächlich zur Verfügung hat. Von den oben gebildeten Auslegungsvarianten ist also die engste (3.) die richtige: Das Tatbestandsmerkmal des Vermittelns ist erst dann verwirklicht, wenn sich der Suizident mit Hilfe der ihm vom Täter überlassenen Informationen an den Arzt gewandt und dieser ihm das zur Durchführung des Suizids notwendige Mittel übergeben hat. Eine bloße Kontaktaufnahme des Suizidwilligen mit dem Arzt (wie in Variante 2.) genügt nicht, selbst wenn dabei bereits ein Gespräch über Suizidmöglichkeiten stattgefunden hat.

Diese Lösung hat freilich zur Konsequenz, dass der Eintritt der Strafbarkeit des Vermittelers von Vorgängen abhängt,

Nr. 1 StGB eine bloße Erleichterung der Kontaktaufnahme nicht für das Tatbestandsmerkmal der „Vermittlung“, Hörnle (Fn. 18), § 180 Rn. 16; Renzikowski (Fn. 18), § 180 Rn. 27.

³² Da es bei § 217 StGB insgesamt um die Verschaffung der Gelegenheit zum Suizid geht, scheidet eine noch engere Deutung des Inhalts aus, dass der Suizid tatsächlich vorgenommen worden sein müsste.

³³ BT-Drs. 18/5373, S. 18. Diese Einschätzung stimmt mit dem Verständnis des „Vermittelns“ in § 180 StGB durch die h.M. überein. Danach genügt das „Benennen einer [...] Dirnenunterkunft nur, wenn diese nicht allgemein bekannt und daher ohne Vermittlung nicht zugänglich ist.“ (Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 180 Rn. 5). Vgl. auch Renzikowski (Fn. 18), § 180 Rn. 27 m.w.N.

³⁴ BT-Drs. 18/5373, S. 18.

³⁵ Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 180 Rn. 8.

³⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 18.

³⁷ So die Definition bei Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 180 Rn. 6; ebenso Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 135. Lieferung, Stand: August 2012, § 180 Rn. 2. Nach einer engeren Ansicht muss es sogar tatsächlich zu sexuellen Handlungen gekommen sein; Hörnle (Fn. 18), § 180 Rn. 26; Renzikowski (Fn. 18), § 180 Rn. 25. Jedenfalls genügt bei § 180 Abs. 1

die er selbst nicht unmittelbar steuern kann, nämlich von der Interaktion zwischen dem Suizidwilligen und demjenigen, der über die „Gelegenheit“ verfügt.³⁸ Dies ist jedoch bei Delikten mit einem Erfolgselement keine Besonderheit: So tritt etwa auch in Fällen mittelbarer Täterschaft der Erfolg erst und nur dann ein, wenn der Tatmittler mit dem Opfer in Kontakt tritt; und ähnlich liegt es, wie gezeigt, auch im Fall der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger nach § 180 Abs. 1 StGB.³⁹

Der Tatbestand des Vermittelns kann grundsätzlich auch dann erfüllt sein, wenn der Täter den Suizidwilligen mit einem ausländischen Suizidhelfer in Kontakt bringt, der dem Suizidenten die Gelegenheit zur Selbsttötung im Ausland verschafft. Dies gilt auch dann, wenn die Handlung der Suizidförderung an dem ausländischen Ort nicht unter Strafe steht; es kommt nach § 3 StGB nur auf die Vornahme der selbständigen Tathandlung des (geschäftsmäßigen) Vermittelns in Deutschland an. Allerdings setzt auch in diesen Fällen die Strafbarkeit nach deutschem Recht zweierlei voraus: Der Täter muss dem Suizidenten Informationen verschafft haben, die nicht (etwa im Internet) allgemein zugänglich sind, oder er muss den Kontakt mit der ausländischen Einrichtung hergestellt haben; und der Suizidwillige muss (im Ausland) tatsächlich die Gelegenheit zum Suizid erhalten haben.

Ebenso wie bei Inlandstaaten muss das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit (dazu sogleich näher) nur bei dem Vermittler gegeben sein, nicht notwendig auch bei demjenigen, der im Ausland die Gelegenheit zur Selbsttötung gewährt oder verschafft. Vermittelt dagegen jemand in Deutschland nur in einem einzelnen Fall einen „erfolgreichen“ Kontakt zu einer geschäftsmäßig arbeitenden Sterbehilfe-Organisation im Ausland, so kann er nicht Täter des § 217 StGB sein; es kommt jedoch – wenn nicht ein Fall des § 217 Abs. 2 StGB vorliegt – eine Beihilfe zur Suizidförderung (§§ 217 Abs. 1, 27 StGB) in Frage. Hier ist nach § 9 Abs. 2 StGB deutsches Strafrecht auf das Verhalten des Gehilfen anwendbar, selbst wenn die Suizidassistenz nach dem Recht des ausländischen Tatorts nicht unter Strafe steht.

³⁸ Damit stellt sich die Frage, ob der Versuch der Suizidförderung unter Strafe gestellt werden sollte. In der Entwurfsbegründung (BT-Drs. 18/5373, S. 19) wird diese Frage mit dem Argument verneint, dass § 217 StGB „auch Tathandlungen im zeitlichen Vorfeld des Suizids“ erfasse. Das trifft zwar zu, führt aber nach der hier entwickelten Auslegung der Tathandlungen nur dann zu einer Strafbarkeit, wenn der Suizident letztlich die Gelegenheit zur Selbsttötung erhält. Dennoch sollte man wegen des insgesamt sehr geringen Unrechtsgehalts der Tat von einer Inkriminierung des Versuchs absehen.

³⁹ Auch dort ist die Tat trotz eifrigster Bemühungen des Vermittlers nicht vollendet, wenn sich die beiden ins Auge gefassten Sexualpartner nicht tatsächlich treffen oder sich ihr Kontakt nicht „auf die Vornahme sexueller Handlungen konkretisiert hat“; vgl. *Renzikowski* (Fn. 18), § 180 Rn. 28.

b) Geschäftsmäßigkeit

Das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit beruht auf der Sorge des Gesetzgebers, dass durch die Existenz einer „Suizidhilfe-Industrie“ Menschen zur vorschnellen Selbsttötung veranlasst werden könnten, obwohl sie bei höheren Hürden vor dem Suizid vielleicht wieder in eine günstigere Stimmung gelangen und neuen Lebensmut fassen würden. Wir bezweifeln, dass diese Sorge, die von manchen Autoren und Interessengruppen geteilt wird,⁴⁰ einen derart realen Hintergrund hat, dass man eine Inkriminierung der Suizidassistenz darauf stützen kann. Für die Zwecke dieses Beitrags gehen wir jedoch davon aus, dass bestimmte „aggressive“ Angebote der Suizidförderung tatsächlich einen solchen autonomiegefährdenden Effekt haben können. Auf der Grundlage dieser Annahme ist zu fragen, wie der vom Gesetzgeber als Unterscheidungsmerkmal zwischen legalem und strafbarem Förderungsverhalten gewählte Begriff der Geschäftsmäßigkeit so ausgelegt werden kann, dass er genau die Gefahren bekämpft, die das strafrechtliche Verbot eventuell zu begründen vermögen.

Das Leitmotiv der Gesetzesbegründung ist die Gegenüberstellung von zwei Typen der Suizidassistenz. Auf der einen Seite stehen „Handlungen, die im Einzelfall und aus altruistischen Motiven, häufig aufgrund einer besonderen persönlichen Verbundenheit erfolgen“⁴¹, auf der anderen Seite die Fälle, in denen „ein [auch nicht finanziell motiviertes] Eigeninteresse der Suizidhelferinnen und -helfer an der Durchführung der Selbsttötung besteht“.⁴² (Nur) Im letztgenannten Fall soll die autonome Entscheidung des Suizidwilligen gefährdet sein: Die „spezifischen Eigeninteressen“ der Suizidhelfer sollen zu einer „Interessenheterogenität der Beteiligten“ und folglich zu einer „besondere[n] Gefährdung der stets prekären freiverantwortlichen Entscheidung am Lebensende“ führen,⁴³ wenn der Täter „die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung macht [...] bzw. es sich bei der Suizidhilfe um eine planmäßige Betätigung in Form eines regelmäßigen Angebotes handelt“.⁴⁴

Diese Begründung vermischt zwei unterschiedliche Aspekte. Einerseits geht es um den Gegensatz zwischen „Altru-

⁴⁰ Siehe etwa *Augsberg/Brysch*, Stellungnahme der Patientenschutzorganisation Deutsche Hospiz Stiftung zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz „Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung“, Patientenschutz-Infodienst 2012, S. 6; *Gärditz*, ZfL 2015, 114; *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (547); *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 (398 f.); *Schiemann*, ZRP 2013, 51 (53); Stellungnahme der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland e.V. zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung des Bundesministeriums der Justiz vom 9. März 2012, 2012, S. 3.

⁴¹ BT-Drs. 18/5373, S. 12.

⁴² BT-Drs. 18/5373, S. 11.

⁴³ BT-Drs. 18/5373, S. 11.

⁴⁴ BT-Drs. 18/5373, S. 12.

ismus“ und „Eigeninteresse“ des Suizidhelfers; andererseits spielt die Unterscheidung zwischen Hilfe „im Einzelfall“ und der „Wiederholung gleichartiger Taten“ eine Rolle. Bei der Gegenüberstellung der beiden Idealtypen „guter“ und „böser“ Suizidassistent übersieht der Gesetzgeber, dass sich die vier insgesamt zur Charakterisierung verwendeten Merkmale in der Realität auch anders konfigurieren können. So kann einerseits auch eine einmalige Förderung eines Suizids (etwa durch einen Angehörigen des Suizidenten) auf durchaus eigennützigen Motiven beruhen.⁴⁵ Andererseits kann auch ein altruistisch tätiger Suizidhelfer wiederholt und „nachhaltig“ tätig werden (wollen); gerade jemand, der Suizidenten aus Hilfsbereitschaft bei der Umsetzung ihrer Entscheidung helfen möchte, kann (und wird häufig) bestrebt sein, seine Hilfe nicht nur einmal anzubieten, sondern immer dann, wenn er mit einem Bedarf konfrontiert wird. Wenn aber die „altruistische“ Suizidförderung nach der Meinung des Gesetzgebers grundsätzlich keine Strafe verdient,⁴⁶ stellt sich die ungelöste Frage, weshalb die Wiederholung(sabsicht) aus einer rechtmäßigen Handlung eine Straftat machen soll.⁴⁷ Es ist daher auch dann, wenn man die Ratio der Gesetzgebung zugrunde legt, in der Sache verfehlt, allein die Wiederholungsabsicht zum entscheidenden Kriterium für die Strafbarkeit zu machen.⁴⁸

Genau darauf läuft jedoch die gesetzliche Regelung des § 217 Abs. 1 StGB hinaus. Der Gesetzgeber hätte sein Anliegen auch einfach durch die Formulierung verwirklichen können: „Wer in der Absicht, wiederholt die Selbsttötung anderer zu fördern, hierzu die Gelegenheit gewährt“ usw. In einem seltsamen Versuch der Legitimation durch Rekurs auf Begriffe aus einem ganz anderen legislativen Kontext verwendet der Gesetzgeber jedoch stattdessen den Ausdruck „geschäftsmäßig“. Damit verweist er auf den denkbar fern liegenden Tatbestand der Verletzung des Postgeheimnisses in § 206 Abs. 1 StGB,⁴⁹ wo als Täter Beschäftigte von Unternehmen genannt werden, die „geschäftsmäßige Post- oder Telekommunikationsdienste“ erbringen. Diese Vorschrift wiederum verweist implizit auf Legaldefinitionen in den

entsprechenden verwaltungsrechtlichen Normen, die sich auf (natürlich vollkommen legale) Post- und Telekommunikationsdienstleistungen beziehen. Wenn dort Geschäftsmäßigkeit als „das nachhaltige Betreiben der Beförderung von Postsendungen“ (§ 4 Nr. 4 PostG) bzw. das „nachhaltige Angebot von Telekommunikation“ (§ 3 Nr. 10 TKG) definiert wird, so hat das in der Sache ersichtlich nicht das Geringste mit dem Anbieten von Suizidassistent zu tun. Die Verschiebung eines Wortes von einem vorhandenen sachlichen Kontext in eine völlig andere „Umgebung“ kann bei dem Versuch, den Inhalt des Begriffs zu bestimmen, nur Verwirrung stiften.⁵⁰ Der Gesetzgeber bezieht sich ersichtlich nur deshalb auf die Legaldefinition in den abgelegenen verwaltungsrechtlichen Vorschriften, weil in ihnen die Wendung „mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“ vorkommt. Daraus leitet die Gesetzesbegründung ihre Definition der „Geschäftsmäßigkeit“ ab: Es soll genügen, dass „jemand die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung machen will“.⁵¹ Jede „wirtschaftliche oder berufliche Konnotation des Begriffs der Geschäftsmäßigkeit“ wird bewusst ausgeschlossen, da andernfalls „organisierte Handlungsweisen ohne beruflichen oder wirtschaftlichen Kontext unberücksichtigt bleiben“ und die „Vorschrift ins Leere liefe“.⁵²

Tatsächlich dürfte es dem Gesetzgeber trotz dieser Erklärungen nicht wirklich um die Bekämpfung wiederholter oder regelmäßiger Hilfeleistungen als solcher gehen, sondern um das Schließen von Beweislücken gegenüber den eigentlich angezielten kommerziellen Suizidhilfe-Organisationen. Deren Tätigkeit ist dem Gesetzgeber ein Dorn im Auge, da sie nicht nur in anstößiger Weise Gewinn aus dem Leid und der Not ihrer Mitmenschen ziehen,⁵³ sondern auch aufgrund ihrer Gewinn-Orientierung versuchen könnten, ihren „Markt“ ohne Rücksicht auf verbleibende Zweifel und Bedenken möglicher Suizidenten zu erweitern.⁵⁴ Kommerzielle Anbieter können

⁴⁵ Der Gesetzgeber hätte besser nicht den unpassenden Begriff der „Geschäftsmäßigkeit“ verwendet, sondern – nach dem Vorbild von Art. 115 des schweizerischen StGB – das strafbare Verhalten als Suizidverleitung oder -beihilfe aus „selbstsüchtigen“ Beweggründen charakterisiert.

⁴⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 12.

⁴⁷ Genau so hatte die Bundesregierung noch 2012 zur Begründung ihres Entwurfs zur Strafbarkeit gewerbsmäßiger Suizidbeihilfe argumentiert; BT-Drs. 17/11126, S. 8. Ebenso *Duttge*, NJW 2016, 120 (122 f.); *Eidam*, medstra 2016, 17 (20); *Feldmann*, GA 2012, 498 (504); *Roxin*, NStZ 2016, 185 (189); *Saliger*, medstra 2015, 131 (138); *Schöch*, in: Heger/Kelker/Schramm (Fn. 1), S. 585 (590); *Verrel*, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 331 (333).

⁴⁸ Berechtigte Kritik an der inneren Widersprüchlichkeit der Gesetzgebung auch bei *Feldmann*, GA 2012, 498 (509 f.).

⁴⁹ Siehe BT-Drs. 18/5373, S. 16.

⁵⁰ Im Übrigen ist der Begriff der Nachhaltigkeit heute anders konnotiert als noch vor ein paar Jahrzehnten; er wird als (sprachlich nicht recht geglücktes) Synonym für den englischen Ausdruck „sustainability“ verwendet und bezeichnet eine Entwicklung, die die Erhaltung von Ressourcen zum Ziel hat. Näheres im „Lexikon der Nachhaltigkeit“, abrufbar unter:

https://www.nachhaltigkeit.info/artikel/definitionen_1382.htm (14.9.2016).

⁵¹ BT-Drs. 18/5373, S. 16 f. Zur Unbestimmtheit des in dieser „Definition“ steckenden subjektiven Aspekts mit Recht kritisch *Roxin*, NStZ 2016, 185 (189).

⁵² BT-Drs. 18/5373, S. 17.

⁵³ Konsequenter ordnet daher der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (*Schöch/Verrel*, GA 2005, 553 [585]) den von ihm vorgeschlagenen Tatbestand in Parallele zum Tatbestand des Wuchers ein. Siehe dazu auch *Roxin*, GA 2013, 313 (322); *Schöch* (Fn. 47), S. 587 f.

⁵⁴ In diesem Sinne die Begründung zum Verbot der „gewerbsmäßigen“ Suizidassistent im Entwurf von 2012: „Anstatt den Leidenden und Lebensmüden Hilfe im Leben und im Sterben anzubieten, wird das aktive und vermeintlich

jedoch ihre tatsächliche Gewinnorientierung relativ leicht verschleiern.⁵⁵ Daher verzichtet das Gesetz auf das eigentlich gemeinte Merkmal und ersetzt es durch die „Geschäftsmäßigkeit“.⁵⁶ Zur Erklärung heißt es, dass ein (die Autonomie des Suizidenten gefährdendes) „Eigeninteresse an einer Fortsetzung der entsprechenden Tätigkeit“ auch dort anzunehmen sei, „wo auf den assistierten Suizid ‚spezialisierte‘ Organisationen oder Personen ein ‚Geschäftsmodell‘ entwickeln und kontinuierlich betreiben [wollen]“.⁵⁷ Schon die gewundene Formulierung zeigt die Unehrlichkeit der Begründung. Worin soll sich die „Spezialisierung“ eines Täters äußern? Und was soll unter einem „Geschäftsmodell“ zu verstehen sein, wenn es gerade nicht um das Betreiben eines „Geschäfts“ im Sinne eines wirtschaftlichen Unternehmens gehen soll?

Die Regelung ist nicht nur unehrlich, sondern sie ist auch kriminalpolitisch verfehlt. Denn nach dem Wortlaut der Norm kommen durchaus auch Ärzte als „geschäftsmäßige“ Täter in Frage,⁵⁸ da auch ein Arzt, der „die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung machen will“,⁵⁹ die Suizidförderung geschäftsmäßig betreibt. Die gegen eine Strafbarkeit von Ärzten in der Gesetzesbegründung vorgetragenen Erwägungen überzeugen nicht: Dass der assistierte Suizid „nicht medizinisch indiziert“ sei, deshalb nicht dem Selbstverständnis der Angehörigen medizinischer und pflegerischer Berufe und Einrichtungen entspreche und überdies „auch von den Kostenerstattungsregelungen nicht erfasst“ sei,⁶⁰ schließt keineswegs aus, dass ein Arzt aus innerer Überzeugung (und vielleicht sogar ohne Rücksicht auf die Frage der Kostenerstattung!) schwerkranken Patienten etwa durch die Bereitstellung geeigneter Medikamente zum Suizid verhilft. Mit einer Einbeziehung von Ärzten in die Strafbarkeit nach § 217 Abs. 1 StGB werden aber alle vernünftigen Bestrebungen zunichte gemacht, die Suizidassistenten gerade in die Hände derer zu legen, die aufgrund ihrer Sachkunde am besten schonende und effiziente Hilfe zum Suizid leisten könnten.⁶¹ Dies zeigt erneut, dass das als „Geschäftsmäßigkeit“ (fälsch) etikettierte Merkmal der Wiederholungsbereitschaft mehr Schaden als Nutzen stiftet und überdies das angebliche Ziel des Gesetzes verfehlt.

Allerdings ist der Wortlaut des Gesetzes manchmal klüger als seine Urheber. So kann man dem Begriff der Geschäfts-

mäßigkeit durchaus eine Bedeutung geben, die über die – als solche für die Autonomie der Suizidenten nicht gefährliche – Wiederholung der Hilfeleistung hinausgeht. Eine unangemessene Versuchung zur allzu raschen Verwirklichung eines vielleicht passageren Suizidwunsches kann möglicherweise von solchen Einrichtungen oder Personen⁶² ausgehen, die über eine auf Dauer angelegte feste Organisation verfügen und sich ausschließlich oder im Wesentlichen mit „Sterbehilfe“ beschäftigen. Es handelt sich also um Anbieter, die die Leistung von Suizidförderung „zu einem wiederkehrenden Bestandteil ihrer wirtschaftlichen oder beruflichen Betätigung“ machen.⁶³ In vielen Fällen werden die Betreiber und Mitarbeiter solcher Einrichtungen Klienten, die mit einem mehr oder weniger ausgeprägten Suizidwunsch zu ihnen kommen, mit der notwendigen Zurückhaltung umfassend über die bestehenden Optionen beraten und aufklären.⁶⁴ Es mag aber Fälle geben, in denen solche Einrichtungen aus ideologischen oder finanziellen Gründen unter einem gewissen Erfolgsdruck stehen, der sich in allzu offensiven Angeboten der vorgehaltenen Suizidhilmöglichkeiten auch gegenüber Personen mit einem noch nicht hinreichend verfestigten Selbsttötungswunsch auswirken kann. Auch wenn sich eine solche generell-abstrakte Gefahr nicht gerade aufdrängt, liegt es möglicherweise noch im gesetzgeberischen Ermessen, ihr durch ein strafbewehrtes Verbot präventiv entgegenzuwirken.⁶⁵ Erforderlich – und damit verfassungsgemäß – kann ein derartiges Verbot jedoch allenfalls dann sein, wenn die oben genannten engen Voraussetzungen vorliegen, aufgrund derer die tatsächliche Möglichkeit eines missbräuchlichen Einwirkens auf potentielle Suizidenten durch besonders verführerisch gestaltete Angebote von Suizidhilfe besteht. Durch die vorgeschlagene einschränkende Auslegung der Geschäftsmäßigkeit würde auch eine häufiger vorgenommene ärztliche Suizid-Unterstützung straflos gestellt, es sei denn, ein Arzt betreibt – allein oder im Rahmen einer Organisation – auf Dauer eine geschäftsmäßige Suizidförderung in dem hier beschriebenen Sinne.⁶⁶

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht erfordert § 217 StGB, dass der Täter die Umstände seines Handelns kennt; er muss also wissen,

einfache Beenden des Lebens selbst zum Gegenstand geschäftlicher Tätigkeit gemacht“; BT-Drs. 17/11126, S. 1, 6.

⁵⁵ *Augsberg/Brysch* (Fn. 40), S. 13 ff.

⁵⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 13 f.

⁵⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 11.

⁵⁸ Ebenso *Duttge*, NJW 2016, 120 (122); *Eidam*, medstra 2016, 17 (20); *Gaede*, medstra 2016, 65; *Hoven*, ZIS 2016, 1 (7); *Jäger*, JZ 2015, 875 (882); *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 (401); *Roxin*, NStZ 2016, 185 (190).

⁵⁹ BT-Drs. 18/5373, S. 16 f.

⁶⁰ BT-Drs. 18/5373, S. 17 f.

⁶¹ Berechtigte Kritik bei *Eidam*, medstra 2016, 17 (21 f.); *Freund/Timm*, GA 2012, 491 (495 ff.); *Hoven*, ZIS 2016, 1 (7 f.); *Roxin*, NStZ 2016, 185 (189); gegen eine Beteiligung von Ärzten an der Suizidassistenten jedoch *Duttge*, MedR 2014, 621 (625).

⁶² Es wird sich bei den hier gemeinten Anbietern zwar meist um Personenmehrheiten handeln; im hier gemeinten Sinne „geschäftsmäßig“ kann aber auch eine Einzelperson handeln, deren Berufsausübung sich ganz oder zum größten Teil auf Suizidförderung beschränkt.

⁶³ Siehe die entsprechende Definition der Geschäftsmäßigkeit (bezüglich § 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 RBeratungsG a.F.) in BayObLG NStZ 1981, 29; ebenso *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 97.

⁶⁴ Siehe zu der Praxis bestehender Sterbehilfevereine die Nachweise in Fn. 6; siehe auch *Fischer* (Fn. 5), S. 575.

⁶⁵ Grds. ebenso *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 (402 f.); *Schiemann*, ZRP 2013, 51 (53); für eine nur gewerberechtliche Regelung jedoch *Kempff*, JR 2013, 10 (13 f.).

⁶⁶ Übereinstimmend die Zielrichtung der Vorschläge von *Gaede*, medstra 2016, 65 (66).

dass er einem anderen die Gelegenheit zum Suizid verschafft, gewährt oder vermittelt und dass er dabei geschäftsmäßig (im oben dargelegten Sinne) tätig wird. Darüber hinaus verlangt der Tatbestand die Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern. Die Gesetzesbegründung versteht dies als Absicht im eigentlichen Sinne;⁶⁷ das heißt, es muss das Handlungsziel des Täters sein, die Förderung zu bewirken, also einem anderen den Zugang zum Suizid (eben durch die Schaffung der „Gelegenheit“) zu erleichtern. Mit diesem Merkmal möchte der Gesetzgeber die verbotene Suizidförderung von Fällen der sog. indirekten Sterbehilfe abgrenzen. Wenn also ein – „geschäftsmäßig“ handelnder – Arzt einem Patienten ein Medikament zur Schmerzstillung oder Sedierung überlässt, in dem Bewusstsein, dass die Einnahme des Medikaments zum Tod des (darüber informierten) Patienten führen kann, so soll der subjektive Tatbestand von § 217 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sein, da es an der „Absicht“ der Suizidförderung fehle.⁶⁸ In dogmatischer Hinsicht ist dieses Ergebnis zutreffend. Der Gesetzgeber überträgt damit jedoch die auch im Bereich der aktiven Sterbehilfe prekäre und die wahren Sachverhalte verschleiernde Doktrin von der Doppelwirkung linderungs- und todbringender Handlungen⁶⁹ auf die Suizid-Unterstützung. Dabei wird diese Doktrin hier besonders komplex, da zwei Akteure mit möglicherweise unterschiedlichen Vorstellungen beteiligt sind. Bezüglich der Durchführung des Suizids selbst verlangt die Gesetzesbegründung (nur) mindestens Eventualvorsatz des Helfers.⁷⁰ Dies ist berechtigt, da einerseits eine nur scheinbare Förderung den Tatbestand nicht erfüllen kann⁷¹ und sich andererseits die zusätzliche Absicht des Täters nur auf die Förderung, nicht auch auf den (vom Tatbestand des § 217 StGB gar nicht erfassten) Suizid selbst zu beziehen braucht.

3. Teilnahme

Obwohl die Tathandlungen des § 217 Abs. 1 StGB eigentlich Formen der Beihilfe zu der (nicht tatbestandsmäßigen) „Haupttat“ des Suizids sind, kann zu ihnen angestiftet und Beihilfe geleistet werden. Das ist auf den ersten Blick selbstverständlich. Sieht man genauer hin, so ergibt sich aus der Beihilfe-Strafbarkeit eine fast uferlose Erweiterung des inkriminierten Verhaltens, die von der (angeblichen) Ratio der Vorschrift nicht mehr gedeckt ist. Denn zwar muss der Täter der Suizidförderung „geschäftsmäßig“ handeln; für einen Gehilfen oder Anstifter wird dieses strafbarkeitsbegründende besondere persönliche Merkmal gemäß § 28 Abs. 1 StGB jedoch nicht verlangt.⁷² Dies bedeutet, dass grundsätzlich

jeder, der einen Suizidwilligen auch nur in einem Einzelfall an einen Suizidförderer vermittelt oder ihn auf dessen Existenz hinweist, nach §§ 217, 27 StGB strafbar ist,⁷³ falls es dann zu einer Haupttat der Suizidförderung kommt. Dies gilt auch für einen Arzt, der einen einzelnen schwer leidenden Patienten auf das Angebot von Suizidhilfe-Organisationen hinweist.⁷⁴ Für Garanten kommt sogar Beihilfe durch Unterlassen in Betracht, wenn sie pflichtwidrig den Suizidwilligen nicht daran hindern, Kontakt mit dem Suizidförderer aufnehmen. Und schließlich kann man sogar eine Strafbarkeit des Suizidwilligen selbst wegen Anstiftung zu § 217 Abs. 1 StGB erwägen – was freilich unter die Rechtswohltat der Straflosigkeit für „notwendige“ Teilnehmer fallen dürfte.⁷⁵

In all diesen Fällen tut der Teilnehmer das, was der Gesetzgeber eigentlich als akzeptabel ansieht: Er unterstützt, zumeist aus Mitleid oder anderen altruistischen Motiven, in einem Einzelfall den ernsthaften Sterbewunsch einer ihm bekannten Person.⁷⁶ Indem der Gesetzgeber das Handeln des Teilnehmers dennoch unter Strafe stellt, konterkariert er nicht nur seine eigene vorgebliche Absicht, altruistische Handlungen im Einzelfall von § 217 StGB auszunehmen,⁷⁷ sondern behandelt den bloßen Teilnehmer paradoxerweise strenger als den Täter: Wer als Täter nicht geschäftsmäßig Hilfe zum Suizid leistet, ist nach § 217 Abs. 1 StGB straflos; wer als Gehilfe, selbst nicht geschäftsmäßig, die Aktivität des geschäftsmäßigen Suizidassistenten nur unterstützt, ist dagegen strafbar nach §§ 217 Abs. 1, 27 StGB mit einer bloßen Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB.⁷⁸

Der Gesetzgeber hat dieses Problem immerhin ansatzweise erkannt und deshalb in § 217 Abs. 2 StGB eine Straffreistellung von Angehörigen und anderen dem Suizidenten nahestehenden Personen angeordnet, sofern diese nicht selbst

⁶⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 18.

⁶⁸ BT-Drs. 18/5373, S. 19.

⁶⁹ Krit. *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), Vor § 211 Rn. 26 m.w.N.; im Zusammenhang mit Suizidförderung auch *Fischer* (Fn. 5), S. 574; *Freund/Timm*, GA 2012, 491.

⁷⁰ BT-Drs. 18/5373, S. 19.

⁷¹ Der Begriff der Förderung enthält schon die Tendenz zur Herbeiführung der geförderten Handlung; vgl. zu dem ähnlichen Begriff des Hilfeleistens in § 257 StGB *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 257 Rn. 11, 20.

⁷² Siehe BT-Drs. 18/5373, S. 19.

⁷³ Wobei die Strafe nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist.

⁷⁴ *Duttge*, NJW 2016, 120 (124).

⁷⁵ In diesem Sinne BVerfG NJW 2016, 558 (559). Siehe hierzu allgemein *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 26 Rn. 24 ff.

⁷⁶ Die Distanz von dem Zweck der Strafnorm wird noch deutlicher, wenn der Gehilfe den Suizidwilligen auf eine *ausländische* Einrichtung oder Organisation hinweist, deren Tätigkeit am Tatort nicht unter Strafe steht – auch in diesem Fall ist aber der Hinweisgeber über § 9 Abs. 2 StGB wegen Beihilfe zu § 217 Abs. 1 StGB strafbar.

⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 12: „Nicht erfasst und folglich weiterhin nicht strafbar sind damit Handlungen, die im Einzelfall und aus altruistischen Motiven, häufig aufgrund einer besonderen persönlichen Verbundenheit erfolgen.“ „Nicht erfasst“ sind solche Handlungen nur als Täterschaft von § 217 Abs. 1 StGB, wohl aber sind sie als Beihilfe strafbar.

⁷⁸ Siehe hierzu eingehend *Hoven*, ZIS 2016, 1 (8), sowie die berechtigte Kritik bei *Duttge*, NJW 2016, 120 (122), sowie *Kudlich/Hoven*, ZIS 2016, 345 (347).

geschäftsmäßig handeln.⁷⁹ Das ist zwar vernünftig,⁸⁰ aber nicht ausreichend,⁸¹ es sei denn, man legt den Begriff des „Nahestehenden“ deutlich weiter aus als in § 35 StGB⁸² und bezieht auch den behandelnden Arzt, eine freundschaftlich verbundene Vertrauensperson des Suizidwilligen und ähnliche Personen mit (vermutlich) altruistischen Motiven in den Kreis der „nahestehenden“ Personen ein. Am besten wäre es freilich, wenn der Gesetzgeber den zweiten Halbsatz („und entweder [...]“) von § 217 Abs. 2 StGB eliminierte, so dass Teilnehmer, die selbst nicht geschäftsmäßig handeln, generell straflos wären.

III. Fazit

Eine Strafnorm, der es an einer wirklich durchdachten und empirisch abgesicherten konzeptionellen Basis fehlt, lässt sich schwer anwenden. Dies hat sich an unserer Analyse des Tatbestandes der Suizidförderung deutlich gezeigt. Über die folgenden Einzelschritte kann man jedoch zu der gebotenen restriktiven Auslegung der Norm gelangen:

1. Eine „Gelegenheit“ zum Suizid ist angesichts der Ubiquität von Möglichkeiten zur Selbsttötung als ein spezifisches Mittel oder eine spezifische, nicht allgemein zugängliche Methode zum Suizid zu definieren.

2. Eine Gelegenheit wird nur dann „verschafft“ oder „gewährt“, wenn dem Suizidwilligen eine Möglichkeit zum Suizid geboten wird, die für ihn sonst nicht leicht verfügbar wäre.

3. Das „Vermitteln“ einer Gelegenheit setzt voraus, dass dem Suizidwilligen tatsächlich durch einen Dritten eine Gelegenheit zur Selbsttötung gewährt oder verschafft wird.

4. Suizidhilfe wird nur dann „geschäftsmäßig“ betrieben, wenn sie von einer Person oder Einrichtung, die sich ausschließlich oder im Schwerpunkt mit Suizidförderung beschäftigt, gegen Entgelt angeboten wird.

5. „Nahestehende Personen“ im Sinne von § 217 Abs. 2 StGB sind alle Menschen, die in einer persönlichen Beziehung zu dem Suizidwilligen stehen, einschließlich der Ärzte, die ihn längerfristig behandeln.

Mit Hilfe einer solchen Auslegung kann es gelingen, § 217 StGB auf einen Kern zurückzuführen, der immerhin rational nachvollziehbar ist. Die Vorschrift würde dann dem

vom Gesetzgeber angegebenen Zweck dienen, die autonome Entscheidung potentiell sterbewilliger Personen gegenüber Gefahren zu schützen, die von übermäßig attraktiven Angeboten zum raschen und „problemlosen“ Suizid ausgehen könnten.

⁷⁹ Als „doppelten salto mortale in Sachen Schutzgut“ bezeichnet *Eidam*, medstra 2016, 17 (21), diese Ausnahmeregelung.

⁸⁰ Allerdings bleibt insoweit das Problem ungelöst, dass auf alte Menschen gerade von Angehörigen manchmal aus egoistischen Motiven Druck ausgeübt wird, um sie zur Selbsttötung zu veranlassen. Wenn in diesem Rahmen dem (eigentlich nicht suizidwilligen) Angehörigen der Kontakt zu einer „Sterbehilfe“-Organisation nahegelegt oder aufgedrängt wird, bewirkt § 217 Abs. 2 StGB eine unangemessene pauschale Straffreistellung.

⁸¹ Ebenso *Duttge*, NJW 2016, 120 (122).

⁸² Siehe zu dem dort verwendeten Begriff der „nahestehenden Person“ *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 35 Rn. 33 ff.

„Leben“ – Das Rechtsgut im Hintergrund?*

Ein Beitrag zur Auslegung von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M., Hannover

I. Einleitung

Immer öfter hört man von sogenannten „Masernparties“, d.h. Eltern schicken ihr Kind zu anderen Kindern mit ansteckenden Kinderkrankheiten, damit es eine körpereigene Abwehr gegen die durchgestandene Erkrankung bildet und nicht erst – dann deutlich gefährlicher – im Erwachsenenalter daran erkrankt; vielleicht aber auch, um den Zeitpunkt der Krankheit selbst festlegen zu können. Diese Eltern könnten sich nicht nur wegen einer Körperverletzung nach § 223 StGB zu Lasten ihres Kindes strafbar machen; ihr Verhalten könnte sogar als gefährliche Körperverletzung nach § 224 StGB – mit einem Strafmaß bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe – zu bewerten sein, wenn man es als „das Leben gefährdende Behandlung“ nach Nr. 5 einstuft.¹ Derartige Krankheiten können schließlich durchaus auch bei Kleinkindern tödlich verlaufen, wenn auch seltener als bei Erwachsenen. Eine bloß statistische Gefahr des Todesintritts ist jedoch zahlreichen Verhaltensweisen immanent, etwa der Teilnahme am Straßenverkehr – auch hierzu werden Kleinkinder von ihren Eltern „gezwungen“². Sozialadäquate, wenn auch im Sinne eines statistischen Risikos lebensgefährliche, Handlungen sind aber wohl kaum gemeint, wenn § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB von einer das Leben gefährdenden Behandlung spricht.

Was aber stattdessen gemeint ist, wie genau dieses Merkmal zu verstehen ist, wenn es sich nicht auf bloße statistische Risiken bezieht, wird seit Jahrzehnten sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Wissenschaft intensiv diskutiert.³ Dennoch sind die Unklarheiten bei der Auslegung bis heute nicht beseitigt. Vielmehr scheint das Merkmal eine kaum auflösbare Spannung zwischen Einzelfallbezogenheit und Generalisierung, zwischen Bewertung der Handlung und Berücksichtigung ihres Ergebnisses in sich zu tragen. Diese

Spannung zeigt sich etwa an folgenden Zitaten aus der Rechtsprechung:

„Eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung liegt vor, wenn das als Körperverletzung zu beurteilende Verhalten nach den *konkreten* Umständen des Einzelfalls *generell* geeignet war, das Leben des Opfers zu gefährden. Nicht erforderlich ist es, dass das Opfer *auch tatsächlich* in Lebensgefahr geraten ist.“⁴ (*Hervorhebung durch die Verf.*)

„Tritte oder heftige Schläge gegen den Kopf des Opfers können eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Art der Ausführung der Verletzungshandlungen *im Einzelfall* zu lebensgefährlichen Verletzungen führen können.“⁵ (*Hervorhebung durch die Verf.*)

Die Konkretisierungen des Merkmals beziehen sich sowohl auf allgemeine Gefahren, generelle Eignungen von Handlungen, als auch auf den Einzelfall, die konkreten Umstände – und schließlich – (in Abgrenzung) auf die tatsächliche Lebensgefahr, die eben gerade nicht erforderlich sein soll. Der Rechtsanwender ist gefordert, sich zwischen abstrakten Überlegungen zu drohenden Gefahren bei einem bestimmten Verhalten und den etwas mysteriösen konkreten Umständen des Einzelfalls, die aber gerade nicht in den Verletzungen oder einer tatsächlichen Lebensgefahr liegen dürfen, zurecht zu finden. Das ist, wie auch die zahlreiche und kontrovers diskutierte Rechtsprechung zu der Frage⁶ zeigt, eine erhebliche Herausforderung. Deshalb soll die Spannung zwischen allgemeiner Eignung einer Handlung und konkreter Gefahr als Taterfolg im Folgenden analysiert und soweit möglich aufgelöst werden.

II. Darstellung der vertretenen Meinungen

Zunächst sei als Basis der Analyse – in gebotener Kürze – ein Überblick über die bisher dazu vertretenen Meinungen gege-

* Für unverzichtbare Unterstützung bei Recherche und durch konstruktive Kritik danke ich *Sven Kersten* und *Benno Zabel*.

¹ Vgl. hierzu die Überlegungen von *Roth*, Die Strafbarkeit von Masernpartys, 2013, S. 71 ff.

² Natürlich wäre bei einer Verwicklung in einen Unfall im Straßenverkehr außerdem noch zu diskutieren, ob der Erfolg den Eltern überhaupt objektiv zurechenbar wäre, ob sie überhaupt vorsätzlich gehandelt hätten, etc. Darauf soll es hier aber nicht ankommen; ausschlaggebend ist hier allein, ob derartige Verhalten als das Leben gefährdend qualifiziert werden könne – und das ist offensichtlich nicht vertretbar.

³ Vgl. hierzu BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9); OLG Köln StV 1994, 247; OLG Düsseldorf JZ 1995, 908; *Gallas*, in: Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag, 1972, S. 171; *Hardtung*, JuS 2008, 960 (965); *Heinke*, HRRS 2010, 428; *Heinrich*, Die gefährliche Körperverletzung, 1993, S. 331 ff.; *ders.*, JA 1995, 601; *Küper*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 595; *Stree*, Jura 1980, 281 (291); *Schröder*, JZ 1967, 522.

⁴ BGH, Beschl. v. 25.10.2011 – 4 StR 455/11 = KHE 2011, 198.

⁵ BGH, Beschl. v. 11.7.2012 – 2 StR 60/12 = NStZ-RR 2012, 340. Ähnlich bei BGH, Urt. v. 31.7.2013 – 2 StR 38/13: „Für eine Bewertung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls generell dazu geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden. Tritte oder heftige Schläge gegen den Kopf des Opfers können eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen. Dabei ist aber die konkrete Schädlichkeit der Einwirkung auf den Körper des jeweiligen Verletzten im Einzelfall zu berücksichtigen.“

⁶ BGH, Urt. v. 6.6.2007 – 2 StR 105/07; BGH NStZ 2004, 618 m. zust. Bspr. *Geppert*, JK 2007 StGB § 224 Abs 1 Nr. 5/1; BGH NStZ 2007, 339 m. krit. Bspr. *Satzger*, JK 2010 StGB § 224 Abs 1 Nr. 5/2; BGH NStZ 2010, 276; BGH NStZ-RR 2010, 176.

ben. Dabei werden wir zur Veranschaulichung der Überlegungen auf folgenden Beispielsfall rekurren:

A schlägt den B zu Boden. Nun tritt A mit seinen Sportschuhen mehrfach gegen den Kopf des B, der aufgrund von Bewusstlosigkeit keine Abwehrbewegungen mehr vornehmen kann. Für B besteht zu keinem Zeitpunkt wirkliche Lebensgefahr, allerdings wird sein Auge verletzt; dessen Sehkraft kann gerade noch durch eine komplizierte Operation gerettet werden.

In diesem Fall liegt jedenfalls keine lebensgefährliche Verletzung des B vor. Wie bereits angedeutet, besteht jedoch ohnehin Einigkeit darüber, dass § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB keine lebensgefährliche Verletzung, d.h. keine Lebensgefahr, die sich aus dem Körperverletzungserfolg ergibt, erfordert. Vielmehr ist der Wortlaut eindeutig: Die Behandlung muss das Leben gefährden, nicht die Verletzung.⁷ Das senkt die Anforderungen an eine Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erheblich, da hierunter zweifellos mehr Konstellationen fallen. Zugleich erschwert es die Auslegung, denn es kann eben gerade nicht auf die tatsächliche Gefahr durch die eingetretene Verletzung – die relativ unproblematisch feststellbar wäre – ankommen.

Damit aber endet die Einigkeit. Insbesondere ist umstritten, ob es sich bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB um ein abstraktes oder konkretes Gefährdungsdelikt – also um ein Tätigkeits- oder ein Erfolgsdelikt – handelt, d.h. es wird diskutiert, welchen Grad die Gefahr erreicht haben muss⁸ und auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit abzustellen ist (ex ante oder ex post). Allerdings wird auch von den Vertretern der Kategorie „abstraktes Gefährdungsdelikt“ auf „konkrete Umstände des Einzelfalls“ Bezug genommen. Bei genauerer Betrachtung scheint sich der Streit deshalb vor allem darum zu drehen, wie die Betrachtung des Einzelfalls, der konkreten Umstände, mit einer bestimmten Art der Behandlung – und damit einer generellen Gefährlichkeit – in Einklang gebracht werden kann.

Schließlich bestehen Unklarheiten darüber, was es bedeutet, dass die Körperverletzung „mittels“ einer das Leben gefährdenden Behandlung eintreten muss. Hierauf wird im Anschluss an die Debatte zu abstrakter versus konkreter Gefahr eingegangen.

1. Herrschende Meinung: Weniger als konkrete, mehr als abstrakte Gefährdung

Nach der (noch?) h.M.⁹ ist die Tatalternative des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB grundsätzlich durch eine abstrakte

⁷ Ist jedoch die Verletzung lebensgefährlich, war i.d.R. auch die Behandlung lebensgefährdend. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Gefahr auf der Körperverletzungshandlung beruht, *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 224 Rn. 38. Jedenfalls erlaubt ist ein Rückschluss auf Beweisebene – also der Erfolg als Indiz, vgl. RGSt 10, 1.

⁸ Hierzu *Heinrich* (Fn. 3), S. 348 ff.

⁹ RGSt 6, 396 (397 f.); 10, 1 (2 f.); RG JW 1932, 3350; BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9); 36, 262 (265); BGH StV 1988, 65; BGH NSTZ-RR 1997, 67; BGH NSTZ 2004, 618;

Gefährdung¹⁰ erfüllt.¹¹ Der Eintritt einer konkreten Gefahr ist nicht erforderlich, vielmehr muss die Behandlung „generell zur Lebensgefährdung geeignet“¹² sein. Das lässt sich aus dem obigen Rechtsprechungs zitieren entnehmen, wenn der BGH verlautbart: „Tritte oder heftige Schläge gegen den Kopf des Opfers können eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen“ (*Hervorhebung* durch die *Verf.*). Begründet wird diese Ansicht insbesondere mit der Überschrift, dem Handlungsbezug aufweisenden Wortlaut und, systematisch, mit Blick auf die anderen Alternativen des § 224 StGB – auch bei diesen handelt es sich nämlich grundsätzlich um Beschreibungen besonders gefährlicher Begehungsweisen und es ist zumindest nicht ohne Weiteres ersichtlich, warum dies bei Nr. 5 anders sein sollte.

Zugleich gehen auch die Vertreter dieser Ansicht nicht so weit, jede Handlung, die theoretisch eine Gefahr für das Leben darstellen könnte, als tatbestandsmäßig anzusehen.¹³ Wie

BGH NSTZ 2007, 339; dem hatte sich die Bundesregierung bei der Beratung des 6. StRG angeschlossen, BT-Drs. 13/8587, S. 83; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 224 Rn. 12; *Frisch*, JuS 1990, 362 (365); *Gallas* (Fn. 3), S. 183; *Hardtung* (Fn. 7), § 224 Rn. 36; *Krey/Heinrich/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2012, Rn. 271; *Lilie*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 224 Rn. 36; *Rengier*, ZStW 111 (1999), 1 (11); *ders.*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2015, § 14 Rn. 21; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 38. Aufl. 2014, Rn. 282; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 268; *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 141. Lfg., Stand: April 2014, § 224 Rn. 3, 30; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 290 ff. (296).

¹⁰ Anders ausgedrückt: „Der Täter schafft eine ernsthafte Ex-ante-Gefahr eines Lebensgefährdungs-Erfolges, die sich allerdings nicht notwendig anschließend in einem konkreten lebensgefährdenden ‚Gefährerfolg‘, geschweige denn Todes-eintritt, ausgewachsen haben muss“, *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 224 Rn. 27.

¹¹ Wie stets bei abstrakten Gefährdungsdelikten geht es um eine generalpräventive „Tabuisierung“ typischerweise besonders gefährlicher Handlungsweisen, *Gallas* (Fn. 3), S. 183; kritisch zu diesem Deliktstypus *Paeffgen*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozessrecht, 2000, S. 695 (704 ff.).

¹² Das entspricht ständiger Rspr., vgl. BGH NSTZ 2004, 618; BGH NSTZ-RR 2010, 176 (177); BGH NSTZ 2011, 90 (91).

¹³ Ganz generell sind abstrakte Gefährdungsdelikte nicht unproblematisch. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Kategorie der abstrakten Gefahr Bezüge zum Polizeirecht aufweist, vgl. hierzu *Henckel*, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, 1930, S. 63 ff.; *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 71. Im Polizeirecht ist diese Kategorie

bereits erläutert, gibt es in der aktuellen Gesellschaft viele Verhaltensweisen, die ein gewisses Lebensrisiko beinhalten und dennoch als sozialadäquat angesehen werden, wie etwa die genannte Teilnahme am Straßenverkehr.¹⁴ Deshalb fordert diese Position zudem, dass die Lebensgefahr im Einzelfall nicht ausgeschlossen sein dürfe. Wann dies zu bejahen ist, wird zum Teil mittels einer Abstufung nach der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts vorgenommen.¹⁵ Von einigen Stimmen werden die Umstände des Einzelfalls einbezogen, z.B. die Konstitution des Opfers oder die Art und Intensität der Behandlung.¹⁶ Damit scheint sich die Bewertung von einer Betrachtung der rein abstrakten Eignung zu entfernen – es handle sich um „weniger als konkrete Gefährdung, aber mehr als abstrakte Gefährdung“.¹⁷

Nach dieser Ansicht spräche in unserem Beispielfall einiges dafür, eine das Leben gefährdende Behandlung zu bejahen. Tritte gegen den Kopf eines Bewusstlosen, der sich nicht mehr zur Wehr setzen kann, sind abstrakt lebensgefährdend – und es sind jedenfalls keine konkreten Umstände erkennbar, die eine Lebensgefahr im Einzelfall ausschließen würden.

2. Andere Ansicht: Konkrete Lebensgefahr

Nach anderer Ansicht muss das Opfer durch die Behandlung in eine „konkrete Lebensgefahr“ gebracht worden sein.¹⁸ Für

auch sinnvoll, geht es dort doch um die Frage, welche Entscheidung der Staat (vertreten durch die Polizei) in Ansehung der Situation treffen sollte. In dem das Bürgerverhalten grundsätzlich nachträglich bewertenden Strafrecht ist die ex ante-Betrachtung dagegen zumindest ein Fremdkörper, ganz unabhängig davon, dass die Bestrafung rein abstrakt gefährlichen Verhaltens in vielen Fällen auch Legitimationsprobleme mit sich bringt.

¹⁴ Prittwitz/Scholderer, NSStZ 1990, 385 (387).

¹⁵ Prittwitz/Scholderer, NSStZ 1990, 385 (387).

¹⁶ Das ist letztlich nichts anderes als die Bestimmung des Grads der Wahrscheinlichkeit im Einzelfall – denn dafür ist ja eine Bezugnahme auf dessen Umstände erforderlich.

¹⁷ „Abstrakte Gefährdung unter Ausschluss konkreter Ungefährlichkeit“; Hardtung (Fn. 7), § 224 Rn. 38.

¹⁸ Nach Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 58; Hirsch, in: Jescheck (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 10. Aufl. 1989, § 223a Rn. 2 f., 21 („Leben wirklich gefährden muss“); Küper (Fn. 3), S. 610 ff.; ders., in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 545 (548 ff.); Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, S. 67; Schlehofer, Jura 1989, 263 (270 f.); Stree, Jura 1980, 281 (291 ff.); ders., in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 224 Rn. 12; a.A. nun Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage 2014, § 224 Rn. 12; Paeffgen (Fn. 10), § 224 Rn. 27: „So will Stree alle konkreten Umstände, auch die erst nachträglich erkannten, in das Gefahren-Urteil einfließen lassen, also bei ex post sich herausstellender glücklicher Disposition des Opfers die Ge-

den Beispielfall würde das bedeuten, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB abzulehnen, weil nach der ausdrücklichen Schilderung zu keinem Zeitpunkt eine konkrete Gefahr für das Leben des B bestand.

Diese Ansicht wendet sich mit folgenden Überlegungen gegen die h.M.: Eine zur Lebensgefährdung geeignete Behandlung sei nicht dasselbe wie eine das Leben gefährdende Behandlung.¹⁹ Überdies sei eine generalisierende Auffassung aufgrund der „Schwierigkeit, die Gefährdung anders als konkret zu bestimmen“²⁰, zur Auslegung des Merkmals ungeeignet. Sie sei zudem bezüglich der Kriterien der allgemeinen Gefährlichkeit bzw. Eignung ebenso unklar²¹ wie bzgl. der Begründung und Art und Weise der Einbindung konkreter Umstände des Einzelfalls. Die herrschende Meinung ist hier nach aus sich heraus nicht überzeugend.

Zudem lassen sich nach dieser Ansicht einige zusätzliche Argumente ausdrücklich für das Erfordernis einer konkreten Lebensgefahr anführen:

Erst das Ausmaß der konkreten Gefährlichkeit bestimme die „Größe des objektiven Tatunrechts“²². Überdies, so das systematische Argument, würde bei anderen Regelungen mit Bezug auf eine „Gefahr des Todes“ grundsätzlich auf die konkrete Gefahr abgestellt.²³ Auch der Vergleich mit dem „gefährlichen Werkzeug“ in Nr. 2 deute in diese Richtung: dabei handle es sich um ein konkretes Gefährungsdelikt²⁴ – das müsse erst recht für Nr. 5 gelten: Diese Alternative verzichte auf eine Handlungsbeschreibung, was durch das größere Gewicht des konkret gefährdeten Rechtsguts ersetzt wer-

fahren-Steigerung ebenso verneinen, wie bei äußerlich unerkennbarer Vorschädigung sie bejahen, Jura 1980, 281 (291 f.).“

¹⁹ Bockelmann, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 1977, § 10 II. 4.; auch nach Hirsch (Fn. 18), § 223a Rn. 21: „Gefährdung bedeutet naheliegende Möglichkeit des Eintritts eines schädlichen Ereignisses“.

²⁰ Hirsch (Fn. 18), § 223a Rn. 3. Ähnlich wohl auch Stree, Jura 1980, 281 (291): Die notwendigen Bemühungen, die generalisierende Betrachtungsweise zu präzisieren, laufen darauf hinaus, konkrete Umstände einzubeziehen – je weiter der Kreis der zu berücksichtigenden Umstände gezogen wird, desto mehr nähert man sich den Voraussetzungen einer konkreten Lebensgefährdung. Das ist letztlich das Argument, dass die Einbeziehung der Umstände des Einzelfalls bei der abstrakten Gefährdung ohnehin schon dasselbe seien wie das Abstellen auf eine konkrete Gefahr (Stree, Jura 1980, 281 [291]: „Beantwortet sich die Frage der lebensgefährdenden Behandlung nach Maßgabe der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls [...] so sind bereits die Voraussetzungen einer konkreten Lebensgefährdung erfüllt“). Dies vernachlässigt jedoch m.E. die Differenzierung Handlungsdelikt/Erfolgssdelikt und die Frage nach dem Zeitpunkt.

²¹ Begriff nach Heinrich (Fn. 3), S. 364.

²² Stree, Jura 1980, 281 (291 f.), und zwar unabhängig davon, ob die Umstände ex ante erkennbar waren.

²³ Stree, Jura 1980, 281 (292).

²⁴ Damit würden die „Tatmodalitäten in ihrem Unrechtsgehalt ausbalanciert“: Hirsch (Fn. 18), § 223a Rn. 3.

den müsse. Der Verzicht zeige gerade, dass hier der Richter den Bedürfnissen des konkreten Einzelfalls Rechnung tragen können soll. Schließlich diene die Vorschrift dem Opferschutz – deshalb können nur solche Gefahren gemeint sein, die gerade demjenigen drohen, demgegenüber die Körperverletzung begangen wird.²⁵ Wenn die spezifische Handlung für das konkrete Opfer dagegen völlig ungefährlich sei, widerspreche eine Verurteilung dem Gesetzeszweck.²⁶

Eine konkrete Gefahr fordert auch *Paeffgen*,²⁷ der betont, dass für eine einschränkende Auslegung der Norm schon der aktuelle hohe Strafrahmen spreche.²⁸ Zudem weist er darauf hin, dass der Unterschied zwischen den Ansichten weniger im Grad der Schadenseintritts-Wahrscheinlichkeit als vielmehr im Zeitpunkt der Beurteilung liege – das Vorliegen einer abstrakten Gefahr wird ex ante (bzw. durch das Hineinversetzen in diesen Zeitpunkt), das Vorliegen einer konkreten Gefahr, eines eingetretenen Taterfolgs, ex post beurteilt.

III. Unklarheiten und offene Fragen in der Debatte

Zutreffend ist: Der Wortlaut „das Leben gefährdend“ erlaubt grundsätzlich beide Kategorisierungen, legt aber eine abstrahierende Auslegung zumindest nahe: Die Formulierung „und dadurch in die Gefahr des Todes bringt“ wurde gerade nicht gewählt. Ähnliches gilt für die Überschrift, die ebenfalls deutungs offen ist, im Vergleich mit anderen Erfolgsdelikten aber darauf hindeutet, dass es auf die „Gefährlichkeit“ der Handlung ankommt, nicht auf den Gefahrerfolg. Der systematische Bezug auf die anderen Alternativen des § 224 Abs. 1 StGB hilft ebenfalls kaum weiter: Grundsätzlich knüpfen diese durchwegs an eine bestimmte Tatmodalität, also eine Handlung an. Zugleich finden sich einige konkrete, auf einen Gefährdungserfolg verweisende Elemente (z.B. in Nr. 2), so dass diese Kategorie auch für Nr. 5 dadurch jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.²⁹

Zu untersuchen ist auch, ob die Spannung zwischen „abstrakten“ und „konkreten“ Aspekten möglicherweise ohnehin nicht so groß ist, wie es auf den ersten Blick scheint, wird doch auch von der h.M. darauf hingewiesen, dass bei Beurteilung der Lebensgefährlichkeit einer Handlung immer auch

die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien. Das ist jedoch nicht überraschend: Bei der Anwendung von Recht geht es immer um die Betrachtung des Einzelfalls. Immer ist das *konkrete* Verhalten hinsichtlich seiner typisierten Gefährlichkeit zu beurteilen.³⁰ Das gilt auch für alle anderen „abstrakten“ Gefährdungsdelikte, ohne dass sie sich deshalb konkreten Gefährdungsdelikten annähern würden.³¹ Für eine Unterscheidung zwischen einem abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikt ist vielmehr danach zu fragen, ob neben der Betrachtung der spezifischen Handlung in die Bewertung der Strafbarkeit auch einfließt, ob überdies Bedingungen für einen Erfolgseintritt vorlagen, so dass die Handlung Außenwirkung erlangen konnte – zumindest im Sinne einer konkreten Gefährdung.³²

Die Feststellung der Außenwirkung eines Verhaltens ist nur ex post möglich,³³ so dass insofern *Paeffgen* zustimmen ist: Entscheidend für die Kategorisierung ist der Beurteilungszeitpunkt – ex ante oder ex post. Er ist insbesondere wichtiger als die teilweise angeführte Frage nach dem „Grad“ der Gefahr. Dieser lässt sich nämlich zwischen den Alternativen gar nicht vergleichen, handelt es sich doch einmal um eine tatsächliche, zum anderen nur um eine potentielle Gefahr. Es ist, wie gerade gezeigt, unzutreffend, dass die Bestrafung der bloß gefährlichen Handlung ein „weniger“ an Gefahr bedeutet. Vielmehr knüpft diese Bewertung stärker an der Verwerflichkeit des Tuns als an dessen Wirkung in der Außenwelt an. Deshalb richtet sich der Fokus ex ante auf die Eignung der Handlung, Gefahren zu verursachen.

Nach diesen Überlegungen sollte der Fokus der Debatte also auf der Frage liegen, ob schon die gefährliche *Handlung* oder erst der *Erfolg* strafbar ist,³⁴ und insbesondere, ob eine

²⁵ Schröder, JZ 1967, 522 (523).

²⁶ So auch Hirsch (Fn. 18), § 223a Rn. 3: „Die Vorschrift dient dem unmittelbaren Schutz des Verletzten, nur durch diesen konkreten Bezug erhält sie ihre Legitimation“; Stree, Jura 1980, 281 (292): „Die Vorschrift schütze ausschließlich das Opfer, weshalb sie auf dessen Leben als Gefährdungsojekt abzielt“ – dieses Leben muss also in Gefahr geraten.

²⁷ Paeffgen (Fn. 10), § 224 Rn. 28.

²⁸ Paeffgen (Fn. 10), § 224 Rn. 28: Unter mehreren auslegungstechnischen Übeln ist mit Rücksicht auf die Rechtsfolgen-Anordnung dasjenige zu wählen, was systematisch-teleologisch und grammatikalisch noch vertretbar erscheint.

²⁹ Die Inhomogenität des Tatbestandes stellt ein wesentliches Problem dar: Paeffgen (Fn. 10), § 224 Rn. 28; a.A. Heinrich (Fn. 3), S. 587 ff.: „ein den Verletzungs-Angriff wirkungsmächtiger machenden Umstand“; von Paeffgen (Fn. 10), § 224 Rn. 2, wird dies als „Effizienzsteigerungs-Paradigma“ bezeichnet.

³⁰ Wenn man seinen rechten Fuß nach unten drückt, ist das grundsätzlich nicht einmal statistisch gefährlich. Wenn man dabei in einem Auto sitzt, schon eher – aber auch nur, wenn das Auto gestartet ist, wenn es nicht auf einem völlig verwaisten, leeren Parkplatz fährt, etc.

³¹ Vgl. auch Paeffgen (Fn. 10), § 224 Rn. 3 ff., nach dem eine Vielzahl der Meinungen die bloß abstrakte (typisierte) Gefährlichkeit des konkreten Handlungsvollzuges genügen ließ, weshalb „die statistische Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes lediglich als gesetzgeberisches Normierungs-Motiv“ erscheine.

³² Denn der Eintritt eines Erfolgs ist in manchen Fällen lediglich vom Zufall abhängig: Küper/Zopfs (Fn. 18), S. 66; Paeffgen (Fn. 10), § 224 Rn. 5.

³³ Nach Küper ([Fn. 3], S. 613) ist dieser Streit lediglich theoretischer Natur, da, vorausgesetzt es liegt Vorsatz vor, regelmäßig die Möglichkeit des Versuchs verbleibt. Doch ist natürlich die Verurteilung wegen eines vollendeten Erfolgsdelikts zunächst einmal etwas anderes als die wegen eines Versuchs, auch wenn sich die Bestrafung im Ergebnis möglicherweise nicht stark unterscheidet. Stattdessen schlägt er vor, „als wesentliches Element des konkreten Gefahrerfolgs, den Eintritt des gefährdeten Objekts in den Einflussbereich der schadensträchtigen Handlung“ anzusehen.

³⁴ Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 60 ff.; Zieschang (Fn. 9), S. 296 f.

ex ante-Bewertung der potentiellen Gefährlichkeit – und Verwerflichkeit – des Verhaltens vorzunehmen ist oder eine ex post-Betrachtung der Außenwirkung des Täterverhaltens.

IV. Leben – Das Rechtsgut im Hintergrund

Diese Frage kann allerdings nicht isoliert beantwortet werden, sondern muss in Beziehung zu einem anderen Aspekt der Norm gesetzt werden: das geschützte Rechtsgut bzw. das Telos der Norm. Für diese Betrachtung ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es sich bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB unabhängig von der Frage nach der Lebensgefährlichkeit weiterhin grundsätzlich um ein Erfolgsdelikt handelt – insofern, als der *Erfolg der Körperverletzung*, so der Wortlaut, mittels der das Leben gefährdenden Behandlung herbeigeführt werden muss.

Es geht hier also immer auch um die körperliche Unversehrtheit, deren Schutz bzw. deren Verletzung in einer bestimmten Art und Weise. Aber nicht nur: Anders als bei den anderen Alternativen wird in Nr. 5 durch den Bezug auf das Leben ein neues Rechtsgut in den Tatbestand eingebracht. Dieser Aspekt wird, wenn überhaupt, nur am Rande erwähnt – so wird bei der Kategorisierung „abstraktes oder konkretes Gefährdungsdelikt“ nicht problematisiert, auf welches Gut sich die Gefahr beziehen muss. Durch den Rückgriff auf das Leben scheint der Bezug zur Körperverletzung in der Debatte vielmehr verloren zu gehen. Dabei ist dieser Doppelbezug m.E. der zentrale Grund dafür, warum die Spannungen in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB schwieriger aufzulösen sind als z.B. in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (gefährliches Werkzeug); gerade deshalb verwundert die bisherige diesbezügliche Zurückhaltung.

Die Rechtsgüter-Dopplung ist gerade auch mit Blick auf die oben dargestellte Trennung von der ex ante-Bewertung der Handlung und der ex post-Bewertung ihrer Außenwirkung relevant: Bezüglich des Rechtsguts „körperliche Unversehrtheit“ ist die Außenwirkung, der in der Außenwelt sichtbare Erfolg der Handlung, relevant, was nur ex post bewertet werden kann. Mit Blick auf das Rechtsgut „Leben“ kommt es dagegen auf die ex ante zu beurteilende Art und Weise der Tatbegehung an. Es lassen sich also die abstrakten und konkreten Aspekte kombinieren, wenn man nur berücksichtigt, dass zwei verschiedene Rechtsgüter in der Norm miteinander verknüpft werden. Diese Thesen seien im Folgenden im Detail ausgeführt.

Dazu ist zunächst zu fragen, wie sich der Bezug von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zur „körperlichen Unversehrtheit“ konkretisiert. Die Strafschärfung in § 224 StGB im Vergleich zu § 223 StGB basiert auf der besonderen Gefährlichkeit der Begehungsweise (und der damit verbundenen Einschränkung der Chancen des Opfers, sich erfolgreich zu Wehr zu setzen), womit die Gefahr qualitativ erheblicher³⁵ Verletzungen gemeint ist.³⁶ § 224 StGB wurde insofern als „Mittelstufe“

³⁵ Was genau „erheblich“ bedeutet, ist umstritten und von den jeweiligen Begehungsweisen abhängig; *Paeffgen* (Fn. 10), § 224 Rn. 1.

³⁶ *Hardtung* (Fn. 7), § 224 Rn. 7, mit Hinweis auf: *Hohmann/Sander*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl.

zwischen der einfachen und der schweren Körperverletzung eingeführt – und bewusst nicht als Erfolgsqualifikation ausgestaltet. Im Regelfall schützt eine Qualifikation dasselbe Rechtsgut wie der Grundtatbestand. Zumeist beschreibt sie hierfür, wie eben auch in § 224 StGB in den anderen Alternativen, spezifische besonders verwerfliche Begehungsweisen oder besondere Gefährdungen bzw. erhebliche Verletzungen des Rechtsguts. Nur ausnahmsweise wird durch die Qualifikation ein neues Rechtsgut hinzugefügt; das heißt, im Ergebnis werden dann zwei Rechtsgüter geschützt. Das ist etwa der Fall bei bestimmten Erfolgsqualifikationen; meist ist das zusätzliche Rechtsgut in diesen Konstellationen das Leben. Ob andere Arten von Qualifikationen, die keinen zusätzlichen Erfolg fordern, ebenfalls ein zusätzliches Rechtsgut schützen können und was das für ihre Auslegung bedeutet, ist problematisch; das zeigt sich etwa an der Debatte i.R.v. § 124 StGB – durch diese Qualifikation wird nach h.M. neben dem Hausrecht auch die öffentliche Sicherheit,³⁷ nach a.A. nur das Hausrecht geschützt, gerade mit der Begründung, dass die Qualifikation kein anderes Rechtsgut schützen könne als das Grunddelikt.³⁸ Hieran zeigt sich, wie schwierig die Einbindung eines neuen Rechtsguts in den Grundtatbestand ergänzende Tatbestände ist.

Der Streit ist aber auf § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nicht ohne Weiteres übertragbar, besteht doch zum einen zwischen der körperlichen Unversehrtheit und dem Leben eine gewisse Verknüpfung, zum anderen soll durch die Norm das Leben eben gerade nicht direkt geschützt werden – es spielt vielmehr nur in die Bewertung der Körperverletzungshandlung hinein.

Die Beziehung zwischen beiden Gütern ist offensichtlich – so muss man den Körper verletzen, um zu töten, und eine massive Verletzung des Körpers kann auch das Rechtsgut Leben gefährden. Jede Todesgefahr bedeutet zugleich eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit. Diese faktische Verbindung spiegelt sich in der Rechtsprechung des BGH wider: Danach tritt die Körperverletzung hinter vollendete

2011, § 7 Rn 6; *Jäger*, JuS 2000, 31 (35); *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 9), Rn. 248 f.; *Küper/Zopfs* (Fn. 18), S. 64; *Küpper*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 2 Rn. 7b; *Lilie* (Fn. 9), § 224 Rn. 11 a.E. zu Nr. 1 (siehe auch Rn. 22 zu Nr. 2); *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 16 Rn. 5; *Paeffgen* (Fn. 10), § 224 Rn. 7; *Rengier* (Fn. 9), § 14 Rn. 4; *Wessels/Hettinger* (Fn. 9), Rn. 267 (siehe auch Rn. 275 zu Nr. 2).

³⁷ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 124 Rn. 1; *Lilie*, in: *Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2008, § 124 Rn. 1; *Stein/Rudolphi*, in: *Wolter* (Fn. 9), § 124 Rn. 1.

³⁸ *Ostendorf*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos* Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 124 Rn. 1.

Tötungsdelikte zurück³⁹ und der Tötungsvorsatz beinhaltet immer auch einen Körperverletzungsvorsatz.⁴⁰

Doch wird es dem Bezug zwischen den Gütern nicht gerecht, die Beendigung des Lebens ausschließlich als ein quantitatives „Mehr“ zur Verletzung der körperlichen Unversehrtheit einzustufen.⁴¹ Mit dem Leben nimmt man dem Opfer seine biologisch-physische Existenz, die Voraussetzung der Wahrnehmung aller anderen Rechte. Eine – möglicherweise nur geringe – Beeinträchtigung der Integrität der körperlichen Substanz steht offensichtlich bezüglich des darin zum Ausdruck kommenden Unrechts auf einer anderen Stufe. Qualitative Unterschiede bezüglich der Verwerflichkeit bestehen nicht nur zwischen den Erfolgen, sondern auch zwischen einer Tötungs- und Körperverletzungshandlung. Das manifestiert sich wiederum in Überlegungen des BGH – nämlich zum Vorsatz: Die „Hemmschwellentheorie“⁴² – wonach das Beenden eines menschlichen Lebens das Überschreiten einer psychologischen Hemmschwelle erfordert – zeigt, dass sich eine solche Tat nicht auf eine besonders erhebliche Verletzung der körperlichen Unversehrtheit reduzieren lässt. Zwar darf nach neuerer Rechtsprechung⁴³ die Bedeutung dieser „Schwelle“ nicht überschätzt werden: Eine vorsätzliche Verletzung, die offensichtlich eine erhebliche Lebensgefahr begründet, hat hiernach grundsätzlich Indizwert auch für den Tötungsvorsatz. Damit rückt der BGH allerdings nicht von der grundlegenden Prämisse der psychologischen Hemmschwelle ab. Und gerade die weist darauf hin, dass es sich um unterschiedliche, nicht nur graduell aufeinander bezogene Güter handelt.

Aus diesem Grund ist, unter Einbeziehung der obigen Differenzierung zwischen ex ante-Bewertung der Handlung und ex post-Bewertung der Handlungsfolge, nun zu betrachten, wie sich der Rückgriff auf das Leben in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB auf die bei Auslegung der Norm im Mittelpunkt stehende Verwerflichkeit der Handlung auswirkt.

Eine Körperverletzungshandlung, die zumindest mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch die biologisch-physische Existenz des Opfers zerstören könnte, also eine Bedrohung für das zusätzliche und gewichtigere Rechtsgut „Leben“

darstellt, ist nach den bisherigen Überlegungen vor allem graduell, aber auch qualitativ verwerflicher, als wenn eine solche Gefahr per se ausgeschlossen ist (etwa bei einer Ohrfeige). Die Verbindung der beiden Rechtsgüter spricht also grundsätzlich dafür, dass eine Körperverletzungshandlung⁴⁴ unabhängig von einem über die Körperverletzung hinausgehenden, zusätzlichen *Erfolg* in der Außenwelt „generell lebensgefährlich“ sein kann und einen hinreichenden Verwerflichkeitsgrad aufweist, um die Anwendung einer Qualifikation zu rechtfertigen. Die Bezugnahme auf die Lebensgefahr dient damit also ausschließlich dazu, die besondere Verwerflichkeit des Verhaltens zu erfassen. Diese basiert nicht nur auf der statistischen Gefahr einer Lebensgefährdung – eine solche gibt es, wie dargelegt, auch bei vielen sozialadäquaten Handlungen –, sondern gerade darauf, dass es sich um eine Körperverletzung handelt, die zudem noch geeignet ist, das Leben zu gefährden.

Eine derartige Einbeziehung des Rechtsguts „Leben“ bedeutet also zunächst, mit der h.M. die „generelle Eignung“ zur Lebensgefährdung als die Handlung hinreichend charakterisierend anzusehen. Dass dabei immer auch die Umstände des Einzelfalls einzubeziehen sind, wurde bereits erläutert – wichtig ist für die hier als plausibel erkannte Interpretation nur, dass dafür die „ex ante“-Perspektive einzunehmen ist.

Auf diese Weise wird klargestellt, dass es bei der Qualifikation primär um einen besonders gefährlichen und verwerflichen Angriff auf das von § 223 StGB geschützte Rechtsgut, also die körperliche Unversehrtheit, geht und das Leben das die Handlung qualifizierende „Rechtsgut im Hintergrund“ ist. Eine derartige Auslegung ist sowohl nach dem Wortlaut, dem systematischen Vergleich mit den anderen Alternativen als auch mit Blick auf den Gesetzeszweck – Schutz der körperlichen Unversehrtheit vor besonders gefährlichen Angriffen – plausibel. Es handelt sich allerdings um eine sehr weite und offene Auslegung des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

V. Einschränkung durch teleologische Reduktion

Doch mit der Konkretisierung des Gesetzeszwecks durch die Verbindung zwischen dem eigentlichen Rechtsgut „körperliche Unversehrtheit“ und dem im Hintergrund stehenden Rechtsgut „Leben“ sind keineswegs alle Probleme des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB beseitigt. Nicht nur, dass der Hinweis auf die differenzierende Bezugnahme selbst noch zu abstrakt und nebulös bleibt – es finden sich auch gute Argumente, bei der Auslegung nicht nur auf die Eignung der Handlung zur Gefährdung des Lebens zurückzugreifen. So ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Verwerflichkeit des Verhaltens dem inzwischen sehr hohen Strafrahmen – Höchststrafe 10 Jahre – entsprechen muss. Deshalb gilt für alle Alternativen des § 224 StGB, dass sie grundsätzlich restriktiv auszulegen sind.

Nicht nur deshalb erscheint eine allein auf die Eignung zur Lebensgefährdung abstellende Auslegung zu weit. Wie bereits erwähnt bergen überdies viele alltägliche Handlungen eine gewisse Lebensgefahr, ohne dass sie deshalb als sozialinadäquat eingestuft würden. Diese sind natürlich nicht im-

³⁹ Vgl. hierzu *Paeffgen* (Fn. 10), § 223 Rn. 36.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 28.6.1961 – 2 StR 136/61 = NJW 1961, 1779; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 18), § 212 Rn. 22 f.; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 10), § 212 Rn. 28.

⁴¹ *Bung*, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, 2009, S. 268; *Gaede*, *ZStW* (2009), 239 (262 ff.); *Jakobs*, *RW* 2010, 283 (295 ff.); *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 10), § 15 Rn. 64 ff.

⁴² BGH, Urt. v. 12.1.1994 – 3 StR 636/93; *NStZ* 2006, 98; *NStZ* 2007, 639.

⁴³ Etwas abgeschwächt aktuell in BGH *NJW* 2012, 1524 (1525): „Bei der erforderlichen Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände darf der Tatrichter den Beweiswert offensichtlicher Lebensgefährlichkeit einer Handlungsweise für den Nachweis eines bedingten Tötungsvorsatzes nicht so gering veranschlagen, dass auf eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen Beweisanzeichen verzichtet werden kann.“

⁴⁴ Die zu einem Erfolg führen muss, der den Grundtatbestand verwirklicht: *Hirsch* (Fn. 18), § 223a Rn. 21.

mer mit vorsätzlichen Körperverletzungen verbunden, doch lässt sich aus ihrer gesellschaftlichen Akzeptanz schließen, dass nicht jedes Verhalten mit einer solchen Eignung als gesellschaftlich inakzeptabel eingestuft wird, sondern wir bestimmte abstrakte Lebensgefahren hinzunehmen bereit sind. Mit Blick auf diese Bewertung kann die bloße Eignung zur Lebensgefährdung die Verwerflichkeit einer Körperverletzung zwar durchaus erhöhen – aber wohl nicht in einem Ausmaß, das dem hohen Strafraumen entspricht. Gerade weil die Handlungsbeschreibung so vage, im Vergleich zu den anderen Alternativen so wenig konkretisiert ist, kann die bloße Eignung zur Lebensgefährdung nicht ausreichend sein.

Es ist daher zu fordern, dass die Handlung in irgendeiner Form Außenwirkungen haben sollte, die über den Erfolg des Grundtatbestands hinausgehen muss. Der eigentlich auf bloße Eignung bezogene Tatbestand sollte insofern also eingeschränkt, teleologisch reduziert, werden. Gerade an dieser Stelle ist dann allerdings wiederum von Bedeutung, dass im Fokus von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nicht das Leben, sondern die körperliche Unversehrtheit steht. Die geforderte Außenwirkung sollte sich also gerade nicht auf das Leben beziehen – das wäre eine zu starke, vom Gesetzeszweck nicht mehr gedeckte Einschränkung der Regelung. Vielmehr muss neben den Erfolg des § 223 StGB – jede nicht bloß unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder jeder pathologische Zustand – die konkrete Gefahr einer *erheblichen Verletzung* treten, d.h. dass nur ein Zufall ihren Eintritt verhindert hat. Gegen diesen Bezug und damit die Abwendung vom „Leben“ bei der Frage nach dem Taterfolg spricht auch nicht, dass jede derartige Gefahr ohnehin zugleich eine Lebensgefahr wäre; es ist vielmehr ohne Weiteres denkbar, dass eine Handlung eine solche konkrete Gefahr begründet, ohne dass damit auch das Leben konkret gefährdet ist. Diese konkrete Gefahr ist, im Gegensatz zur Eignung zur Lebensgefährdung, ex post zu beurteilen.⁴⁵

Für die Konkretisierung der *Erheblichkeit* der Verletzung kann man sich an den in § 226 StGB genannten Erfolgen orientieren, da § 224 StGB, wie oben geschildert, als „Mittelstufe“ zwischen der einfachen und der schweren Körperverletzung anzusehen ist. Gemeint ist damit nur eine Orientierung bezüglich der erforderlichen Schwere der Verletzung, nicht eine umfassende und ausschließliche Übernahme genau der in § 226 StGB genannten Erfolge. So wäre beispielsweise m.E. auch die Funktionsunfähigkeit innerer Organe als erhebliche Körperverletzung in diesem Sinne anzusehen, da sie in der Schwere den explizit genannten Erfolgen entspricht und bei einer bloßen Orientierung an einer Norm Ausweitungen möglich sind.

⁴⁵ Auch wenn eigentlich eine ex post-Feststellung einer Gefahr gar nicht möglich scheint – einige vertreten aber genau diese Ansicht: *Demuth*, Der normative Gefahrbegriff, 1980, S. 81 ff.; *Finger*, Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht, 1889, S. 29 ff.; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 51 ff., im Sinne einer „nachträglichen Prognose“: *Henckel*, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, 1930, S. 24 ff.

Diese Überlegungen, d.h. die Annahme, dass § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zum einen eine Handlung erfordert, die abstrakt zur Gefährdung von Leben geeignet ist, zugleich aber auch einen Erfolg in Form einer konkreten Gefahr einer erheblichen Körperverletzung, sei am obigen Beispielfall verdeutlicht: Wie festgestellt können Tritte gegen den Kopf ex ante als generell geeignet, das Leben des Opfers zu gefährden, angesehen werden. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre neben dieser generellen Eignung die ex post festzustellende konkrete Gefahr einer erheblichen Verletzung zu fordern. Eine solche ist hier zu bejahen, da das Opfer fast sein Augenlicht verloren hätte und letztlich nur der Zufall diese erhebliche Verletzung verhindert hat.

VI. Bezüge zwischen Grundtatbestand und Gefährdung

Die hier erfolgten Überlegungen sind nun noch mit einem Blick auf die Bezüge zwischen Grundtatbestand und Gefährdung zu ergänzen.

1. Bezug zum Grundtatbestand – Erfolg oder Handlung

Wie bereits erwähnt besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass sich die spezifische Gefährlichkeit, die von § 224 StGB erfasst ist, aus der Tathandlung und nicht aus dem Körperverletzungserfolg ergeben muss. Für die ex ante festzustellende, abstrakte Lebensgefährlichkeit der Handlung kommt es offensichtlich nur auf die Handlung an – insofern ändert sich mit Blick auf den Bezugspunkt nichts.

Da sich die teleologische Reduktion – Hinzufügen des Erfordernisses der konkreten Gefahr einer schweren Körperverletzung – spezifisch auf die Qualifikation und nicht auf den Grundtatbestand bezieht, muss sich auch diese Gefahr ebenfalls aus der – ja gerade einzuschränkenden – beschriebenen Tathandlung des Grundtatbestands und nicht aus dem Körperverletzungserfolg ergeben. Auch insofern besteht also zur bisherigen Auslegung kein Unterschied.

2. Bezug zwischen Körperverletzung und Gefährdung: „mittels“

Schließlich sei an dieser Stelle, unter Einbeziehung des hier gefundenen Ergebnisses einer zweifachen Berücksichtigung von Gefahren – abstrakte Lebensgefahr und konkrete Gefahr einer erheblichen Verletzung – auf die Diskussion über die Verbindung zwischen Handlung und Erfolg – sowohl des Grundtatbestands als auch der konkreten Gefahr – einzugehen. Insofern wird vertreten, dass jedenfalls ein unmittelbar gegen den Körper gerichtetes Vorgehen⁴⁶ vorliegen und gerade dieses „das Leben gefährdend“ sein muss.⁴⁷

⁴⁶ Indirekt: BGH NSTZ 2010, 276, da das Werfen auf die Fahrbahn nicht zum Erfolgseintritt genüge, sondern erst die dadurch geschaffene Lage lebensbedrohlich war; *Paeffgen* (Fn. 10), § 224 Rn. 28a: „§ 224 Abs. 1 Nr. 5 verlangt ferner, dass der Körperverletzungserfolg mittels der Art der Behandlung eintritt, die als lebensgefährdend zu qualifizieren ist. So ist das Niederstoßen des Opfers auf einer Bundesautobahn im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit, von einem Fahrzeug erfasst zu werden, lebensgefährlich; doch spielt dies für die

Das ist für die hier vorgenommenen Überlegungen deshalb von Interesse, weil sich auch darin die oben erläuterte Spannung zwischen abstrakt und konkret, zwischen *ex ante* und *ex post*, zwischen Schutz des Lebens und Schutz der körperlichen Unversehrtheit, zeigt.⁴⁸ Aus den bisher vorgenommenen Überlegungen ergibt sich ein etwas anderer Zusammenhang als bisher vertreten: So muss die hier geforderte abstrakte Lebensgefahr nicht direkt mittels der Körperverletzung, sondern die Körperverletzung muss vielmehr mittels der *abstrakt lebensgefährdenden* Behandlung eingetreten sein – ebenso wie die hier geforderte konkrete Gefahr bezüglich einer schweren Verletzung. Das entspricht nicht nur m.E. dem Wortlaut besser als die bisherige Ansicht, sondern erleichtert auch die Auslegung und ist somit ein weiteres Argument für die Trennung zwischen den beiden für § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB relevanten Rechtsgütern „Leben“ auf der einen und „körperliche Unversehrtheit“ auf der anderen Seite.

VII. Schlussfolgerungen und Ausblick

Somit ist als Ergebnis festzuhalten, dass beim Umgang mit der Spannung in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zwischen der vagen Handlungsbeschreibung und der hohen Strafandrohung, zwischen den abstrakten und konkreten Elementen, bisher nicht hinreichend berücksichtigt wurde, dass sich darin letztlich die Notwendigkeit, zwei verschiedene Rechtsgüter zu betrachten, spiegelt.

Die abstrakte Betrachtung – also die generelle Eignung zur Gefährdung – bezieht sich auf das Rechtsgut „Leben“. Die Bewertung, ob die Tathandlung geeignet war, Leben zu gefährden, dient der Konkretisierung der Verwerflichkeit einer bestimmten Tatbegehung. Aufgrund des hohen Strafrahmens ist überdies eine teleologische Reduktion vorzunehmen und eine konkrete Gefahr zu fordern – jedoch mit Blick auf das §§ 223 und 224 StGB zugrundeliegende Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit: Zu fordern ist also zusätzlich die konkrete Gefahr einer erheblichen Körperverletzung. Der Unterschied zwischen den beiden Gefahren liegt nicht allein im Grad, sondern darin, ob ein bestimmtes Verhalten als solches zu bewerten ist oder das Verhalten

Effekte in der Außenwelt hatte. Die Gefährlichkeit der Handlung sollte „*ex ante*“, ohne Blick auf einen möglichen oder ausgebliebenen Erfolg, bewertet werden. Die Bewertung der konkreten Gefahr dagegen muss gerade die tatsächlich eingetretenen Wirkungen der Handlung in der Außenwelt in den Blick nehmen und erfolgt also „*ex post*“. Da die beiden Rechtsgüter Bezüge zueinander aufweisen, ist keine klare Trennung möglich, aber auch nicht erforderlich – vielmehr muss sich der Erfolg, die konkrete Gefahr für die körperliche Unversehrtheit, gerade aus der Lebensgefährlichkeit des Verhaltens ergeben.

Abschließend sei angemerkt, dass die hier vorgenommenen Differenzierungen nach unterschiedlichen Schutzrichtungen von Grundtatbestand und diesen ergänzenden Regelungen auch bei der Auslegung anderer Qualifikationen dienlich sein könnten. Es ist hiernach jeweils zu diskutieren, ob derartige strafscharfende (oder auch -mildernde) Tatbestände ein neues Rechtsgut einbeziehen – das gilt insbesondere für Erfolgsqualifikationen – oder ob sie das Rechtsgut des Grundtatbestands erweitern, konkretisieren oder unabhängig davon eine spezifische erhöhte Verwerflichkeit der Verletzungshandlung erfordern.

strafrechtliche Beurteilung der aus dem Sturz resultierenden Verletzungen keine Rolle.“ Richtig: BGH NStZ 2007, 34 (35) = NZV 2006, 483 m. zust. Bspr. *Krüger*, NZV 2007, 482; zweifelnd: *Küper/Zopfs* (Fn. 18), S. 65; Die parallele Problematik für § 224 Abs. 1 Nr. 2: *Paeffgen* (Fn. 10), § 224 Rn. 12a.

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 23.11.1988 – 3 StR 498/88: es müsse sich „die Gefährdung [...] stets aus der vorgenommenen Behandlung selbst ergeben; eine bloß abstrakte Gefahr, die sich erst aus weiteren äußeren Umständen ergibt, genügt nicht“.

⁴⁸ *Lackner/Kühl* (Fn. 37), § 224 Rn. 8: „Nicht mittels der Behandlung (z.B. Zu-Boden-Stoßen) ist eine Lebensgefahr verursacht, wenn diese erst durch das nachfolgende Anfahren des auf dem Boden einer Fahrbahn liegenden Opfers erfolgen soll (BGH NZV 2006, 483, 484 mit zust. Bspr.: *Jahn*, JuS 2007, 89; abl. *Bosch*, JA 2006, 900); nicht ausreichend ist auch das bloße Werfen des Opfers auf die Fahrbahn (BGH NStZ 2010, 276).“

Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB

Von Prof. Dr. Petra Wittig, München

I. Einführung

Das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. § 266a Abs. 1 StGB ist – wie auch die hier nicht thematisierten Tatbestandalternativen des § 266a Abs. 2 und Abs. 3 StGB – ein echtes Sonder- bzw. Pflichtdelikt.¹ Strafbar machen können sich nur der Arbeitgeber und ihm gem. § 266a Abs. 5 StGB gleichgestellte Personen sowie unter den Voraussetzungen des § 14 StGB für diese handelnde Personen. Im Fokus des nachstehenden Beitrags steht die Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB zu § 266a Abs. 1 StGB. Als Gehilfen kommen neben nachgeordneten Mitarbeitern unterhalb der Geschäftsleitung, die nicht gem. § 14 StGB taugliche Täter sind, und außerhalb des Unternehmens stehenden Dritten, auch diejenigen Arbeitnehmer (einschließlich sog. Scheinselbstständiger) in Betracht, deren Beiträge zur Sozialversicherung durch den Arbeitgeber vorenthalten werden. Diese Fallgruppe ist von Rechtsprechung und Schrifttum bisher kaum behandelt worden. Dies überrascht im Hinblick auf die weite Verbreitung der Schwarzarbeit.²

Auch knüpfen für die Strafverfolgungspraxis überaus relevante strafprozessuale Folgen an eine Beihilfestrafbarkeit des Arbeitnehmers, etwa im Hinblick auf ein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO im Verfahren gegen den Arbeitgeber.

Im Folgenden möchte ich zunächst auf die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme i.R.d. Pflichtdeliktes des § 266a Abs. 1 StGB eingehen, wobei hier die Zurechnung der Arbeitgebereneigenschaft gem. § 14 StGB im Mittelpunkt steht. Denn nur dann, wenn mangels Täterqualifikation keine täterschaftliche Begehung vorliegt, kommt eine Teilnahme strafbarkeit in Betracht. Bei der Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB wird zu unterscheiden sein zwischen Dritten, wie insbesondere Mitarbeitern des Arbeitgebers, und den sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmern, deren Beiträge vom Arbeitgeber vorenthalten werden. Die Strafbarkeit hängt auch davon ab, ob ein aktives Tun (auch in Form der psychischen Beihilfe) oder ein Unterlassen vorliegt. Soweit lediglich ein Unterlassen in Betracht kommt, stellt sich die Frage, ob die betreffenden Personen entweder aufgrund Gesetzes oder aufgrund Ingerenz garantenpflichtig sind. Abschließend wird noch kurz auf Konkurrenz- und Strafzumessungsfragen (insbesondere die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB) eingegangen.

¹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 266a Rn. 3. Zu der Terminologie Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 129.

² Schwarzarbeit liegt nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG vor, wenn ein Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt.

II. Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme

Bevor auf die Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB einzugehen sein wird, ist zu klären, wann und unter welchen Voraussetzungen eine täterschaftliche Begehung in Betracht kommt. Täter des § 266a Abs. 1 StGB können nur der Arbeitgeber oder eine der in Abs. 5 ausdrücklich genannten Personen sowie ihre Vertreter gem. § 14 StGB sein. § 266a StGB ist wegen der Anknüpfung an eine tatbestandskonstituierende Pflicht ein echtes Sonderdelikt (bzw. Pflichtdelikt).³ Wenn die strafbezügliche Pflichtenstellung („Täterqualifikation“) als Arbeitgeber vorliegt, kommt bei Herbeiführung des Taterfolgs durch die Verletzung der tatbestandspezifischen Sonderpflicht (durch Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge) nur eine täterschaftliche Begehung (§ 25 StGB) in Betracht.⁴ Liegt jedoch keine Arbeitgeberstellung vor, ist unabhängig vom Gewicht des Tatbeitrages nur eine Teilnahme strafbarkeit möglich.⁵ Hier wird das Augenmerk auf der Beihilfe (§ 27 StGB) liegen.

Die Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs i.S.v. § 266a Abs. 1 StGB richtet sich nach dem Sozialrecht, das seinerseits auf das Arbeitsrecht verweist.⁶ Der Arbeitgeberbegriff des § 266a StGB ist akzessorisch zum Sozialrecht, da er an die alleinige Verantwortung des Arbeitgebers für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten anknüpft (vgl. § 28e SGB IV). Erforderlich ist also ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis, wobei Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ist (§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Da das Sozialrecht wiederum insoweit an das Zivilrecht anknüpft, ist Arbeitgeber der nach §§ 611 ff. BGB Dienstberechtigte, also derjenige, dem der Arbeitnehmer gegen Entgelt nicht selbstständige Dienste leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht.⁷ Anhaltspunkte hierfür sind gem. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV eine Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Arbeitgeber ist auch derjenige, der sog. Scheinselbstständige (oft vertraglich entgegen der tatsächlichen Ausgestaltung als Subunternehmer oder freie Mitarbeiter bezeichnet) in einer Weise beschäftigt, dass sie tatsächlich als sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer zu qualifizieren sind.⁸ Auch den Arbeitgeber, der illegal Arbeiter beschäftigt, trifft die gesetzliche Pflicht, nach § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV

³ Siehe oben Fn. 1.

⁴ Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 14, 271 ff.

⁵ Vgl. Roxin (Fn. 4), § 25 Rn. 14, 271 ff.

⁶ BGH NStZ 2013, 587; BGH NJW 2014, 1975; BGH NStZ 2015, 648 (649).

⁷ BGH NStZ 2015, 648 (649).

⁸ BGH NStZ 2001, 599; Pelz, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 9 Rn. 265.

i.V.m. § 28d SGB IV die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen.⁹

Arbeitgeber im sozialversicherungsrechtlichen Sinne können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, strafbar sind mangels einer Unternehmensstrafbarkeit im deutschen Recht jedoch nur natürliche Personen. Taugliche Täter sind auch die für den Arbeitgeber i.S.d. § 14 StGB (Organ- und Vertreterhaftung) handelnden natürlichen Personen. Denn die sozialrechtsakzessorische Arbeitgeberbereiensechaft ist ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 14 StGB.¹⁰ § 14 StGB erfasst vor allem die Fälle, in denen der Arbeitgeber i.S.d. Sozialversicherungsrechts eine (nach deutschem Recht) nicht strafbare juristische Person ist, oder in denen einer natürlichen Person, die nicht Arbeitgeber ist, Leitungsaufgaben übertragen wurden.¹¹ § 14 StGB dehnt die Anwendung des § 266a Abs. 1 StGB aus und vermeidet so eine Strafflosigkeit.¹²

§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst die vertretungsberechtigten Organe oder Organmitglieder einer juristischen Person (auch des ausländischen Rechts). Deshalb ist bei § 266a Abs. 1 StGB zunächst zu prüfen, wer nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften für die Abführung der Beiträge zur Sozialversicherung und damit zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht zuständig ist.¹³ Arbeitgeber i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB ist danach z.B. der Geschäftsführer einer GmbH (§§ 35, 37 GmbHG), der Vorstand einer AG (§ 76 AktG) oder eines rechtsfähigen Vereins (§ 26 BGB). Bei (teil-)rechtsfähigen Personengesellschaften (z.B. OHG, KG, GmbH & Co. KG, die am Rechtsverkehr teilnehmende GbR) kommen nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB die vertretungsberechtigten Gesellschafter als Täter in Betracht. Gem. § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB sind auch gesetzliche Vertreter, z.B. der endgültige Insolvenzverwalter (§§ 56, 80 InsO), einbezogen. Diese Fallgruppen sind unproblematisch, liegt eine solche Vertretungs-

befugnis vor, kommt aufgrund des Charakters des § 266a Abs. 1 StGB als Pflichtdelikt – unabhängig vom Gewicht des Tatbeitrags – nur eine täterschaftliche Begehung in Betracht.¹⁴

§ 14 Abs. 2 StGB dehnt den Anwendungsbereich weiter auf bestimmte gewillkürte Vertreter aus (sog. Substitutenhaftung). Normadressat gem. § 266a Abs. 1 StGB ist nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB, wer vom Betriebsinhaber oder einem sonstig dazu Befugten beauftragt wurde, den Betrieb oder das Unternehmen ganz oder zum Teil zu leiten, und diese Aufgabe auch wahrnimmt. Die Normadressatenstellung wird nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB begründet, wenn eine Person ausdrücklich (also nicht nur stillschweigend) beauftragt wurde, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs obliegen (also hier die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten).¹⁵ Da hierdurch dem Beauftragten (strafbewehrt) primär den Arbeitgeber bzw. dessen Organe treffende betriebsbezogene Pflichten überbürdet werden, sind an eine Beauftragung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB strenge Anforderungen zu stellen.¹⁶ Die bloße Einräumung von Leitungsbefugnissen reicht hierfür ebenso wenig aus wie die Einbeziehung in eine unternehmerische Mitverantwortung.¹⁷ Entscheidend ist vielmehr, dass gesetzliche Arbeitgeberpflichten in die eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt des Beauftragten übergehen.¹⁸ Dabei ist vor allem auch von Bedeutung, ob – wie etwa im Hinblick auf die betriebliche Struktur, insbesondere die Größe des Betriebs, oder die Vorerfahrungen der handelnden Personen – eine sachliche Notwendigkeit für eine derart weitgehende Aufgabenübertragung bestanden haben könnte.¹⁹ Gleiches gilt auch für die Übertragung einer (Teil-)Betriebsleitung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB, da hier die Anforderungen nicht schwächer sein können als bei § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB.²⁰ Wegen dieser strengen Anforderungen ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob im Einzelfall eine Normadressatenstellung nachgeordneter Mitarbeiter im Hinblick auf § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB begründet wurde, mit der Folge, dass diese als Arbeitgeber bei einer Verletzung sozialversi-

⁹ Thum/Selzer, wistra 2011, 290 (291 ff.).

¹⁰ Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 98; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 266a Rn. 18; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 5; Wiedner, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2011, § 266a Rn. 86.

¹¹ Popp in: Steinberg/Valerius/Popp (Hrsg.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, 2011, S. 120, weist allerdings zu Recht darauf hin, dass gerade die Fälle des § 14 StGB zeigen, dass Arbeitgeber i.S.d. Sozialversicherungsrechts (Status als Zahlungsschuldner) und der „Arbeitgeber“ i.S.d. § 266a StGB (Täterqualifikation eines echten Unterlassungsdelikts) nicht immer personenidentisch sind.

¹² Vgl. zu dieser lückenfüllenden Funktion des § 14 StGB nur Marxen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 14 Rn. 1. Zum Strafgrund dieser Norm vgl. den Überblick bei Radtke (Fn. 10), § 14 Rn. 11 ff.

¹³ Eisele, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 22 Rn. 58.

¹⁴ Zur Frage, ob und inwieweit das Organ von ihrer Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge aufgrund einer internen Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Geschäftsleitung oder durch Delegation auf eine nachgeordnete Ebene befreit werden kann, siehe BGHSt 47, 318 (325); BGHZ 133, 370 (377 f.); Tag, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013 § 266a Rn. 28.

¹⁵ Radtke (Fn. 10), § 266a Rn. 36. Krit. zu dieser Verschmelzung sozialversicherungsrechtlicher Pflichten mit der Arbeitgeberbereiensechaft des § 266a StGB Popp (Fn. 11), S. 113.

¹⁶ BGHSt 58, 10 (13).

¹⁷ BGHSt 58, 10 (14); Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 14 Rn. 35; Marxen/Böse (Fn. 12), § 14 Rn. 60.

¹⁸ Bosch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 10), § 14 Rn. 16.

¹⁹ BGHSt 58, 10 (13).

²⁰ BGHSt 58, 10 (14).

cherungsrechtlicher Pflichten gem. §§ 266a Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB zu bestrafen sind. Sind die Voraussetzungen einer (Teil-)Betriebsübertragung oder einer Beauftragung nicht gegeben, kommt lediglich eine Teilnahme strafbarkeit in Betracht.

§ 14 Abs. 3 StGB bezieht ferner solche Personen in den Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB ein, deren Bestellung als Organ, Vertreter oder Beauftragter unwirksam ist. Umstritten ist die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 3 StGB auf die Fälle, in denen eine Person, ohne einen förmlichen (wenn auch unwirksamen) Bestellsungsakt, faktisch Leitungsaufgaben (zu denen auch die Personalverantwortung zählt) wahrnimmt. Die Arbeitgeberbereienschaft des sog. faktischen Organs (insbesondere eines faktischen Geschäftsführers) wird von der Rspr. und einem Teil der Literatur anerkannt, da § 14 Abs. 3 StGB nicht nur auch auf Konstellationen angewandt wird, in denen der intentionale Bestellsungsakt rechtlich fehlerhaft ist, sondern auch auf die, in denen er fehlt.²¹ Zur Prüfung einer faktischen Organschaft, sofern man sie anerkennt, ist eine Gesamtwürdigung der ausgeübten Tätigkeit vorzunehmen.²² Faktischer Geschäftsführer ist derjenige, der die Geschäftsführung mit Einverständnis der Gesellschafter ohne förmliche Bestellung faktisch übernommen hat, tatsächlich ausübt und gegenüber dem formellen Geschäftsführer eine überragende Stellung einnimmt oder zumindest das deutliche Übergewicht hat.²³ Im hiesigen Kontext ist zwar denkbar, dass eine faktische Geschäftsführung gegeben ist, die zur Überwälzung der Arbeitgeberbereienschaft führt.²⁴ Allein durch die Übernahme der Personalverantwortung werden in der Regel jedoch keine faktische Geschäftsführung und damit keine Täterstellung begründet, so dass bei der Übernahme von Geschäftsführungsaufgaben unterhalb der Schwelle der faktischen Geschäftsführung wiederum lediglich eine Teilnahme strafbarkeit in Betracht kommt.²⁵

III. Teilnahme strafbarkeit

Im Hinblick auf den Charakter des § 266a Abs. 1 StGB als Pflichtdelikt kommt bei Personen, die nicht Arbeitgeber bzw. über § 14 StGB Normadressaten sind, nur eine Teilnahme strafbarkeit in Betracht. Der Strafgrund der Teilnahme²⁶ wird nach der wohl herrschenden sog. akzessorietätsorientierten Verursachungstheorie überwiegend darin gesehen, dass der Teilnehmer durch Mitwirkung an der Normverletzung frem-

des Unrecht verursacht.²⁷ Dagegen stellt die sog. Theorie des selbstständigen akzessorischen Rechtsgutsangriffs²⁸ nicht nur auf das Erfolgsunrecht der Tat ab, sondern berücksichtigt auch, ob der Teilnehmer ein speziell ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut verletzt.

Grundsätzlich ist eine Teilnahme an § 266a Abs. 1 StGB sowohl durch Anstiftung (§ 26 StGB) als auch durch Beihilfe (§ 27 StGB) möglich, wobei die Beihilfe als schwächste Beteiligungsform nur dann zu erwägen ist, wenn keine Anstiftung vorliegt. Sachverhalte, in denen eine Anstiftung, also ein vorsätzliches Bestimmen des Arbeitgebers zu einer Haupttat des § 266a StGB vorliegt, sind denkbar. Gar nicht so selten werden Konstellationen sein, in denen ein an sich sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer im Hinblick auf den an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Bezug von Leistungen Dritter (etwa Unterhalt oder Sozialleistungen) den Arbeitgeber überredet, ihn als Schwarzarbeiter zu beschäftigen. *Bülte/Hagemeier*²⁹ erörtern eine Strafbarkeit wegen Anstiftung in Fällen der Vergabe unwirtschaftlicher Aufträge durch einen Hauptunternehmer an Subunternehmer, die dieser nur mit Hilfe von (Teil-)Schwarzarbeit erfüllen kann (etwa bei Paketzustelldiensten). Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich jedoch auf die Beihilfe strafbarkeit, die eine Reihe interessanter dogmatischer Probleme nach sich zieht.

Nach § 27 Abs. 1 StGB macht sich als Gehilfe strafbar, wer (vorsätzlich) einem anderen zu dessen (vorsätzlich begangener) rechtswidriger Tat Hilfe leistet. Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB ist gegeben, sobald ein Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorsätzlich zum Fälligkeitszeitpunkt vorenthält. Hierbei handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt.³⁰ Ferner muss eine Hilfeleistung vorliegen, die nach ständiger Rechtsprechung nicht äquivalent kausal für den Taterfolg sein, aber die Tathandlung oder den Taterfolg des Haupttäters zumindest fördern muss.³¹ Die h.L. hält dagegen am Kausalitätskriterium fest, wobei die Schwierigkeit dann darin liegt, näher zu bestimmen, was unter Kausalität der Beihilfe zu verstehen ist.³² Zeitlich muss die Beihilfe nicht zur unmittel-

²¹ BGHSt 47, 318 (325); *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 266a Rn. 4 m.w.N.; krit. *Radtke* (Fn. 10), § 266a Rn. 36; *Saliger* (Fn. 10), § 266a Rn. 7.

²² LG Augsburg wistra 2015, 39; zur sog. „Sechs-von-acht-Theorie“ *Dierlamm*, NStZ 1996, 153.

²³ BGHSt 31, 118 (122); BGHSt 46, 62 (65); LG Augsburg wistra 2015, 39.

²⁴ Vgl. z.B. BGH BeckRS 2013, 12188.

²⁵ Vgl. auch LG Augsburg wistra 2015, 39.

²⁶ Überblick z.B. bei *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vor §§ 26, 27 Rn. 3 ff.; *Geppert*, Jura 1996, 266 m.w.N.

²⁷ *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 17), Vor §§ 25 ff. Rn. 15.

²⁸ Vgl. *Roxin* (Fn. 4), § 26 Rn. 1 ff.

²⁹ *Bülte/Hagemeier*, NStZ 2015, 317.

³⁰ BGHSt 53, 71 (79); 57, 175 (180); *Radtke* (Fn. 10), § 266a Rn. 7; *Saliger* (Fn. 10), § 266a Rn. 3.

³¹ Vgl. nur BGHSt 46, 107 (109); BGH NJW 2001, 2409 (2410); BGH NStZ 2004, 499 (450); BGH NStZ 2007, 230 (232); BGH NStZ-RR 2009, 311; *Heine/Weißer* (Fn. 27), Vor §§ 25 ff. Rn. 15 m.w.N.

³² Vgl. nur *Geppert*, Jura 1999, 266 (268); *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 2 f.; *Roxin* (Fn. 4), § 26 Rn. 184 ff.; *Heine/Weißer* (Fn. 27), § 27 Rn. 10 m.w.N. Richtigerweise dürften sich hier auch Aspekte der objektiven Zurechnung auswirken, d.h. die

baren Ausführung der Tat geleistet werden, es reicht Hilfe bei einer vorbereitenden Handlung.³³ Damit können auch Beihilfehandlungen weit im Vorfeld der Tathandlung, dem Vorenthalten der Arbeitnehmerbeiträge, also deren Nichtabführen zum Fälligkeitszeitpunkt durch den Arbeitnehmer, tatbestandsmäßig sein. In Betracht kommt eine Beihilfe zu dem Unterlassungsdelikt des § 266a Abs. 1 StGB durch aktives Tun oder bei Bestehen einer Garantenpflicht (§ 13 StGB) durch Unterlassen.

IV. Personenkreis

Im Hinblick auf mögliche Teilnehmer an einer Haupttat nach § 266a Abs. 1 StGB ist sinnvollerweise zwischen den Mitarbeitern, deren Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitgeber vorenthält, und sonstigen unternehmensangehörigen und -externen Personen zu unterscheiden.

1. Unternehmensangehörige (unterhalb der Geschäftsleitungsebene) und Unternehmensexterne

Als mögliche Gehilfen können sich neben dem Arbeitnehmer, dessen Arbeitnehmerbeiträge vorenthalten werden, zum einen Mitarbeiter eines Betriebs unterhalb der Geschäftsleitungsebene, zum anderen auch unternehmensexterne Dritte (z.B. Steuerberater, Scheinauftraggeber) strafbar machen. Bei der hier zunächst erörterten Personengruppe wird vor allem eine Beihilfe durch aktives Tun vorliegen. Die Rspr. hat eine eigenverantwortliche Zuständigkeit für die Lohnabrechnung, Personaleinstellung, Personalverwaltung und Buchhaltung für ausreichend erachtet, wenn die Personalverhältnisse in enger Abstimmung mit dem Arbeitgeber geregelt worden seien.³⁴ Bei entsprechendem Vorsatz kommen auch fördernde Handlungen im weiten Vorfeld der eigentlichen Tatbegehung, etwa bei der Personalauswahl, in Betracht.³⁵ Auch derjenige, der dem Arbeitgeber Ratschläge hinsichtlich des Vorenthalten der Beiträge gibt oder dessen Bedenken beseitigt, leistet (psychische) Beihilfe durch aktives Tun.³⁶ Verschiedentlich und zu Recht sind Verschleierungshandlungen als Beihilfe zu § 266a StGB (und zu § 370 AO) gewertet worden: In der Entscheidung BGH NStZ 2011, 645 ging es um die Ermöglichung der Auszahlung von Teilschwarzlohn durch Scheinabrechnungen („Abdeckrechnungen“).³⁷ Noch weitergehend lag der Entscheidung BGH NStZ 2013, 587³⁸ ein Sachverhalt zugrunde, in dem durch Aufbau und Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten Betriebes

Beihilfehandlung muss sich im konkreten Erfolg niederschlagen (vgl. *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.6.2016, § 27 Rn. 6 ff.).

³³ BGHSt 46, 107 (148); *Fischer* (Fn. 1), § 27 Rn. 5.

³⁴ BGHSt 58, 10 (13); LG Augsburg wistra 2015, 39.

³⁵ Vgl. auch BGH NStZ 2011, 645, wo es um die Beschaffung schwarz ausgezahlter Lohnbestandteile durch Scheinabrechnungen ging.

³⁶ Ausführlich zur psychischen Beihilfe siehe unten IV. 2. c).

³⁷ Siehe auch BGH BeckRS 2008, 01766.

³⁸ Mit Anm. *Greeve*, NStZ 2013, 588.

und durch Rechnungserstellung und Weiterleitung der Gelder in jedem der monatlichen Anmelde- bzw. Beitragszeiträume (zu jeder einzelnen Haupttat) Beihilfe geleistet wurde. In der Literatur werden als Beispiele für Beihilfe die Unterstützung bei der personellen Organisation von Schwarzarbeit, weiter das Anwerben ausländischer Arbeitskräfte, das Begleiten von deren Behördengängen, Gewerbeanmeldungen für Sub-/Nachunternehmer, Durchführung interner Zahlungen an Arbeiter, Erstellen der Einsatzpläne und die Zuweisung von Unterkünften genannt.³⁹

Soweit es um eine Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen geht, ist zu differenzieren: Wenn eine wirksame Aufgabendelegation gem. § 14 Abs. 2 StGB (etwa im Rahmen von Compliance-Maßnahmen) erfolgt ist, sind die Delegationen unmittelbare Normadressaten des § 266a Abs. 1 StGB. Für sie kommt ohnehin nur eine täterschaftliche Begehung des echten Unterlassungsdelikts des § 266a Abs. 1 StGB in Betracht, ohne dass es bei einem Unterlassen darüber hinaus einer Garantenstellung bedarf.⁴⁰ Ohne eine solche Überwälzung der Pflichtenstellung ist gesetzlich allein der Arbeitgeber im sozialrechtlichen Sinne für die tatsächliche Abführung des Gesamtsozialversicherungsbetrages gem. § 28d SGB IV, also auch der Arbeitnehmerbeiträge, an die Sozialversicherungsträger, als Schuldner verantwortlich (vgl. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV).⁴¹ Sonstige Dritte haben hierfür nicht als Garanten i.S.d. § 13 StGB rechtlich einzustehen. Auch eine Garantenstellung aus Ingerenz, also einem vorangegangenen pflichtwidrigen Vorverhalten,⁴² ist schwer vorstellbar, die voraussetzen würde, dass ein pflichtwidriges Vorverhalten (das nicht bereits eine Beihilfe durch aktives Tun darstellt) vorliegt und dadurch die nahe Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht wird.⁴³

2. Sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer

a) Unproblematische Fälle der Beihilfe durch aktives Tun

Der Arbeitnehmer, dessen Beiträge zur Sozialversicherung durch den Arbeitgeber vorenthalten werden, kann sich durch aktives Tun strafbar machen. Zu denken ist zunächst an die vergleichsweise unproblematischen Konstellationen, in denen der Arbeitnehmer über die bloße Arbeitsleistung und Entgegennahme des Lohns hinaus aktiv zur Verschleierung des

³⁹ *Thum/Selzer*, wistra 2011, 290 (295); *Möhrenschräger*, in: *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 266a Rn. 82.

⁴⁰ OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = wistra 2000, 292. Zu der Fortführung des Gedankens der Pflichtenteilhabe zu einer Garantenlehre siehe *Schiinemann* (Fn. 32), § 14 Rn. 13.

⁴¹ Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = wistra 2000, 292; siehe auch BSG NZS 2001, 370 (375).

⁴² BGH NStZ 1998, 83 (84); BGH NJW 1999, 69 (71); BGH NStZ 2000, 414; BGH NStZ 2013, 578; *Fischer* (Fn. 1), § 13 Rn. 11.

⁴³ BGH NStZ 1998, 83 (83 f.).

Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitnehmer Hilfe leistet. Typische Beispiele hierfür sind Fälle, in denen der Arbeitnehmer als Scheinselbstständiger beschäftigt wird und entsprechende Rechnungen stellt. Ebenso erfasst sind Fälle, in denen ein einheitliches Anstellungsverhältnis bei demselben Arbeitgeber einvernehmlich in zwei (geringfügige) Anstellungsverhältnisse aufgeteilt wird, der Arbeitnehmer unterschreibt die entsprechenden Verträge. Denkbar sind auch Fälle, bei denen im Rahmen von Nachforschungen durch den Sozialversicherungsträger die Arbeitnehmer die der Verschleierung des Vorenthalten dienenden Angaben des Arbeitgebers bestätigen. Auch die Erteilung eines Rates im Hinblick auf die Haupttat ist hierunter zu fassen.

b) Die Schwarzlohnabrede als Beihilfe durch aktives Tun?

Nicht ganz so eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob auch die Schwarzlohnabrede als solche, die in den meisten Fällen der Schwarzarbeit zugrunde liegt,⁴⁴ eine Beihilfe durch aktives Tun darstellt. Die Schwarzlohnabrede ist das kollusive Zusammenwirken von Arbeitnehmer und Arbeitgeber zum Zwecke der Hinterziehung der Lohnabzugsteile.⁴⁵ Wenn sich die Parteien rechtsgeschäftlich darüber einigen, dass keine Sozialversicherungsbeiträge vom Arbeitslohn abgeführt werden, handelt es sich bei der Willenserklärung des Arbeitnehmers um ein positives Tun, das in der Regel auch die Haupttat des Arbeitgebers zumindest fördert.⁴⁶ Dabei ist es unerheblich, ob eine ausdrückliche Willenserklärung vorliegt, also *expressis verbis* erfolgt, oder eine konkludente Willenserklärung, etwa durch ein bestätigendes Kopfnicken.⁴⁷ Insofern ist wie im Zivilrecht⁴⁸ die ausdrückliche mit der konkludenten Willenserklärung gleichzusetzen. Voraussetzung einer Beihilfestrafbarkeit ist natürlich stets, dass sich der Arbeitnehmer bewusst ist, dass sein Verhalten der Förderung einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des § 266a StGB dient.

c) (Psychische) Beihilfe durch „bloße“ Entgegennahme des Lohns und Erbringen der Arbeitsleistung?

Besondere Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen sich das Verhalten des Arbeitnehmers in der Entgegennahme des

Lohns und im Erbringen der Arbeitsleistung erschöpft.⁴⁹ Dies kommt etwa in Betracht, wenn zunächst eine Tätigkeit ausgeübt wurde, in der keine Beitragspflicht des Arbeitnehmers bestand (etwa bei geringfügiger Beschäftigung gem. §§ 8 f., 7 SGB IV),⁵⁰ die später etwa aufgrund einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände sozialversicherungspflichtig wird, oder aber, wenn dem Arbeitnehmer erst nach Abschluss des Arbeitsvertrages bekannt wird, dass keine Beiträge durch den Arbeitgeber abgeführt werden. Hier zieht die (spärliche) Rechtsprechung die Grundsätze über die „psychische Beihilfe“ heran.⁵¹ Eine Beihilfe im Sinne aktiven Tuns kann nach der Rechtsprechung auch durch psychische Unterstützung geleistet werden, indem der Täter in seinem Tatentschluss bestärkt und ihm ein erhöhtes Gefühl der Sicherheit vermittelt wird, ohne dass der Erfolg der Haupttat im Sinne einer Kausalität mitverursacht werden muss.⁵² Allerdings fordert die Rechtsprechung bei Fallgestaltungen dieser Art weitere Anhaltspunkte dafür, dass das Verhalten die Tat, sei es den Tatplan, den Tatentschluss oder die Tatausführung, in ihrer konkreten Gestalt objektiv gefördert oder erleichtert hat und dass der Gehilfe sich dessen bewusst war.⁵³ Allein das Wissen um die Begehung der Haupttat genüge den Anforderungen an eine Beihilfe durch aktives Tun daher nicht.⁵⁴ Auch das bloße „Dabeisein“ in Kenntnis einer Straftat, so der BGH, reiche selbst bei deren Billigung nicht aus, die Annahme von Beihilfe im Sinne aktiven Tuns zu begründen, da andernfalls die rechtlichen Anforderungen im Hinblick auf die Garantenpflichten beim unechten Unterlassen umgangen werden könnten und die Strafbarkeit im Bereich der Beihilfe ausgedehnt würde.⁵⁵ Auch wenn man mit der h.L.⁵⁶ einen Kausalzusammenhang zwischen der psychischen Einwirkung und dem Erfolg verlangt, sind die obigen Anforderungen an die psychische Beihilfe zu stellen, denn nur ein Verhalten, das in irgendeiner Form die Tat – sei es auch nur in Form der Bestärkung des Tatentschlusses – gefördert hat, kann kausal sein.⁵⁷ Auch bei Heranziehung der Grundsätze über die objektive Zurechnung⁵⁸ kann ein Verhalten, das sich nicht ob-

⁴⁴ Ausreichend ist aber auch ein faktisches Arbeitsverhältnis vgl. *Wiedner* (Fn. 10), § 266a Rn. 9 m.w.N.

⁴⁵ BGHSt 38, 285; *Wiedner* (Fn. 10), § 266a Rn. 19.

⁴⁶ So auch *Wiedner* (Fn. 10), § 266a Rn. 19

⁴⁷ Zu der zivilrechtlichen Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und konkludenter Willenserklärung siehe z.B. *Armbrüster*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Vor § 116 Rn. 6.

⁴⁸ Siehe hierzu *Wendtland*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, Stand 1.8.2016, § 133 Rn. 8 f.

⁴⁹ Eine solche Konstellation lag der Entscheidung OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = *wistra* 2000, 292, zugrunde.

⁵⁰ Fallgruppen bei *Wiedner* (Fn. 10), § 266a Rn. 20 ff.

⁵¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = *wistra* 2000, 292.

⁵² Siehe nur BGH NStZ 1996, 563; BGH NJW 2008, 1460 (1461); OLG Karlsruhe NJW-RR 2013, 1180 (1181).

⁵³ BGH NStZ-RR 2001, 40; dies gilt vor allem für die Fälle der bloßen Anwesenheit am Tatort BGH NStZ 1996, 563; BGH NStZ 1993, 233.

⁵⁴ BGH NStZ 2016, 463 (464); BGH NStZ 2010, 224.

⁵⁵ BGH NStZ 1996, 563; BGH NStZ 1993, 233; OLG Stuttgart *wistra* 2000, 292 anders noch BGH StV 1982, 517.

⁵⁶ Siehe oben Fn. 32.

⁵⁷ Vgl. z.B. *Schünemann* (Fn. 32), § 27 Rn. 11 ff. Eine andere Frage ist, ob man wie hier grundsätzlich eine psychische Kausalität für möglich hält, dazu *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 31.

⁵⁸ Siehe oben Fn. 32.

ektiv fördernd auf die Tat auswirkt, nicht den Anforderungen an eine strafbare Beihilfehandlung genügen.

Aus der Rechtsprechung lassen sich zwei unterschiedliche rechtliche Gesichtspunkte herauslesen,⁵⁹ die vielfach nicht deutlich genug differenziert werden: Zum einen geht es darum, ob sich das Verhalten überhaupt objektiv fördernd auf die Haupttat ausgewirkt hat, unabhängig davon, ob es sich um ein Tun oder Unterlassen handelt. Zum anderen geht es darum, ob eine die Haupttat bewusst fördernde Handlung ein Tun oder ein Unterlassen darstellt. Wenn feststeht, dass sich das Verhalten des Arbeitnehmers in keiner Weise objektiv fördernd auf das Gelingen der Haupttat ausgewirkt hat, er kein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen hat, liegt schon aus diesem Grunde keine Beihilfe vor. Bei den hier zu behandelnden Konstellationen wird man aber nicht stets davon ausgehen können, da doch denkbar ist, dass das Verhalten des Arbeitnehmers den Arbeitgeber in seinem Tatentschluss bestärkt, ihm Sicherheit vermittelt und diese Förderung der Haupttat dem Arbeitnehmer auch bewusst ist. Dann ist entscheidend, ob es sich um ein nur bei Bestehen einer Garantspflicht strafbares Unterlassen oder um eine (psychische) Beihilfe durch aktives Tun handelt. In den Konstellationen, in denen sich der Beitrag des sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers in der Entgegennahme des (Bar-)Lohns und der Arbeitsleistung erschöpft, liegt in der Regel keine psychische Beihilfe durch aktives Tun vor, da hierin keine – auch keine konkludente Billigung – des Vorenthaltes der Arbeitnehmerbeiträge durch den Arbeitgeber gesehen werden kann. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit⁶⁰ liegt damit nicht in einem aktiven Tun, sondern darin, dass der Arbeitnehmer es unterlassen hat, dem Verhalten des Arbeitgebers etwa durch eine Strafanzeige oder eine Anzeige beim Sozialversicherungsträger entgegenzuwirken. Ein solches Verhalten ist aber nur dann strafbar, wenn der Arbeitnehmer als Garant rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Arbeitgeber die Beiträge zur Sozialversicherung zum Fälligkeitszeitpunkt abführt.

Eine gesetzliche Garantstellung ist hier – wie hinsichtlich einer Unterlassungsstrafbarkeit der sonstigen Arbeitnehmer schon ausgeführt – nicht ersichtlich. Gesetzlich ist allein der Arbeitgeber als Schuldner für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflicht zur Abführung des Gesamtsozialversicherungsbetrages (§ 28d SGB IV) verantwortlich (vgl. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV).⁶¹ Der sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer ist an diesem öffentlich-rechtlichen Beitragspflichtverhältnis nicht beteiligt.⁶²

Auch eine Garantstellung aus Ingerenz, also einem vorangegangenen pflichtwidrigen Vorverhalten, dürfte schwer zu begründen sein. Da die Beihilfehandlung zeitlich auch weit vor der eigentlichen Tathandlung, dem Vorenthalten der

Arbeitnehmerbeiträge durch den Täter, liegen kann, sind aktive Handlungen, wie etwa ein die Arbeitnehmereigenschaft verschleiern der Vertragsabschluss, ggf. bereits als Beihilfe durch aktives Tun strafbar. Insofern bedarf es nicht des Rückgriffs auf eine Beihilfe durch Unterlassen unter Zugrundelegung einer Garantstellung aus Ingerenz. Soweit der Arbeitnehmer lediglich seine Arbeitsleistung erbringt und den Lohn entgegennimmt, handelt es sich nicht um ein pflichtwidriges Vorverhalten, das die naheliegende Gefahr eines tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht hat. Mit dieser Argumentation hat das OLG Stuttgart eine Garantstellung aus Ingerenz bei Entgegennahme einer Barlohnzahlung verneint und dabei hervorgehoben, dass hier erst das spätere Verhalten des eigenverantwortlich handelnden Arbeitgebers den Schaden herbeigeführt hat.⁶³ Dieser Gesichtspunkt mag in der vorliegenden Konstellation zutreffen, in der der Arbeitnehmer die Barlohnzahlung auch nach Erhöhung des Monatseinkommens über den sozialversicherungsfreien Betrag hinaus, lediglich hingenommen hat. Sobald der Arbeitnehmer in irgendeiner Weise aktiv auf das Geschehen eingewirkt hat, liegt darin ein pflichtwidriges und gefahrschaffendes (Vor-)Verhalten, das aber bereits als Beihilfe durch positives Tun zu bestrafen ist.

V. Konkurrenzen

Die Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB wird vielfach mit einer Einkommensteuerhinterziehung des Arbeitnehmers (§ 370 AO) und einer Beihilfe zur Lohnsteuerhinterziehung des Arbeitgebers (§§ 370, 27 AO) zusammentreffen. Die Beihilfe zur Lohnsteuerhinterziehung ist zur täterschaftlich begangenen Steuerhinterziehung des Arbeitnehmers mitbestrafte Vortat.⁶⁴ Im Übrigen liegt zwischen §§ 266a Abs. 1, 27 StGB und § 370 AO Tatmehrheit vor (§ 53 StGB).⁶⁵

VI. Absehen von Strafe gem. § 266a Abs. 6 StGB

§ 266a Abs. 6 StGB, der seinem Wortlaut nach nur für Arbeitgeber und ihnen gleichgestellte Personen gilt, ist analog auch auf Teilnehmer anwendbar.⁶⁶ Straffreiheit dürften diese mangels weitergehender eigener Pflichten im Wesentlichen durch die Erfüllung der Mitteilungspflicht gem. § 266a Abs. 6 S. 1 StGB erlangen.⁶⁷

VII. Strafzumessung

1. § 27 Abs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB

Soweit eine Beihilfe vorliegt, ist die Strafe obligatorisch gem. § 27 Abs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

⁵⁹ Vgl. auch *Joecks* (Fn. 26), § 27 Rn. 12, 41, 42.

⁶⁰ Vgl. zu der sog. Schwerpunktformel der Rspr. BGHSt 6, 47 (59); 52, 159 (163); 53, 38; 56, 277 (286); BGH NStZ 1999, 607; BGH NStZ 2003, 657; zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen allgemein siehe nur *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 21), § 13 Rn. 3 m.w.N.

⁶¹ BSG NZS 2001, 370 (375) m.w.N.

⁶² BSG NZS 2001, 370 (376).

⁶³ OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = *wistra* 2000, 292.

⁶⁴ *Rübenstahl/Zinser*, NJW 2011, 2481 (2483).

⁶⁵ Vgl. auch BGH NStZ 2011, 645.

⁶⁶ *Saliger* (Fn. 10), § 266a Rn. 32; *Perron* (Fn. 17), § 266a Rn. 27; *Hoyer* (Fn. 10), § 266a Rn. 104; *Tag* (Fn. 14), § 266a Rn. 138.

⁶⁷ *Saliger* (Fn. 10), § 266a Rn. 32.

2. § 28 Abs. 1 StGB

Nach h.M. findet auf den Teilnehmer § 28 Abs. 1 StGB mit der Folge obligatorischer Strafmilderung gem. § 49 Abs. 1 StGB Anwendung, da es sich bei der Arbeitgebereneigenschaft um ein besonderes persönliches Merkmal handelt.⁶⁸ Der Arbeitgeber hat nach dieser Ansicht eine „besondere sozialversicherungs- und arbeitsrechtliche Stellung inne“, die ihn zum Lohnabzug berechtigt, aber auch zur Beitragsabführung verpflichtet.⁶⁹ Die Gegenansicht⁷⁰ verweist darauf, dass die Beschränkung des Täterkreises bei § 266a StGB nicht auf „Gedanken eines von der Rechtsgutverletzung unabhängigen personalen Unrechts“⁷¹ zurückzuführen sei, sondern nur auf die Nähe des Täters zum Rechtsgut. Soweit man eine Strafmilderung gem. § 28 Abs. 1 StGB bejaht, kommt eine doppelte Strafmilderung aus § 27 Abs. 2 StGB und § 28 Abs. 1 StGB in Betracht.⁷²

3. Höhe des vorenthaltenen Beitrags

Gem. § 46 Abs. 2 StGB sind die verschuldeten Auswirkungen der Tat für das Rechtsgut (hier das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Beitragsaufkommens der Sozialversicherung⁷³) bei der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen. Diesem Strafzumessungsaspekt kommt im Rahmen der Gesamtwürdigung eine besondere Bedeutung zu.⁷⁴ Dies gilt auch für die Strafzumessung beim Teilnehmer. Die Höhe des vorenthaltenen Betrags bestimmt sich ebenfalls nach dem Sozialversicherungsrecht.⁷⁵ Bemessungsgrundlage ist das geschuldete (Brutto-)Arbeitsentgelt gem. § 14 Abs. 1 SGB IV. Gem. § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV gilt bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen eine Nettolohnabrede als vereinbart, dies gilt auch für eine (Teil-)Schwarzlohnabrede.⁷⁶ Bei lückenhaften Erkenntnissen kann die Höhe der Löhne und damit der Sozialversicherungsbeiträge geschätzt wer-

den.⁷⁷ Bei untertariflicher Bezahlung („Lohndumping“) ist Bemessungsgrundlage das dem Arbeitnehmer tatsächlich zustehende Tarifentgelt.⁷⁸ Entsprechendes gilt für die Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns. Soweit ein besonders schwerer Fall beim Haupttäter gem. § 266a Abs. 4 Nr. 1 StGB bei einem Vorenthalten aus grobem Eigennutz in großem Ausmaß vorliegt,⁷⁹ bestimmt sich, ob die Beihilfe an der Tat ein besonders schwerer (oder minder schwerer) Fall ist, nach der h.M. – unter Berücksichtigung allerdings auch der Haupttat – nach dem Tatbeitrag des Teilnehmers, der selbstständig zu würdigen ist.⁸⁰

VIII. Ergebnis

Natürliche Personen, die nicht Arbeitgeber sind und die auch nicht gem. § 14 StGB als Organe oder Vertreter dem Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB unterfallen, können sich nur als Teilnehmer strafbar machen. Insbesondere die Beihilfestrafbarkeit gem. § 266a Abs. 1, 27 StGB wirkt mannigfaltige dogmatische Probleme auf. Gehilfen können sowohl unternehmensexterne als auch unternehmensangehörige Personen sein. Hier ist zu differenzieren, ob ein positives Tun oder ein nur unter den Voraussetzungen des § 13 StGB strafbares Unterlassen vorliegt. Es gibt unproblematische Konstellationen der aktiven Beihilfe, insbesondere durch Hilfeleistung bei Organisation und Durchführung von Schwarzarbeit. Soweit es aber um die Strafbarkeit des Arbeitnehmers geht, dessen Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitgeber vorenthalten werden, wird sich der Tatbeitrag des Arbeitnehmers häufig auf die Schwarzlohnabrede, die Entgegennahme des Lohns und das Erbringen der Arbeitsleistung beschränken. Hier ist besonders sorgfältig unter Heranziehung auch der Grundsätze über die psychische Beihilfe zu prüfen, ob sich diese Verhaltensweisen zumindest fördernd auf das Vorenthalten der Arbeitnehmerbeiträge ausgewirkt haben und ob es sich um ein aktives Tun oder ein Unterlassen handelt. Sofern tatsächlich nur ein (die Haupttat förderndes) Unterlassen vorliegt, dürfte dies wegen Fehlens einer Garantenstellung straflos sein. Dies gilt erst recht für ein Unterlassen anderer Arbeitnehmer oder Unternehmensexterner.

⁶⁸ BGHSt 56, 153 (155); BGH BeckRS 2011, 18808 = BGH NSTZ 2011, 645 (insoweit nicht abgedruckt); Radtke (Fn. 10), § 266a Rn. 98; Hoyer (Fn. 10), § 266a Rn. 18; Saliger (Fn. 10), § 266a Rn. 5; Wiedner (Fn. 10), § 266a Rn. 8, 86.

⁶⁹ Radtke (Fn. 10), § 266a Rn. 98.

⁷⁰ Perron (Fn. 17), § 266a Rn. 20; Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Teilband, 10. Aufl. 2009, § 45 Rn. 66.

⁷¹ Perron (Fn. 17), § 266a Rn. 20.

⁷² BGHSt 56, 153. Zur Diskussion, ob eine solche doppelte Strafmilderung auch vorzunehmen ist, wenn allein das Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals dazu führt, dass der an sich täterschaftlich Beteiligte nur als Gehilfe verurteilt werden kann, siehe BGHSt 26, 53; Joecks (Fn. 26), § 28 Rn. 54.

⁷³ Vgl. die Nachweise bei Saliger (Fn. 10), § 266a Rn. 2.

⁷⁴ BGH NSTZ 2006, 227; Saliger (Fn. 10), § 266a Rn. 28.

⁷⁵ Wiedner (Fn. 10), § 266a Rn. 26 ff.

⁷⁶ BGHSt 53, 71; BGH NSTZ 2010, 337; BGH NSTZ 2011, 645; zur Berechnung bei geringfügiger Beschäftigung siehe BGH NSTZ-RR 2010, 376.

⁷⁷ BGHSt 53, 71 (73); zu den Grenzen und methodischen Grundlagen einer Schätzung BGH NSTZ 2010, 635; BGH NSTZ 2011, 645.

⁷⁸ BSGE 93, 119; OLG Naumburg BeckRS 2011, 14021; Möhrenschräger (Fn. 39), § 266a Rn. 40.

⁷⁹ Hierzu Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 32), § 266a Rn. 38 m.w.N.

⁸⁰ BGHSt 29, 239 (244); BGH StV 1996, 87; BGH NSTZ-RR 2012, 342; Kühl (Fn. 60), § 46 Rn. 16 m.w.N.

Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung*

Von Prof. Dr. Dres. h.c. **Wolfgang Frisch**, Freiburg

Die Würdigung der Beweise bildet seit je ein Kernstück des Strafverfahrens. Sie ist in jedem Strafverfahren durchzuführen – nach der Rechtsprechung unseres Verfassungsgerichts selbst in den Fällen eines Geständnisses nach einer Absprache. Die Grundsätze der Beweiswürdigung sind damit in weit mehr Fällen bedeutsam als alle Theorien des materiellen Rechts, die immer nur in dem einen oder anderen Fall relevant werden. Auch für den Angeklagten ist die Beweiswürdigung von viel größerer Bedeutung als viele Theorien des materiellen Rechts. Die Beweiswürdigung entscheidet in der Regel darüber, ob ein Angeklagter schuldig und zu Strafe zu verurteilen oder freizusprechen ist. Das ist weitaus fundamentaler, als wenn es darum geht, ob der Verurteilte wegen Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe schuldig zu sprechen ist.

Zu dieser elementaren Bedeutung der Beweiswürdigung steht deren wissenschaftliche Behandlung in einem auffälligen Missverhältnis. Wissenschaftliche Untersuchungen zur Beweiswürdigung sind selten.¹ Die Wissenschaft überlässt das Feld weitgehend der Praxis. Dieses Desinteresse wäre verständlich, wenn es zum Thema „Beweiswürdigung“ aus wissenschaftlicher Perspektive nichts zu sagen gäbe. Aber das ist nicht der Fall. Das Thema „Beweiswürdigung“ wirft eine Reihe sehr grundsätzlicher Fragen auf. Diese lassen sich nur auf der Grundlage intensiver theoretischer und wissenschaftlicher Überlegungen wirklich überzeugend beantworten. Erst auf der Basis eines solchen theoretischen Fundaments ist es auch möglich, fundiert zu bestimmten Problemfällen der Beweiswürdigung – wie z.B. dem Fall „Aussage gegen Aussage“² – Stellung zu nehmen.

* Um Anmerkungen ergänzter Text eines Vortrags, den der Verf. am 23.9.2015 im Rahmen der „Sommerschule für lateinamerikanische Juristen“ an der Universität Göttingen (Leitung der Sommerschule: Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos) gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Vgl. aus der sehr überschaubaren Literatur vor allem *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 60 ff., 75 ff.; *Erb*, in: Hanack/Hilger/Mehle/Widmaier (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 77; *Freund*, Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“, 1987; *ders.*, in: Eser/Goydke/Maatz/Meurer (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 409; *Frisch*, in: Bruns/Kern/Münch/Piekenbrock/Stadler/Tsikrikas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 2013, S. 849; *Frister*, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 169; *Hoyer*, ZStW 105 (1993), 523; *Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, S. 233 ff.; aus dem Zivilprozess z.B. *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978; *Walter*, Freie Beweiswürdigung, 1979.

² Vgl. dazu etwa *Frisch*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK, Bd. 7, 4. Aufl. 2014, § 337 Rn. 130; *Brause*, NStZ 2007, 505; *Sancinetti*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grund-

I. Beweiserhebung und Beweiswürdigung

Bevor ich auf diese Grundfragen der Beweiswürdigung eingehe, erscheint es mir freilich notwendig, noch etwas zum behandelten Gegenstand selbst zu sagen – also zu dem, was unter Beweiswürdigung zu verstehen ist, was diese gedanklich voraussetzt und was im Strafprozess ihr Ziel ist.

Die Beweiswürdigung im engeren Sinn, um die es uns hier geht, schließt an die Beweiserhebung an. Sie setzt voraus, dass die im konkreten Fall in Betracht kommenden Beweise erhoben sind.³ Vorausgesetzt ist also, dass das Gericht die Zeugen gehört hat, dass etwaige Beweisstücke in Augenschein genommen worden sind und der Angeklagte, wenn er aussagebereit war, gehört worden ist. Soweit Urkunden von Bedeutung sind, müssen diese verlesen worden sein; wenn ein Sachverständiger benötigt wird, muss dieser sein Gutachten erstattet haben. Kurz: Die für die abschließende Entscheidung über die Anklage verfügbaren Informationen liegen vor.

Die Frage, die sich nunmehr stellt, lautet: Reichen die erhobenen (verfügbaren) Beweise aus, um den Angeklagten im Sinne der Anklage schuldig zu sprechen? Sind sie ausreichend, um zu beweisen, dass der Angeklagte das tatsächliche Geschehen, das ihm in der Anklage vorgeworfen wird, wirklich begangen hat? Oder sind sie für diesen Beweis nicht hinreichend, zu schwach? Das herauszufinden ist gewissermaßen das Ziel der Beweiswürdigung.

Es ist leicht ersichtlich, dass man die eben gestellten Fragen im Einzelfall nur beantworten kann, wenn man eine klare Vorstellung davon hat, wann in grundsätzlicher Hinsicht ein zur Verurteilung ausreichender Beweis vorliegt. Diese Grundfrage ist im Laufe der Zeit unterschiedlich beantwortet worden.⁴ Im Grunde besteht über die richtige Antwort noch heute keine völlige Einigkeit.

lagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1233; *Schmandt*, StraFo 2010, 446.

³ Was selbstverständlich nicht ausschließt, dass sich im Rahmen der Beweiswürdigung die Notwendigkeit eines nochmaligen Eintritts in die Beweiserhebung ergibt.

⁴ Vgl. die Darstellungen von *Geyer*, in: Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1879, Bd. 1, S. 198 ff.; *Glaser*, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, 1883, S. 12 ff.; *Krieter*, Die historische Entwicklung der Prinzipien der freien Beweiswürdigung im Strafprozeß, 1926, S. 6 f.; *Küper*, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 125-141; *Mittermaier*, Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozeße, 1834, S. 15 ff.; *Thäle*, Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts, 1993, S. 26 f. m.w.N.

II. Gesetzliche Beweisregeln, ihre Problematik und der Übergang zur freien Beweiswürdigung

Lange Zeit sagte das Gesetz sehr konkret, welche Beweise für die Verurteilung des Angeklagten vorliegen mussten. Es gab also gesetzliche Beweisregeln, die vorschrieben, wann der Angeklagte zu verurteilen war oder verurteilt werden durfte.⁵ Eine solche gesetzliche Regelung der zur Verurteilung zwingenden bzw. diese kraft Gesetzes rechtfertigenden Beweise finden wir in vielen Ländern Europas bis in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts.⁶ Als hinreichender Beweis galten dabei in der Regel das Zeugnis zweier unmittelbarer Tatzeugen sowie das Geständnis des Täters.⁷

In ihrer ursprünglichen Form waren diese Regeln Ausdruck einer positiven Beweistheorie. Die genannten Beweise erbrachten, zumindest wenn noch bestimmte formale Voraussetzungen erfüllt waren, den vollen (positiven) Beweis dafür, dass der Angeklagte die ihm vorgeworfene Tat begangen hatte. Der Richter musste also verurteilen, wenn diese Beweise vorlagen. Lange Zeit wurde darin nichts Problematisches gesehen.⁸ Erst allmählich setzte sich die Einsicht durch, dass eine solche positive Beweistheorie eine hohe Gefahr in sich birgt, zur Verurteilung Unschuldiger zu führen⁹: Die beiden Zeugen konnten lügen oder vielleicht auch gar keine unmittelbaren Tatzeugen sein, und auch das Geständnis konnte falsch sein – zumal, wenn es, wie damals zulässig, durch Folter erlangt war.

⁵ Eingehend zu dieser Bindung des Richters an gesetzliche Beweisregeln Küper (Fn. 4), S. 127 ff.; ders., in: Haddenhorst/Wasserburg (Hrsg.), Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters zum 80. Geburtstag, 1984, S. 23 ff.; Nobili, Die richterliche freie Überzeugungsbildung, 2001 (Übersetzung der italienischen Originalfassung „Il principio del libero convincimento del giudice“, 1974), S. 81 ff.; Walter (Fn. 1), S. 37 ff., 56 ff.

⁶ Vgl. die Darstellungen von Geyer (Fn. 4), S. 198 ff.; Glaser (Fn. 4), S. 12 ff.; Krieter (Fn. 4), S. 6 f.; Küper (Fn. 4), S. 129-141; Mittermaier (Fn. 4), S. 15 ff.; Thäle (Fn. 4), S. 26 f. m.w.N.

⁷ Vgl. dazu (für das Geständnis) Art. 22 und (für den Zeugenbeweis) Art. 67 der Constitutio Criminalis Carolina von 1532; eingehend zu deren Beweisrecht Schoetensack, Der Strafprozeß der Carolina, 1904, S. 41-82.

⁸ Als Beispiel einer der positiven Beweistheorie verpflichteten Prozessordnung noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts die Preußische Criminalordnung von 1805 (dort §§ 370 ff.).

⁹ Vgl. etwa die differenzierten Überlegungen Beccarias, Über Verbrechen und Strafen („Dei delitti e delle pene“, 1765), deutsche Fassung von Alff, 1966, zu dem Beweis durch Zeugen (Abschnitt XIII), Indizien (Abschnitt XIV) und über die Folter (Abschnitt XV); Filangieri, System der Gesetzgebung („La scienza della legislazione“, 1780-1785), deutsche Fassung von J.C. Siebenkees, 2. Aufl. 1788-1791, Bd. 3, S. 228 ff.; Voltaire, in: Moland (Hrsg.), Oeuvres complètes, 1785-1789, Bd. 19, § XXIII, S. 264; weitere Nachweise zu Stellungnahmen der Aufklärungsphilosophie bei Nobili (Fn. 5), S. 99 ff.

Freilich führten diese Einsichten nicht sofort und direkt zu einer Abkehr von gesetzlichen Beweisregeln. Sie bewirkten meist nur, dass an die Stelle einer positiven Beweistheorie eine negative Beweistheorie trat.¹⁰ Das Zeugnis zweier unmittelbarer Tatzeugen oder das Geständnis *zwangen* danach den Richter nicht mehr – im Sinne einer hinreichenden Bedingung – zur Verurteilung. Sie waren vielmehr nur eine notwendige Bedingung dafür, dass der Richter zu (ordentlicher) Strafe verurteilen *durfte*.¹¹ Auch wenn diese Beweise vorlagen, konnte der Richter also freisprechen, wenn er gravierende Zweifel daran hatte, dass der Angeklagte die Tat begangen hatte. Er durfte nur nicht verurteilen, wenn das belastende Zeugnis zweier unmittelbarer Tatzeugen oder ein Geständnis nicht vorlagen. Es war also eine Art halbe Freiheit, die von bedeutenden Prozessualisten noch bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts hinein mit Nachdruck vertreten wurde.¹² Die volle Freiheit der Würdigung wollte man dem Richter nicht geben, weil man befürchtete, dass es ohne gesetzliche Mindestvoraussetzungen für eine Verurteilung (zwei Zeugen oder das Geständnis) zu willkürlichen Verurteilungen kommen könnte¹³ – nicht zuletzt, weil die Richter damals noch keine Unabhängigkeit besaßen und dem Einfluss ihrer Landesherren unterworfen waren.

Letztlich ist die Zeit auch über diese negative Beweistheorie mit ihrer Festschreibung konkreter Mindestbeweismittel hinweggegangen. Die Theorie musste weichen, weil auch sie Schwächen aufwies und das Bedürfnis, an ihr festzuhalten, mehr und mehr schwand. Die Schwäche der Theorie ist offensichtlich: Sie verhindert trotz erdrückender Beweise (z.B. ein Tatzeuge und eine Fülle aussagekräftiger Indizien) eine Verurteilung, wenn es an den gesetzlich definierten notwen-

¹⁰ Bedeutsam in diesem Zusammenhang Filangieri (Fn. 9), S. 228 ff.; zur Aufnahme dieser Sicht in der deutschen Literatur Küper (Fn. 4), S. 140 ff., 236 ff.; Walter (Fn. 1), S. 66 f.; zur Unterscheidung zwischen positiver und negativer Beweistheorie näher v. Savigny, GA 6 (1858), 471 (481 ff.); Krieter (Fn. 4), S. 3 f., 7 ff.; Nobili (Fn. 5), S. 154 ff. – Als Beispiel für eine Verwirklichung der negativen Beweistheorie die Badische Strafprozessordnung von 1845 (dort § 270).

¹¹ Vgl. Küper (Fn. 4), S. 191: „Kontrollfunktion“ der richterlichen Überzeugung.

¹² Vgl. z.B. Feuerbach, Betrachtungen über das Geschworenengericht, 1813, S. 132 ff.; Mittermaier (Fn. 4), S. 84 ff.; Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 185 ff.; für den Zivilprozess z.B. Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 1801, Bd. 2, S. 255; v. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1800, S. 120; Reinhardt, Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Processes, Bd. 1, 1823, S. 372.

¹³ So z.B. Mittermaier (Fn. 4), S. 120 f.; eingehende weitere Nachweise bei Küper (Fn. 4), S. 218 f.; siehe auch Nobili (Fn. 5), S. 144, 153 ff.; Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 329, 333 (Wiedergabe einer Stellungnahme von v. Gagern), 334, 335, 339 f., 341 f.; v. Savigny, GA 6 (1858), 471 (474, mit Relativierungen).

digen Beweisen fehlt.¹⁴ Und die Bereitschaft, diese Konsequenzen weiter hinzunehmen, schwand umso mehr, je mehr die Sorge vor richterlicher Willkür und gelenkter Justiz wich. Die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, die im Laufe des 19. Jahrhunderts in vielen europäischen Verfassungen verankert wurde,¹⁵ und das wachsende Vertrauen in die richterliche Urteilskraft waren dafür wichtige Voraussetzungen. So ist es nicht verwunderlich, dass im Laufe des 19. Jahrhunderts das Konzept gesetzlicher Beweisregeln mehr und mehr aufgegeben und durch eine freie Beweiswürdigung ersetzt wurde – zunächst in den Strafprozessordnungen der Partikularstaaten,¹⁶ später auch in der Reichsstrafprozessordnung von 1877.¹⁷ Der Richter sollte bei der Würdigung der Beweise fortan nicht mehr an gesetzliche Beweisregeln gebunden, sondern insoweit frei sein.

Natürlich waren es nicht nur offensichtliche praktische Schwächen und veränderte äußere Verhältnisse, die dem Prinzip der freien Beweiswürdigung den Weg ebneten. Auch erkenntnistheoretische und wissenschaftstheoretische Einsichten begünstigten diesen Übergang.¹⁸ Die philosophisch geschulte Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung des ausgehenden 18. und des 19. Jahrhunderts¹⁹ hatte in aller Klarheit erkannt, dass es bei der Würdigung der Beweise um

¹⁴ Zu solchen Fällen, ihrer Problematik und den zu ihrer Lösung zunächst entwickelten Lösungsansätzen vgl. *Frisch* (Fn. 1), S. 865 ff.

¹⁵ Vgl. etwa die Verfassungen von Bayern (1818, dort Titel VIII § 3); Baden (1818, dort § 14), Württemberg (1819, dort § 93), Chur-Hessen (1831, dort § 123), Sachsen (1831, dort § 47), Preußen (1848, dort § 85) und die Paulskirchenverfassung von 1849 (dort § 175); eingehend dazu *Kotulla*, DRiZ 1992, 285.

¹⁶ Vgl. z.B. für Preußen das Gesetz v. 17.7.1846 (dort § 19) und die Verordnung v. 3.1.1849; näher dazu *Küper* (Fn. 4), S. 221 ff., 238 f., und *Krieter* (Fn. 4), S. 24 f.; für andere Partikularstaaten *Geyer*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafverfahrens, 1880, S. 700 f.; v. *Kries*, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892, S. 61 f.; *Krieter* (Fn. 4), S. 12-18 und 27-65; *Sundelin*, Sammlung der neueren deutschen Gesetze und Strafverfahren, 1861, S. 158 f. (Hannover, § 156), 204 (Hessen, 1. Titel, Art. 5), 436 (Sachsen-Altenburg, Art. 238), 494 (Oldenburg, 1. Titel, Art. 5) und 641 (Sachsen, 1. Cap. Art. 10); zur wesentlich früheren (oktroierten) Einführung der freien Beweiswürdigung für Berufsrichter in Italien vgl. *Nobili* (Fn. 5), S. 164 ff.; Überblick über die weitere Entwicklung bei v. *Savigny*, GA 6 (1858), 471, (482 f.).

¹⁷ Dort bis 1924 als § 260, danach als § 261.

¹⁸ Vgl. dazu z.B. *Küper* (Fn. 5 – Festgabe für Karl Peters), S. 33 ff.

¹⁹ Vgl. dafür im vorliegenden Problemzusammenhang etwa *Jarcke*, Neues Archiv des Criminalrechts 8 (1825), 97 (100 ff.); *ders.*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (144 ff., 149 ff., 158); *Mittermaier* (Fn. 4), S. 126 ff.; v. *Savigny*, GA 6 (1858), 471 (476, 481 ff., 485 f.); *Weber*, Neues Archiv des Criminalrechts 8 (1825), 557 (568 f.).

eine Problematik geht, zu deren Lösung gesetzliche Regeln nur wenig beitragen können.²⁰ Im Kern geht es darum, ein Stück Vergangenheit zu rekonstruieren: Ob sich der Sachverhalt, der dem Angeklagten vorgeworfen wird, in der Vergangenheit zugetragen hat bzw. man hiervon ausgehen kann.²¹ Dafür spielen die unterschiedlichsten Erfahrungseinsichten eine Rolle, die sich in ihrer Komplexität niemals auf einige wenige gesetzliche Beweisregeln reduzieren lassen.

III. Die Überzeugung von der Tatbegehung als Verurteilungsvoraussetzung – Kritik und Alternativen

Mit dem Übergang vom Konzept der gesetzlichen Beweisregeln zum Prinzip der – von gesetzlichen Beweisregeln – freien Beweiswürdigung entstand nun freilich ein Vakuum: Was konnte an die Stelle jener konkreten Beweisanforderungen treten, von denen in den Konzepten der gesetzlichen Beweistheorie die Verurteilung abhing?

Die Antwort des Gesetzgebers – nicht nur des deutschen, sondern auch die des Gesetzgebers vieler anderer Staaten – lag und liegt nicht in der Ersetzung der früheren vollkommenen Beweise durch andere und differenziertere objektive Voraussetzungen. Das Gesetz vollzog eine radikale, geradezu kopernikanische Wende. Voraussetzung für die Verurteilung sollte fortan – bis heute – ein subjektiver Sachverhalt sein.²² Entscheidend ist die Überzeugung des Richters. Nur wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass der Angeklagte

²⁰ So in aller Klarheit schon (in Auseinandersetzung mit einer so genannten gesetzlichen Beweistheorie) das Gutachten der Königlich Preußischen Immediat-Justiz-Kommission über das Geschworenengericht, 1819, 1. Abt., S. 8 ff.; *Feuerbach* (Fn. 12), S. 126; *Glaser*, Handbuch des Strafprozesses, Bd. 1, 1883, S. 740 ff.; *Grävell*, Prüfung der Gutachten der Preußischen Immediatkommission, 1819, Bd. 2, S. 106 f., 142 (der aber in Grenzen für eine gesetzliche Beweistheorie plädiert); v. *Savigny*, GA 6 (1858), 471 (488 ff.); aus dem zivilprozessualen Schrifttum des 19. Jahrhunderts des *Endemann*, Die Beweislehre des Civilprozesses, 1860, S. 67 f., 623 ff.

²¹ Über die Parallele zwischen der Arbeit des Richters bei der Beweiswürdigung und der des Historikers vgl. z.B. *Jarcke*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (144 f.); *Abegg*, Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses, 1855, S. 140 f.; weitere Nachweise aus der italienischen Literatur bei *Nobili* (Fn. 5), S. 38 f., der selbst freilich wegen der Ausblendung des normativen Kontexts skeptisch ist (S. 40 f.).

²² Vorzüglicher Überblick über die Entwicklung in den deutschen Partikularstaaten bei *Geyer* (Fn. 16), S. 146 ff., 155 ff.; in Österreich dort S. 182 ff. und bei *Krieter* (Fn. 4), S. 12-65; siehe ferner bei *Kunz*, ZStW 121 (2009), 572 (583 f.: andere Staaten); *Nobili* (Fn. 5), S. 147 ff. (deutsche Staaten); v. *Savigny*, GA 6 (1858), 471 (472 f., 482 f.); *Schmidt* (Fn. 13), S. 332-337; *Schwinge*, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, 1926, S. 6 ff., 66 ff. – Zu Frankreich vgl. Art. 342 des Code d'instruction criminelle von 1808; zuvor auch schon das Dekret von 1791 und die Gesetze von 1795 und 1801; Darstellung der Entwicklung bei *Nobili* (Fn. 5), S. 119 ff., 139 ff., und *Walter* (Fn. 1), S. 68 ff.

die ihm vorgeworfene Tat begangen hat, darf es verurteilen. Hat es diese Überzeugung, so muss es freilich auch verurteilen. Unter Überzeugung wurde und wird dabei üblicherweise die persönliche Gewissheit des Richters verstanden.²³ Andere sprechen von einem subjektiven Für-wahr-Halten aus Gründen.²⁴

Die Entscheidung des Gesetzes, die Verurteilung von der Überzeugung des Richters abhängig zu machen, war schon zur Zeit der Einführung dieses Konzepts nicht unumstritten.²⁵ Sie wird auch heute noch von nicht wenigen angegriffen.²⁶ Damals wie heute rügen die Kritiker des Gesetzes die Gefährlichkeit und die Irrationalität des Erfordernisses der Überzeugung. Gefährlich sei das Erfordernis, weil es einen subjektiven Sachverhalt, eben die Überzeugung oder die „intime conviction“ ausreichen lasse, obwohl es für diesen subjektiven Sachverhalt in objektiver Hinsicht möglicherweise überhaupt keine hinreichende Grundlage (etwa Beweismittel mit hoher Wahrscheinlichkeit) gebe. Irrational ist das Erfordernis nach der Ansicht der Kritiker deshalb, weil die Beweismittel für den zu beweisenden Sachverhalt aus objektiver (naturwissenschaftlicher) Sicht ja immer nur eine bestimmte, mehr oder weniger hohe Wahrscheinlichkeit erbrächten. Wie der Richter auf der Basis dieser objektiven Sachlage subjektiv zur Gewissheit oder Überzeugung soll gelangen können, sei rational nicht nachvollziehbar. Statt dem Richter rational nicht nachvollziehbare Schlüsse abzuverlangen, sei es geboten, die zur Verurteilung erforderlichen, aber auch ausreichenden objektiven Voraussetzungen zu präzisieren.²⁷

IV. Erste Würdigung: Die objektive Wahrscheinlichkeit – eine weiterführende Alternative?

Die skizzierte Kritik ist z.T. berechtigt. Natürlich kann es für eine Verurteilung nicht ausreichen, dass der Richter nur subjektiv überzeugt ist, ohne dass es für diese Überzeugung eine ausreichende objektive Grundlage gäbe. Freilich ist die Kritik

an diesem Punkt auch etwas ahistorisch. Man hatte vor der Einführung des Erfordernisses der Überzeugung nämlich sehr intensiv darüber diskutiert, was als Grundlage der Verurteilung eher sachgerecht ist: das Gegebensein einer bestimmten Wahrscheinlichkeit oder die Überzeugung.²⁸ Die Entscheidung für den Begriff der Überzeugung war dabei nicht im Sinne eines Verzichts auf ein bestimmtes Maß an objektiver Wahrscheinlichkeit gedacht. Man war vielmehr der Auffassung, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung seitens des Angeklagten zur Legitimation der Verurteilung allein nicht ausreichen könne. Der Richter dürfe das, was dem Angeklagten vorgeworfen wird, nicht nur für wahrscheinlich ansehen, sondern müsse es „Für-wahr-Halten“ und in diesem Sinne von der Begehung der Tat seitens des Angeklagten überzeugt sein.²⁹

Die damit getroffene Entscheidung gegen den Begriff der Wahrscheinlichkeit als zentrale Verurteilungsvoraussetzung verdient auch aus heutiger Sicht noch Zustimmung. Ihre Richtigkeit wird durch zusätzliche Überlegungen unterstrichen. Tatsächlich kann zur Legitimation der Verurteilung und Bestrafung des Angeklagten niemals irgendeine Wahrscheinlichkeit ausreichen. Allenfalls eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit könnte dafür genügen. Aber wie soll diese hohe Wahrscheinlichkeit eigentlich präziser definiert werden – so, dass man genau weiß, was mit dem Erfordernis gemeint ist und alle Gerichte vom gleichen Maß der Wahrscheinlichkeit als Verurteilungsvoraussetzung ausgehen? Der vielleicht naheliegende Gedanke, zur Präzisierung einen bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit zu fordern,³⁰ führt nicht weiter.³¹ Dies nicht nur deshalb, weil schon die Bestimmung dieses Grades – 90, 95 oder 98%? – auf eine blanke Dezision hinausliefe, da sich für keinen dieser Zahlenwerte wirklich überzeugende Argumente anführen lassen. Die Festsetzung solcher Wahrscheinlichkeitsgrade wäre auch sinnlos. Denn

²³ Vgl. z.B. *Krug*, Von der Überzeugung nach ihren verschiedenen Arten und Gründen, 1797, passim, der im prozessualen Schrifttum seiner Zeit viel zitiert ist; *Stübel*, Über den Thatbestand der Verbrechen, 1805, §§ 181-183 (S. 243-246), §§ 188 f. (S. 249 f.); *Weber*, Neues Archiv des Criminalrechts 8 (1825), 557; *Mittermaier* (Fn. 4), S. 73 f.; ebenso die heute h.M., vgl. z.B. *Frister* (Fn. 1), S. 184; *Kunz*, ZStW 121 (2009), 572 (593 ff.); jeweils m.w.N.

²⁴ So *Mittermaier*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 1845, § 86 (S. 524 f.); ähnlich schon in der 2. Aufl. 1832, Bd. 1, S. 357 f.; zuvor schon *Jarcke*, Neues Archiv des Criminalrechts 8 (1825), 97 (115), und *ders.*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (150, 152 f.).

²⁵ Vgl. etwa *Schede*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 8 (1828), 31 ff. (Wahrscheinlichkeit ausreichend).

²⁶ Vgl. z.B. aus neuerer Zeit *Freund* (Fn. 1 – Tatsachenfeststellung), S. 47, 102; *Hoyer*, ZStW 105 (1993), 523 (533); *Stein* (Fn. 1), S. 253 ff., 256 f.

²⁷ Vgl. *Freund* (Fn. 1 – Tatsachenfeststellung), S. 56 ff.; *Stein* (Fn. 1), S. 247 ff.; zum Versuch einer numerischen Präzisierung des „reasonable doubt-standard“ im Strafprozess *Kunz*, ZStW 121 (2009), 572 (595 ff.).

²⁸ Vgl. zur Diskussion über diese Frage vor allem den Streit zwischen *Schede*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 8 (1828), 31 ff. (Wahrscheinlichkeit ausreichend), und *Jarcke*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (Überzeugung erforderlich).

²⁹ Wegweisend vor allem *Jarcke*, Neues Archiv des Criminalrechts 8 (1825), 97 (115 ff.) und – in der Auseinandersetzung mit *Schede*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 8 (1828), 31 ff. – *ders.*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (149 ff., 156 ff.); zuvor aber auch schon *Stübel* (Fn. 23), S. 249, 334; später zusammenfassend *Mittermaier* (Fn. 4), S. 74 f.

³⁰ Vgl. etwa die Ansätze in der skandinavischen Lehre bei *Ekelöf*, ZZP 75 (1962), 289 (292); in Deutschland insbes. *Bruns*, ZZP 91 (1978), 647; *Schreiber*, Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozeß, 1968; weitere Nachweise bei *Greger* (Fn. 1), S. 93 ff. und *Walter* (Fn. 1), S. 142 ff.

³¹ Eingehender dazu und zum Folgenden *Frisch* (Fn. 1), S. 872 f.

nur in ganz wenigen Fällen³² lässt sich der Beweiswert der verfügbaren Beweismittel im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsgrades zahlenmäßig ausdrücken.³³ Kurz, auf diesem Weg ist nicht weiterzukommen³⁴ – das lässt sich auch durch eine Reihe insoweit unternommener, gescheiterter Versuche belegen.

Das einzige, was von den Wahrscheinlichkeitsansätzen als ernsthaft diskutabler Kandidat bleibt, ist im Grunde die „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“.³⁵ Mit ihr scheint auch ein zur Legitimation der Verurteilung ausreichendes Maß der Wahrscheinlichkeit benannt. Indessen ist auch dieser Begriff weit unklarer, als es zunächst scheint. Denn was macht die Wahrscheinlichkeit zu einer „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“? Geht es um einen besonders hohen Grad der Wahrscheinlichkeit? Auf diesem Weg ist, wie schon erwähnt, im Sinne einer umsetzbaren Präzisierung nicht weiterzukommen. Oder geht es um etwas anderes – wird die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit durch etwas anderes vermittelt (repräsentiert)? Aber was ist dann das, was gegeben sein muss, damit die zur Verurteilung ausreichende Wahrscheinlichkeit vorliegt?

V. Rückkehr zur Überzeugung und zweite Würdigung

Es lohnt sich, an dieser Stelle noch einmal zur Alternative des Wahrscheinlichkeitsansatzes, also zur Überzeugung zurückzukehren. Dieser Begriff ist weitaus fruchtbarer und sachgerechter, als seine Kritiker meinen. Das wird paradoxerweise gerade dann sichtbar, wenn man sich mit einem kritischen Einwand gegen das Erfordernis der Überzeugung beschäftigt. Der Einwand wurde schon erwähnt, er lautet:³⁶ Die Beweismittel ergeben regelmäßig nur eine mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit. Wie der Richter gleichwohl zu einer Überzeugung soll gelangen können, sei nicht nachvollziehbar. Hier werde im Grunde etwas Irrationales gefordert, was als Grundlage der Verurteilung nicht taugt. – Richtig wäre dieser Einwand nur, wenn der Richter sich seine Überzeugung wirklich nur auf der Basis der allein gegebenen objektiven (hohen) Wahrscheinlichkeit bilden würde. Etwas, das objektiv in den Rastern der Wahrscheinlichkeit nur sehr wahrscheinlich ist, ohne weitere Gründe einfach als wahr

³² So z.B. dann, wenn zur Treffsicherheit bestimmter Untersuchungsergebnisse statistische Aussagen existieren; vgl. etwa zur DNA-Analyse *Kunz*, ZStW 121 (2009), 572 (598).

³³ Man denke nur an die Frage des Beweiswertes der einzelnen Indizien unterschiedlich konstituierter Indizienringe oder Indizienketten.

³⁴ Zutreffend *Frister* (Fn. 1), S. 180 f.; *Greger*, (Fn. 1), S. 49 ff., 102 ff.; *Stürmer*, in: Picker/Wilhelm/Richardi (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010, 2010, S. 809 (816); *Walter* (Fn. 1), S. 175 ff.

³⁵ Vgl. dafür z.B. *Fincke*, GA 1973, 266 (272); *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, § 56 Rn. 947; *Kunz*, ZStW 121 (2009), 572 (594 f.); aus der Rechtsprechung des RG z.B. RGSt 61, 202 (206).

³⁶ Vgl. z.B. aus neuerer Zeit *Freund* (Fn. 1 – Tatsachenfeststellung), S. 47, 102; *Hoyer*, ZStW 105 (1993), 523 (533); *Stein* (Fn. 1), S. 253 ff., 256 f.

anzusehen (und davon überzeugt zu sein), wäre in der Tat irrational. Aber möglicherweise ist das ja gar nicht so. Möglicherweise hat der Richter, wenn er etwas als wahr ansieht und davon überzeugt ist, dafür durchaus rationale Gründe – obwohl der von ihm als wahr angesehene Sachverhalt nach den Maßstäben der Wahrscheinlichkeitsrechnung nur mehr oder weniger wahrscheinlich ist.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Das ist in der Tat so, und dies deutet sich schon in der begrifflichen Umschreibung der Überzeugung an. Sie ist immer wieder als eine Gewissheit oder ein „Für-wahr-Halten aus Gründen“ beschrieben worden³⁷ – womit natürlich stets dies rechtfertigende „objektiv zureichende“ Gründe gemeint waren.³⁸ Diese, die Überzeugung tragenden Gründe werden sichtbar, wenn wir abschließend noch einen Blick auf die Struktur der richterlichen Beweiswürdigung werfen.

VI. Zur Struktur der Beweiswürdigung: Die Beweiswürdigung als Überprüfung von Hypothesen an Hand von Gründen

Über die Struktur der richterlichen Beweiswürdigung ist – im Anschluss an philosophische Untersuchungen – vor allem in der Prozessrechtsliteratur des späten 19. Jahrhunderts viel nachgedacht und geschrieben worden.³⁹ Im 20. Jahrhundert haben sich dann Vertreter der Philosophie⁴⁰ und renommierte

³⁷ Vgl. z.B. *Abegg* (Fn. 21), S. 138 ff.; *Jarcke*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (133 und passim, z.B. 138, 140 f., 144 f., 150 f.); auch v. *Savigny*, GA 6 (1858), 471 (484 f.); *Mittermaier* (Fn. 24), § 86 (S. 524 f.); ähnlich schon in der 2. Aufl. 1832, Bd. 1, S. 357 f.; zuvor schon *Jarcke*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 8 (1828), 97 (115), und *ders.*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (150, 152 f.); später *Glaser* (Fn. 4), S. 132-153; *ders.* (Fn. 20), S. 344 ff., 736 ff.; *Planck*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 2, 1896, S.165 ff., 190 ff.; *Rumpff*, Der Strafrichter, Bd. 1, 1912, S. 182 ff.

³⁸ Grundlegend *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1781, insbes. Transzendente Methodenlehre, 2. Hauptstück, 2. Abschnitt, (in der Kant-Ausgabe von *Weischedel*, Bd. 2, 1956, S. 677), und 3. Abschnitt (*Weischedel*, a.a.O., S. 687 ff.); siehe ferner *Krug* (Fn. 23); *Mittermaier* (Fn. 24), § 86 (S. 524 f.); ähnlich schon in der 2. Aufl. 1832, Bd. 1, S. 357 f.; zuvor schon *Jarcke*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), S. 97 (115), und *ders.*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (150, 152 f.); wegen weiterer Einflüsse der Philosophie auf die prozessuale Diskussion um die Wahrheitsfindung, vgl. *Paulus*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 687 (688 ff.).

³⁹ Vgl. etwa *Jarcke*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 8 (1828), 97 (100 ff.); *ders.*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (144 ff., 149 ff., 158); *Mittermaier* (Fn. 4), S. 126 ff.; v. *Savigny*, GA 6 (1858), 471 (476, 481 ff., 485 f.); *Weber*, Neues Archiv des Criminalrechts 8 (1825), 557 (568 f.).

⁴⁰ Vgl. insbes. *Kraft*, Erkenntnislehre, 1960, S. 241 ff.; siehe aus der philosophischen Literatur weiter *Lotze*, Logik, 1874,

Rechtstheoretiker⁴¹ intensiv mit der Thematik befasst. In diesen Untersuchungen ist sehr klar herausgearbeitet worden, dass eine sachgerechte richterliche Beweiswürdigung nicht in einer gefühlsmäßigen Stellungnahme zur Beweisfrage besteht. Es geht auch nicht einfach um ein bloßes „Abwägen“ der für und gegen die Tatbegehung sprechenden Umstände, wie man nicht selten liest.⁴² Eine sachgerechte Beweiswürdigung ist ein viel präziser strukturiertes Verfahren⁴³ – und zwar nicht nur in der Sicht der Rechtstheorie, sondern auch in der Sicht unserer höchsten Gerichte.

Im Zentrum dieses strukturierten Verfahrens steht eine bestimmte Hypothese. Sie soll auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden. Im Strafprozess ist das die in der Anklageschrift formulierte Hypothese, dass der Angeklagte die ihm vorgeworfene Tat wirklich begangen habe, diese also ein Teil der vergangenen Wirklichkeit sei.⁴⁴ Die Überprüfung erfolgt dabei anhand von Umständen, die in Bezug auf den Wahrheitsgehalt der Hypothese nach unserem Erfahrungswissen eine gewisse Aussagekraft haben oder haben könnten – eben dem, was die Hauptverhandlung an insoweit möglicherweise bedeutsamen Erkenntnissen zutage gefördert hat: Zeugenaussagen, Beweisstücken, der Einlassung des Angeklagten usw.

Für die Annahme der Wahrheit der Hypothese von der Tatbegehung ist dabei zunächst eines erforderlich: Es muss zumindest Beweismittel geben, die diese Hypothese bestätigen – z.B. Zeugenaussagen, von deren Wahrheit ausgegangen werden darf,⁴⁵ weil sie bestimmte Bedingungen erfüllen,⁴⁶ Spuren am Tatort oder sonstige Indizien. Fehlt es schon hieran, so ist es niemals möglich, die Hypothese von der Tatbegehung als wahr anzusehen und das rational zu begründen. So liegt es etwa dann, wenn sich die Zeugen im Strafverfah-

ren nicht mehr erinnern können oder sich in Widersprüche verstricken und der Angeklagte schweigt.

Das Vorliegen gewisser Umstände (Beweismittel), die für die Begehung der Tat durch den Angeklagten sprechen und bestimmte Voraussetzungen erfüllen,⁴⁷ ist freilich nur eine erste Bedingung, die erfüllt sein muss, damit man von der Wahrheit der entsprechenden Hypothese ausgehen darf. Ein Zweites muss hinzukommen: Es wird besonders deutlich an Fällen, in denen unter den Beweismitteln solche sind, die der Hypothese von der Tatbegehung durch den Angeklagten entgegenstehen – wie z.B. ein Zeuge, der dem Angeklagten für die Tatzeit ein Alibi gibt.⁴⁸ Solange sich solche der Wahrheit der Hypothese von der Tatbegehung entgegenstehende Beweise nicht entkräften lassen, bestehen an der Wahrheit dieser Hypothese ernsthafte Zweifel (reasonable doubts), die es nicht zulassen, von der Wahrheit der Hypothese auszugehen.

Der eben genannte Beispielfall des gegen die Tatbegehung angeführten Alibizeugen ist im Grunde nur ein Anwendungsfall einer viel größeren Gruppe von Sachverhalten. Diese zwingen das Gericht, sich nicht nur mit der zu beweisenden Hypothese, sondern mit einer Reihe weiterer, insbesondere konkurrierender Hypothesen zu beschäftigen, die mit der Hypothese von der Tatbegehung unvereinbar sind.⁴⁹ So ist es nicht nur, wenn der Angeklagte zur Tatzeit nicht am Tatort, sondern beim Alibizeugen gewesen sein soll. Auch wenn der Angeklagte behauptet, nicht er, sondern eine andere Person mit ähnlichem Aussehen müsse die Tat begangen haben, werden solche konkurrierenden Hypothesen aufgestellt. Entsprechendes gilt, wenn der wegen sexueller Nötigung Angeklagte zwar die sexuellen Handlungen einräumt, aber zugleich geltend macht, diese Handlungen nicht gegen den Willen des Opfers, sondern einverständlich vorgenommen zu haben und dafür entsprechendes Vorverhalten des Opfers ins Feld führt. In all diesen und vielen ähnlichen Fällen kommt das Gericht nicht darum herum, sich im Rahmen der Beweiswürdigung auch mit diesen anderen Hypothesen über das wahre Geschehen zu beschäftigen. Dies gilt insbe-

Bd. 2, 9. Kap., S. 421-425 (Nr. 278-280); *Sigwart/Maier*, Logik, Bd. 2, 4. Aufl. 1911, § 99 (S. 613 ff.).

⁴¹ Vgl. dazu grundlegend *Engisch* (Fn. 1), S. 60 ff., 75 ff.; *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, 1965, S. 12 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 75 f.

⁴² Vgl. z.B. *Mittermaier* (Fn. 4), S. 14; *Jarcke*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege 10 (1828), 129 (134); *Geyer* (Fn. 4), S. 93; *Mezger*, Beiheft zu AcP 117 (1918), 158. – Dazu krit. *Frisch* (Fn. 1), S. 857 f.

⁴³ Zum Folgenden ausführlicher schon *Frisch* (Fn. 1), S. 857 ff.

⁴⁴ Genauer besehen geht es bei dieser einen Hypothese freilich um eine ganze Reihe speziellerer Hypothesen (z.B. über die Verwirklichung eines äußeren Geschehens, das dem objektiven Tatbestand eines bestimmten Delikts entspricht, über das Handeln in einer bestimmten subjektiven Einstellung, darüber, dass bestimmte straffausschließende Sachverhalte nicht gegeben waren usw.; näher dazu *Frisch* (Fn. 1), S. 858 f.

⁴⁵ Das ist im Grunde eine weitere Hypothese, die ihrerseits des Beweises (bzw. der Überprüfung) bedarf. Zu den Voraussetzungen der Wahrheit dieser Hypothese vgl. *Frisch* (Fn. 1), S. 859 m.w.N.

⁴⁶ Dazu näher *Frisch* (Fn. 1), S. 859; *Engisch* (Fn. 1), S. 69 ff., und *Glaser* (Fn. 4), S. 214 f., 230 ff., 246 ff., 257 ff.

⁴⁷ Interessante Erwägungen zu diesen auf die einzelnen Beweismittel und ihren Wahrheitsgehalt (Wahrheitswert) bezogenen Voraussetzungen finden sich in reichem Maße in der prozessualen Literatur des 19. Jahrhunderts, vgl. z.B. *Mittermaier* (Fn. 4), S. 215 ff. (zum Beweiswert von Sachverständigengutachten), 347 ff. (Beweiswert einer Zeugenaussage), 432 ff., 435 ff. (Indizienbeweis); *Glaser* (Fn. 4), S. 194 ff.; *Planck* (Fn. 37), S. 190 ff.

⁴⁸ Vgl. schon *Mittermaier* (Fn. 4), S. 73.

⁴⁹ Zu diesen das (oder ein) Gegenteil der zu beweisenden These bildenden Hypothesen und ihrem Ausschluss näher *Engisch* (Fn. 1), S. 74 ff.; *Glaser* (Fn. 4), S. 138 f.; *Klug*, Juristische Logik, 4. Aufl. 1982, S. 151 f.; *Kunz*, ZStW 121 (2009), 572 (588 ff. mit Nachweisen aus dem anglo-amerikanischen Schrifttum); *Schneider/Schnapp*, Logik für Juristen, 6. Aufl. 2006, S. 180, 182 ff.; eingehend *Bucher*, in: *Heldrich/Prölss/Koller* (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 991.

sondere in den Fällen des Indizienbeweises.⁵⁰ Die entsprechenden Hypothesen müssen dabei auch gar nicht expressis verbis von Angeklagten oder seinem Verteidiger aufgestellt worden sein. Es genügt, wenn entsprechende Möglichkeiten ernsthaft bestehen – wie dann, wenn der dem Angeklagten vorgeworfene Diebstahl nach den Gesamtumständen des Falles auch von einer anderen Person begangen worden sein könnte.

In all diesen Fällen kann die Hypothese von der Tatbegehung nicht schon dann als wahr angesehen werden, wenn es Beweismittel gibt, die sie stützen. Das Gericht muss auch den Hypothesen und Möglichkeiten nachgehen, die mit der Hypothese von der Begehung einer bestimmten Tat durch den Angeklagten konkurrieren, mit ihr unvereinbar sind. Solange diese Hypothesen als Möglichkeiten ernsthaft in Betracht kommen, kann das Gericht nicht von der Wahrheit des Anklagevorwurfs ausgehen. Diese Annahme ist vielmehr (als rationale Annahme) erst berechtigt, wenn nicht nur die Anklagehypothese durch Beweismittel gestützt wird, sondern sich zugleich die konkurrierenden Hypothesen als ernsthafte Möglichkeiten ausschließen lassen.⁵¹

Für den Ausschluss der konkurrierenden Hypothesen genügt es dabei im Rahmen einer rationalen Beweiswürdigung nicht, die vom Angeklagten aufgestellten Hypothesen einfach als nicht glaubhafte Einlassungen abzutun oder – gestützt auf das Gefühl – zu behaupten, dass dem Gericht die Aussage des Opfers glaubhafter als die des Angeklagten erscheine. Gefühle sind sehr unterschiedlich und vielfach trügerisch – dass davon die Verurteilung einer Person abhängen soll, ist nicht zu legitimieren. Für einen wirklich überzeugenden Ausschluss der mit der Anklagehypothese konkurrierenden Hypothesen sind Gründe notwendig – Gründe, die intersubjektiv nachvollziehbar sind und die konkurrierenden Hypothesen überzeugend widerlegen, weil sie durch Logik und Erfahrung gestützt werden.⁵² Das ist z.B. dann der Fall, wenn belegt ist, dass im Diebstahlsfall zur Tatzeit keine andere Person als der Täter Zugang zum Diebstahlobjekt hatte oder wenn der Alibizeuge zur Tatzeit allein und nicht im Beisein des Angeklagten von Dritten gesehen wurde. Erhebliche Konsequenzen hat das Postulat einer solchen rationalen, intersubjektiv nachvollziehbaren Beweiswürdigung für die Fälle, in denen allein die Aussage des angeblichen Opfers (einer Sexualtat) gegen die des Angeklagten steht.⁵³ Hier kann das bloße Ge-

fühl des Richters, die Version des Opfers sei glaubhafter als die des Angeklagten für eine rationale Annahme der Wahrheit der einen und der Unwahrheit der anderen Version nicht ausreichen.⁵⁴ Dafür bedarf es vielmehr auch hier objektiv nachvollziehbarer überzeugender Gründe – etwa, dass das Opfer Verletzungen aufweist, die es zuvor nicht hatte und die nur als Folge einer Gewalteinwirkung erklärbar sind.

VII. Die richterliche Überzeugung als der praktischen Vernunft entsprechendes, eine hohe Wahrscheinlichkeit voraussetzendes Ergebnis der Beweiswürdigung

Soviel zur Struktur der Beweiswürdigung und zu den Anforderungen an eine rationale Beweiswürdigung. Natürlich wäre hier noch weiter zu verfeinern; ich muss darauf aus Zeitgründen verzichten.⁵⁵ Anmerken möchte ich nur, dass das, was ich zur Struktur und zu den Anforderungen an die Beweiswürdigung gesagt habe, nicht nur die Meinung eines Wissenschaftlers des Prozessrechts ist, sondern in wesentlichen Punkten der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland entspricht. Diese prüft tatrichterliche Urteile inzwischen sehr genau daraufhin, ob sich der Tatrichter mit den in Betracht kommenden Alternativen umfassend auseinandergesetzt oder ob er nur pauschale Bewertungen vorgenommen hat.⁵⁶ Sie prüft, ob er konkurrierende Hypothesen und Möglichkeiten mit nachvollziehbaren Gründen ausgeschlossen und ob er für seine Überzeugung nachvollziehbare Gründe angegeben hat – seine Überzeugung also eine hinreichende objektive Grundlage hat.⁵⁷

Vor dem Hintergrund dieser Struktur der Beweiswürdigung und angesichts der Rationalitätsanforderungen an eine sachgerechte richterliche Beweiswürdigung verfällt auch die Kritik am Begriff der Überzeugung. Das gilt insbesondere für den Vorwurf, der Richter werde gezwungen, etwas was nur wahrscheinlich ist, als gewiss anzusehen. Die Überzeugung des Richters kommt nicht dadurch zustande, dass dieser das, was er zunächst nur als wahrscheinlich angesehen hat, anschließend kurzerhand für gewiss erklärt. Die Überzeugung und das Für-wahr-Halten sind vielmehr das Ergebnis eines durchaus rationalen, eigenständigen Verfahrens, in dem die Anklagehypothese überprüft, insbesondere die für ihre Wahrheit streitenden Gründe auf ihre Tragfähigkeit geprüft und konkurrierende Hypothesen unter Beachtung der Denkgesetze und der Sätze der Erfahrung ausgeschieden werden.⁵⁸

⁵⁰ Zu diesem eingehend schon *Glaser* (Fn. 20), S. 736 ff.; *Mittermaier* (Fn. 4), S. 402 ff.; aus der neueren Literatur *Engisch* (Fn. 1), S. 71 ff.

⁵¹ Zu diesem rechtspraktisch durchaus bedeutsamen apagogischen Verfahren neben den Nachweisen in Fn. 49 näher auch *Glaser* (Fn. 20), S. 743 ff. (insbes. 744 f.); *Lotze* (Fn. 40), Kap. 9, §§ 279 f.; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 4, 1911, S. 116 ff.; *Rumpf* (Fn. 37), S. 182 ff.; *Sigwart/Maier* (Fn. 40), S. 616 ff. (insbes. 621 f.).

⁵² Dazu, dass die Beweiswürdigung insgesamt von Logik und Erfahrung gelenkt wird, vgl. näher *Frisch* (Fn. 1), S. 857 ff., 862 f.

⁵³ Zu diesen Fällen der „Aussage gegen Aussage“ näher *Velten*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur

Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK, Bd. 5, 4. Aufl. 2014, § 261 Rn. 36; *Frisch* (Fn. 2), § 337 Rn. 130 und *Sancinetti* (Fn. 2), S. 1233 ff.

⁵⁴ Darin stimme ich mit *Sancinetti* ([Fn. 2], S. 1248, 1250) durchaus überein.

⁵⁵ Weiterführende Bemerkungen dazu bei *Frisch* (Fn. 1), S. 857 ff.

⁵⁶ Vgl. *Frisch* (Fn. 2), § 337 Rn. 128 ff., 130 f. mit eingehender Darstellung der Rspr.

⁵⁷ Vgl. *Frisch* (Fn. 2), § 337 Rn. 125 mit eingehenden weiteren Nachweisen.

⁵⁸ Dazu, dass es hier um ein inhaltlich und strukturell ganz anderes Verfahren als die Berechnung oder Schätzung von

Wenn der Richter am Ende dieses anspruchsvollen Verfahrens der praktischen Vernunft auf der Basis von nachvollziehbaren Gründen von der Wahrheit der Anklagehypothese „überzeugt“ ist, so ist das nicht irrational, sondern eine durchaus sachgerechte Bezeichnung für das in diesem Verfahren gewonnene Ergebnis. Dieses Verfahren mit dem so geforderten und gewonnenen Ergebnis fällt auch nicht etwa hinter objektive Wahrscheinlichkeitsanforderungen zurück. Es beinhaltet in Wahrheit eine zusätzliche Garantie für die Richtigkeit des richterlichen Urteils, die dem Strafurteil die bestmögliche Legitimation verleiht.⁵⁹ Denn natürlich lässt sich in einem Verfahren, in dem nach den Regeln der praktischen Vernunft der Wahrheitsanspruch einer Hypothese überprüft wird, die Überzeugung von der Wahrheit nur für etwas gewinnen, was – in den Rastern der Wahrscheinlichkeitsbeurteilung – doch zumindest sehr wahrscheinlich ist.

Wahrscheinlichkeiten geht, vgl. *Frisch* (Fn. 1), S. 857 ff., 868 ff., 871 f.

⁵⁹ Im Ergebnis übereinstimmend *Erb* (Fn. 1), S. 77 ff.; *Greger*, (Fn. 1), S. 113 ff.; *Hanack*, JuS 1977, 727 (728 ff.); *Krausbeck*, Konfrontative Zeugenbefragung, 2010, S. 204 ff., 206; *Volk*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß, 1980, S. 11 f.

Zur Abgrenzung von Erstbeschwerde (§ 304 StPO) und weiterer Beschwerde (§ 310 StPO), insbesondere bei Verstoß gegen Zuständigkeitsvorschriften

Von RiOLG Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel*

Der folgende Beitrag befasst sich mit der Frage, wann eine durch eine Beschwerde verursachte Entscheidung des Beschwerdegerichts trotz § 310 Abs. 2 StPO mit einer unter § 304 StPO fallenden Beschwerde anfechtbar ist. Dissens herrscht aufgrund neuerer Rechtsprechung mehrerer Oberlandesgerichte insbesondere bezüglich der Behandlung von Zuständigkeitsmängeln. Es wird aufzuzeigen sein, dass zwar die Entscheidungsgründe dieser neueren Entscheidungen defizitär sind, die Restriktionsresultate de lege lata jedoch zutreffen. Gerade dies gebietet Reformüberlegungen dahingehend, dass der weitgehende Ausschluss der weiteren Beschwerde angesichts der heutigen verfassungsrechtlichen Kontrolldichte nicht (mehr) zeitgemäß ist. Jedenfalls ist eine Ergänzung des § 310 Abs. 1 StPO oder des § 310 Abs. 2 StPO geboten.

I. Einführung und Überblick

Die beiden Absätze des § 310 StPO¹ sind Ausdruck einer gesetzgeberischen Abwägung zwischen Justizgewährungsanspruch einerseits und Prozessbeschleunigung sowie Verfahrensökonomie andererseits.² Bereits den Materialien zu den Reichsjustizgesetzen³ lässt sich entnehmen, dass die weitere Beschwerde nur bei abschließend aufgeführten materiell bedeutsamen Entscheidungen – in der heutigen, mehrmals erweiterten Fassung des § 310 Abs. 1 StPO aufgeführt – statthaft sein soll, die eine zweifache kollegialische Be-

schlussfassung erheischen.⁴ „In Ansehung anderer als dieser Entscheidungen konnte der Entwurf ein Bedürfnis zur Zulassung der weiteren Beschwerde nicht anerkennen.“⁵ Auch heute wird diese Grundentscheidung akzeptiert,⁶ obwohl man zumindest bezüglich § 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO Zweifel hinsichtlich der exzeptionellen Eingriffsintensität⁷ – etwa im Vergleich zu umfangreichen Durchsuchungen und Beschlagnahmen – anmelden könnte. Eine Analogie zu § 310 Abs. 1 StPO bzw. eine Reduktion des § 310 Abs. 2 StPO scheidet angesichts des eindeutigen gesetzgeberischen Willens anerkanntermaßen aus,⁸ einerlei an welchen Rechtsfehlern die Beschwerdeentscheidung leidet und auf welchen Verfahrensverstößen sie beruht.⁹ Soweit § 310 Abs. 2 StPO greift, bleibt dem Betroffenen (national) nur eine Verfassungsbeschwerde¹⁰ – ein Gefüge, welches jedenfalls bei formell oder materiell grob fehlerhaften Entscheidungen des Beschwerdegerichts Unbehagen hervorruft und die erstrebte Verfahrensökonomie durch die Inanspruchnahme des BVerfG ein Stück weit konterkariert.

II. Grundsätze der Auslegung des § 310 Abs. 2 StPO in Abgrenzung zu § 304 Abs. 1 StPO

1. Mangelnde Beschwerde

Unstatthaft ist die (weitere) Beschwerde gem. § 310 Abs. 2 StPO, wenn sie sich gegen eine „auf eine Beschwerde ergangene Entscheidung“ richtet. Hieraus lässt sich ohne Weiteres folgern, dass objektiv eine als Beschwerde i.S.d. §§ 304 ff. StPO auszulegende Eingabe vorgelegen haben muss.¹¹ Dies

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Direktor des dortigen Instituts für Kriminalwissenschaften sowie Richter am OLG Schleswig.

¹ Monografisch zu § 310 StPO *Cornelius*, Die weitere Beschwerde nach § 310 StPO unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerdeberechtigung, 2012; vgl. ferner *Ellersiek*, Die Beschwerde im Strafprozeß, 1981, S. 87 ff.; *Giesler*, Der Ausschluß der Beschwerde gegen richterliche Entscheidungen im Strafverfahren, 1981, S. 133 ff.

² Hierzu *Neuheuser*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 310 Rn. 1; vgl. auch *Frisch*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 6, 4. Aufl. 2013, § 310 Rn. 2; *Matt*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/1, 26. Aufl. 2014, § 310 Rn. 1; *Rotsch/Gasa*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwaltkommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2010, § 310 Rn. 1; *Renzikowski/Günther*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 3, 1996, § 310 Rn. 2; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 87; OLG Stuttgart Justiz 1980, 208.

³ Ausführliche Würdigung der Entstehungsgeschichte bei *Giesler* (Fn. 1), S. 133 ff., insbesondere S. 134 f., 149 f.; *Cornelius* (Fn. 1), S. 27 ff.

⁴ Siehe *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 3, 2. Aufl., Neudruck der Ausgabe Berlin 1885, Aalen 1983, S. 248.

⁵ Siehe *Hahn* (Fn. 4), S. 248.

⁶ Siehe nur *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 7; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 1.

⁷ Zur entsprechenden Legitimation des § 310 StPO vgl. nur *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 6; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 3; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 87; *Cornelius* (Fn. 1), S. 32; *Peters*, JZ 1953, 641; *Klawitter*, StV 1981, 131.

⁸ Siehe nur *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 7; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 136 f.

⁹ *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 4.

¹⁰ Vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 1991, 2434; im Hinblick auf rechtliches Gehör – vor Geltung des § 311a StPO – siehe KG JR 1962, 311; näher unten III. 4.

¹¹ *Meyer-Gößner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, § 310 Rn. 2; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 3 f.; *Hoch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 310 Rn. 3; *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 5; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 5; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 6; *Rautenberg*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 310 Rn. 4; *Renzikowski*

kann nicht dadurch überwunden werden, dass das „Beschwerdegericht“ das Vorliegen einer Beschwerde irrig annimmt.¹²

2. Identität des Verfahrensgegenstands

Bei unbefangener Betrachtung des § 310 Abs. 2 StPO setzt der Beschwerdeausschluss lediglich Kausalität einer Beschwerdeeinlegung für die Entscheidung des Beschwerdegerichts voraus. Auch § 304 Abs. 1 StPO („gegen alle von den Gerichten im ersten Rechtszug [...] erlassenen Beschlüsse“) stünde dem nicht entgegen. Dennoch ist anerkannt, dass auch das Beschwerdegericht u.U. erstinstanzlich entscheidet, so dass es also nicht darauf ankommt, in welchem Rechtszug das Verfahren als Ganzes anhängig ist, sondern darauf, ob das Gericht über einen bestimmten (Beschwerde-, Verfahrens-)Gegenstand erstmalig entschieden hat.¹³ Die Entscheidung ergeht dann zwar anlässlich einer Beschwerde, aber das Beschwerdegericht hat diese nicht als Beschwerdegericht getroffen,¹⁴ es wurde diesbezüglich in erstinstanzlicher Funktion tätig.¹⁵ Entscheidend ist insofern, dass die Entscheidung denselben Verfahrensgegenstand (Beschwerdegegenstand) betrifft wie die angefochtene Entscheidung des Erstrichters.¹⁶

Günther (Fn. 2), § 310 Rn. 10; *Cornelius* (Fn. 1), S. 34 f.; OLG Saarbrücken VRS 27 (1964), 453; OLG Stuttgart Justiz 1971, 270; OLG Köln MDR 1980, 600; OLG Schleswig SchlHA 1995, 35; OLG Braunschweig NZV 1996, 122; OLG Nürnberg NSTZ-RR 1999, 53; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2012, 54.

¹² *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 5; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 6; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 10; *Cornelius* (Fn. 1), S. 34 f.; OLG Saarbrücken VRS 27 (1964), 453; OLG Stuttgart Justiz 1971, 270.

¹³ *Zabeck*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 304 Rn. 4; *Cirener*, in: Graf (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung*, Stand: 16.11.2015, § 304 Rn. 3; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 304 Rn. 3; *Hoch* (Fn. 11), § 304 Rn. 4; *Neuheuser* (Fn. 2), § 304 Rn. 17; *Frisch* (Fn. 2), § 304 Rn. 15; *Ranft*, *Strafprozeßrecht*, 3. Aufl. 2005, Rn. 1945.

¹⁴ *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 5.

¹⁵ *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 6.

¹⁶ Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 2; *Pfeiffer*, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 5. Aufl. 2005, § 310 Rn. 1; *Zabeck* (Fn. 13), § 310 Rn. 3; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Hoch* (Fn. 11), § 310 Rn. 2, 4; *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 10; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 11; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 2; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 8; *Ranft* (Fn. 13), Rn. 1972; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 88; *Cornelius* (Fn. 1), S. 43 ff.; OLG Neustadt MDR 1960, 604; OLG Hamm NJW 1970, 2127; OLG Hamm VRS 40 (1973), 453; OLG Hamm GA 1976, 58; OLG Bremen NSTZ 1986, 524; OLG Schleswig SchlHA 1987, 120; OLG Köln NSTZ-RR 2002, 244; OLG Naumburg, Beschl. v. 12.11.2010 – 1 Ws 680/10; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2012, 54; OLG Hamm, Beschl. v. 1.8.2013 – 1 Ws 302/13.

Wenig ausgearbeitet ist die Konkretisierung der Gegenstandsidentität. Ubiquitär verbreitet ist allein der Hinweis auf die „Würdigung der gesamten Prozesslage“,¹⁷ wobei betont wird, dass der Entscheidungsformel nur indizielle Bedeutung zukomme.¹⁸ Es handelt sich um einen Allgemeinplatz, da sich die Relevanz der gesamten Prozesslage bei der Beurteilung einer strafprozessualen Frage von selbst versteht.

Kaum befriedigend geklärt scheint, ob allein auf den Sachverhalt, d.h. den äußeren Vorgang oder Zustand – mit festzulegenden Grenzen – abgestellt wird,¹⁹ oder ob und inwieweit das „Entscheidungsthema“²⁰ auch durch den rechtlichen Prüfungshorizont des Erstgerichts bestimmt wird.²¹ Immerhin kann dasselbe faktische Geschehen bisweilen rechtlich-dogmatisch sehr unterschiedlich eingeordnet wer-

¹⁷ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 2; *Cirener* (Fn. 12), § 310 Rn. 2; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Hoch* (Fn. 11), § 310 Rn. 4; *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 11; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 2; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 8; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 89; *Cornelius* (Fn. 1), S. 43 f.; OLG Celle MDR 1977, 74; OLG Stuttgart NSTZ 2001, 496; OLG Naumburg, Beschl. v. 12.11.2010 – 1 Ws 680/10; oft an sich falsch zitiert (vgl. nur *Meyer-Goßner/Schmitt* [Fn. 11], § 310 Rn. 2; *Hoch* [Fn. 11], § 310 Rn. 4; *Neuheuser* [Fn. 2], § 310 Rn. 4; *Matt* [Fn. 2], § 310 Rn. 11) wird OLG Nürnberg NSTZ-RR 1999, 53 (der Begriff wird dort nicht verwendet, sondern lediglich der Gesetzestext wiedergegeben, gefolgt von einer Subsumtion).

¹⁸ Vgl. *Zabeck* (Fn. 13), § 310 Rn. 3; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 11; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 2; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 89; OLG Celle MDR 1977, 74; OLG Stuttgart NSTZ 2001, 496; OLG Hamm, Beschl. v. 1.8.2013 – 1 Ws 302/13; anders OLG Schleswig SchlHA 1950, 17 (Leitsatz: „Ob ein Beschluß in der Beschwerdeinstanz erlassen ist, bestimmt sich lediglich nach dem Entscheidungssatz, nicht nach der Begründung.“); vgl. auch auf den Tenor abstellend OLG Stuttgart NSTZ 2001, 496.

¹⁹ Dahingehend *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 10; vgl. auch OLG Bremen MDR 1956, 55 („Als Verfahrensgegenstand, der nach dem Willen der Gesetzgeber von nicht mehr als zwei Instanzen behandelt werden soll, sind die rechtlichen Folgerungen aus der Armut der Privatklage in ihrer Gesamtheit zu verstehen.“), hierzu *Cornelius* (Fn. 1), S. 45.

²⁰ Vgl. *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 11 („thematisch entschieden“, „Entscheidungsthema“).

²¹ Vgl. OLG Stuttgart NSTZ 2001, 496 („Auf Beschwerde hin ergangen ist eine Entscheidung des LG allerdings nur, wenn der Sachverhalt und die daraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen bereits Gegenstand der Entscheidung des AG waren“); OLG Naumburg, Beschl. v. 12.11.2010 – 1 Ws 680/10 („Auf die Beschwerde hin ergangen im Sinne des § 310 Abs. 1 StPO ist eine Entscheidung des Landgerichts nur, wenn der Sachverhalt und die daraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen bereits Gegenstand der Entscheidung des Amtsgerichts waren“); OLG Hamm, Beschl. v. 1.8.2013 – 1 Ws 302/13 („Der Sachverhalt und die daraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen müssen bereits Gegenstand der Entscheidung des Amtsgerichts gewesen sein“).

den (z.B. kann die „Mitnahme“ von Aktenordnern als Durchsicht von Papieren nach § 110 StPO, als Beschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO oder als einstweilige Beschlagnahme nach § 108 StPO einzuordnen sein), so dass sich immer dann, wenn das Beschwerdegericht eine andere rechtliche Einordnung vornimmt als das Erstgericht, die Frage der Gegenstandsidentität stellt. Da die wahre Prozesslage und nicht eine irrtümlich angenommene zählt,²² bedarf es inhaltlicher Abgrenzungskriterien.

Freilich entspricht es einhelliger Auffassung, dass in folgenden Fällen die Gegenstandsidentität nicht berührt wird:

a) vorbereitende und Annexentscheidungen (z.B. die Anordnung nach § 308 Abs. 2 StPO²³, die Kostenentscheidung²⁴, die Ablehnung einer Aussetzung der Vollziehung gem. § 307 Abs. 2 StPO²⁵);

b) erstmalige Feststellungen (Beschwerdegericht trifft nach eigenen Ermittlungen abweichende oder weitergehende Feststellungen)²⁶;

c) erstmalige Beschwer irgendeines Verfahrensbeteiligten (insbesondere auch des Gegners, dessen Interessen durch Anhörungsvorschriften und § 311a StPO gewahrt werden; Grundsatz einheitlicher Beurteilung des Verfahrensgegenstandes für alle Verfahrensbeteiligten)²⁷;

²² *Hoch* (Fn. 11), § 310 Rn. 4; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 5; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 9; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 89; OLG Hamburg MDR 1977, 74; OLG Hamm, Beschl. v. 18.2.1991 – 2 Ws 60/91.

²³ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 3; *Hoch* (Fn. 11), § 310 Rn. 7; *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 12; KG JR 1969, 194.

²⁴ *Hoch* (Fn. 11), § 310 Rn. 7; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 13; OLG Oldenburg VRS 67 (1984), 125; OLG Oldenburg NJW 1982, 2833.

²⁵ *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 12; *Cornelius* (Fn. 1), S. 48 f.; OLG Celle MDR 1996, 1284.

²⁶ *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 10; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 12; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 3; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 8; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 89; *Cornelius* (Fn. 1), S. 46 ff.; OLG Neustadt MDR 1960, 604; OLG Hamm GA 1976, 58.

²⁷ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 1; *Cirener* (Fn. 13), § 310 Rn. 1; *Pfeiffer* (Fn. 16), § 310 Rn. 1; *Zabeck* (Fn. 13), § 310 Rn. 2; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 3, 12; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 14; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 1; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 2; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 8; *Ranft* (Fn. 13), Rn. 1972; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 91; *Cornelius* (Fn. 1), S. 46; OLG Neustadt JZ 1952, 310; OLG Schleswig SchlHA 1953, 103; OLG Braunschweig JZ 1953, 640 (Anm. *Peters*, JZ 1953, 641); OLG Neustadt NJW 1960, 257; KG JR 1962, 311; OLG Hamm GA 1962, 380; OLG Bremen Rpfleger 1963, 15; KG JR 1969, 194; OLG Hamm NJW 1970, 2127; OLG Karlsruhe Justiz 1974, 98; OLG Hamm GA 1976, 58; OLG Celle MDR 1977, 74; OLG Düsseldorf NStZ 1982, 395; OLG Koblenz VRS 65 (1982), 144; OLG Bremen NStZ 1986, 524; OLG Schleswig SchlHA 1987, 120; OLG Düsseldorf NJW 1991, 2434; OLG Frankfurt NStZ-RR 1996, 78; OLG Celle MDR

d) erstmalige Anwendung sachlicher Rechtsnormen, die die Entscheidung stützen, d.h. Nichtübereinstimmung der rechtlichen Gesichtspunkte, mit denen die Entscheidung begründet wurde.²⁸

Ob nun die Ausgangsformeln zur Identität des Verfahrensgegenstands²⁹ zu den konsentierten unbeachtlichen Abweichungen passen, kann bezweifelt werden. Argumente für die Irrelevanz der oben aufgeführten Abweichungen werden ohnehin nur vereinzelt vorgebracht, wobei zum einen der Wortlaut des § 310 StPO angeführt wird, zum anderen die bei der Beschwerde zulässige *reformatio in peius*.³⁰ Freilich wird man zumindest dann, wenn das Beschwerdegericht das Geschehen rechtlich ganz anders einordnet als das Erstgericht, z.B. wenn eine neue Eingriffsgrundlage bemüht wird,³¹ kaum behaupten können, dass „der Sachverhalt und die daraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen bereits Gegenstand der Entscheidung des Amtsgerichts“³² gewesen sind. Entweder sind die entsprechenden Abgrenzungsformeln aufzugeben oder die Konzeption zur Handhabung des § 310 StPO bedarf ganz neuer Grundlegung. Ersteres – und mithin eine rein sachverhaltsbezogene Betrachtung – dürfte eher dem Willen des Gesetzgebers entsprechen – inklusive dem daraus resultierenden Rechtsschutzdefizit für den Betroffenen.

In bestimmten Fällen immerhin wird ein eigenständiger Verfahrensgegenstand anerkannt, nämlich u.a.³³ wenn bzw. soweit

a) sich die Entscheidung auf einen erst im Beschwerderechtszug gestellten außerhalb oder neben der eigentlichen Beschwerde liegenden Antrag bezieht³⁴ (z.B. auf Prozesskos-

1996, 1284; OLG Stuttgart NStZ 2001, 496; OLG Köln NStZ-RR 2002, 244; OLG Hamm, Beschl. v. 1.8.2013 – 1 Ws 302/13.

²⁸ *Cirener* (Fn. 13), § 310 Rn. 1; *Pfeiffer* (Fn. 16), § 310 Rn. 1; *Zabeck* (Fn. 13), § 310 Rn. 3; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 10; *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Frisch* (Fn. 2), § 304 Rn. 15, § 310 Rn. 3, 12; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 1, 3; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 8; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 89; *Cornelius* (Fn. 1), S. 44; OLG Neustadt JZ 1952, 310; OLG Neustadt NJW 1957, 1082; OLG Hamm NJW 1970, 2127; OLG Köln NStZ-RR 2002, 244; OLG Hamm, Beschl. v. 1.8.2013 – 1 Ws 302/13.

²⁹ Besonders deutlich bzgl. der in der Rspr. verwendeten Wendung „Sachverhalt und die daraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen“, siehe oben Fn. 19.

³⁰ So z.B. OLG Hamm, Beschl. v. 1.8.2013 – 1 Ws 302/13

³¹ Anders bzgl. §§ 94 ff. und 111a ff. StPO OLG Köln NStZ-RR 2002, 244.

³² Siehe oben Fn. 19.

³³ Zu weiteren Fällen z.B. *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 5 f.; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 7 f., 13; jeweils m.w.N.

³⁴ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 3; *Pfeiffer* (Fn. 16), § 310 Rn. 3; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 5; *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 6; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 13; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 14; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 3; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 10; *Ranft* (Fn. 13), Rn. 1945; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 89 f.; *Cornelius* (Fn. 1), S. 50 f.; BayOblGSt 1951, 340; OLG Hamm

tenhilfe³⁵, Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Beschwerdefrist³⁶ oder Beiordnung eines Verteidigers³⁷);

b) das Beschwerdegericht eine weitere selbständige Entscheidung über das Rechtsmittelbegehren hinaus trifft³⁸;

c) die Entscheidung durch ein erst während des Beschwerdeverfahrens neu eintretendes Ereignis ausgelöst wird³⁹ (z.B. eine Amnestie⁴⁰).

Insofern stand nämlich ein Erstgericht für die Entscheidung auch bei sachgerechtem Vorgehen nicht zur Verfügung,⁴¹ so dass in funktionaler Auslegung des § 310 Abs. 2 StPO der Statthaftigkeitsausschluss nicht eingreift.

Auf einem anderen Blatt steht, ob die so gezogene Grenze zwischen statthafter einfacher und unstatthafter weiterer Beschwerde bedürfnisgerecht im Hinblick auf rechtsstaatlich zu akzeptierende Rechtskraft ist.⁴²

III. Insbesondere: Verstöße gegen Zuständigkeitsvorschriften

Geteilte Auffassungen bestehen darüber, wann die funktionale Auslegung des § 310 Abs. 2 StPO Handeln eines unzuständigen Gerichts zur Statthaftigkeit einer Beschwerde gegen den an sich als Beschwerdeentscheidung erlassenen Beschluss führt. *Satzbau!*

1. Die bislang in Lehre und Rechtsprechung ganz herrschende Ansicht

Einigkeit besteht zunächst darüber, dass die Vorstellungen des „Beschwerdegerichts“ irrelevant sind, so dass die wahre

JMBINRW 1951, 115; BayObLGSt 1952, 8; OLG Oldenburg NdsRpfl 1956, 116; OLG Hamm VRS 21 (1958), 283; OLG Hamm GA 1962, 380; KG NJW 1966, 991; KG JR 1969, 194; OLG Bamberg NStZ 1985, 39 (Anm. *Pöpperl*, NStZ 1985, 39).

³⁵ Bzw. das frühere „Armenrecht“, siehe OLG Hamm JMBINRW 1951, 115; OLG Oldenburg NdsRpfl 1956, 116.

³⁶ BayObLGSt 1952, 8; OLG Hamm GA 1962, 380; KG NJW 1966, 991.

³⁷ OLG Bamberg NStZ 1985, 39 (Anm. *Pöpperl*, NStZ 1985, 39).

³⁸ *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 3; *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 6; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 12 f.; BayObLGSt 1957, 40; OLG Celle NdsRpfl 1975, 222; OLG Hamburg MDR 1978, 864 – zur diesbezüglichen Kontroverse vgl. *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 13; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 13; OLG Stuttgart NStZ 2001, 496.

³⁹ *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 3; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 13; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 14; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 89; *Cornelius* (Fn. 1), S. 40 f.; BayObLGSt 1951, 340; vgl. auch OLG Hamm GA 1962, 381.

⁴⁰ BayObLGSt 1951, 340.

⁴¹ *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 14.

⁴² Vgl. bereits oben I., ferner unten III. 3. und 4.

Rechtsslage zu betrachten ist und nicht etwa eine irrtümlich angenommene Zuständigkeit zu berücksichtigen ist.⁴³

Darauf aufbauend ist es nun weitgehend Allgemeines, dass § 310 Abs. 2 StPO nicht einschlägig sein soll, wenn

a) das Landgericht statt als Beschwerdegericht erstinstanzlich zuständig gewesen wäre⁴⁴;

b) wenn nicht das Landgericht, sondern das Oberlandesgericht für die (Rechts-)Beschwerdeentscheidung zuständig gewesen wäre⁴⁵; bzw. erst recht,

c) wenn weder das Amtsgericht noch das Beschwerdegericht zuständig waren.⁴⁶

⁴³ *Zabeck* (Fn. 13), § 310 Rn. 3; *Rotsch/Gasa* (Fn. 2), § 310 Rn. 4; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 9; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 10; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 5; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 12; OLG Hamm GA 1972, 186; OLG Frankfurt NJW 1980, 1808; OLG Düsseldorf MDR 1982, 518; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.3.2001 – 3 Ws 38/01; OLG Celle NZV 2012, 556; anders – in rechtsmittelfreundlicher Auslegung bzgl. einer nach geltendem Recht nicht mehr möglichen Konstellation – allein OLG Celle NdsRpfl 1952, 19 („Da jedoch die Strafkammer, wenn auch zu Unrecht, als Gericht I. Instanz über den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung entschieden hat, kann dem Angeklagten nicht die Möglichkeit genommen werden, gegen den so gearteten Beschluß der Strafkammer sofortige Beschwerde einzulegen.“).

⁴⁴ *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 2; *Zabeck* (Fn. 13), § 304 Rn. 4; *Hoch* (Fn. 11), § 310 Rn. 3; *Neuheuser* (Fn. 2), § 304 Rn. 18, § 310 Rn. 5; *Frisch* (Fn. 2), § 304 Rn. 16; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 9; *Rautenberg* (Fn. 11), § 304 Rn. 10, § 310 Rn. 5; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 12; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 90; *Cornelius* (Fn. 1), S. 40; OLG Celle DRZ 1948, 109; BayObLGSt 1955, 19; OLG Bremen NJW 1967, 1975; OLG Hamm NJW 1968, 419 (Anm. *Reissfelder*, NJW 1968, 904); OLG Hamm NJW 1972, 1725; OLG Frankfurt NJW 1980, 1808; OLG Hamm MDR 1981, 425; OLG Düsseldorf MDR 1982, 518; OLG Hamm, Beschl. v. 18.2.1991 – 2 Ws 60/91; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.12.1995 – 1 Ws 276/95; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2001, 111; OLG Koblenz NZV 2001, 314; OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 47; KG NStZ 2007, 422; KG NStZ 2009, 592; OLG Koblenz NStZ-RR 2011, 211; OLG Frankfurt NStZ-RR 2012, 54; OLG Karlsruhe StV 2012, 616 (Anm. *Becker*, StV 2012, 617); OLG Hamm, Beschl. v. 4.12.2012 – III-2 Ws 372/12; zur abweichenden Auffassung siehe sogleich 3.

⁴⁵ *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 2; *Neuheuser* (Fn. 2), § 304 Rn. 18, § 310 Rn. 5; *Frisch* (Fn. 2), § 304 Rn. 16, § 310 Rn. 8; *Rautenberg* (Fn. 11), § 304 Rn. 10; *Cornelius* (Fn. 1), S. 41 ff.; OLG Hamm NJW 1972, 1725; OLG Celle NJW 1973, 1710; OLG Karlsruhe Justiz 1977, 23; OLG Frankfurt NJW 1980, 1808; OLG Frankfurt NStZ-RR 2012, 54; betroffen ist insbesondere die erstinstanzliche Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammern.

⁴⁶ *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 11), § 310 Rn. 2; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 8; *Hoch* (Fn. 11), § 310 Rn. 3; *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 5; *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 9; *Rautenberg* (Fn. 11), § 310 Rn. 5; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310

Die Beschwerde soll in diesen Fällen nur unstatthaft sein, wenn das zuständige Beschwerdegericht entschieden hat,⁴⁷ damit die gesetzlich vorgesehene Erreichbarkeit des Oberlandesgerichts erhalten bleibt.

2. Fehlende Entscheidung des Erstgerichts – OLG Frankfurt NStZ-RR 2012, 54

Es liegt nahe, ausgehend von der Kasuistik umfassend an das durch die Justizgrundrechte garantierte Rechtsschutzsystem anzuknüpfen und immer dann eine Beschwerde als weitere Anfechtung für statthaft zu halten, wenn der gesetzlich vorgesehene Rechtsweg nicht beschritten wurde.⁴⁸ Wenn also das Landgericht statt des zuständigen Amtsgerichts erstmals entschieden hat, wäre hiernach § 310 Abs. 2 StPO nicht anwendbar.⁴⁹

Dem wird allerdings in Rechtsprechung und Lehre widersprochen.

So nehmen *Renzikowski/Günther*⁵⁰ – unter Verweis auf § 309 StPO – in diesen Fällen an, die „Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG) [können] dadurch geheilt werden, daß das Rechtsmittelgericht für die Sachentscheidung zuständig ist.“

Mit klarem Blick für die Konsequenzen entschied das OLG Frankfurt⁵¹ (nach Aufführung der anerkannt zur Beschwerde berechtigenden Zuständigkeitsmängel):

„Das LG war – unbeschadet des Umstandes, dass es vor seiner Entscheidung verfahrensfehlerhaft an einer Entscheidung des Amtsrichters fehlte, die Kammer vielmehr direkt über eine Entscheidung der Rechtspflegerin befunden hat – jedenfalls für die – letztinstanzliche – Beschwerdeentscheidung im Verfahren nach § 11 II RpfLG sachlich und funktional zuständig. Eine Entscheidung des OLG in dieser Verfahrensort sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Für eine Ausweitung des durch § 310 StPO an sich verschlossenen Rechtswegs auf sämtliche Fälle des Verstoßes gegen Zuständigkeitsvorschriften [...] sieht der Senat keine Veranlassung [...]. Selbst wenn die Entscheidung des LG ob des genannten Verfahrensfehlers (greifbar) gesetzeswidrig sein sollte, ist vielmehr eine weitere Instanz nicht eröffnet [...]“

Rn. 12; *Cornelius* (Fn. 1), S. 41; BayObLGSt 1957, 40; OLG Frankfurt NJW 1980, 1808; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.12.1995 – 1 Ws 276/95; OLG Koblenz NZV 2001, 314; OLG Karlsruhe Justiz 2002, 23; OLG Karlsruhe StV 2012, 616 (Anm. *Becker*, StV 2012, 617); OLG Celle NZV 2012, 556.

⁴⁷ Zusammenfassend *Matt* (Fn. 2), § 310 Rn. 9; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 7 ff.; *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 12; *Cornelius* (Fn. 1), S. 39 f.

⁴⁸ Siehe (mit unterschiedlichen Formulierungen) *Neuheuser* (Fn. 2), § 310 Rn. 5; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 7, 10; *Ellersiek* (Fn. 1), S. 90.

⁴⁹ So *Hoch* (Fn. 11), § 310 Rn. 3 unter Hinweis auf OLG Hamm NJW 1972, 1725; *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 10 unter Hinweis auf OLG Celle NdsRpfl 1952, 19.

⁵⁰ *Renzikowski/Günther* (Fn. 2), § 310 Rn. 12.

⁵¹ OLG Frankfurt NStZ-RR 2012, 54 (55).

Bereits das Fehlen einer Begründung, warum der vom OLG Frankfurt zu entscheidende Fall sich ausschlaggebend von den weitgehend anerkannten Fallkonstellationen beschwerdebegründender Zuständigkeitsmängel abhebt, und die mangelnde Auseinandersetzung mit der zitierten Gegenauffassung in der Literatur fordern Widerspruch heraus, zumal angesichts des als lakonisch zu bezeichnenden Hinweises auf die mangelnde Instanzeröffnung selbst bei greifbarer Gesetzeswidrigkeit. Dass das OLG Frankfurt begründungsetzend eine Entscheidung des OLG Jena (1 Ws 108/10) anführt, führt auf die Spur eher rohen Umgangs mit gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeiten. In diesem Sinne ganz konsequent ist es dann, wenn das OLG Jena in einer aktuellen Entscheidung (NStZ-RR 2016, 19) im Anschluss an einen bislang kaum beachteten Beschluss des OLG Naumburg (1 Ws 389/99) die Relevanz von Verstößen gegen Zuständigkeitsvorschriften i.R.d. § 310 Abs. 2 StPO in weiterer oder gänzlicher Hinsicht zur Disposition stellt.

3. Umfassendere neuere Restriktionstendenzen in der Rechtsprechung

a) OLG Naumburg 1 Ws 389/99

Das OLG Naumburg hatte sich mit der Konstellation zu befassen, dass das Landgericht statt als Beschwerdegericht erstinstanzlich zuständig gewesen wäre; entgegen der ganz h.M.⁵² hält das OLG Naumburg eine Beschwerde für unzulässig.

Begründet wird dies im Wesentlichen mit drei Aspekten. Erstens gebiete die Rechtssicherheit als wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips die Annahme bzw. Erhaltung formeller Rechtskraft. Zweitens wolle die StPO einen solchen außerordentlichen Rechtsbehelf bei der zu entscheidenden Fallgestaltung nicht. Drittens folge daraus, dass die eigentlich zuständige Strafvollstreckungskammer über keine gegenüber dem zuständigkeitswidrig tätig gewordenen Gericht überlegenen Aufklärungs- oder Ermittlungsmöglichkeiten verfüge, dass es an einer Rechtfertigung für die Schaffung einer Beschwerdemöglichkeit fehle.

b) OLG Jena 1 Ws 108/10

Über die nämliche Prozesslage – Bewährungswiderruf durch unzuständiges Amtsgericht, Beschwerdeentscheidung einer Beschwerdekammer des Landgerichts – hatte auch das OLG Jena zu befinden. Es nahm ebenfalls eine unzulässige weitere Beschwerde an. Das OLG Jena ließ offen, „ob eine ‚Umdeutung‘ einer Beschwerdeentscheidung in eine erstinstanzliche Entscheidung in Betracht kommt, wenn das Landgericht, das auf Grund einer Beschwerde gegen einen Widerrufsbeschluss des Amtsgerichts entschieden hat, entsprechend der wahren Rechtslage tatsächlich für die Erstentscheidung über den Bewährungswiderruf zuständig gewesen wäre [...] mit der Folge, dass der Senat als das für die Landgerichte Gera und Meiningen zuständige Beschwerdegericht in Strafvollstreckungssachen auf die in diesem Fall statthafte sofortige Beschwerde des Verurteilten nach § 309 Abs. 2 StPO in

⁵² Siehe oben 1.

der Sache entscheiden könnte. Nach Auffassung des Senats scheidet eine solche ‚Umdeutung‘ jedenfalls aus, wenn – wie hier – die in Strafvollstreckungssachen funktionell unzuständige Strafkammer als Beschwerdekammer entschieden hat“.

c) OLG Jena NStZ-RR 2016, 19

In seiner Entscheidung vom 5.2.2015 bestätigte das OLG Jena seine frühere Auffassung und folgte zugleich der oben aufgeführten älteren Entscheidung des OLG Naumburg. Das OLG Jena liefert die bislang gehaltvollste Begründung.

Zum einen zitiert das OLG Jena ausführlich wörtlich aus dem oben aufgeführten Beschluss des OLG Naumburg und macht sich so dessen drei Argumentationsstränge zu eigen; dasselbe gilt bezüglich seiner Entscheidung aus dem Jahre 2011, d.h. der soeben wiedergegebenen Differenzierung nach der funktionellen Zuständigkeit.

Zum anderen stellt das OLG Jena zusätzliche Erwägungen an, deren Sachgehalt über die entscheidungserhebliche Konstellation hinausweisen: Erstens weist es darauf hin, dass Art. 19 Abs. 4 GG nicht die Gewährleistung eines Instanzenzuges⁵³ erfordere. Zweitens vergleicht es – soweit ersichtlich geschieht dies in Rechtsprechung oder Schrifttum erstmals – die Situation materiell-rechtlich grob fehlerhafter Beschwerdeentscheidungen mit verfahrensfehlerhaften (inklusive Zuständigkeitsbeurteilung); aus der Tatsache, dass erstere keiner weiteren Beschwerdemöglichkeit unterliegen, schließt das OLG, dass auch letzteren keine rechtszugseröffnende Bedeutung beizumessen sei.

4. Würdigung de lege lata

Zirkulär ist der Versuch des OLG Naumburg und des OLG Jena, aus der formellen Rechtskraft ein Argument dafür abzuleiten, dass keine Beschwerde zulässig sei, ist doch gerade die Frage, ob § 304 StPO oder § 310 Abs. 2 StPO anzuwenden ist. Mit einer daraus abzuleitenden Rechtssicherheit ließe sich gegen jederlei Art von Anfechtung argumentieren. Hieran ändert auch die überhöhte Anknüpfung an das Rechtsstaatsprinzip nichts, welchem ohnehin – in Grenzfällen wie hier – keine Aussagekraft zukommt, zumal auch die im Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit stehende prozedurale und inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung am Rechtsstaatsprinzip teilnimmt und die Frage der Abwägung der kollidierenden Aspekte durch Floskeln nicht gefördert wird.

Die Anführung des aus dem Wortlaut des Gesetzes sprechenden Willens „der StPO“, d.h. des historischen Gesetzgebers,⁵⁴ trifft im Ansatz zu. Dass eine rechtsmitteleinschränkende Handhabung des § 310 Abs. 2 StPO der Zügigkeit und Ökonomie des Verfahrens dient, kann nicht bezweifelt werden. Nun fällt freilich einerseits der historische Ursprung des Beschwerdeausschlusses in eine Zeit vor der Geltung des Grundgesetzes, andererseits besagen die Gesetzesmaterialien nichts darüber, wie die Abgrenzung von einfacher und weiterer Beschwerde bei fehlerhaftem gerichtlichen Vorgehen

auszusehen hat. Es geht daher auch zunächst nicht um einen „außerordentlichen Rechtsbehelf“, sondern um die Auslegung der Reichweite des ordentlichen Rechtsmittels der Beschwerde.

Jedenfalls wäre es inkonsequent – wie auch die oben aufgeführte Entscheidung des OLG Frankfurt vor Augen führt –, in bestimmten Fällen den Charakter einer Beschwerdeentscheidung aufgrund Verstoßes gegen Zuständigkeitsnormen abzuerkennen, bei anderen aber nicht. Kaum einsichtig ist daher, wenn das OLG Jena in beiden Entscheidungen – offenlassend, mithin obiter dictum – danach differenziert, ob die Beschwerdekammer zugleich die funktionell zuständige Strafvollstreckungskammer ist und jedenfalls bei funktioneller Unzuständigkeit die Beschwerde für unstatthaft hält. Hier dürfte ein „Erst-recht-Schluss“ näherliegen. Das traditionelle Argument der ganz h.M., der gesetzlich vorgesehene Weg zum OLG müsse auch bei Zuständigkeitsfehlern erhalten bleiben, gilt jedenfalls für alle Arten verkannter erstinstanzlicher Zuständigkeit des Landgerichts.

Soweit die OLGe Naumburg und Jena auf (fehlende) „überlegene Aufklärungs- oder Ermittlungsmöglichkeiten“ abstellen, stellt dies eine Erwägung dar, mit der sich jede gesetzliche Zuständigkeitsregel – auch willkürlich – überspielen lässt.⁵⁵ Insofern verwundert es auch, dass das OLG Jena zwar Art. 19 Abs. 4 GG ins Spiel bringt, dessen Anspruchsumfang im Hinblick auf gesetzlich zu schaffende Rechtsbehelfe in der Tat nichts hergibt,⁵⁶ nicht aber auf das Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eingeht. Je eindeutiger die gesetzliche Zuständigkeitsregelung ist, umso eher wird ein – auch irrtümlicher – Verstoß als Willkür und somit als Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG einzuordnen sein.⁵⁷ Auch zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine verfassungskonforme Auslegung des § 310 Abs. 2 StPO nicht fern; der offene Wortlaut mag dem auch prima facie zugänglich zu sein, wie schon die funktionelle Handhabung der h.M. in bestimmten Fällen⁵⁸ nahelegt.

Von übergeordnetem Interesse ist der vom OLG Jena bemühte Vergleich der unterschiedlichen Arten (ggf. grob) fehlerhafter Beschwerdeentscheidungen. In der Tat lassen die Ausführungen nachdenklich werden. Wieso wird der Betroffene bei materieller Fehlerhaftigkeit auf die Möglichkeit, das BVerfG anzurufen verwiesen, während sich bei Zuständigkeitsmängeln die h.M. vergleichsweise „großzügig“ zeigt? Dies aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG abzuleiten, provoziert den

⁵⁵ Vgl. auch die – ungewöhnlicherweise inhaltlich kommentierende – Anmerkung der Schriftleitung der NStZ-RR zu OLG Jena NStZ-RR 2016, 19 (20).

⁵⁶ Siehe nur *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.3.2016, Art. 19 Rn. 57 f. m.w.N.; ausführliche verfassungsrechtliche Würdigung von Beschwerdeausschlüssen bei *Giesler* (Fn. 1), S. 10 ff., zur EMRK S. 29 ff.

⁵⁷ Vgl. wiederum die Anmerkung der Schriftleitung der NStZ-RR zu OLG Jena NStZ-RR 2016, 19 (20).

⁵⁸ Exemplifiziert an der fehlenden Entscheidung des Erstgerichts, siehe oben I.

⁵³ Ähnlich auch schon KG JR 1962, 311.

⁵⁴ Hierzu siehe oben I.

Einwand, dass bei materieller Fehlerhaftigkeit vergleichbar gewichtige Grundrechtspositionen betroffen sein können – z.B. Art. 14 GG bei der Beschlagnahme oder Art. 13 GG bei der Durchsuchung, jeweils ggf. ergänzt durch Art. 12 GG, sofern die Berufstätigkeit tangiert wird. Konstatiert man das Bedürfnis, dass zuständigkeitswidrige Entscheidungen durchweg anfechtbar sein sollen, muss man deutlich machen, warum dieses Bedürfnis bei groben materiell-rechtlichen Fehlern nicht besteht.

Vor diesem Hintergrund lässt sich das Bestreben in Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums, wenigstens bestimmte Zuständigkeitsmängel für irrelevant zu erachten⁵⁹ rechtspolitisch und verfahrensökonomisch nachvollziehen.

Nun sind im Hinblick auf Verstöße gegen Zuständigkeitsvorschriften zweierlei konsequente Modelle denkbar: Durchgängige Eröffnung der Beschwerdemöglichkeit⁶⁰ oder gänzliche Verneinung unter Anwendung des § 310 Abs. 2 StPO.

Letzteres wird, soweit ersichtlich, nirgends vertreten (was die Rechtsprechung anbelangt, ist es natürlich auch nicht deren Aufgabe, jenseits des zu entscheidenden Falls ein geschlossenes System zu entwickeln),⁶¹ könnte allerdings den hier besprochenen restriktiven Entscheidungen gedanklich zugrunde liegen.

Tatsächlich lässt sich selbst eine extrem rechtsschutzbeschränkende Handhabung mit Wortlaut, Historie und Teleologie des § 310 StPO vereinbaren – erst die verfassungsrechtliche Dimension weckt Zweifel, dies dann aber zugleich über die Problematik der Zuständigkeitsvorschriften hinaus.

Der Wortlaut des § 310 Abs. 2 StPO – „auf eine Beschwerde ergangen“ (bedeutungsgleich in § 310 Abs. 1 StPO: „auf die Beschwerde hin erlassen“) – befasst sich mit der richtigen Zuständigkeit des Zweitgerichts nicht, so dass jede funktional-kompetenzorientierte Betrachtung schon eine teleologische oder verfassungskonforme Reduktion darstellt. Dass § 310 StPO das „zuständige“ OLG anführt, betrifft allein die allgemeine Inbezugnahme des § 120 Abs. 3 GVG. Die dokumentierten Erwägungen des auf verfahrensökonomische Rechtsschutzreduktion bedachten historischen Gesetzgebers⁶² können gleichermaßen dahingehend verstanden werden, dass Zuständigkeitsmängel keine erneute Überprüfung

durch ein Kollegialgericht gebieten, was auf die noch heute geltende Teleologie der Norm durchgreift. Etwas Anderes kann allein aus der nunmehrigen Geltung des Grundgesetzes folgen, namentlich Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, wobei aber – wie ausgeführt und mit dem OLG Jena – die fragmentarische Berücksichtigung gerade dieses Grundrechts Skepsis unterliegt.

Aufgrund nämlicher Fragmentarität gebricht es in gleichem Maße einer expliziten (verfassungskonformen) Reduktion des § 310 Abs. 2 StPO an inhaltlicher Überzeugungskraft, gemeint ist die insbesondere vom OLG Düsseldorf⁶³ vertretene Aufhebbarkeit einer unanfechtbaren Entscheidung, „wenn ihre Unanfechtbarkeit zu einem anders nicht zu beseitigenden groben prozessualen Unrecht führen würde“.⁶⁴ Hinzu kommen methodische Bedenken gegen die Schaffung eines solchen außerordentlichen Rechtsbehelfs contra legem, schließlich ist (auch) im Übrigen im Strafprozessrecht eine „außerordentlicher Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ nicht anerkannt.⁶⁵

Ebenso angreifbar ist das Vorgehen des OLG Karlsruhe,⁶⁶ welches dann, „wenn das Verfahren vor dem Beschwerdegericht an einem schwerwiegenden Mangel [...] leidet, der geeignet wäre, die Verfassungsbeschwerde zu begründen“, eine Gegenvorstellung für zulässig erachtet.

Die neueren Restriktionstendenzen in der Rechtsprechung sind nach alledem, wenn es auch widerstrebt, im Ergebnis methodisch belastbar. Es bleibt sodann dem in seinen Grundrechten Verletzten – wie der nachkonstitutionelle Gesetzgeber, der § 310 Abs. 2 StPO beibehalten hat, offenbar in Kauf nimmt – nur die Verfassungsbeschwerde.⁶⁷ Freilich handelt es sich dabei um ein selbst verfahrensökonomisch geprägtes Verfahren mit hohen Anforderungen an die Zulässigkeit, einem wenig rechtssicheren Annahmeverfahren (§§ 93a ff. BVerfGG) und statistisch kaum existenten Erfolgsaussichten.⁶⁸

⁵⁹ OLG Düsseldorf NStZ 1982, 395.

⁶⁰ So der Leitsatz der Entscheidung; vgl. auch *Frisch* (Fn. 2), Vor § 304 Rn. 26; zweifelnd *Rieß*, NStZ 1985, 474 in seiner Anmerkung zu OLG Oldenburg NJW 1985, 2658 = NStZ 1985, 473; vgl. auch *Cornelius* (Fn. 1), S. 42 f.

⁶¹ Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 11), § 304 Rn. 4a; *Pfeiffer* (Fn. 16), § 304 Rn. 6; *Matt* (Fn. 2), Vor § 304 Rn. 32 ff.; BGHSt 45, 37 = NJW 1999, 2290 = NStZ 1999, 414; OLG Jena, Beschl. v. 13.4.2010 – 1 Ws 108/10; OLG Frankfurt NStZ-RR 2012, 54; OLG Jena NStZ-RR 2016, 19.

⁶² OLG Karlsruhe NStZ-RR 2002, 45 = StV 2002, 59.

⁶³ Vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 1991, 2434: „Zur Überprüfung einer an sich nicht mehr anfechtbaren Entscheidung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist vielmehr allein das BVerfG berufen.“; ablehnend OLG Karlsruhe NStZ-RR 2002, 45 = StV 2002, 59; siehe ferner KG JR 1962, 311.

⁶⁴ Zum Ganzen *Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge*, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2011 (zu den Erfolgsaussichten Rn. 4, zum Annahmeverfahren Rn. 40 ff., zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen Rn. 57 ff.).

⁵⁹ Siehe oben 2.

⁶⁰ Vgl. obige Nachweise, am umfassendsten ausgearbeitet wohl von *Frisch* (Fn. 2), § 310 Rn. 7 ff.; ausdrücklich abgelehnt von OLG Frankfurt NStZ-RR 2012, 54 (55).

⁶¹ Rigoros über den jeweiligen Entscheidungsgegenstand in der Begründung hinausweisend aber BayObLGSt 1955, 1 („§ 310 Abs. 2 StPO sieht eine Instanzenbeschränkung vor, die absolut wirksam ist, d.h. ohne Rücksicht darauf, ob eine Beschwerdeentscheidung mit Rechtsfehlern behaftet ist oder unter Verstößen gegen das Verfahrensrecht zustande gekommen ist [...]“) und KG JR 1962, 311 („Die Vorschrift des § 310 Abs. 2 StPO enthält vielmehr eine absolut wirkende Rechtszugbeschränkung, die nicht davon abhängig ist, an welchen Rechtsfehlern die Beschwerdeentscheidung leidet und unter welchen Verfahrensverstößen sie zustande gekommen ist.“).

⁶² Siehe oben I.

5. *Folgerungen de lege ferenda?*

Wenn statt weiterer Beschwerde eine Verfassungsbeschwerde einzulegen ist und eingelegt wird, relativiert sich die Ressourcenersparnis in einer Weise, die der Reichsgesetzgeber nicht antizipieren konnte. In Ansehung des heutigen rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Standes der Gesellschaft muss die rigorose Fassung des § 310 Abs. 2 StPO Befremden auslösen,⁶⁹ erst recht, wenn man die zahlreichen mehr oder weniger anerkannten Ausnahmen im Hinterkopf hat.⁷⁰ Die Norm bildet daher erstens kaum die Rechtswirklichkeit der h.M. ab, zweitens gebiert sie für Rechtsunsicherheit sorgende Detailkontroversen (verschärft dadurch, dass ein Betroffener angesichts der Frist für die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde einerseits und des Zulässigkeitsanfordernisses der Rechtswegerschöpfung andererseits bei Zweifeln bezüglich der Statthaftigkeit des Rechtsmittels vor einem Dilemma stehen kann), drittens führt die divergierende Behandlung von Zuständigkeitsmängeln und sonstigen formellen sowie materiell-rechtlichen Fehlern des Beschwerdegerichts zu wenig konsistenten und (auch verfassungsrechtlich) wenig stimmigen Ergebnissen.

Gewiss ist nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber eine ressourcenverbrauchende gänzliche Erweiterung des Instanzenzugs (freilich ggf. teilkompensiert durch wohl geringere Inanspruchnahme des BVerfG) im Wege einer Neufassung des § 310 StPO in Erwägung ziehen wird. Eine gewisse Abhilfe schüfe es freilich, wenn der Katalog des § 310 Abs. 1 StPO – wie zuletzt in § 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO – um weitere Eingriffe erweitert würde, z.B. im Hinblick auf körperliche Untersuchungen, Durchsuchungen und Beschlagnahmen (evtl. unter Einfügung einer Bagatellgrenze), deren Auswirkungen keineswegs immer banal sind. Hierbei könnte man auch diverse sich auf § 310 Abs. 1 StPO beziehende Streitfragen klären. Selbst wenn man die gegenwärtige Rechtslage nach Maßgabe der h.M. weder in die eine noch in die andere Richtung für änderungsbedürftig hielte, böte es sich an, der unübersichtlichen und im Einzelnen umstrittenen Kasuistik durch eine zumindest partielle Klarstellung im Normtext des § 310 Abs. 2 StPO Rechnung zu tragen, eben insbesondere in Bezug auf die vorstehend abgehandelten vielgestaltigen Verstöße gegen Zuständigkeitsvorschriften. Es dürfte verfahrensökonomisch zumutbar sein, darüber hinaus bei Zuständigkeitsmängeln eine weitere Beschwerde im Wege einer Gesetzesänderung stets für statthaft zu erklären (z.B.: „Im Übrigen findet eine weitere Anfechtung der auf eine Beschwerde ergangenen Entscheidungen nicht statt, sofern in beiden Rechtszügen das zuständige Gericht entschieden hat.“), wie dies gewichtige Stimmen in der Literatur bereits – methodisch bedenklich – *de lege lata* vertreten.⁷¹ Natürlich behebt dies dann nicht die vom OLG Jena angeführte Diskrepanz dahingehend, wie der Rechtsschutz gegen (ggf. grob

materiell bzw. formell fehlerhafte Beschwerdeentscheidungen ausgestaltet ist.

⁶⁹ Anders aber KG JR 1962, 311: „Die Ausschließung der weiteren Beschwerde durch § 310 Abs. 2 StPO unterliegt keinen wie immer gearteten rechtsstaatlichen Bedenken und bedarf daher auch keiner Rechtfertigung.“

⁷⁰ Siehe vor allem oben III. 1.

⁷¹ Siehe oben III. 1. und 2.

Anforderungen des nationalen Strafverfassungsrechts an die Inbezugnahme EU-rechtlicher Verhaltensnormen und an Rückverweisungsklauseln in nationalen Rechtsverordnungen

Begrenzung des nationalen Grundrechtsschutzes durch den unionsrechtlichen „effet utile“?

Von Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Heidelberg

I. Das Lebensmittelrecht als Referenzgebiet für das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht

Seit der Entscheidung des EuGH im „Griechischen Maisfall“¹, in der die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz der Interessen der EU in gleichem Maße wie nationale Interessen ausgesprochen wurde, wird in den Rechtsakten der EU regelmäßig die Verpflichtung zur Einführung geeigneter, abschreckender und wirksamer Sanktionen (Mindeststrafen) aufgenommen. Ein Bereich, der weitestgehend durch unionsrechtliche Vorgaben geregelt ist und in dem deshalb die soeben genannte Verpflichtung durchgängig zum Tragen kommt, ist das Lebensmittelrecht, das geradezu als Referenzgebiet für das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht gelten kann, zeichnet es sich doch wie kaum eine andere Rechtsmaterie durch seine gemeinschafts- und unionsrechtliche Durchdringung aus.² Dies beruht zum einen darauf, dass der Handel mit Lebens- und Futtermitteln, kosmetischen Mitteln und Bedarfsgegenständen in weitem Umfang über die Grenzen der Nationalstaaten hinweg stattfindet und deshalb jede Einschränkung des Handels durch nationales Recht eine Maßnahme darstellt, die einer mengenmäßigen Beschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV gleichkommt und daher grundsätzlich nicht zulässig ist;³ entsprechend betrifft eine beachtliche Anzahl wegweisender Entscheidungen des EuGH das Lebensmittelrecht, so etwa die *Dassonville*-⁴, die *Cassis de Dijon*-⁵ oder die *Keck*-Entscheidung⁶. Zum anderen ist das moderne deutsche Lebensmittelrecht durch eine Vielzahl von gemeinschafts- bzw. unionsrechtlichen Verordnungen zum Gesundheits- und Verbraucherschutz weitgehend europäisch

harmonisiert.⁷ Das Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB)⁸ enthält in den §§ 58 bis 60 detaillierte Straf- und Bußgeldvorschriften, die auf Ge- und Verbotsnormen des LFGB, aber auch auf Rechtsnormen in EG-/EU-Verordnungen verweisen. Dabei unterscheidet das LFGB nicht mehr wie das LMBG, das dem LFGB voranging, zwischen Verstößen gegen deutsches Recht und Verstößen gegen das Recht der Europäischen Gemeinschaft, sondern integriert die Verstöße gegen unmittelbar wirkendes Gemeinschafts- und Unionsrecht in den entsprechenden Regelungszusammenhang. Diese Regelungstechnik ist verfassungsrechtlich problematisch und hat zu dem Vorlagebeschluss des Landgerichts Berlin vom 16.4.2015 geführt.

1. Regelungstechnik zur Sanktionierung von Rechtsverstößen gegen gemeinschafts- und unionsrechtliche Vorschriften des Lebens- und Futtermittelrechts

Das deutsche LFGB enthält in den Straf- und Bußgeldvorschriften Regelungen, dass Verstöße gegen unionsrechtliche Ge- und Verbote, die nationalen Ge- und Verboten entsprechen, straf- oder ahndbar sind, sofern in einer nationalen Rechtsverordnung auf einen Straftatbestand oder einen Ordnungswidrigkeitentatbestand verwiesen wird. So sieht § 58 Abs. 3 LFGB für den lebensmittelstrafrechtlichen Gesundheitsschutz vor:

„(3) Ebenso wird bestraft, wer

1. einer unmittelbar geltenden Vorschrift in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union zuwiderhandelt, die inhaltlich einem in Absatz 1 Nummer 1 bis 17 genannten Gebot oder Verbot entspricht, soweit eine Rechtsverordnung nach § 62 Absatz 1 Nummer 1 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist oder

2. einer anderen als in Absatz 2 genannten unmittelbar geltenden Vorschrift in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union zuwiderhandelt, die inhaltlich einer Regelung entspricht, zu der die in Absatz 1 Nummer 18 genannten Vorschriften ermächtigen, soweit eine Rechtsverordnung nach § 62 Absatz 1 Nummer 1 für einen bestimmten Straftatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.“

¹ EuGH, Urt. v. 21.9.1989 – Rs. 68/88 (Kommission/Griechische Republik), Slg. 1989, 2965 = NJW 1990, 2245.

² Näher dazu *Dannecker/Bülte*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2015, 2. Teil 2. Kap. Rn. 30 ff.

³ Vgl. dazu *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, § 9 Rn. 34; *Sackreuther*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar*, 2011, Vor §§ 58-61 LFGB Rn. 1; ferner *Pfohl*, in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl. 2015, § 72 Rn. 47; vgl. zur Wirkung von Art. 34 AEUV *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 34 AEUV Rn. 127 ff.

⁴ EuGH, Urt. v. 11.6.1974 – Rs. 8/74 = NJW 1975, 515.

⁵ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – Rs. 120/78 = NJW 1979, 1766.

⁶ EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91, Rs. C-268/91 = NJW 1994, 121; vgl. ferner *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 34 AEUV Rn. 163 ff.

⁷ *Dannecker*, in: Tiedemann (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleichung, Rechtspolitik*, 2002, S. 239 (241 f.); *Sackreuther* (Fn. 3), Vor §§ 58-61 LFGB Rn. 1 ff.; krit. *Wehlau*, *Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Kommentar*, 2015, Einl. LVII.

⁸ *Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.6.2013; BGBl. I 2013, S. 1426.*

Entsprechende Regelungen finden sich in den Straftatbeständen des § 58 Abs. 3 und des § 59 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 lit. a LFGB für den Informations- und Täuschungsschutz sowie in den Bußgeldtatbeständen des § 60 Abs. 4 Nr. 1 lit. a und Nr. 2 lit. a und des § 60 Abs. 4 Nr. 1 lit. b und Nr. 2 lit. b LFGB.

Die Bestimmung der mit Strafe oder Bußgeld zu bewehrenden unmittelbar geltenden Vorschriften des EG-/EU-Rechts erfolgt in den §§ 58 bis 60 LFGB danach, welchen Vorschriften dieses Gesetzes oder der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen die EG-/EU-Vorschriften inhaltlich entsprechen (Entsprechungsklausel). Es wird also unter materiellen Gesichtspunkten darauf abgestellt, ob die Regelung des EG-/EU-Rechts inhaltlich einem Gebot oder Verbot des LFGB entspricht oder auf Grund einer Ermächtigung dieses Gesetzes als nationale Rechtsverordnung erlassen werden könnte. Ist das der Fall, kann die EU-rechtliche Verhaltensnorm sanktionsbewehrt werden, und zwar so, wie die nationale Vorschrift sanktionsbewehrt ist.

Ob die Voraussetzungen der Entsprechungsklausel vorliegen, d.h. welche unionsrechtlichen Ge- und Verbote sanktionsbewehrten nationalen Ge- und Verboten entsprechen, entscheidet das zuständige Ministerium und bestimmt dies in Form einer nationalen Rechtsverordnung, die auf eine bestimmte Strafnorm zurückverweist. Die Ermächtigung zum Erlass solcher Rückverweisklauseln findet sich in § 62 LFGB. Und zwar ermächtigt § 62 Abs. 1 LFGB das zuständige Bundesministerium, soweit dies zur Durchsetzung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union erforderlich ist, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die als Straftat nach § 58 Abs. 3 oder § 59 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 lit. a LFGB zu bestrafen sind oder als Ordnungswidrigkeit nach § 60 Abs. 4 Nr. 1 lit. a oder Nr. 2 lit. a oder nach § 60 Abs. 4 Nr. 1 lit. b oder Nr. 2 lit. b LFGB geahndet werden können. Die Verwaltung legt also im Rahmen einer Rechtsverordnung fest, welche gemeinschafts- oder unionsrechtlichen Ge- oder Verbote straf- oder bußgeldbewehrt sind. Diese Ermächtigung basiert auf Art. 80 Abs. 1 GG; hiernach kann der Gesetzgeber eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmte Verordnungsermächtigung für die Exekutive schaffen.

Der Gesetzgeber verfolgt mit dieser Regelungstechnik das Ziel, ein zeitaufwendiges Gesetzgebungsverfahren zu vermeiden, das unverzichtbar wäre, wenn ein in Bezug genommenes unionsrechtliches Ge- oder Verbot geändert wird. Durch eine Rückverweisung des Ordnungsgebers auf die Straf- und Bußgeldvorschrift soll eine Anpassung des nationalen Straf- und Bußgeldrechts ermöglicht werden.⁹

2. Abhängigkeit der Strafbarkeit gemeinschaftsrechtlicher Etikettierungsverstöße von Rückverweisungen in einer nationalen Rechtsverordnung

Diese Gesetzgebungstechnik soll anhand des Etikettierungsrechts verdeutlicht werden, mit dem sich das Landgericht Berlin kritisch auseinandersetzt:

⁹ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/3657, S. 56.

Nach Art. 13 Abs. 1 S. 1 der Verordnung (EG) 1760/2000 müssen „Marktteilnehmer und Organisationen, die Rindfleisch in der Gemeinschaft vermarkten, [...] dies gemäß den Vorschriften dieses Artikels etikettieren“. Und zwar sind nach Art. 13 Abs. 2 folgende Angaben auf dem Etikett zu machen:

- a) eine Referenznummer oder ein Referenzcode;
- b) die Zulassungsnummer des Schlachthofs und der Mitgliedstaat oder das Drittland, in dem der Schlachthof liegt;
- c) die Zulassungsnummer des Zerlegungsbetriebs und der Mitgliedstaat oder das Drittland, in dem der Zerlegungsbetrieb liegt.

Art. 13 Abs. 5 der Verordnung (EG) 1760/2000 bestimmt als weitere Etikettinhalte ab dem 1.1.2002 folgende Angaben auf den Etiketten: „Mitgliedstaat oder Drittland, in dem das Tier geboren wurde; Mitgliedstaaten oder Drittländer, in denen die Mast durchgeführt wurde; Mitgliedstaat oder Drittland, in dem die Schlachtung erfolgt ist. Erfolgte Geburt, Aufzucht und Schlachtung der Tiere, von denen das Fleisch stammt,

- a) in ein und demselben Mitgliedstaat, so kann die Angabe wie folgt lauten: „Herkunft: (Name des Mitgliedstaats)“;
- b) in ein und demselben Drittland, so kann die Angabe wie folgt lauten: „Herkunft: (Name des Drittlandes)“.

Das Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union über die besondere Etikettierung von Rindfleisch und Rindfleischerzeugnissen und über die Verkehrsbezeichnung und Kennzeichnung von Fleisch von weniger als zwölf Monate alten Rindern (RiFIEtikettG)¹⁰ sieht vor:

§ 1 Abs. 1 RiFIEtikettG

„Dieses Gesetz dient der Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft über die Etikettierung von Rindfleisch und Rindfleischerzeugnissen sowie über die Verkehrsbezeichnung und Kennzeichnung von Fleisch von bis zu zwölf Monate alten Rindern.“

§ 10 Abs. 1 RiFIEtikettG

„Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer unmittelbar geltenden Vorschrift in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 zuwiderhandelt, soweit eine Rechtsverordnung nach Absatz 3 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.“

§ 10 Abs. 3 RiFIEtikettG

„Das Bundesministerium wird ermächtigt, soweit es zur Durchsetzung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft erforderlich ist, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die als Straftat nach Absatz 1 zu ahnden sind.“

¹⁰ Vom 26.2.1998, BGBl. I 1998, S. 380; zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 8.7.2015.

Auf Grund des § 10 Abs. 3 des Rindfleischetikettierungsgesetzes vom 26.2.1998 (BGBl. I 1998, S. 380) in Verbindung mit Art. 56 des Zuständigkeitsanpassungsgesetzes vom 18.3.1975 (BGBl. I 1975, S. 705) und dem Organisationserlass vom 22.1.2001 (BGBl. I 2001, S. 127), § 10 des Rindfleischetikettierungsgesetzes geändert durch Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes vom 17.11.2000 (BGBl. I 2000, S. 1510), erließ das Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft die Verordnung zur Durchsetzung des Rindfleischetikettierungsrechts (Rindfleischetikettierungsverordnung – RiFIEtikettStrV).

„§ 1 Durchsetzung der Angaben bei der obligatorischen Etikettierung von Rindfleisch

(1) Nach § 10 Abs. 1 des Rindfleischetikettierungsgesetzes wird bestraft, wer gegen die Verordnung (EG) Nr. 1760/2000 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Juli 2000 zur Einführung eines Systems zur Kennzeichnung und Registrierung von Rindern und über die Etikettierung von Rindfleisch und Rindfleischerzeugnissen sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 820/97 des Rates (ABl. L 204 vom 11.8.2000, S. 1), zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 653/2014 (ABl. L 189 vom 27.6.2014, S. 33), verstößt, indem er

1. entgegen Artikel 13 Abs. 1 Unterabs. 1 in Verbindung mit

a) Abs. 2 Buchstabe a Satz 1, Buchstabe b oder c oder

b) Abs. 5 Buchstabe a, dieser in Verbindung mit Artikel 2 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1825/2000 der Kommission vom 25. August 2000 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 1760/2000 des Europäischen Parlamentes und des Rates hinsichtlich der Etikettierung von Rindfleisch und Rindfleischerzeugnissen (ABl. EG Nr. L 216 S. 8), geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 275/2007 der Kommission vom 15. März 2007 (ABl. EU Nr. L 76 S. 12),

jeweils auch in Verbindung mit Artikel 5a Abs. 1, Artikel 5b oder 5c Abs. 1 oder 2 Unterabs. 1 oder 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1825/2000 Rindfleisch nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig etikettiert,

2. entgegen Artikel 13 Abs. 1 Unterabs. 1 in Verbindung mit

a) Abs. 2 Buchstabe a Satz 1, Artikel 14 Satz 1 oder

b) Abs. 5 Buchstabe a Nr. iii, dieser in Verbindung mit Artikel 14 Satz 2,

Rinderhackfleisch nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig etikettiert,

3. entgegen Artikel 15 in die Gemeinschaft eingeführtes Rindfleisch nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig etikettiert.“

Hier wird deutlich, dass die „eigentlichen“ Straftatbestände, die die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen nennen, in der Rechtsverordnung und nicht im Gesetz geregelt sind. Die Vorhersehbarkeit für den Bürger ist zwar garantiert, aber nicht auf der Grundlage eines formellen Gesetzes, sondern erst aufgrund der von der Verwaltung erlassenen Rechtsverordnung.

II. Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit strafrechtlicher Regelungen in Rechtsverordnungen

Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen mit Rückverweisungsklauseln ist verfassungsrechtlich problematisch, und zwar im Hinblick auf den in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Grundsatz „nullum crimen sine lege“ und im Hinblick auf Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG, wonach die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes eingeschränkt werden kann. Für die Begründung der Strafbarkeit bedarf es einer Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers (Parlamentsvorbehalt), die es dem Bürger ermöglicht, sich am Strafgesetz zu orientieren und die möglichen Fälle strafbaren Handelns vorhersehen zu können (Bestimmtheitsgebot). Während die Vorhersehbarkeit aufgrund der Rechtsverordnung gewährleistet ist, ist fraglich, ob der demokratisch legitimierte Gesetzgeber mit der Entsprechungsklausel und der Verordnungsermächtigung seiner Aufgabe nachgekommen ist.¹¹ Während der BGH bislang von der Verfassungskonformität ausging,¹² fanden sich in der Literatur auch kritische Stimmen.¹³ Nunmehr hat das Landgericht Berlin in einer sehr ausführlich begründeten Entscheidung einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 S. 1 und Art. 80 Abs. 2 GG bejaht und deshalb § 10 RiFIEtikettG dem BVerfG zur konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG vorgelegt.¹⁴

1. Vorlagebeschluss des Landgerichts Berlin vom 16.4.2015

Das LG Berlin hat sich in seinem Beschluss vom 16.4.2015 – 242 AR 27/12 NS (82/12) mit der Strafvorschrift des § 10 RiFIEtikettG befasst und kommt in seinen (nicht amtlichen) Leitsätzen zu dem Ergebnis:

1. Die Verweisung des § 10 Abs. 3 RiFIEtikettG verstößt gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG sowie gegen Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.

2. Der Gesetzgeber muss in der gesetzlichen Blankettvorschrift die Bezugsnorm klar und deutlich bezeichnen, aus der sich das in ihr untersagte und mit Sanktionen bis hin zur Freiheitsstrafe belegte Verhalten ergibt.

Es beschloss deshalb die Vorlage an das BVerfG. Dabei stand außer Frage, dass dem Angeklagten die Strafbarkeit

¹¹ Näher dazu bereits *Dannecker/Görtz-Leible*, Entsanktionierung der Straf- und Bußgeldvorschriften des Lebensmittelrechts, 1996, S. 88 ff.; vgl. auch *Moll*, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung?, 1998, S. 119 ff.

¹² Zuletzt BGH, Urt. v. 23.12.2015 – 2 StR 525/13, Rn. 63 ff.; weitere Nachw. bei *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 164; krit. zu Rückverweisungsklauseln OLG Koblenz NSTZ 1989, 188 (189).

¹³ Näher dazu bereits *Dannecker/Görtz-Leible* (Fn. 11), S. 88 ff.; vgl. auch *Moll* (Fn. 11), S. 119 ff.

¹⁴ LG Berlin NZWiSt 2016, 112 mit Anm. *Bülte*; siehe auch *Dannecker/Bülte*, in: *Gorny/Dannecker* (Hrsg.), *BEHR'S Kommentar zum LFGB*, Stand 2016, Vor §§ 58 ff. LFGB Rn. 76 ff.; *Hoven*, NSTZ 2016, 377 ff.

seines Verhaltens bekannt und bewusst war, wie ein Blick auf den Sachverhalt zeigt.

Der Angeklagte war Geschäftsführer einer Dönerproduktion GmbH, deren Unternehmensgegenstand den Betrieb eines Fleischgroßhandels einschließlich der Fleischzerlegung, die Herstellung von Dönererzeugnissen und den Einzelhandel mit Fleisch und Dönererzeugnissen sowie Verpackungsmaterial umfasste.

Bei einer Betriebsprüfung in den Räumen der Gesellschaft stellte sich heraus, dass man ersichtlich neben Drehspießprodukten auch andere prozessnahe Produkte im Betrieb herzustellen und in den Verkehr zu bringen beabsichtigte. Deshalb wurde auf die unterschiedlichen Kennzeichnungsanforderungen von Fleisch und Fleischzubereitungen, insbesondere den Mehraufwand bei der Kennzeichnung hinsichtlich der Abgabe von rohem Rindfleisch hingewiesen. In der Folgezeit wurde die Gesellschaft als Zerlege- und Handelsbetrieb von Geflügelfleisch und als Herstellungsbetrieb für Fleischzubereitungen als Tiefkühl- und Frischwaren aus Geflügel-, Rind- und Lammfleisch zugelassen. Die Zulassung umfasste nicht die Zerlegung von und den Handel mit rohem Rindfleisch.

Im Rahmen einer neuerlichen Betriebskontrolle wurde in Anwesenheit des Angeklagten festgestellt, dass dort Kleingebinde von Flankensteaks abgepackt wurden, welche fehlerhaft allein als Rindfleisch etikettiert wurden. Eine Beschriftung zur Ermöglichung der betriebsinternen Rückverfolgbarkeitsnummern war darauf nicht angebracht worden. Der Angeklagte wurde darauf hingewiesen, dass die Zulassung nicht das Inverkehrbringen ungewürzter Flankensteaks umfasste.

Bei einer weiteren Betriebsprüfung wurde festgestellt, dass im Warenausgangskühlraum frisches Rindfleisch ohne jegliche Kennzeichnung sowie in kleineren Gebinden abgepacktes frisches Rindfleisch mit Etiketten lagerte. Bei diesen Etiketten fehlten eine Referenznummer oder ein Referenzcode und die Zulassungsnummer des Schlachthofes und die Zulassungsnummer des Zerlegungsbetriebes; auch anhand der Buchführungsbelege und der im Betrieb erforderlichen Dokumentation waren die Zulassungsnummern der Schlacht- und Zerlegebetriebe nicht nachvollziehbar. Das Fleisch war nicht von der Zulassung der Gesellschaft umfasst. Dies war dem Angeklagten auch bekannt. Ihm war – auch aufgrund der vorangegangenen Hinweise – bewusst, dass die Nichtetikettierung gegen die Vorgaben des Art. 13 der Rinderkennzeichnungsverordnung (VO [EG] 1760/2000) verstieß.

Die Kammer geht von der Verfassungswidrigkeit des § 10 RiFiEtikettG aus und bejaht einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG sowie gegen Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG, wonach die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes eingeschränkt werden kann. Der Gesetzgeber müsse danach bei Erlass einer Strafvorschrift, die Freiheitsstrafe androht, mit hinreichender Deutlichkeit selbst bestimmen, was strafbar sein soll. Insoweit gelte für Art. 104 GG das zum Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG ausgeführte gleichermaßen.¹⁵ Das RiFiEtikettG selbst umschreibe das strafbare Verhalten nicht nachvollziehbar und lasse auch keine durch Auslegung ermit-

telbare Maxime erkennen, anhand derer die Adressaten dieser Norm ihr Verhalten ausrichten können. Damit macht sich das Gericht die in der Literatur oben genannten Bedenken zu eigen und bejaht einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip, das Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 GG zugrunde liegt. Es fordert, dass der Gesetzgeber den Normunterworfenen in der Blankettvorschrift die Bezugsnorm klar und deutlich bezeichnen müsse, aus denen sich das ihnen untersagte und mit Sanktionen bis hin zur Freiheitsstrafe belegte Verhalten ergibt. Daran fehle es erkennbar. Die inhaltlichen Lücken der Strafnorm könnten durch § 10 Abs. 1 RiFiEtikettG nicht geschlossen werden, zumal diese Rechtsverordnung gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verstoße.

Dem Einwand, dass dem Gesetzgeber die Freiheit zur Entscheidung über das „Ob“ der Strafbarkeit ohnehin genommen sei, weil er zur Sanktionierung der unionsrechtlichen Ge- und Verbote verpflichtet sei¹⁶ und insoweit der Anwendungsvorrang des Unionsrechts greife,¹⁷ hält das Gericht zu Recht entgegen, dass hier keine Kollision von nationalem und Gemeinschaftsrecht bestehe, sondern Geltungsfragen betroffen seien, für die der Anwendungsvorrang nicht gelte.¹⁸

2. Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an strafbarkeitsbegründende Rechtsverordnungen

Das BVerfG führt in seiner Entscheidung zum Straftatbestand des Betriebes einer genehmigungsbedürftigen Anlage i.S.d. Bundes-Immissionsschutzes ohne die nach diesem Gesetz erforderliche Genehmigung (§ 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB), auf die die LG Berlin maßgeblich Bezug nimmt,¹⁹ Art. 103 Abs. 2 GG enthalte die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung diene einem doppelten Zweck. Es gehe einerseits um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann solle vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Art. 103 Abs. 2 GG habe insofern freiheitsgewährleistende Funktion. Andererseits solle sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen. Prinzipiell muss der Normadressat mithin an-

¹⁶ Reinhardt, UTR 1997, 337 (356).

¹⁷ Klink, Pauschale Ermächtigungen zur Umsetzung von europäischem Umweltrecht mittels Rechtsverordnung, 2005, S. 131 ff.; Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 76. Lfg., Stand: Dezember 2015, Art. 80 Rn. 115; vgl. auch Bauer, in: Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 1061 (1076).

¹⁸ LG Berlin NZWiSt 2016, 112 (116).

¹⁹ BVerfGE 75, 329 (341 f.).

¹⁵ LG Berlin NZWiSt 2016, 112 (113).

hand der gesetzlichen Regelung voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist.

Weiter wird dargelegt, eine Strafe könne nach Art. 103 Abs. 2 GG nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes oder aufgrund einer Rechtsverordnung verhängt werden, die im Rahmen einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß derart bestimmten gesetzlichen Ermächtigung ergangen ist. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe müssten für den Bürger schon aufgrund des Gesetzes, nicht erst aufgrund der hierauf gestützten Verordnung voraussehbar sein (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG). Nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG habe der Gesetzgeber beim Erlass einer Strafvorschrift, die Freiheitsstrafe androht, mit hinreichender Deutlichkeit selbst zu bestimmen, was strafbar sein soll, und Art und Maß der Freiheitsstrafe im förmlichen Gesetz festzulegen. Werde der Straftatbestand eines Blankettstrafgesetzes durch ein anderes förmliches Gesetz ergänzt, könne bei der Normierung des Blankettstrafgesetzes auf die ausfüllende Norm verwiesen werden. Erfolge die Ergänzung eines Blankettstrafgesetzes jedoch durch eine Rechtsverordnung, so genüge eine derartige Verweisung nicht; vielmehr müssten zugleich die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie Art und Maß der Strafe entweder im Blankettstrafgesetz selbst oder in einer anderen gesetzlichen Vorschrift, auf die das Blankettstrafgesetz Bezug nimmt, hinreichend deutlich umschrieben werden. Dem Verordnungsgeber dürften lediglich gewisse Spezifizierungen des Straftatbestandes überlassen werden. Dies sei vor allem gerechtfertigt, wenn wechselnde und mannigfaltige Einzelregelungen erforderlich werden können.

Diese Grundsätze kamen wenige Jahre später zur Anwendung, als das BVerfG²⁰ in einer weiteren Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 9 Abs. 1, 51 Abs. 1 Nr. 2 LMBG a.F. in Verbindung mit der Verordnung über hygienische Anforderungen an das Behandeln und Inverkehrbringen von Hühnereiern und roheihaltigen Lebensmitteln vom 5.7.1994 (Hühnereier-Verordnung) Stellung nehmen musste. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die Hühnereier-Verordnung eine gültige und verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsverordnung i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 LMBG darstelle. Dort führt das BVerfG aus:

„Unter ‚Gesetz‘ i.S. des Art. 103 Abs. 2 GG ist nicht nur ein förmliches Gesetz zu verstehen (BVerfGE 32, 346 [362] = NJW 1972, 860). Auch Rechtsverordnungen können Strafbestimmungen enthalten, wenn sie im Rahmen von Ermächtigungen ergangen sind, die Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genügen und Art und Maß der Strafe und das strafbare Verhalten selbst hinreichend bestimmt festlegen. Habe der Gesetzgeber diesen Weg gewählt und die Umschreibung des Tatbestands einer Verordnung überlassen, so sei Art. 103 Abs. 2 GG nur genügt, wenn die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art und das Maß der Strafe schon durch das Gesetz hinreichend deutlich umschrieben werden.“ Das Gericht wiederholt: Dem Verordnungsgeber dürften lediglich gewisse Spezifizierungen des Straftatbestands überlassen werden. Schließlich müsse die das Blankettstrafgesetz ausfüllende

Rechtsverordnung ihrerseits dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG genügen.²¹ Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen soll § 51 Abs. 1 Nr. 2 LMBG a.F. in Verbindung mit der „Verordnung über die hygienischen Anforderungen an das Behandeln und Inverkehrbringen von Hühnereiern und roheihaltigen Lebensmitteln“ vom 5.7.1994 (Hühnereier-Verordnung) gerecht werden. Die Strafvorschrift des § 51 Abs. 1 Nr. 2 LMBG a.F. benenne Art und Maß der Strafe und lege die strafbare Handlung als Zuwiderhandlung gegen eine nach § 9 Abs. 1 LMBG a.F. zur Verhütung von Gesundheitsgefährdungen durch Lebensmittel erlassene Rechtsverordnung fest. Dass damit die unter Strafe gestellte Zuwiderhandlung nicht in ihren Einzelheiten umschrieben sei, sei unbedenklich. Der Gesetzgeber habe dem Verordnungsgeber damit die nähere Spezifizierung des Tatbestands überlassen.

Im Hinblick auf das EG-Recht führt das Gericht aus: „Der Verordnungsgeber legt den Kreis der Pflichten fest, deren Nichteinhaltung durch das Gesetz unter Strafe gestellt wird. Dies ist hier gerechtfertigt, da im Lebensmittelrecht nicht zuletzt auf Grund des Einflusses des Europäischen Gemeinschaftsrechts wechselnde und vielfältige Einzelregelungen erforderlich werden können. Der dem Schutz des Normadressaten dienende Bestimmtheitsgrundsatz ist hierdurch nicht verletzt. Dies gilt nicht zuletzt mit Blick auf das in der Lebensmittelproduktion und dem Lebensmittelhandel bei den Normadressaten vorauszusetzende besondere Fachwissen.“ Die Hühnereier-Verordnung stelle daher eine gültige und verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsverordnung i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 LMBG dar, die den Verordnungsgeber ermächtigt habe, den Handel mit Lebensmitteln zum Schutz der Gesundheit des Verbrauchers vor Gefahren zu beschränken. Sie umschreibe die strafbewehrten Verhaltenspflichten hinreichend bestimmt und verweise ausdrücklich auf die Strafvorschrift des § 51 Abs. 1 Nr. 2 LMBG a.F.

Schließlich wird dargelegt, die Einstufung des Verhaltens als Straftatbestand verstoße im Übrigen nicht gegen den im Rechtsstaatsprinzip enthaltenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Grenzlinie zwischen dem Bereich strafbaren und ordnungswidrigen Verhaltens zu ziehen sei grundsätzlich Sache des Gesetzgebers. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber hier die Grenze seines Entscheidungsspielraums überschritten hätte, seien nicht ersichtlich. Dass diese Entscheidung – Einordnung als Straftat und nicht als Ordnungswidrigkeit – der Verordnungsgeber getroffen hat und nicht der Gesetzgeber selbst, wird nicht thematisiert.

3. Stellungnahmen zur Rechtsprechung des BVerfG in Rechtsprechung und Literatur

Diese vom BVerfG vertretene Auffassung vertritt auch der BGH, der bislang durchgängig von der Verfassungsmäßigkeit von Rückverweisklauseln in Rechtsverordnungen ausgegangen ist,²² und auch in der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass durch die Entsprechungsklauseln

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 21.8.2001 – 2 BvR 1941/00 = NStZ-RR 2002, 22.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 21.8.2001 – 2 BvR 1941/00 = NStZ-RR 2002, 22.

²² Siehe Fn. 10.

in §§ 58 Abs. 3, 59 Abs. 3, 60 Abs. 4 Nr. 1a und b, Nr. 2a und b LFGB die Straf- bzw. bußgeldrechtliche Ahndbarkeit bestimmter Handlungen und auch das Maß der Sanktion durch formelles Gesetz bereits hinreichend deutlich umschrieben seien,²³ so dass angesichts der praktischen Notwendigkeit solcher Verweisungstechniken²⁴ keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden, soweit bei der Anwendung der Entsprechungsklausel sorgfältig darauf geachtet werde, dass sich der Ordnungsgeber im Rahmen der dadurch eingeschränkten Verordnungsermächtigung bewegt.²⁵

Wie bereits angesprochen, verstößt nach einer verbreiteten Gegenauffassung diese Verweisungstechnik jedoch gegen den in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Parlamentsvorbehalt, weil die Exekutive mit der Rückverweisklausel über die Strafbarkeit entscheide. Denn erst durch die Rechtsverordnung und die darin enthaltene Rückverweisklausel wird entschieden, was strafbar ist.²⁶ Der Strafgesetzgeber darf aber die Entscheidung über das „Ob“ der Strafbarkeit nicht dem Ordnungsgeber überlassen und damit den von Art. 103 Abs. 2 GG geforderten Parlamentsvorbehalt unterlaufen.

Letztlich kann diesem Einwand auch nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Ermächtigung entgegengetreten werden.²⁷ Wenn man annähme, dass der Gesetzgeber von der Strafbarkeit aller Verstöße gegen die jeweilige Rechtsverordnung ausgehe, sei der Rückverweis auf den Straftatbestand lediglich deklaratorischer Natur und die Straflosigkeit beruhe dann nicht auf einer Entscheidung der Exekutive, sondern darauf, dass diese ihrer Verpflichtung zur Einführung einer Rückverweisklausel nicht nachgekommen sei und der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die erschwerte Erkennbarkeit der Strafandrohung auf eine Ahndung verzichtet habe.²⁸ Diese Sicht ist aber mit dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts nicht vereinbar, der es dem Gesetzgeber ermöglicht, nicht alle strafwürdigen und strafbedürftigen Fälle zu erfassen.²⁹

Außerdem wird den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht hinreichend Rechnung getragen. Hiernach muss der Gesetzgeber selbst die Entscheidung über strafrechtliche Regelungen treffen und die Grenzen einer solchen

Regelung festsetzen; er muss angeben, welchem Ziel sie dienen soll.³⁰ Dies ist nicht der Fall, wenn ein nationaler Ordnungsgeber ermächtigt wird, durch Rückverweisklauseln gemeinschafts- oder unionsrechtliche Normen zu benennen, deren Verletzung strafbewehrt sein soll. Daher sind Regelungen, in denen die Strafbewehrung des jeweils geltenden Gemeinschafts- oder Unionsrechts von der Entscheidung des nationalen Ordnungsgebers darüber abhängig gemacht wird, ob die zu bewehrende EG-/EU-Verordnung inhaltlich einer nationalen strafbewehrten Regelung entspricht, mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar.³¹

Das BVerfG konkretisiert dies dahingehend, eine Ermächtigungsnorm müsse inhaltlich bereits „so substantiiert sein, daß schon aus ihr, nicht erst aus der ermächtigten Verordnung erkennbar und vorhersehbar wird, was vom Bürger gefordert werden kann“.³² Die Strafbarkeit muss also auf Grund des Gesetzes vorhersehbar sein. Als Gesetz, das die Grundlage der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit bietet, kommt es daher nicht auf die Ermächtigungsnorm i.S.d. Art. 80 GG, sondern auf die die Strafandrohung enthaltende Vorschrift selbst an.³³ Zwar hat der Gesetzgeber in den §§ 58 ff. LFGB bzw. in § 1 Abs. 1 RiFiEttikG den Zweck der Sanktionen festgelegt. Durch die bloße „Entsprechungsklausel“, d.h. die Formulierung „[...] die inhaltlich [...] entspricht“, bzw. die Zielbestimmung der Etikettierung fehlt es aber an einer ausreichenden Vorhersehbarkeit des Inhalts der Blankettstrafgesetze, weil sich ohne Zuhilfenahme der Rechtsverordnung weder bestimmen noch vorhersehen lässt, welche Gebote und Verbote des unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden sollen und wann dies der Fall sein soll. Der Gesetzgeber muss aber im Strafrecht die maßgebenden Vorschriften selbst setzen. „Er darf sich nicht in der Weise der Verantwortung entziehen, daß er einen Teil der Gesetzgebung auf die Exekutive überträgt.“³⁴

Bei Strafgesetzen gelten diesbezüglich, wie das BVerfG ausführt, besondere Anforderungen: „Der Gesetzgeber muß die Ermächtigung zur Strafandrohung im Gesetz unzweideutig aussprechen und dabei Inhalt, Zweck und Ausmaß der

²³ So *Sackreuther* (Fn. 3), § 58 LFGB Rn. 19 ff.

²⁴ So *Schröder*, ZLR 2004, 265 (268, 271).

²⁵ So *Schröder*, ZLR 2004, 265 (272 ff.); zustimmend *Sackreuther* (Fn. 3), § 58 LFGB Rn. 41.

²⁶ So *Dannecker*, in: *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, 162. Lfg., Stand: November 2015, Vor §§ 58-62 LFGB Rn. 57 f.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 1 Rn. 9 ff.; *Hecker* (Fn. 3), Kap. 7 Rn. 98; *Moll* (Fn. 11), S. 149, 176 f.; *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 281; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 57; *Volkman*, ZRP 1995, 220 (224 f.).

²⁷ So aber *Koch*, ZLR 1990, 188 (191).

²⁸ *Böse*, in: *Günther/Amelung/Kühne* (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, 2010, S. 7 (11 f.); ebenso BVerfG NStZ-RR 2002, 22.

²⁹ LG Berlin NZWiSt 2016, 112 (116).

³⁰ BVerfG, *Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871-04*, 2 BvR 414/08, Rn. 38; *Moll* (Fn. 11), S. 83 f.; vgl. auch *Klink* (Fn. 17), S. 99.

³¹ *Dannecker/Görtz-Leible* (Fn. 11), S. 88 ff.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, S. 265 ff.; *Kühne*, ZLR 2001, 379 (387 ff.); *Satzger* (Fn. 26 – Europäisierung), S. 282 f.; *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 51; a.A. *Schröder*, ZLR 2004, 265 (270 ff.); *Moll* (Fn. 11), S. 108 ff., 150, 175 ff.; *Volkman*, ZRP 1995, 220 (221); *Koch*, ZLR 1990, 188 (191); *Freund*, ZLR 1994, 261 (277, 283 f., 286 f.); *Heger*, in: *Böse* (Hrsg.), Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, 2013, S. 78; *Satzger* (Fn. 26 – Europäisierung), S. 281.

³² BVerfGE 14, 185 m.w.N.

³³ Vgl. BVerfGE 14, 245 (253).

³⁴ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 17), Art. 80 Rn. 28.

Ermächtigung so genau umreißen, daß die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus der Ermächtigung und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung voraussehbar sind.³⁵ Gerade diese Anforderungen werden aber in der Ermächtigungsnorm nicht erfüllt, weil es dem Ordnungsgeber letztlich überlassen bleibt, „zu bezeichnen“ und damit konstitutiv festzulegen, welche Tatbestände als Straftat oder Ordnungswidrigkeit geahndet werden können.

Verfassungsrechtlich unproblematisch sind lediglich Verweisungsklauseln auf gemeinschafts- oder unionsrechtliche Vorschriften, die wörtlich mit den nationalen Gebots- und Verbotsnormen übereinstimmen. In solchen Fällen käme der Verweisung nur deklaratorische Bedeutung zu.³⁶ Sie erhöhen lediglich die Vorhersehbarkeit der Straf- oder Ahndbarkeit. Erforderlich sind solche Verweisungen nicht, weil das strafbare Verhalten in verfassungsrechtlich ausreichender Weise erkannt werden kann.³⁷ Der in der Literatur gegen die inzwischen üblich gewordene deklaratorische Rückverweisungstechnik erhobene Einwand, der Exekutive werde dadurch die Macht zur Entscheidung über die Anwendbarkeit einer Strafvorschrift übertragen,³⁸ betrifft dabei ein strukturelles Problem aller Verweisungen.³⁹

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die bisherige Rechtsprechung des BVerfG zu strafrechtlichen Regelungen in nationalen Rechtsverordnungen nicht überzeugen kann und das Landgericht Berlin zu Recht sehr deutliche Worte gegen eine Verweisungspraxis gefunden hat, um die seit einiger Zeit und nicht nur im Kontext des europäischen Strafrechts verfassungsrechtliche Diskussionen geführt werden. Dieser Diskurs könnte, so *Bülte*, durch eine Entscheidung des BVerfG neue Impulse bekommen, und dies sei notwendig, denn ein Gesetzgeber, der das Unionsrecht vorschreibt, um kein Strafrecht setzen zu müssen, sei entweder bequem oder verantwortungsscheu.⁴⁰

III. Begrenzung des nationalen Grundrechtsschutzes durch den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz zur Wahrung des „*effet utile*“?

Die Diskussion um die Statuierung von Strafnormen durch Rechtsverordnungen weist im Zusammenhang mit dem Unionsrecht eine weitere Dimension auf, da auch die Unionsgrundrechte zu beachten sind. Die Grundrechtecharta garantiert den Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“ und fordert für Strafgesetze eine Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Allerdings ist davon auszugehen, dass der EuGH die in Deutschland übliche Regelungstechnik, in einer

Rechtsverordnung auf formelle Gesetzesnormen zurückzuverweisen, wohl als verfassungsmäßig anerkennen wird. Damit stellt sich die Frage, ob die strengeren Maßstäbe der Art. 103 Abs. 2 und Art. 80 GG im Vergleich zum unionsrechtlichen Gesetzmäßigkeitsprinzip⁴¹ und zur unionsrechtlichen Wesentlichkeitsgarantie für Rückverweisungen auf EG-/EU-Verordnungen bei nationalen Rechtsverordnungen zur Anwendung kommen dürfen.

1. Grundsätzliche Doppelbindung an unions- und nationale Grundrechte

Wenn der nationale und der unionsrechtliche Grundrechtsschutz auseinanderfallen, bejaht der EuGH zwar für Gesetze, die unionsrechtliche Vorgaben in nationales Recht umsetzen, wie dies im Bereich der Sanktionierung gemeinschafts- und unionsrechtlicher Ge- und Verbotsnormen durch das nationale Straf- und Bußgeldrecht der Fall ist, einen doppelten Grundrechtsschutz. Diese Doppelbindung an unionale und nationale Grundrechte soll im Regelfall unionsrechtlich unbedenklich sein und der Meistbegünstigungsklausel des Art. 53 EGC unterliegen.⁴² Hiernach steht es den Mitgliedstaaten frei, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden. Dies soll aber nur gelten, sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*) beeinträchtigt werden.

2. Erfordernis der Sicherstellung einer zeitnahen und effektiven Straf- und Bußgeldbewehrung als Gebot des „*effet utile*“ zur Bekämpfung des „*rigor legis*“?

Gerade Letzteres könnte aber der Fall sein, wenn keine strafrechtlichen Regelungen in nationalen Rechtsverordnungen unter Rückverweisung auf strafrechtliche Regelungen in förmlichen Gesetzen mehr zugelassen werden. Verweisungsregelungen in nationalen Rechtsverordnungen sollen dem Ziel dienen, ein zeitaufwändiges Gesetzgebungsverfahren zu vermeiden, das unverzichtbar wäre, wenn sich das in Bezug genommene Gemeinschafts- oder Unionsrecht ändert. Dadurch aber entstünde für den Gesetzgeber die „Notwendigkeit eines würde- und atemlosen Nacheilens zur Sicherstellung einer zeitnahen und effektiven Straf- und Bußgeldbewehrung“.⁴³ Deshalb wird gefordert, dass dem Gesetzgeber die Möglichkeit gegeben werden müsse, in geeigneter Weise auf die geänderte Rechtslage zu reagieren.⁴⁴

Allerdings muss die Begrenzung des nationalen Grundrechtsschutzes auf das Niveau des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes im Interesse des „*effet utile*“ tatsächlich gebo-

³⁵ BVerfGE 14, 174 (185 f.).

³⁶ BVerfGE 75, 329 (343); *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 268; zu dieser Differenzierung *Hoven*, NStZ 2016, 377 (381).

³⁷ Vgl. dazu BVerfG NJW 1993, 1909 f.

³⁸ So *Freund*, ZLR 1994, 261 (286, 290); *Volkman*, ZRP 1995, 220 f.

³⁹ Dazu *Enderle* (Fn. 31), S. 187.

⁴⁰ *Bülte*, NZWiSt 2016, 117 (120).

⁴¹ Näher dazu *Dannecker* (Fn. 12), § 1 Rn. 35 ff.

⁴² *Fassbender*, NVwZ 2010, 1049 (1052); *Lindner*, EuZW 2007, 71 (73 f.).

⁴³ So *Schröder*, ZLR 2004, 265; zustimmend *Streinz/Meyer*, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2012, § 58 Rn. 3, und *Sackreuther* (Fn. 3), Vor §§ 58-61 LFGB Rn. 26.

⁴⁴ *Sackreuther* (Fn. 3), Vor §§ 58-61 LFGB Rn. 26.

ten sein.⁴⁵ Und dies verneint das Landgericht Berlin: Dass allein durch die Übertragung der Auswahlkompetenz in Bereichen wie dem vorliegenden eine zeitgerechte Anpassung des flankierenden Strafrechtsschutzes und dadurch die Vermeidung von Strafbarkeitslücken gewährleistet sei, trage hier nicht, weil das Recht der Rindfleischetikettierung auf Unionsebene lediglich ein Mal im Jahr 2007 geändert worden sei und der Gesetzgeber lange vor der Gesetzesänderung informiert gewesen sei. Das weitere Argument, dass allein die jeweils betroffenen Ministerien infolge ihrer permanenten Überwachung des Regelungsgebietes und durch ihre hohe Fachkompetenz dazu in der Lage seien, einen lückenlosen Schutz der Rechtsgüter des Regelungsbereichs zu gewährleisten, trage nicht, weil der Informations- und Kompetenzvorsprung der Ministerialverwaltung vor dem Gesetzgeber bestehe, seitdem Gesetze durch ein Parlament erlassen werden. Gleichwohl habe das Grundgesetz die Kompetenz zum Erlass von Strafgesetzen nicht in Ministerien, sondern dem Parlament übertragen. Die Ministerien hätten dem Gesetzgeber zuzuarbeiten, nicht ihn zu ersetzen.⁴⁶

Dass die zeitnahe Einführung straf- und bußgeldrechtlicher Sanktionen für lebensmittelrechtliche Verstöße für die Lebensmittelkontrolle und damit für die Durchsetzung des Lebensmittelrechts von zentraler Bedeutung ist, manifestiert sich darin, dass die Lebensmittelüberwachung bevorzugt zu bußgeld- oder strafrechtlichen Sanktionen greift, wenn sie Unregelmäßigkeiten feststellt und abgestellt wissen will. Hingegen kommt untersagenden Verwaltungsakten in der Praxis eine nur untergeordnete Bedeutung zu. Kommt der nationale Gesetzgeber seiner Pflicht, Rechtsverstöße unter Sanktionsandrohung zu stellen, nicht oder nur schleppend nach, so fehlen die erforderlichen rechtlichen Grundlagen, auf die die Lebensmittelüberwachung bei Rechtsverstößen typischerweise zurückgreift – und nicht selten wird dann in der Praxis auf ein behördliches Einschreiten ganz verzichtet: Die Rechtsverstöße werden zwar festgestellt, es werden aber, weil die Überwachungsbehörde keine Geldbußen verhängen kann, keine Maßnahmen, auch keine verwaltungsrechtlichen, ergriffen.

Als Beispiele für eine nur sehr schleppende nationale Rechtssetzung, welche die neueren Rechtsakte der EU im Lebensmittelsektor begleiten muss, sind die notwendigen Änderungen des LFGB zu nennen, die auf Grund des Inkrafttretens der Lebensmittel-Informationsverordnung (LMIV) zum 13.12.2014 gerade noch am 5.12.2014, acht Tage vor Ablauf der Umsetzungsfrist, vom Bundestag beschlossen wurden. Eine „Vorläufige Lebensmittelinformations-Ergänzungsverordnung“ wurde am 12.12.2014 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und sollte am nächsten Tag anwendbar sein – hierauf konnten sich angesichts der viel zu kurzen Zeit aber die Lebensmittelunternehmer nicht einstellen. Weitere Beispiele betreffen ebenfalls die LMIV, die noch viele Rechtsanpassungen erforderlich macht, die aber bisher über

ein Entwurfsstadium nicht hinausgekommen ist. Auch hier warten die Vollzugsbehörden für das Lebensmittelrecht wie auch die Rechtsunterworfenen auf das 4. Änderungsgesetz des LFGB sowie auf die angekündigte Lebensmittelinformations-Durchführungsverordnung (LMIDV), in denen sich unter anderem neue Straf- und Bußgeldbestimmungen finden werden. Dies, so *Preuß*⁴⁷, sei dem lebensmittelrechtlichen „rigor legis“, der Rechtsstarre, geschuldet, die bislang eher unbekannt gewesen, in jüngerer Zeit aber in wichtigen Bereichen des Lebensmittelrechts zu verzeichnen sei.

Aber macht diese neue Krankheit eine Kompetenzverlagerung auf dem Gebiet des Strafrechts vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber auf die Verwaltung notwendig? Die Erfüllung unionsrechtlicher Pflichten zur Einführung von Straf- und Bußgeldnormen kann vom Gesetzgeber zeitnah erwartet werden, zumal EU-Verordnungen in der Regel lange verhandelt werden und damit rechtzeitig bekannt sind, um ein Umsetzungsgesetz vorzubereiten. Hierfür ist es nicht erforderlich, den Grundsatz „nullum crimen sine lege“ als zentralen Pfeiler des Strafverfassungsrechts, der eine Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers über die Strafnormen garantiert, auszuhöhlen. Jetzt liegt es in der Hand des BVerfG, ohne Rücksicht auf den „rigor legis“ der sachlich begründeten verfassungsrechtlichen Kritik des Landgerichts Berlin zum Durchbruch zu verhelfen.

⁴⁵ Näher dazu *Dannecker*, in: Reindl-Krauskopf/Zerbes/Brandstetter/Lewis/Tipold (Hrsg.), Festschrift für Helmut Fuchs, 2014, S. 111 (122).

⁴⁶ LG Berlin NZWiSt 2016, 112 (117).

⁴⁷ *Preuß*, in: Gorny/Dannecker (Hrsg.), BEHR's Kommentar zum Lebensmittelrecht, Vorwort zur 39. Lfg., Stand: Januar 2016, S. 1.