

AUSGABE 11/2016

S. 731 - 796

11. Jahrgang

Inhalt

ZEHN JAHRE ZIS VI

Strafrecht

Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts

Eine Replik zu Jochen Bung

Von Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M., Regensburg 731

Verteilungsgerechtigkeit und Strafe

Von Prof. Dr. Petra Velten, Linz 736

Der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel, verdeutlicht anhand des § 42 StAG

Von RiOLG Prof. Dr. Tonio Walter, Regensburg 746

Engere Grenzen nur in engen Grenzen – zur Novellierung des Rechts der Unterbringung gem. § 63 StGB

Von Prof. Dr. Johannes Kaspar, Wiss. Mitarbeiter Philipp Schmidt,
Augsburg 756

Nebenstrafrecht

Rätselraten im Nebenstrafrecht

Hermeneutischer Denksport zu Rindfleisch, Wein und Karamellen

Von Prof. Dr. Bernhard Kretschmer, Gießen 763

Europäisches Strafrecht

Die Zukunft des Allgemeinen Teils des Strafrechts vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Strafrechts

Von Prof. Dr. Helmut Satzger, München 771

Internationales Strafrecht

Die Vollstreckung ausländischer freiheitsentziehender Strafurteile über das innerstaatliche Höchstmaß hinaus – eine kritische Analyse des § 54a IRG

Von Prof. Dr. Frank Meyer, Zürich, Jun.-Prof. Dr. Suzan Denise
Hüttemann, Mannheim 777

Strafprozessrecht

Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Rahmen der Verfahrenswiederaufnahme nach rechtskräftiger Verurteilung Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichts der Schweiz 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015 unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten

Von Prof. Dr. Grischa Merkel, Basel 788

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

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. Mitarbeiter Kevin
Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Wiss. Mitarbeiterin
Natalia Dobrosz

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts

Eine Replik zu Jochen Bung

Von Prof. Dr. **Katrin Gierhake**, LL.M., Regensburg

I. Der Anspruch der Philosophie des Rechts

Der mit „Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts“ überschriebene Beitrag von *Jochen Bung*¹ in dieser Zeitschrift/zum zehnjährigen Jubiläum der ZIS soll die Aktualität der Rechtsphilosophie für das Strafrecht demonstrieren. Das ist für sich genommen ein verdienstvolles Anliegen, zumal in einer Zeit, in der Offensichtliches nicht mehr erkannt und die Mühe des Denkens nur noch ungern auf sich genommen wird. Bedauerlicherweise ächtet der Text diesen Zeit(un)geist nicht, sondern fügt sich im Gegenteil geschmeidig in ihn ein. Das macht eine Erwiderung unumgänglich.

Bung geht seine Aufgabe so an, dass er zwei denkbare Positionen an den Beginn seiner Ausführungen stellt: Entweder habe die Rechtsphilosophie keinerlei Bedeutung für das heutige (positivierte) Strafrecht oder sie sei mit ihm so eng verbunden, dass sie eine tragende und formende Rolle spiele, so wie das Römische Recht für die Zivilistik. Im Verlauf seines Beitrags zeigt *Bung* anhand ausgewählter Themenkomplexe, dass das positivierte Recht allein keine Antworten auf die für das Strafrecht zentralen Fragestellungen (etwa den Begriff der Schuld, der Pflicht und der Strafe) bereitstellt. Ihm ist dabei insofern zuzustimmen, als in der Tat ohne Rechtsphilosophie wesentliche Begriffe des Strafrechts nicht mit der notwendigen Festigkeit bestimmt werden können. Er wählt aus den vielfältigen Problemfeldern des Strafrechts auch zutreffend solche aus, bei denen man die Notwendigkeit rechtsphilosophischer Begriffsarbeit besonders deutlich zeigen kann. Eine solche Verdeutlichung – jedenfalls exemplarisch – wäre nun das, was man von *Bungs* Beitrag erwarten dürfte. Diese Erwartung wird jedoch bitter enttäuscht.

Seine eigene Positionierung will *Bung* „eher in der Mitte“ finden.² Der nun einsetzende Argumentationsgang spiegelt die Vagheit seiner Antwort in eindrucksvoller Weise wider: Die meisten (Strafrechtler) kämen ganz gut ohne Rechtsphilosophie aus, was aber nicht heiße, dass generell auf sie (die Rechtsphilosophie) verzichtet werden könne. Dies liege daran, dass das Strafrecht wie kein anderes Rechtsgebiet „den Anspruch des Staates auf das Gewaltmonopol vermittele“ und dennoch die Fähigkeit haben müsse, über den Staat hinaus zu denken, „so etwa bei der Legitimation des Weltrechtsprinzips, aber auch bei der kritischen Frage der Mediatisierung des Strafverfahrens für Opferinteressen“³. Nun folgt eine Reihe miteinander argumentativ kaum verbundene Aussagen:

1. Auf „altliberale Grundgewissheiten“ könne man sich nicht mehr „so einfach“ berufen, wiewohl „Kants Begriff des strikten – also im Wesentlichen engen – Rechts gerade für das Strafrecht weiterhin ein wichtiger Topos sei“;

2. jeder wisse und könne sich davon überzeugen, dass „Gesellschaften, die viel strafen, keine guten Gesellschaften seien, sondern ihrer selbst unsichere Gesellschaften, Gesellschaften, die ihre Angstbedingungen nicht unter Kontrolle haben“;

3. der „rechtsphilosophische Grundbegriff eines strikten engen Strafrechts lasse sich unschwer in verfassungsrechtliche Argumente übersetzen“ (ultima-ratio-Prinzip und Verhältnismäßigkeit), so dass „man überlegen könnte, die für das Strafrecht erforderliche reflexive Ebene durch Verfassungsrecht oder allgemein höherrangiges Recht zu ersetzen.“

Dies (alles?) sei schon anspruchsvoll genug, so dass der „Verzicht auf Rechtsphilosophie allein schon aus Gründen der Zeitökonomie etwas für sich habe.“ Allerdings bestehe die Möglichkeit, dass ein rein positivistischer oder dogmatischer Zugang die Problemlagen zu stark schematisiere, die Unsicherheit und Offenheit der Fragen zu schnell beseitige. Das eigentliche Proprium der Philosophie sei es aber (unter Berufung auf *Wittgenstein*), aufzuzeigen, dass man sich nicht auskenne.

Genau dies unternimmt *Bung* dann im Folgenden⁴ im Hinblick auf die von ihm genannten fünf Grundprobleme des Strafrechts: den Bestimmtheitsgrundsatz, das Schuldprinzip, die Strafzwecke, Pflichtverletzungen sowie Transstaatlichkeit und Menschenrechte.

Hält man zunächst hier inne und vergewissert man sich des bisher Gesagten, so lässt sich festhalten: Der entscheidende Grund, warum man sich nach *Bung* nicht gemeinsam mit den meisten, die „ganz gut ohne Rechtsphilosophie auskommen“, von der Rechtsphilosophie abwenden soll, liege darin, dass ohne den Rekurs auf (rechts)philosophische Überlegungen Unsicherheiten und offene Fragen allzu schnell beseitigt werden könnten. Zugespielt formuliert: Obwohl man mit der Übersetzung des Strafrechts in Verfassungsrecht genug zu tun habe und die Zeitökonomie eine Beschäftigung mit den philosophischen Grundlagen eigentlich verbiete, sei es die Aufgabe der Rechtsphilosophie von heute, Unwissenheit zu vertiefen. *Bung* selbst schreibt: „Rechtsphilosophie hat ihre Funktion da, wo sie einer Verfestigung oder Verdinglichung der Begriffe und Argumente *entgegenwirkt*.“⁵ Nimmt man hinzu, wie schillernd, aber weitgehend sinnfrei auf einstmals präzise entwickelte und mühevoll begründete Zusammenhänge wahllos zugegriffen wird (*Kants* Begriff des „strikten Rechts“⁶ wird beispielsweise als bloßer „Topos“ missverstanden; der durch *Hegel* grundlegend erkannte Zusammenhang zwischen Strafpraxis und Gesellschaft⁷ wird

¹ *Bung*, ZIS 2016, 340. Es handelt sich um einen Vortrag vor der Juristischen Fakultät der Universität Hamburg aus dem Jahr 2015, der nun einem breiten Publikum zugänglich gemacht wird.

² ZIS 2016, 340.

³ ZIS 2016, 340.

⁴ ZIS 2016, 340 ff.

⁵ ZIS 2016, 341 (*Hervorhebung* nur hier).

⁶ *Kant*, Metaphysik der Sitten, in: Werkausgabe in zwölf Bänden, Bd. 8, 1997 (Erste Auflage [A] 1797, Zweite Auflage [B] 1798), Einleitung in die Rechtslehre, § E, AB 35.

⁷ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in: Werke in 20

wie eine Plattitüde behandelt), so könnte man tatsächlich den Eindruck gewinnen, dass sich der Gehalt der Rechtsphilosophie heute in schmiegsamen Bekenntnissen, glitzernden Zitate und gelehrigem Redefluss erschöpft. Noch eindrucksvoller: Es wäre dann sogar das erklärte Ziel, Klares unklar zu machen, in *Bungs* Worten „[...] das scheinbar Altbekannte so anzuschauen, dass es wieder fremd erscheint und neu angeeignet werden muss.“⁸

Der grandiose Schiffbruch, den eine solche Herangehensweise erleiden muss, wenn sie auf die Grundprobleme des Rechts und des Strafrechts angewendet wird, lässt sich bei *Bung* im Folgenden gut ausmachen.⁹ Er geht damit aber nicht nur selbst unter, sondern riskiert, das gesamte Schiff der Grundlagenwissenschaften zum Kentern zu bringen. Es sind nämlich Aussagen genau dieser Art, die es in heutiger, ohnehin schon an Oberflächlichkeit kaum noch zu übertreffender Zeit, schwierig machen, die Bedeutung der Grundlagen des Rechts für seinen legitimen Bestand im Bewusstsein zu halten. Dies liegt weniger daran, dass sie diese Bedeutung nicht haben, sondern daran, dass selbst diejenigen, die die Rechtsphilosophie als ihre Lebensaufgabe betrachten, mitunter den Eindruck vermitteln, man könne diese Wissenschaft fortlaufend so betreiben, dass man vor den großen Fragen kapituliert und sich zurückzieht auf ein „Wir kennen uns nicht aus“.

Bei der Beantwortung der von *Bung* adressierten Grundfragen des Strafrechts hat allein eine Herangehensweise Aussicht auf Erfolg, die sich auf einen begriffenen Standpunkt und eine schlüssige Argumentation stützen kann. Den festen Standpunkt zu finden und zu bestimmen, ist sehr mühevoll; die schlüssige Argumentation eine Aufgabe, die in konsequenter und beharrlicher Arbeit kontinuierlich vorangetrieben werden muss. Dabei kann es gewiss auch Irrläufer und Argumentationsabwege geben, die Arbeit kann aus unterschiedlicher Richtung angegangen werden und es können Friktionen auftreten. Gibt man aber von Anfang an den Anspruch auf „etwas wissen zu können“, dann muss man sich gar nicht erst auf den Weg machen.

„Sich einen Begriff machen“ meint einen Denktakt, der verschiedene Vorstellungen mittels einer Abstraktion unter eine gemeinsame Vorstellung bringt, also Allgemeinheit schafft.¹⁰ Eine „Argumentation“ ist eine Rede mit dem Ziel, die Zustimmung oder den Widerspruch (von) Gesprächspartnern zu einer Aussage oder Norm („für“ oder „gegen“ deren Wahrheit bzw. Gültigkeit dann argumentiert wird) durch den schrittweisen und lückenlosen Rückgang auf bereits gemeinsam anerkannte Aussagen bzw. Normen zu erreichen.¹¹ Die Begriffsbildung und ein in sich schlüssiger Argumentationsgang bilden den Kern der rechtsphilosophischen Geistesarbeit; sie ist der Wahrheit verpflichtet. Die Funktion der Rechtsphilosophie dort zu verorten, wo sie einer Verfesti-

gung oder Verdinglichung der Begriffe und Argumente entgegenwirkt, ist, als würde man der Medizin die Funktion zuschreiben, Heilung zu verhindern.

II. Zu den fünf Grundproblemen des Strafrechts im Einzelnen

1. Bestimmtheitsgrundsatz

Unter kursorischer Berufung auf so unterschiedliche Denker wie *Hobbes*, *Savigny*, *Francis Lieber* und *Quine* kommt *Bung* zu dem Ergebnis, dass „wir uns in der Frage der Bestimmtheit [...] nicht auskennen“. Sprache sei von Grund auf bedeutungslos, was bedeute, dass die Garantieverprechen des Rechts nicht formal aus den Methodenlehren deduziert werden könnten. Helfen könnten allein „komplexere Verständnisse der Rechtskommunikation“¹².

Es ist gewiss zutreffend, dass sprachliche Vieldeutigkeit ein Problem für ein an Rechtssicherheit orientiertes Strafrecht darstellt, welches nicht allein durch die üblichen Auslegungsregeln zu lösen ist. Es bleibt aber unklar, welche „komplexeren Verständnisse der Rechtskommunikation“ hier Abhilfe schaffen könnten und warum. Sollte hier ein Hinweis auf moderne Überlegungen der Sprachphilosophie versteckt sein, so wäre die Leserin interessiert gewesen, darüber etwas zu erfahren. Leider ist es erklärtermaßen nicht das Ziel *Bungs*, durch Rekurs auf die Philosophie „neuartige Erkenntnisse in die Diskussion einzubringen“¹³; aber auch das sehr viel bescheidenere Programm der Verortung des eigenen Standpunkts (dies setzt im Übrigen einen eigenen Standpunkt voraus), des Anbringens von „Markierungen“ bzw. des Kartographierens eines unwegsamen Geländes wird von *Bung* nicht unternommen.

2. Schuld

„Schuld“ ist der Schlüsselbegriff des Strafrechts. *Bung* meint, auch hier kennen „wir“ uns „überhaupt nicht“ aus. Er weist zutreffend darauf hin, dass es Stimmen gibt, die an der Existenz von Schuld überhaupt,¹⁴ oder aber jedenfalls an der Bedeutsamkeit der Existenz von Schuld für das Strafrecht zweifeln.¹⁵ Er selbst kann sich nach eigener Aussage nicht entscheiden, was er für richtig hält. Er denke einerseits an „makrokriminelle Vorgänge wie Völkermord“, in denen der Unrechtsgehalt in der individuellen Schuld nicht abgebildet werden könne, andererseits an das Jugendstrafrecht, bei dem es sehr auf „eine psychologische Feinabstimmung in der Frage der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit“ ankomme.¹⁶

Gewiss ist der Prozess der vollständigen gedanklichen Durchdringung der Thematik „menschliche Schuld“ eine Lebensaufgabe; gewiss ist es auch keine Schande einzugeste-

Bänden auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu editierte Ausgabe, Bd. 7, § 218, S. 371 f.

⁸ ZIS 2016, 341.

⁹ Dazu sogleich im Einzelnen im Text.

¹⁰ Vgl. Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1, 2004, Stichwort „Begriff“.

¹¹ Vgl. Mittelstraß (Fn. 10), Stichwort „Argumentation“.

¹² Siehe ZIS 2016, 340 f.

¹³ ZIS 2016, 341.

¹⁴ Mit exemplarischem Hinweis auf *Singer*, DZPhil 52 (2004), 235.

¹⁵ Etwas irritierend ist hier, dass *Bung* ohne auch nur eine Fundstelle zu nennen behauptet, dass dies „die wohl überwiegende Ansicht in der strafrechtlichen Literatur“ so sehe.

¹⁶ Siehe ZIS 2016, 341.

hen, dass man selbst in der Erarbeitung eines eigenen Standpunkts noch nicht zu Ende gekommen ist. Wäre das Strafrecht ein bloßes Gedankenspiel, könnte es sicher reizvoll sein, und es würde ausreichen, mal diese, mal jene Position einzunehmen, sie spielerisch hin und her zu wenden, letztlich aber offen zu lassen.

So ist es aber nicht. Das Recht, auch das Strafrecht, ist Teil der praktischen Philosophie; es betrifft menschliches Handeln und muss deswegen dem Anspruch genügen, gültige Gründe für dieses menschliche Handeln anzugeben. Der Richter kann die Entscheidung über die Bestrafung eines Angeklagten nicht mit dem Hinweis fällen, er kenne sich nicht aus: Ob es Schuld gebe, ob der Angeklagte sich schuldig gemacht habe, ob dies für die Bestrafung und das Strafmaß von Bedeutung ist, kann gerade nicht offen gelassen werden. Der Richter kann den zugrundeliegenden Begründungsgang bei seinen Alltagshandlungen zwar nicht stets aktualisieren, sondern nur gedanklich mitführen; die Begründung muss aber geleistet sein, damit von legitimer Strafe gesprochen werden kann. Wer, wenn nicht die Rechtsphilosophen, könnte einen solchen Begründungsgang erarbeiten? Wer, wenn nicht „wir“?

Die beiden exemplarischen Schwierigkeiten (wie auch alle sonstigen Anwendungsfragen), die *Bung* nennt, können erst dann mit Aussicht auf Erfolg adressiert werden, wenn die Grundbegriffe „Wille“, „Schuld“ und „Strafe“ einer Klärung zugeführt wurden. Das Völkerstrafrecht setzt dann noch weitere vermittelnde Schritte voraus, die den Rechtsbegriff, den Staat, die Staatengemeinschaft genauso beinhalten wie ein gesichertes Verständnis vom Kriminalunrecht. Auch das Jugendstrafrecht ist als Recht des noch nicht zur vollen Selbstständigkeit gelangten menschlichen Rechtssubjekts erst zu begreifen, wenn diese Grundbegriffe geklärt sind. Die *Bungsche* Totalkapitulation ist dagegen keine Option, die ein Rechtswissenschaftler, schon gar kein Rechtsphilosoph, ergreifen kann, ohne sich des Verdachts auszusetzen, gar nichts zur Diskussion beitragen zu können.

3. Strafzwecke

In der herkömmlichen Diskussion, so meint *Bung*, träten uns die Strafzwecke als „Fetische“ entgegen. Sie hätten weder für die Frage, warum gestraft werde, noch für die „elementare Frage der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung“ einen „systematischen Wert“.¹⁷ Die „Verflüssigung der Begriffsfetische“ könne nicht mit den Mitteln des Strafrechts erfolgen; *Bung* empfiehlt hierfür *Nietzsche*. Alle, die sich der Vorliebe für die Verflüssigung von Begriffen nicht anschließen wollen, sondern sich im Gegenteil um feste Positionen bemühen, werden des „Autismus“ verdächtigt; grundlegende Entwürfe etwa von *Kant*, *Hegel*, *Feuerbach* und *v. Liszt* hätten zu dem Problem, ob oder warum überhaupt gestraft werden solle, nichts Genuines beizutragen, sondern könnten allesamt „im Wesentlichen in die verfassungsrechtliche Formel übersetzt werden, dass Prävention durch Schuld begrenzt sein muss (auch wenn wir nicht wissen, was Schuld ist)“.¹⁸

¹⁷ ZIS 2016, 341 f.

¹⁸ ZIS 2016, 342.

Diese kurze Auseinandersetzung mit den sogenannten Strafzwecken ist in mehrerlei Hinsicht entlarvend:

a) Selbst wenn *Bung* recht damit hätte, dass die Beschäftigung mit den großen Entwürfen der Rechtsphilosophie autistische Züge hat und für die entscheidenden Fragen nicht weiter hilft, so dürfte man nun einen Gegenvorschlag erwarten. Der Rekurs auf *Nietzsches* „Dekonstruktion der Strafzwecke“ müsste dann die behauptete Lücke füllen. *Bung* hätte also den „systematischen Wert“ des von ihm favorisierten Ansatzes für die „elementare Frage der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung“ und für den Strafgrund aufzuzeigen. Das dürfte ihm allerdings wegen des fehlenden systematischen Anspruchs *Nietzsches* selbst bei höchster Anstrengung nicht gelingen.

b) Ist alleiniges Anliegen der eigenen Ausführungen die Verflüssigung der Begriffe, so ist der Beitrag inhaltlich wertlos.

c) Der Rekurs auf *Kant*, *Hegel*, *Feuerbach* und *v. Liszt* geschieht in der Regel im Zusammenhang mit dem von ihnen erarbeiteten Gedankengut, das nun einmal von den genannten Personen stammt. Es geht nicht darum, dass „ein Prominenter die Patenschaft für einen Strafzweck“ übernimmt, sondern darum, dass Prominenz durch eine Denkleistung erworben wurde, die wegen ihrer Substanz auch nach mehreren (hundert) Jahren zur Problembewältigung noch beitragen kann.

d) Es ist mehr als fraglich, ob man auf diese Denkleistung heute verzichten kann, ohne in Banalität zu verfallen. Vorhersehbar ist dagegen, dass der alternative Zugang, das Strafrecht habe „sich als reflexives Recht zu bewähren“ und die Rechtsphilosophie habe die Aufgabe, bei dieser „Bewährungsprobe“ zu helfen,¹⁹ indem sie „durch Verflüssigung und Analyse verfestigter oder unklarer Begriffe bei einer Neuorientierung oder Neukonfiguration der Grundprobleme“ helfe,²⁰ spätestens in ein paar Jahren in Bedeutungslosigkeit versunken sein wird.

e) Die Aussage, dass alle Strafzwecke in die „verfassungsrechtliche Formel“ übersetzt werden könnten, „Prävention (müsse) durch Schuld begrenzt sein“, wirft mehrere Fragen auf: Wo findet sich in der Verfassung eine solche Formel? Wie könnte sie begründet werden? Ist sie zutreffend? Welche Bedeutung hat die Prävention überhaupt für die Strafe? Ferner ist die Aussage selbst zu überprüfen: Erschöpft sich beispielsweise das Strafkonzep *Hegels* in dieser Aussage? Oder: Inwiefern hat bei *v. Liszt* die individuelle Schuld eine die Prävention begrenzende Bedeutung? Lässt sich eine solche Formel sinnvoll aufstellen, wenn der Schuldbegriff – wie bei *Bung* – ungeklärt bleibt?

4. Pflichtverletzungen

Als viertes Grundproblem macht *Bung* das folgende aus: „In welchem Umfang soll Strafrecht nicht nur Nichtverletzungspflichten, sondern auch Ermöglichungspflichten schützen?“²¹

¹⁹ ZIS 2016, 342.

²⁰ ZIS 2016, 344.

²¹ ZIS 2016, 342 mit Verweis auf *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012 (ohne nähere Fundstellenangabe), und *Kubi-*

Schon die Formulierung der Frage stürzt die Leserin in Verwirrung: Wie lässt sich eine Pflicht schützen? Was ist im Zusammenhang mit dem Strafrecht eine „Ermöglichungspflicht“?

Gemeint ist vermutlich die Frage nach der Legitimität der Unterlassungsdelikte (was sich aus *Bungs* Hinweis auf die Garantenstellung und die Entsprechungsklausel aus § 13 StGB schließen lässt). Dass diese mit erhöhtem Begründungsaufwand verbunden sind, entspreche dem „klassisch-liberalen Strafrechtsdenken, dem Begriff des strikten Rechts, der unter den Bedingungen des modernen Wohlfahrtsstaates zwar nicht mehr ganz auf der Höhe der Zeit, im Reservat des Strafrechts aber unstreitig noch von Bedeutung“²² sei. *Kant* habe niemals behauptet, dass nur der aktive Eingriff in die äußere Freiheitssphäre legitimer Gegenstand rechtlicher Sanktionierung sei, denn nach ihm gebe es „keinen prinzipiellen Unterschied zwischen Rechtslehre und Tugendlehre in Ansehung der Pflichten, sondern nur im Hinblick darauf, was zur Pflichterfüllung motiviert: innerer Drang oder äußerer Zwang“²³.

Dass es nicht selbstverständlich ist, jemanden dafür zu bestrafen, dass er „nichts“ tut, ist zutreffend – und zwar ganz unabhängig davon, ob man Anhänger eines „klassisch-liberalen Strafrechts“ ist oder nicht.²⁴ Wird *Kant* zur Begründung dafür herangezogen, dass das Unterlassen jedenfalls nicht schon grundsätzlich als strafbares Verhalten ausgeschlossen ist, so sind dafür aber wesentliche vermittelnde Schritte notwendig, die seinen Handlungs- und Rechtsbegriff genauso betreffen wie ein davon abgeleitetes Verständnis von Kriminalunrecht, insbesondere vom Verletzungshandeln.²⁵ Die von *Bung* genannte Unterscheidung von Rechts- und Tugendlehre trifft das Problem dagegen nicht. Die Grunderkenntnis, dass zur Rechtspflicht ein äußerer Zwang moralisch-möglich ist, die Tugendpflicht aber allein auf dem freien Selbstzwang beruht²⁶ (was im Übrigen etwas völlig anderes ist als ein „innerer Drang“), erlaubt überhaupt keine Aussage darüber, ob ein Nichthandeln trotz gesetzlicher Pflicht legitimerweise mit Strafe belangt werden darf.

ciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013 (mit einer unzutreffenden Fundstellenangabe).

²² ZIS 2016, 342.

²³ ZIS 2016, 342. Diese Aussage *Kants* wird mit dem Hinweis auf eine Seitenzahl in der Metaphysik der Sitten belegt, die mangels Angabe der benutzten Ausgabe nicht nachprüfbar ist; weder die gängige Akademieausgabe, noch die ebenfalls übliche Weischedel-Ausgabe mit Hinweis auf die Seitenzahlen der Auflagen (A oder B) scheinen gemeint zu sein. Welcher Nachdruck (1990!) benutzt wurde, muss deshalb vom Leser erraten werden.

²⁴ Was genau daran nicht mehr auf „der Höhe der Zeit“ sein soll und warum es dennoch Relevanz im „Reservat“ (?) des Strafrechts haben soll, bleibt dabei im Dunkeln.

²⁵ Vgl. dazu *Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, 1. und 2. Teil.

²⁶ So *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, 1797, A 9.

Die nun folgenden Aussagen sind nur mühsam auf das aufgeworfene Problem der Unterlassungsdelikte bzw. Pflichtverletzungen zu beziehen. „Reflexives Strafrecht“ wisse: „Wenn das Maß der Zuständigkeit der Person ansteigt, dann gibt es keine einfache Korrelation zwischen diesem Anwachsen der Pflichten und einer Kriminalisierung aus dem Gesichtspunkt des Verbrechens als Pflichtverletzung. Wo Pflichtverletzungen, zumal Verletzungen von Sorgfaltspflichten in zu großem Umfang strafrechtlich zugerechnet werden, geht es auf Kosten der Freiheit, so dass es die wichtigste freiheitssichernde Aufgabe des Strafrechts ist, Kriterien zu spezifizieren, mit denen Unterbrechungen der Zurechnung zu begründen sind. Rechtsphilosophie kann bei dieser Aufgabe helfen.“²⁷ Häufig würden Zurechnungsunterbrechungen mit dem Autonomieprinzip begründet; als Beispiel nennt *Bung* die Nichtbestrafung einer Person wegen Einwilligung in die Rechtsgutsverletzung durch das Opfer. *Bung* fragt nun, was Verantwortung für dieses Wollen heiße und wo sie beginne. Verantwortung sei nur für ein Wollen zu übernehmen, das seinerseits gewollt und dessen Gehalt bewusst ist. Diese Unterscheidung leiste den „wohl wichtigsten Beitrag zu einer Unterbrechung der strafrechtlichen Zurechnung“²⁸.

Befremdlich ist an dieser Herangehensweise, dass nicht die Zurechnung selbst der Freiheit des Subjekts entsprechend vorgenommen und ausgestaltet werden soll, sondern – gewissermaßen rückwärts – Zurechnung aus Gründen der Freiheit unterbrochen werden soll, wenn sie „in zu großem Umfang“ stattfindet. Dass Freiheit und Pflicht ursprünglich miteinander verbunden sind, wird nicht einmal ansatzweise berücksichtigt. Ungeklärt ist ferner, warum es auf Freiheit und Freiheitssicherung überhaupt ankommen soll und was die genannten Zurechnungsunterbrechungen mit den Pflichtverletzungen zu tun haben, die das vierte Grundproblem darstellen.

5. Transstaatlichkeit und Menschenrechte

Als fünftes Grundproblem identifiziert *Bung* solche Konstellationen, deren „Bedeutungsgehalt mit dem Begriff des Staates oder dem vom Staat abgeleiteter Institute nicht erschöpft werden kann“.²⁹ Insbesondere in Gestalt des Völkerstrafrechts stelle sich das Problem, ein Verständnis von Strafzuständigkeit zu entwickeln, die nicht an einen territorialen Souverän gekoppelt ist. Es gebe Straftaten von gewisser Schwere, die das öffentliche Bewusstsein erschütterten und *Bung* stellt in Frage, ob dieses Bewusstsein und das Bewusstsein der Notwendigkeit einer Verfolgung dieser Taten an Staatsgrenzen gebunden ist. Mit Rekurs auf *Kant* und *Locke* sei festzuhalten, dass es Taten gebe, deren Unrechtsgehalt an jedem Ort der Welt gefühlt werde bzw. bei denen die Menschheit als Ganze verletzt werde. Dass die Strafbefugnis in die Hände des Staates gelegt wurde, sieht *Bung* als Legitimationstransfer an, der in der „Strafbefugnis der Menschheit als solcher, also aller Menschen, also jedes einzelnen Menschen als Repräsentant der Menschheit“³⁰ begründet sei.

²⁷ ZIS 2016, 342.

²⁸ ZIS 2016, 342 f.

²⁹ ZIS 2016, 343.

³⁰ ZIS 2016, 343.

Mit diesem Hinweis auf ein Legitimationsproblem im Bereich des Völkerstrafrechts hat *Bung* gewiss recht. Interessant ist auch sein Lösungsansatz, der das ursprüngliche Strafrecht bei der gesamten Menschheit und davon abgeleitet bei jedem Einzelnen verortet, so dass sich die staatliche Strafbefugnis einem „Legitimationstransfer“ verdanke. Hier schimmert eine Aufgabenbestimmung der Rechtsphilosophie durch, die weit über das bisher abgesteckte Feld der „Verflüssigung von Begriffen“ hinausgeht. An einem solchen Ansatz zu arbeiten, ihn zu begründen oder zu widerlegen, wäre jede Mühe wert und müsste nun von dem Rechtsphilosophen *Bung* angegangen werden. Leider verfolgt er diesen Gedanken nicht weiter, sondern kehrt nach einigen wenigen gehaltvollen Überlegungen zurück zu seinem Zufluchtsort der theoretischen Unverbindlichkeit.

III. Nachwort aus der Vorrede zu Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts

„Indem nun die Rabulisterei der Willkür sich des Namens der *Philosophie* bemächtigt und ein großes Publikum in die Meinung zu versetzen vermocht hat, als ob dergleichen Treiben Philosophie sei, so ist es fast gar zur Unehre geworden, über die Natur des Staates noch philosophisch zu sprechen; und es ist rechtlichen Männern nicht zu verargen, wenn sie in Ungeduld geraten, sobald sie von philosophischer Wissenschaft des Staates reden hören. [...] Die zu unserer Zeit gang und gäben Deklamationen und Anmaßungen gegen die Philosophie bieten das sonderbare Schauspiel dar, dass sie durch jene Seichtigkeit, zu der diese Wissenschaft degradiert worden ist, einerseits ihr Recht haben und andererseits selbst in diesem Elemente wurzeln, gegen das sie undankbar gerichtet sind. Denn indem jenes sich so nennende Philosophieren die Erkenntnis der Wahrheit für einen törichten Versuch erklärt hat, hat es, [...], alle Gedanken und alle Stoffe *nivelliert*, – so dass die Begriffe des Wahren, die Gesetze des Sittlichen auch weiter nichts sind als Meinungen und subjektive Überzeugungen und die verbrecherischsten Grundsätze als *Überzeugungen* mit jenen Gesetzen in gleiche Würde gestellt sind, und dass ebenso jede noch so kahlen und partikularen Objekte und noch so strohernen Materien in gleiche Würde gestellt sind mit dem, was das Interesse aller denkenden Menschen und die Bänder der sittlichen Welt ausmacht. [...] Darauf kommt es dann an, in dem Scheine des Zeitlichen und Vorübergehenden die Substanz, die immanent, und das Ewige, das gegenwärtig ist, zu erkennen.“³¹

³¹ Hegel (Fn. 7), Vorrede, S. 20 ff. (*Hervorhebungen* im Original).

Verteilungsgerechtigkeit und Strafe

Von Prof. Dr. Petra Velten, Linz

Der Beitrag befasst sich mit der Verteilungsgerechtigkeit beim Strafen. Traditionell wird Strafe isoliert mit Blick auf den Täter und seine Tat gerechtfertigt: Er verletzt Normen, richtet Schaden an und stört dadurch zugleich die Rechtsordnung. Deshalb schuldet er Wiederherstellung des Normvertrauens und darf gestraft werden. Interpretiert man hingegen die Rechtsordnung als eine Ordnung gegenseitiger Rechte und Pflichten und die Tat als Störung dieses Gegenseitigkeitsverhältnisses, erzielt man andere Ergebnisse. Der Täter muss Leib und Leben anderer achten, weil seine Rechtsgüter Achtung erfahren. Wenn er dann trotzdem Gewalt anwendet, erzeugt er Leistungsungleichgewicht. Er gerät aber nun nicht mehr nur als „Schuldner“ (und Störer) der Rechtsordnung, sondern auch als deren „Gläubiger“ in den Blick, als eine Person, die seinerseits Anspruch auf Schutz hat. Er kann gegenüber dem Staat eine offene Rechnung haben, wenn dieser in seiner Schutzfunktion ihm gegenüber versagt hat. „Ob“ und „Wie“ der Strafe sind eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit. Es wird zunächst materiellrechtlich begründet, dass vorangegangene Viktimisierung ein Strafmilderungsgrund sein sollte. Prozessrechtlich wird eine Lanze für das Legalitätsprinzip gebrochen: Ungleichheit oder schlimmer noch Selektion bei der Strafverfolgung kann den staatlichen Strafanspruch infrage stellen.

I. Einleitung

Während ich meine Habilitation erarbeitete, las ich von Habermas „Faktizität und Geltung“ und setzte mich mit der Bedeutung des Prinzips der Geltungsgegenseitigkeit von Normen auseinander. Habermas entwickelt hier, dass die Reziprozität als formales Prinzip fundamentale Bedeutung als Geltungsgrund jeder Normordnung hat und sich darüber hinaus als Maßstab für den Inhalt von Normen eignet.¹ Mich interessierte damals, wie man dieses Prinzip für eine Straftheorie² fruchtbar machen könnte. Eines Abends war ich in Münster, wo ich als Assistentin tätig war, zu einem Grillabend bei einem Kollegen eingeladen. Zu dessen Entsetzen schilderten sein Sohn und dessen Freund Folgendes: Als sie nach dem Unterricht die Schule verließen, mussten sie feststellen, dass ihre Fahrräder gestohlen worden waren. Sie reagierten umgehend: Sie knackten zwei andere Fahrräder und fuhren mit diesen von der Innenstadt den Dortmund-Ems-Kanal entlang nach Hause. Dort ließen sie die Fahrräder stehen, unabgeschlossen, weil sie sie nicht behalten wollten. Mich entsetzte dieses Verhalten viel weniger als meinen Kollegen, zumal es für mich ein gutes Beispiel meiner theoretischen Überlegungen zu sein schien. Da Münster die bundesdeutsche Hauptstadt des Fahrraddiebstahls ist, hatte ich wenig später bereits die nächste Gelegenheit, meine Theorie zu testen: Ganz aufgeregt kam eine Nachbarin zu mir in die Wohnung, um mir zu berichten, dass vor unserer Haustür ein

unabgeschlossenes Fahrrad stehe. „Schnell“, rief sie, „tragen wir das Fahrrad in unseren Garten, bevor es jemand anderes stiehlt“. Beide Beispiele sind für mich deutliche Zeichen dafür, dass die Bereitschaft, die Rechtsgüter anderer anzuerkennen, sowohl davon abhängt, ob und in welchem Maß man selber in den Genuss des Schutzes seiner eigenen Rechtsgüter kommt, als auch davon, ob Normen faktisch tatsächlich Geltung haben. Hier geht es aber nicht in erster Linie um diesen faktischen Zusammenhang. Die geschilderten Reaktionen sind zumindest verständlich, mögen sie auch missbilligt werden. Wenn ein anderer die (im Strafgesetz getroffene) Entscheidung der Allgemeinheit unwidersprochen missachtet und andere sich dies zum Beispiel nehmen, liefert ihnen das Vorbild allein kein rationales Argument für sein Verhalten. Der Normbruch des anderen, der einen selbst ins Hintertreffen bringt, weil man ihm zu viel gegeben und zu wenig dafür bekommen hat, ist im Vergleich dazu ein guter Grund für ein geändertes Verhältnis zur Rechtsordnung.

Traditionelle Straftheorien betrachten die Beziehung zwischen Täter (und Tat) und der Gesellschaft eindimensional: Der Täter tritt nur als „Schuldner“ oder Störer in Erscheinung, nur die Verletzung seiner Pflicht wird betrachtet. Als „Gläubiger“, der als Teil der Allgemeinheit selbst Anspruch auf Sicherheit und Schutz hat oder gehabt hätte, interessiert der Täter meist nicht. Hier soll dagegen untersucht werden, wie sich Störungen der Gegenseitigkeit bzw. der Verteilungsgerechtigkeit zulasten des Täters auf das Recht zur Strafe auswirken: Wie wirken sich Viktimisierungen des Täters aus und welche Bedeutung hat es, wenn mit der Strafe an einem (oder wenigen) ein Exempel statuiert wird?

II. Das Prinzip der Geltungsgegenseitigkeit

1. Geltungsgegenseitigkeit als Prinzip der Normbegründung

Das Prinzip der Geltungsgegenseitigkeit von Normen (wie es Habermas und Apel entwickelt haben) ist ein normatives Konzept, das aber faktisch verankert ist: Einen Geltungsanspruch erhebt implizit, wer von anderen verlangt, sie sollen sich an bestimmte Normen halten. Wer sagt: „Du sollst nicht töten“, unterstellt, dass auch *er* in derselben Situation nicht töten dürfte. Der Gebrauch des Begriffs „Du sollst“ ist mehr als der Ausdruck dessen, dass man sich etwas wünscht, bzw. es will.³ Der „Befehl des Straßenräubers“ unterscheidet sich von einer Norm. Wer also formuliert „Du sollst“, muss sich selbst an dem erhobenen Anspruch messen lassen. Der Geltungsanspruch wird real erhoben, als Maßstab weist er aber über die Realität hinaus. Anstelle des nicht weiter begründbaren „so will ich es und deshalb gilt es“ tritt der Gedanke „das kann jede/jeder akzeptieren“. Transzendenz wird bei diesem

¹ Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 151 ff.

² Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S. 178 ff.

³ In diesem zuletzt genannten Sinn haben Positivisten, wie etwa Kelsen, Normen stets (verkürzt) interpretiert. Einheit und Besonderheit als Normen mussten daher auf die Grundnorm zurückgeführt werden; Kelsen, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1960, S. 360 ff.

Begründungsansatz aus der Immanenz gewonnen. Das formale Prinzip, das ohne substanzielle Wertungen (etwa aus überpositivem Recht abgeleitet) auskommt, stellt einen brauchbaren Maßstab für die Legitimität von Normen bereit. Man gewinnt ihn quasi transzendentallogisch aus dem faktisch erhobenen Geltungsanspruch.⁴

2. Wurzeln des Prinzips

Die Geltungsgegenseitigkeit von Normen ist also ein formales Prinzip, gewährleistet aber durchaus eine gewisse inhaltliche Gerechtigkeit.⁵ Das Prinzip resultiert letztlich aus der Gleichachtung aller Menschen (und ist insofern historisch kontingent).⁶ Die Prämisse dieser Gerechtigkeitsvorstellungen ist die Identifikation mit dem anderen, der Perspektivenwechsel. Normen, die auch auf denjenigen⁷ anzuwenden sind, der ihre Einhaltung fordert, eignen sich nicht dazu, diesem (oder anderen) Privilegien einzuräumen. Zunächst wurde in der Aufklärung dieses Prinzip im Sinne *abstrakter Gleichheit* verstanden. Die Vertreter der Lehre vom formalen Naturrecht machten den fundamentalen Gedanken der Gleichheit fruchtbar, um ein Prinzip der Normbegründung zu gewinnen: Bei Kant lautet dieser berühmte kategorische Imperativ bekanntlich: „Handle so, dass die Maximen deines Willens zu einem allgemeinen Gesetz taugen.“ Im Falle der abstrakten Allgemeinheit von Gesetzen ist der andere zwar alter ego, aber seine konkrete gesellschaftliche Position wird ausgeblendet, die Perspektive ist monologisch: Der Einzelne fragt sich, ob er eine solche Norm auch gegen (und nicht nur für) *sich* gelten lassen würde. Er denkt sich dabei nicht in die konkrete gesellschaftliche Position Dritter hinein. Verallgemeinerungsfähigkeit wurde damals als untrennbar verknüpft mit abstrakter Allgemeinheit und Gleichheit gesehen, es beinhaltete das Absehen von der jeweils besonderen Position der Menschen. Normen armer bzw. machtloser Personen werden unter solchen Prämissen anders aussehen, als Normen privilegierter Personen. Ob und unter welchen Umständen Eigentum zu respektieren ist, werden arme Menschen anders beurteilen als reiche. Dass eine Norm allgemein gilt, mindert diese Beurteilungsdifferenz nicht.

Der Gedanke der abstrakten Gleichheit weist bei kritischer Analyse über sich hinaus: Die formale Gleichheit privilegiert jene, die über Macht und Reichtum verfügen. Bekanntlich ersetzte der Gedanke der Universalität von Normen im rechtsphilosophischen Diskurs deshalb den Gedanken der abstrakten Gleichheit.⁸ Danach müssen auch die konkreten Geltungsbedingungen der Norm dem Reziprozitätstest unter-

worfen werden. Der Perspektivenwechsel bezieht sich auch auf die jeweils konkrete Situation bzw. die gesellschaftliche Lage. Die Frage lautet dann, ob man die Norm auch dann gegen sich gelten lassen würde, wenn man den Lebensbedingungen und Chancen jeweils aller anderen unterworfen wäre.⁹ Der Starke kann nicht mehr argumentieren, er brauche den Schutz von Normen nicht. Genauer gesagt: Sobald, wer stark ist oder Macht hat, Normen an andere adressiert, nimmt sich dieses Argument selbst. Das geschilderte monologische kantische Prinzip der Normbegründung ist insofern von den Konsenstheoretikern zu einem universalistischen weiterentwickelt worden, das nicht nur alle Perspektiven in einer Person verkörpert, sondern sie real in den Diskurs einbeziehen sollte. Die Allgemeinheit wurde als grundlegendes Prinzip der Normbegründung in Richtung Universalität abgeleitet. Die Konsequenzen sind bedeutsam: Eingriffe können nicht utilitaristisch, also nach dem Prinzip des überwiegenden Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Eine wichtige Implikation einer solchen Normbegründung ist nämlich ein Prinzip, das im Öffentlichen Recht im Gedanken der „Opfergrenze“, des Verbots von „Sonderopfern“ und der „Lastengleichheit“ seinen Niederschlag findet.¹⁰ Einzelne müssen der Allgemeinheit keine Opfer bringen. Die einzelnen Regeln müssen als Bestandteile eines Regelungssystems (per saldo und de facto) im Interesse aller sein. Im Folgenden soll dieses Konzept für die Begründung von Sanktionen fruchtbar gemacht werden, mit denen legitime Ge- und Verbote ausgestattet werden. Es wird nicht untersucht, ob und unter welchen gesellschaftlichen Bedingungen und in welchen Fällen ein Kriminalstrafrecht unserer Gestalt notwendig und sinnvoll ist oder ob unsere materiellen Strafvorschriften gemessen an diesem Prinzip überzeugend sind. Vielmehr geht es darum, ob und unter welchen Bedingungen Strafe legitim ist, falls sie zur Wiederherstellung der Normgeltung geeignet und erforderlich ist. Hier interessieren Probleme der Ungleichheit von Normgeltung und/oder -durchsetzung.

III. Die Bedeutung des Prinzips für die Strafe

1. Strafe und Reziprozität

Strafe ist Übelszufügung als Reaktion auf eine Straftat. Sie dient der Wiederherstellung von Reziprozität (aus der Sicht der Allgemeinheit und der Opfer). Sie beseitigt den durch die Tat verursachten Normgeltungsschaden. Die Tat ist geeignet,

⁴ Apel, Das Apriori der Kommunikationsgesellschaft, in: Apel (Hrsg.), Transformationen der Philosophie, Bd. 2, 1973, S. 428 ff.

⁵ Habermas (Fn. 1), S. 151 ff.

⁶ Zur historischen Verankerung, vgl. Luhmann, Rechtssoziologie 1, 1972, S. 155; hierzu auch Velten, in: Hofer/Leisch-Kiesl (Hrsg.), Evidenz und Täuschung, 2008, S. 45 ff.

⁷ D.h. es war kein schon immer geltendes Prinzip, es ist beschränkt auf die Epoche, die feudalistische Prinzipien bereits verworfen hat.

⁸ Habermas (Fn. 1), S. 88 ff., 151 ff.; Apel (Fn. 4), S. 428 ff.

⁹ Das entsprechende heuristische Kriterium ist bei Rawls mit dem Bild des „veil of ignorance“ bezeichnet – freilich ohne den diskurstheoretischen Hintergrund (Rawls, A Theory of Justice, 1999): Da ich nicht weiß, auf welcher Seite ich mich befinden werde, muss die so formulierte Norm aus jeder Perspektive akzeptabel sein. Vgl. zur Verknüpfung von Gleichheit und Zustimmungsfähigkeit als Maßstab aus soziologischer Perspektive, Luhmann (Fn. 6), S. 188 f.: „Statt den geltenden Rechtsnormen eine Art Übernorm muss dem Recht seine Funktion [...] vorgehalten werden. Gerechtigkeit, [...] als Gleichheit definiert bedeutet [...] Konsensfähigkeit“.

¹⁰ Krumbiegel, Der Sonderopferbegriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1975, S. 14 ff. und passim.

die Bereitschaft zur Befolgung von Normen zu senken. Wie oben am Beispiel des Fahrraddiebstahls gezeigt, begünstigen Straftaten nicht nur wegen ihrer Vorbildfunktion weitere Straftaten, sondern auch, weil sie die eigene Normtreue als Opfer erscheinen lassen, dem keine Gegenleistung entspricht. Die Strafe gibt dem eigenen Opfer im Nachhinein wieder einen gewissen Sinn.

a) Warum darf man den Täter durch Strafe in Anspruch nehmen?

Wer von anderen die Achtung seiner Rechtsgüter erfahren hat und davon ausgehen kann, dass er sie in Zukunft erfährt, wer in den Genuss staatlichen Schutzes seiner Rechtsgüter gekommen ist oder kommt, schuldet anderen in gleicher Weise Achtung und Respekt. Wenn er diese Leistung verweigert, hat er mehr erhalten als er selbst geleistet hat. Das Resultat ist ein Leistungsungleichgewicht. Der Täter hat nicht nur einen Rechtsgutsschaden verursacht, sondern auch einen Normgeltungsschaden. Er trägt nicht nur die Verantwortung für die Rechtsgüter anderer, sondern auch die Verantwortung für die faktische Geltung der Normen. So wie er Sicherheit erhält und verlangen kann, muss er Sicherheit gewährleisten oder notfalls wiederherstellen. Wegen der erhaltenen Achtung darf man deren mangelnde Erwidern strafen.

b) Worin besteht der Normgeltungsschaden?

Der Normgeltungsschaden, der von einer Tat ausgeht, wird nach dieser Theorie etwas anders als sonst bestimmt. Typischerweise wird in den Vordergrund gestellt, dass die Tat ein negatives Vorbild darstellt.¹¹ In der Strafe versichert sich die Gesellschaft, dass sie an den Normen festhält. Sie verhindert durch die Strafe, dass die Tat als positives Vorbild gelten kann.

Ich akzentuiere den Normgeltungsschaden abweichend. Er besteht in den durchaus vernünftigen Reaktionen derjenigen, die sich an die Strafgesetze gehalten haben, auf die Taten anderer. Nur verständliche, vernünftige Reaktionen sind ausgleichsfähig. Wenn andere folgenlos Straftaten begehen, bringen diejenigen, die sich an Normen halten, ein Sonderopfer. Die Tat stört also das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung. Wer sich an die Normen hält, verzichtet meist zugleich auf die Durchsetzung eigener Interessen. Im Gegensatz dazu nehmen die Täter ihre Interessen (aus der Perspektive der Opfer auf ihre Kosten) wahr bzw. respektieren diejenigen anderer nicht. Zwei Aspekte spielen eine Rolle:

Man verzichtet erstens auf die Vorteile, die diejenigen haben, die Güter als vergesellschaftet bzw. nicht geschützt behandeln. Die kleinen Fahrraddiebe im eingangs berichteten Beispiel hatten zuvor vielleicht häufiger ein Auge auf fremde, attraktive Räder geworfen, das fremde Eigentum aber respektiert. Zweitens erhält man die Gegenleistung nicht, um dezentwillen verzichtet wird: Weil ihre eigenen Räder gestohlen wurden, wurde ihr Verzicht nicht „belohnt“. Das Opfer bleibt

einseitig. Die Bestohlenen mussten sich angesichts des Verlusts ihrer Räder fragen, warum sie selbst so dumm waren, das Eigentum anderer zu respektieren. Diese Frage wird in Einzelfällen weniger drängend sein als in Fällen verbreiteter Anomie. In solchen krassen Fällen der Anomie ist zudem weithin¹² sinnlose Rechtstreue geschuldet. Der Respekt des Rechtsguts schiebt dessen Verlust nur hinaus. Hätte meine Nachbarin in der bundesdeutschen Hauptstadt des Fahrraddiebstahls das Eigentum an dem nichtverschlossenen Fahrrad respektiert, dann hätte dies dem Eigentümer wenig genutzt. Mit großer Wahrscheinlichkeit hätte sonst ein Dritter das Fahrrad gestohlen. Die Nachbarin hätte lediglich zu dessen Gunsten auf ihren Vorteil verzichtet, nicht zu Gunsten des Rechtsgutsinhabers. Geschuldet ist in solchen Fällen der Sache nach in erster Linie persönliche Integrität ohne unmittelbaren gesellschaftlichen Nutzen (allenfalls den sehr mittelbaren eines lobenswerten Vorbilds).

c) Wie beseitigt die Strafe diese verständlichen Gründe, sich nicht mehr an Normen zu halten? (Funktionen und Bedeutung der Strafe)

aa) Die Bedeutung der Strafe

Strafe beseitigt den Normgeltungsschaden nicht nur dadurch, dass sie symbolisiert, dass die Gesellschaft an der Norm festhält, sondern auch, indem sie den anderen Normadressaten manifest demonstriert, dass die Vorteile, die sich der Straftäter durch die Tat verschafft hat, keinen Bestand haben (sollen),¹³ dass im Gegenteil die Täter Einbußen hinnehmen müssen. Sie zeigt auch, dass die Einbußen, welche die Opfer erlitten haben, nicht einseitig bleiben und dass der eigene Verzicht per saldo vorteilhaft ist.

bb) Die Funktionen der Strafe

Die Strafe hat in dieser Konzeption unterschiedliche Aufgaben:¹⁴ Sie stellt die Lastengleichheit und Verteilungsgerechtigkeit wieder her (Ausgleichsfunktion)¹⁵ und nimmt damit Dritten den Grund, sich seinerseits an Normen nicht gebunden zu fühlen. Nach der Bestrafung von Tätern ist es für Dritte wieder sinnvoll, sich an Normen zu halten. Normgehorsam wird insoweit zwar nicht durch erhaltene Achtung, aber doch durch die Vermeidung von Strafe „belohnt“. Eine bloße Wiederherstellung des status quo ante (sofern sie möglich ist) ist unzureichend, sie würde nur genügen, wenn alle Straftaten aufgeklärt würden.¹⁶ Eine rein symbolische Reaktion auf Straftaten wiederum ist unzulänglich, weil der

¹¹ Kritisch dazu zu Recht BVerfGE 28, 386 (391): Es würde sich letztlich um eine Haftung des Täters für kriminelle Neigungen anderer handeln.

¹² Das gilt naturgemäß nicht für das Tötungsverbot.

¹³ Insofern wirkt auch das zivilrechtliche Schadensersatzrecht abschreckend.

¹⁴ Vgl. dazu Velten (Fn. 2), S. 178 ff.; ähnlich Haas, Strafbegriff, Strafverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 262 f.

¹⁵ Diese Theorie unterscheidet sich deshalb entscheidend von der Straftheorie, die als Zweck den „Ausgleich des immateriellen Verbrechensschadens“ ansieht (vgl. dazu Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, 1831, S. 257).

¹⁶ Insofern verfängt m.E. die Kritik von Neumann, ZIS 2009, 109, an der von Haas (Fn. 14) vorgelegten Konzeption nicht.

Normgeltungsschaden auch eine Reaktion auf materielle Einbußen bzw. Beeinträchtigungen ist. Hinzukommt, dass ohne eine gewisse faktische Gegenseitigkeit von Normen keine Normanerkennung zu erwarten ist, weil sie ihren Sinn verliert. Daher muss Strafe im Vergleich zu einem Gesellschaftssystem ohne Strafe auch die Sicherheit erhöhen (Sicherungsfunktion). Sie muss empirisch erforderlich und geeignet sein, die Bereitschaft zu fördern, Rechtsgüter anderer zu respektieren (im Vergleich zu einem Unterlassen jeder Reaktion). Wenn die Strafe beiden Aspekten dient, macht sie den eigenen Normgehorsam wieder sinnvoll.

2. Der erweiterte Blickwinkel

Wenn man eine Straftheorie aus dem Grundgedanken der Geltungsgegenseitigkeit herleitet, dann gerät nicht nur die Konstellation in den Blick, dass der Staat den Täter straft und strafen darf, weil er gestohlen – also Unrecht verschuldet – hat. Jede Strafe wird zu einer Dreiecksbeziehung, die den Strafenden (als Organ, als Vertreter der Allgemeinheit), den Bestraften und die Allgemeinheit, wie auch die Opfer (als deren besonders verunsicherter Teil) ins Auge fassen muss. Wie kommt der Staat in den Blick? Er ist Strafender und Garant der Norm, die der Täter verletzt hat. Er ist dann auch Garant von Normen, die den Täter (und die Allgemeinheit) schützen. Eigenes staatliches Unrecht kann die Befugnis zur Strafe in Frage stellen bzw. zur Verwirkung des Strafanspruchs führen: Ein Staat, der Morde in Auftrag gibt, um unbequeme Kritiker auszuschalten, darf den Mord durch Dritte als Reaktion auf Kritik nicht bestrafen; ein Staat, dessen Institutionen Abwasser rechtswidrig einleiten, um Kosten zu sparen, darf nicht die Umweltdelikte anderer verfolgen.¹⁷ Zudem verkörpert der Staat gegenüber dem Einzelnen, den er straft, die Allgemeinheit. Daher leitet er sein Recht zur Bestrafung Einzelner auch daraus ab, dass die Allgemeinheit im Wesentlichen die Norm respektiert. Insofern kann Strafe nur der Wiederherstellung, nicht der Herstellung von Normbefolgungsbereitschaft dienen. Beide Aspekte sollen im Folgenden verdeutlicht werden.

Aber nicht nur der *Strafende* (als juristische Person, als Verkörperung der Mehrheit, in deren Interesse er straft) und seine Normtreue geraten in den Fokus. Auch der *Bestrafte* selbst gerät eher in den Fokus. Gerechtes Strafrecht setzt faktische Rechtsgeltung voraus. Wer Frieden schuldet und für dessen Herstellung haftet, muss selbst in den Genuss von Frieden kommen. Schwieriger zu rechtfertigen ist die Strafe gegenüber dem Dieb, der zuvor selbst bestohlen wurde als demjenigen gegenüber, dessen Eigentum stets respektiert wurde. Wird ein häufig Bestohlener für die Wiederherstellung der Normtreue in Anspruch genommen, so bringt er zumindest partiell ein Sonderopfer. Gleiches gilt, wenn der Bestrafte einer von vielen Tätern ist, aber nur er zur Verantwortung gezogen wird, während die anderen Straftäter unbehelligt bleiben.

¹⁷ Soweit es als staatliches Unrecht angesehen werden muss.

IV. Materielles Strafrecht: Versagen beim Schutz des Täters

Zunächst geht es um die Fälle, in denen der Täter selbst nicht ausreichend geschützt bzw. respektiert wurde. Denkt man sich eine Friedensordnung (welcher Art auch immer) hinweg, dann dient repressive individuelle Gewalt (also Rache als Reaktion auf erlittenen Schaden) dem Ausgleich erlittener Schäden wie auch der Sicherung der eigenen Position für die Zukunft. Erst der staatliche Schutz individueller Interessen macht individuelle Rechtsdurchsetzung und Vergeltung illegitim. Ohne Strafrecht müsste und dürfte der Einzelne selbst dafür sorgen, dass seine Rechtsgüter respektiert werden. Diese „Geschäftsgrundlage“, die Friedensordnung, sieht man unserem materiellen Strafrecht nicht mehr an. Leistung und Gegenleistung sind in der Strafe nicht synallagmatisch verknüpft. Ohne funktionierende Friedensordnung wird Friedlichkeit aber zum strukturellen Nachteil im Kampf um die Durchsetzung eigener Interessen. Die Illegitimität der Rache und der Selbsthilfe setzt also die Ersetzung dieser Funktionen durch den Staat nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch voraus. Opferwerdung spielt hier nicht die Rolle der *Erklärung* der Tat durch soziale Umstände, sondern sie macht die eigene Unterwerfung unter die Tat zu einer mehr oder weniger großen *Zumutung*.

1. Münchhausens Dilemma?

Hieraus scheint sich jedoch ein grundlegendes Problem, ein *circulus vitiosus*, zu ergeben: Wenn Viktimisierung Strafe delegitimiert, Strafe aber umgekehrt notwendig ist, um eine Gewaltspirale zu verhindern, führt dann nicht die stringente Einlösung eines solchen Konzepts unweigerlich zur Preisgabe einer Friedensordnung? Die Bestrafung von „Opfertätern“ muss nachsichtiger erfolgen, als die Bestrafung anderer. Sind weitere „Opfertäter“ nicht die logische Folge der Rücksichtnahme auf den viktimisierten Täter? Wenn man von der Bestrafung der zu Tätern gewordenen Opfer des Fahrraddiebstahls absieht, gibt dies Dritten nicht geradezu eine Rechtfertigung selbst zu stehlen bzw. treibt sie dorthin? Führt also dieser Ansatz zwangsläufig in die Anomie?

a) Rechtsverletzung als Reaktion auf Viktimisierung? Die Wiederbelebung der Rache?

Es ist eine Errungenschaft des modernen Rechts, dass es die Gegenseitigkeit (insbesondere) von Gewaltverboten entkoppelt, also gerade kein Synallagma im engeren Sinne kennt. Die Herstellung der Geltungsgegenseitigkeit ist im modernen Staat staatliche Angelegenheit; das Gewaltmonopol ist die Kehrseite der Friedenspflicht. Aber einer Befugnis zur Rache rede ich keineswegs das Wort. Mit Rache haben meine Postulate nichts zu tun: Rache würde zunächst ein persönliches Synallagma voraussetzen. Man dürfte nur das Eigentum desjenigen verletzen, der einen selbst bestohlen hat. Um Rachebefugnisse geht es auch deshalb nicht, weil dem anderen sein Notwehrrecht erhalten bleibt, der Übergriff ist ein Tatbestand, der als Störung eine polizeiliche Reaktion hervorrufen kann, die Tatbeteiligten nehmen an der Privilegierung nicht teil. Eine Viktimisierung verleiht keinerlei Rechte, sie kann –

je nach Intensität – die Strafe unzumutbar machen. In der Regel folgt ihr Strafmilderung, nur in Extremfällen muss an Straffreiheit gedacht werden.

b) Kann eine Rechtsordnung, deren Voraussetzung Geltungsgegenseitigkeit ist, ihre eigenen Voraussetzungen noch garantieren?

Weil nach dieser Konzeption einer verteilungsgerechten Strafe Sanktionen nur der Wiederherstellung von Rechtsfrieden, nicht seiner Herstellung dienen können,¹⁸ stellt sich die Frage, ob man der Allgemeinheit das Strafrecht als Mittel der Herstellung von Wertbewusstsein nicht gerade dort aus der Hand schlägt, wo dies am notwendigsten ist. Wenn man Opfertäter schont, dann gibt man deren Opfern oder auch der Allgemeinheit einen Grund Normen zu brechen. Wenn das Recht zu Strafen voraussetzt, dass Normen im Allgemeinen befolgt werden und nicht nur auf dem Papier stehen, soll es dann dort, wo Anomie besteht, bei No-Go-Areas bleiben? Darf man in solchen Areas nicht mehr intervenieren? Das wäre eine Verkürzung des hier vertretenen Ansatzes: Zunächst ist die Herstellung von Wertbewusstsein nicht dem Strafrecht vorbehalten, im Gegenteil: Diese Funktion erfüllen in erster Linie Mechanismen der Integration, der Sozialkontrolle, sodann auch Institute wie Schadensersatz und Wiedergutmachung. Zur Herstellung von Normtreue sind Sanktionen (und erst recht Strafrecht) lediglich ein Schlussstein. Die Aufgabe des Schutzes muss also gerade in Fällen verbreiteter Anomie zunächst anders als durch Strafrecht erfüllt werden. Diese aus der Rechtfertigung der Strafe hergeleiteten Grenzen der Strafe harmonisieren im Übrigen gut mit sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen: Die entscheidende Rolle bei der Normanerkennung spielt die informelle Sozialkontrolle.¹⁹ Es scheint auch *faktisch* eine Illusion zu sein, wenn man annimmt, das Strafrecht könnte die Aufgabe übernehmen, Anomie zu beseitigen.

Sodann delegitimiert die eigene Viktimisierung (abgesehen vielleicht von extremen Ausnahmefällen) das Strafrecht keineswegs absolut. Vor allem ist es illegitim, den Opfertäter genauso hart zu bestrafen wie den Täter (ohne Viktimisierung). Das Ausmaß der Strafmilderung hängt davon ab, wie oft und wie intensiv jemand geschädigt wurde, wie lange dies her ist und ob die Opferwerdung sanktioniert wurde oder nicht. Je länger die eigene Viktimisierung zurückliegt, desto mehr Achtung derselben Rechtsgüter hat der Betroffene in der Zwischenzeit erfahren. Es ist (für die Beurteilung seiner eigenen Gewalttätigkeit) ein Unterschied, ob der Täter als Kind einmal geohrfeigt oder ständig verprügelt wurde. Ein ernstes Problem sind nur die Fälle solcher Opfertäter, die durchgängig Gewalterfahrungen oder sonstigen Benachteiligungen ausgesetzt waren.

Einschränkend zu berücksichtigen ist auch die Abgrenzung von Opfertätern und reinen Tätern. Nicht jede Viktimisierung bedeutet, dass dem Betroffenen die Achtung ver-

weigert wurde oder dass der Staat als Schutzmacht versagt hat. Wer originär Gewalt zur Durchsetzung seiner Interessen einsetzt, der wird Gegenwehr bzw. Gegengewalt (auch über Notwehr hinaus) erfahren und deshalb Opfer von Straftaten werden. In solchen Fällen fehlt es anfänglich nicht an der Achtung ihm gegenüber. Die Verweigerung der Achtung ist ihrerseits reziprok, eine Reaktion. Er wird bei einer Gesamtbetrachtung nicht deshalb Opfer, weil der Staat als Schutzgarant für ihn versagt hat und verdient daher auch keine Nachsicht. Viktimisierungen, die Strafe delegitimieren, sind einseitige oder solche aus einer Position der Schwäche heraus, die der eigenen Täterschaft vorausgehen.

2. Abschied von Tatstrafrecht und retributiver Strafe?

Wenn der Gedanke der erhaltenen und nicht nur der von verweigerten Leistungen bzw. nichterfüllten Pflichten die Bestrafung rechtfertigt, scheint dies den Blick von der Tat weg zur Lebensführung allgemein zu verschieben. Bedeutet dies die Aufgabe der rechtsstaatlichen Errungenschaft und der Rationalität eines Tatstrafrechts,²⁰ und die Rückkehr zu einem Täterstrafrecht? Wenn die Strafe in der Höhe die Wertmaßstäbe widerspiegeln soll, die den Verbotsnormen zugrunde liegen, müsste sie strikt tatproportional, an der Schwere von Unrecht und Schuld orientiert sein. Grundsätzlich basiert die hier begründete Straftheorie auf dem Gedanken des Ausgleichs bzw. der Beseitigung des Normgeltungsschadens, der von der Bedeutung der verletzten Norm geprägt ist und insofern dem Tatprinzip entspricht. Die Obergrenze legitimer Bestrafung ist das verschuldete Tatumrecht, die Schuld kann die Strafe nicht erhöhen, sondern nur senken. Nur zu Gunsten des Täters wird angenommen, dass er (im Hinblick auf eine Art Mitverschulden oder Zuständigkeit der Allgemeinheit für den Normbruch) nicht immer voll für den Ausgleich in Anspruch genommen werden kann. Insofern wird hier das Gegenteil einer Charakterschuldtheorie vertreten. Er darf selbstverständlich nur wegen der jeweiligen Tat bestraft werden, denn nicht seine Gefährlichkeit rechtfertigt die Bestrafung, sondern seine Nichtleistung. Jede neue Tat wird dementsprechend erneut bestraft. Die Geschichte des Strafrechts zeigt die zunehmende Bedeutung der Täterperspektive. Vom Erfolgsstrafrecht über die Berücksichtigung von Schuld und Handlungsunrecht konnten Rücksichtnahmen auf den Täter immer mehr in das Strafrecht integriert werden, ohne seine Ausgleichsfunktion zu beeinträchtigen.²¹ Heute stört es nur noch wenige, dass die fahrlässige Tötung deutlich milder geahndet wird als die vorsätzliche, obwohl die Einbußen beim Opfer die gleichen sind. Entscheidend ist nur, dass Einschränkungen vom Grundgedanken der Gegenseitigkeit her legitimiert werden können. Das Gerechtigkeitsempfinden

¹⁸ Anders tendenziell Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 119.

¹⁹ Vgl. zum Ganzen Kunz, Kriminologie, 2013, 4. und 5. Kapitel m.w.N.

²⁰ Vgl. dazu BVerfGE 6, 389 (439); 28, 386 (391); Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 18; Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, 1984, S. 187 ff.; Frisch, ZStW 99 (1987), 381; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, passim.; dies., JZ 1999, 1080.

²¹ Velten (Fn. 6), passim.

kann differenzierter werden und damit behalten auch mildere Strafen eine Ausgleichsfunktion.

3. Konsequenzen

Viktimisierungen des Täters müssen je nach Stärke und Einseitigkeit strafmildernd berücksichtigt werden. Das Tatumrecht begründet die Strafe, die Vorgeschichte des Täters kann sie merklich reduzieren. Bisherige Strafzumessungserwägungen gingen eher in die umgekehrte Richtung: In der Tradition von Charakterschuldskonzepten²² liegt es, desolate persönliche Verhältnisse erschwerend zu berücksichtigen.²³ Demgegenüber brachte die Orientierung hin zu einem Tatschuldskonzept mehr und mehr die tendenzielle Irrelevanz der „persönlichen Verhältnisse“. In der Diskussion sind nur solche Verhältnisse, die wie wirtschaftliche Not oder Gruppenzwänge die Motivation zu normgemäßen Verhalten de facto erschweren. Hier geht es demgegenüber nicht so sehr um das Können des Täters, als vielmehr darum, dass die Einhaltung der Pflicht bei fehlender Gegenseitigkeit mehr und mehr zur Zumutung wird. Die Faktizität von Normen ist, wie gezeigt, Voraussetzung der Legitimität einzelner Normen. Das Recht zur Strafe setzt deshalb auch voraus, dass der Täter tatsächlich vor Übergriffen geschützt wurde. Gewalterfahrungen delegitimieren die Bestrafung dessen, der selbst deviant wird.²⁴ Gewalterfahrungen, die zunächst einseitigen Charakter haben und anschließend in die Zufügung von Gewalt umschlagen, lassen die eigene Tatbegehung als verständliche, wenn auch nicht rationale Konsequenz aus der eigenen Erfahrung erscheinen. Eine solche Gewalterfahrung rechtfertigt die Begehung von Straftaten an anderen nicht. Aber sie reduziert die Legitimität der Strafe je nach ihrem Ausmaß: Singuläre Erfahrungen machen überhaupt nur eine Reaktion gegenüber den Tätern selbst verständlich, und werden durch? seine Sanktionierung neutralisiert. Sie schränken die Zumutbarkeit der Normbefolgung ein. Daneben gehören solche Gewalterfahrungen zur Lebenswelt des Opfertäters, sie prägen fast zwangsläufig die Realitätsdeutungen, die situativen Erwartungen eines Menschen. Damit betreffen sie auch die Motivationsfähigkeit. Das gilt nicht nur für Gewalterfahrungen, sondern auch für andere Opfererfahrungen. Bewohner von

Gegenden mit Anzeichen ökonomischen Verfalls haben z.B. ein höheres Risiko der Opferwerdung als Bewohner „besserer“ Gebiete.²⁵ Wenn die Viktimisierung sich häuft, dann sinkt die Bereitschaft, selbst das Eigentum anderer zu respektieren verständlicherweise. Eine an der Reziprozität orientierte Straftheorie muss solche Viktimisierungen berücksichtigen. Sie führen – abgesehen von Ausnahmefällen – nicht dazu, dass das Strafrecht verwirkt ist. Sie müssten aber zu benannten Strafmilderungsgründen bzw. Strafraumenabsenkungen führen, die jeweils ein bestimmtes Ausmaß der Viktimisierung voraussetzen. Maßgeblich ist daneben auch, wie weit die Viktimisierung zurückliegt, also ob es sich bereits um verjährte Delikte handelt oder nicht.

V. Strafverfolgung: Lastengleichheit der Bestrafung

Ein auf dem Gedanken der Geltungsgegenseitigkeit basierendes Strafrecht fordert auch bei der Strafverfolgung ein Umdenken. Die Aufgabe der Strafe ist es, Lastengleichheit wiederherzustellen. Die Reziprozität von Normen ist ein Prinzip, das nicht nur für die Begründung von Normen gilt, sondern auch für die Rechtsdurchsetzung: Verbreitet ist die Annahme, dass das Unterlassen von Strafe in dem einen Fall denjenigen, der im anderen, vergleichbaren Fall gestraft wird, überhaupt nicht tangiert. Sie findet ihre Ausprägung in der Formel „keine Gleichheit im Unrecht“ und ist falsch. Ein Opportunitätsprinzip, das die Entkriminalisierung und damit die Gleichbehandlung unkontrollierbar ins Ermessen der Strafverfolgungsbehörden stellt, verträgt sich mit dem Grundgedanken nicht.

Die exemplarische Bestrafung oder das Herausgreifen von Sündenböcken stört das generelle Geltungsgleichgewicht von Normen. Strafgerechtigkeit setzt ein gesellschaftliches Gleichgewicht von Nehmen und Geben ohne Privilegien voraus. Zwar kommt auch, wer als Sündenbock herausgegriffen und bestraft wird, in den Genuss des Schutzes seiner Rechtsgüter. Er gibt und nimmt also. Zur Debatte steht hier deshalb nicht die Reziprozität im engeren Sinne (also, dass die Bestrafung wegen Rechtsgutsverletzungen den Schutz eigener Rechtsgüter voraussetzt), sondern die Verteilungsgerechtigkeit im weiteren Sinne. Das Prinzip zwingt zwar nicht zu der Annahme, dass jedes Unrecht (also jeder Angriff auf Rechtsgüter) verfolgt werden muss, die Entkriminalisierung von Bagatellen verträgt sich damit ohne Weiteres. Sie muss allerdings lastengleich erfolgen. Auch der fragmentarische Charakter des materiellen Strafrechts steht nicht prinzipiell zur Disposition.²⁶

²² Vgl. etwa *Dreher*, Die gerechte Strafe, 1947, S. 52 ff.; *Welzel*, ZStW 60 (1941), 428; *Gallas*, ZStW 67 (1955), 45; dazu eingehend m.w.N. *Hörnle* (Fn. 20), S. 40 ff.

²³ Vgl. zunächst BGHSt 1, 51; 16, 351; 24, 268 (270); nach der späteren Rspr. dürfen Umstände der allgemeinen Lebensführung bei der Strafzumessung unter Schuldaspekten nur noch dann berücksichtigt werden, wenn sie – im Sinne einer Indizwirkung – wegen ihrer engen Beziehung zur Tat Schlüsse auf das verschuldete Unrecht zulassen BGHSt 5, 124 (131 f.); BGHSt 7, 28 (31); BGHSt 44, 125 (126); BGH NJW 1987, 2882 f.; BGH StV 1990, 259 f.; BGHR, StGB § 46 Abs. 1, Schuldausgleich 3, 7, 31.

²⁴ Vgl. dazu im Einzelnen *Pfeiffer/Delzer/Enzmann/Wetzels*, Ausgrenzung, Gewalt und Kriminalität im Leben junger Menschen, Kinder und Jugendliche als Opfer und Täter, Sonderdruck der DVJJ zum 24. Deutschen Jugendgerichtstag, 1998.

²⁵ Vgl. im Einzelnen *Hermann/Simsa*, in: Dölling/Feltes/Heinz/Kury (Hrsg.), Kommunale Kriminalprävention: Analysen und Perspektiven, Ergebnisse der Begleitforschung zu den Pilotprojekten in Baden-Württemberg, 2003, S. 222 (231) m.w.N., und *Kunz* (Fn. 19), 3. Kapitel, Rn. 19 m.w.N.

²⁶ Problematisch wird er dort, wo die Vorenthaltung des Schutzes die Betroffenen nicht lastengleich trifft.

a) Die berechenbar selektive Strafverfolgung

Wenn berechenbar ist, wen die Strafe trifft und wen nicht, verstößt fragmentarisches Strafen direkt gegen das Prinzip der Geltungsgegenseitigkeit: Die Einzelpersonen oder die Gruppen, welche die Strafe nicht trifft, sind von der Normbefolgung entbunden. Das lässt sich am Beispiel des Dopings im Radsport gut illustrieren: Keine Beeinträchtigung der Geltungsgegenseitigkeit des Verbots zu dopen ergibt sich daraus, dass nicht jeder Fahrer ständig kontrolliert wird. Schon wenn ein breit gestreutes, nicht kalkulierbares echtes Entdeckungsrisiko bestünde, würde dies dafür sorgen, dass das Dopingverbot faktisch respektiert würde. Es wären nicht nur alle Fahrer verpflichtet, Doping zu unterlassen, sondern es kämen unterschiedslos alle in den Genuss des entsprechenden Konkurrenzschutzes. Würden hingegen regelmäßig einzelne Fahrer (G bis L) oder die Fahrer eines bestimmten Rennstalls von den Kontrollen ausgenommen oder würde ihr Verfahren im Fall einer positiven Probe stets gegen eine Spende an den Radsportverband UCI eingestellt, während andere für dasselbe Verhalten gesperrt werden, dann würde dies Gleichgewicht empfindlich gestört: Es bestünde eine Asymmetrie zwischen Nehmen und Geben, die Normbefolgung durch die von Strafe bedrohten Fahrer wäre als einseitige nicht zumutbar.

Auch dabei spielen die genannten drei Faktoren eine Rolle: Zum einen ist der Zwang zum Verzicht auf Vorteile ungleich verteilt. Im Fall des Dopings entgehen denjenigen, die (aus Furcht vor Strafe) nicht dopen, Vorteile, die diejenigen haben, die das Verbot missachten. Konkret: Man verzichtet auf einen 5%igen Leistungszuwachs. Man erhält die diesen Verzicht legitimierende Gegenleistung nicht, man ist selbst dem Leistungszuwachs der anderen ausgeliefert. Es gibt keine Wettbewerbsgleichheit. Die Normbefolgung räumt den die Normen Missachtenden einen Wettbewerbsvorteil ein. Den anderen wird nicht nur ein Verzicht zugemutet, den ihnen gegenüber nur die Fahrer A bis F und M bis Z leisten, auch bringt sie dieser Verzicht den anderen (G bis L) gegenüber ins Hintertreffen. Rechtstreue kann unter der Bedingung (selbst partieller) Anomie zum strukturellen Nachteil werden. Zum Dritten schiebt der Respekt des Rechtsguts dessen Verlust nur hinaus bzw. verlagert den Nutzen auf eine andere Person. Der Wert der Rechtsgüter ist relativiert: Es ist sinnlos, die Wettbewerbsfähigkeit der nichtdopenden Fahrer zu wahren, wenn die straflos dopenden sie ohnehin übervorteilen werden. Ihr Interesse kann also letztlich nicht wirklich gewahrt werden. Die Normbefolgung verliert (je nach Rechtsgut mehr oder weniger) an Sinn. Das Prinzip gilt auch bei kernstrafrechtlichen Regelungen, wie die eingangs erwähnten Beispiele zeigen: Würde das Verbot des Fahrraddiebstahls nur bei einer Gruppe (dort aber anders als in Münster effizient) durchgesetzt, bei einer anderen Gruppe nicht, würde der Pool der Fahrräder für die letzte Gruppe „reserviert“. Würde das Gewaltverbot bei bestimmten Gruppen durchgesetzt, bei anderen nicht, würde man erstere Gruppe entwaffnen, also der anderen Gruppe „ausliefern“. Rechtsdurchsetzungsdefizite, die strukturell systematisch bestimmte Personen oder Personengruppen belasten, sind unzulässig.

b) Nicht berechenbare Privilegierungen bei der Strafverfolgung

Schwieriger zu beurteilen ist die folgende Konstellation: Es wird ein Täter privilegiert, indem er im Unterschied zu anderen für die vergleichbare Tat nicht gestraft wird. Diese Privilegierung war aber vorab, bei der Tatbegehung, nicht absehbar. Hier werden alle gleichmäßig geschützt. Es bleibt bei der Wechselseitigkeit von Nehmen und Geben, Schutz und Abstinenz halten sich die Waage. Im Fall des Dopings müssen alle „clean“ fahren, die das Strafbarkeitsrisiko vermeiden wollen. Die nicht dopenden verzichten auf die Leistungssteigerung. Die dopenden Fahrer erhalten dann Schutz, obwohl sie ihrerseits auf die Vorteile des Dopens nicht verzichten. Sie sind deshalb prinzipiell ausgleichspflichtig. Daran ändert die Nichtbestrafung einiger weniger nichts.

Gleichwohl leidet die Strafgleichheit, wenn auch in geringerem Ausmaß, wenn bestimmte Täter verschont werden.²⁷ Das Problem liegt in diesen Konstellationen an anderer Stelle, es betrifft die Symbolfunktion der Strafe und das Gleichgewicht von Nehmen und Geben über den Einzelfall hinaus. Die Lastengleichheit der Inanspruchnahme ist nicht gewährleistet, das Unterlassen einer Sanktion im Unterschied zum Vollzug im anderen Fall hat eine Aussagekraft.

Werden im Dopingbeispiel die Fahrer B bis D lebenslang gesperrt, der Fahrer A jedoch nicht, so ist der Ausgleich aus der Sicht des Täters zwar im Hinblick auf das, was er erhalten hat, berechtigt, aber es fehlt an der Verteilungsgerechtigkeit der Inanspruchnahme für die Herstellung der Normakzeptanz.²⁸ Das Leistungsungleichgewicht, das in anderen Fällen ausgleichswürdig erscheint, bleibt bestehen. Wenn nach der Entdeckung einer positiven A-Probe ein Fahrer im Gegensatz zu anderen bewusst geschont würde – entweder, weil gar kein weiteres Verfahren eingeleitet wird (die B-Probe nicht eröffnet wird) oder weil dies eingestellt (trotz positiver A- und B-Probe keine Sperre erfolgt und die Leistung aberkannt wird) oder das Verfahren (trotz dieses Ergebnisses) mit einem „Freispruch“ beendet wird – bringen die anderen Bestraften ein Sonderopfer. Dasselbe gilt für die Opfer: ihnen gegenüber bleibt das Ausgleichsbedürfnis aktuell. Ihre Rechtsgüter scheinen weniger wichtig.²⁹ Die Verfolgung einer Tat, ebenso wie ihre Bestrafung, kommuniziert,

²⁷ Vgl. aber *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 134; *Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968, S. 15 ff.

²⁸ Unproblematisch sind jene Fälle, in denen die Ungleichbelastung darauf zurückzuführen ist, dass nur beschränkte Mittel zur Aufklärung zur Verfügung stehen, sofern die für die Strafverfolgung zur Verfügung stehenden Mittel mit gleicher Streuung (nicht selektiv) eingesetzt werden. Dass bestimmte Fahrer zufällig nicht entdeckt werden, delegitimiert die Bestrafung der wenigen Entdeckten nicht, wenn das Entdeckungsrisiko gleich gestreut ist.

²⁹ Die Nebenkläger im NSU-Prozess versuchen, diesen Mangel an Integration der Opfer sichtbar zu machen. Damit bringen sie aber zugleich das Gefüge des Strafverfahrens ins Wanken, in dem es immer nur um die Frage der Täterschaft gehen kann.

dass das Verhalten (das nachgewiesen ist oder hinsichtlich dessen ein Verdacht besteht) fehlerhaft, dass es ein Normverstoß ist. Wird vice versa die Tat nicht verfolgt, wird hingegen kommuniziert, dass kein Fehler vorlag bzw. auch bei weiterem Nachweis kein Fehler vorliegen würde. Wird unter vergleichbaren Bedingungen unterschiedlich entschieden, ist also die staatliche Aussage zur Normgeltung widersprüchlich. Ein solcher Widerspruch verträgt sich nicht mit der Universalität von Normen. Daher muss auch hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ der Strafe Verteilungsgerechtigkeit herrschen. Wenn man Sündenböcke herausgreift und bestraft, tragen sie allein die gesellschaftlichen Kosten der Normbrüche anderer. Nichts anderes gilt, wenn in einem Fall eine formelle Strafe, im vergleichbaren Fall eine informelle Sanktion (also eine nicht registerpflichtige Geldbuße oder Ähnliches) verhängt wird, deren stigmatisierende Wirkung deutlich geringer ist. Diese Verteilungsgerechtigkeit betrifft nämlich auch das Maß der Bestrafung, nicht nur das „Ob“. Diese rechtsinterne Perspektive hat auch gravierende gesellschaftliche Auswirkungen. *Max Weber* und *Luhmann* haben die Bedeutung dieses Gleichheitsgedankens als Motor für die Rationalität des Rechts herausgearbeitet: Der Gleichheitsgedanke ist es, der Sachorientierung, Differenzierung, Systematisierung, Distanz von Herrschaft und von persönlicher Willkür sichert.³⁰

c) Konsequenzen

Dem Grundsatz der Reziprozität entspricht ein Strafrecht, dessen Durchsetzung unter der Ägide des *Legalitätsprinzips* steht. Der Verzicht auf die Bestrafung von Bagatellen verträgt sich nur dann mit dem Grundsatz der Reziprozität, wenn (auch prozedural) sichergestellt ist, dass das Differenzierungskriterium zwischen Verfolgung und Nichtverfolgung wirklich die Schwere der Tat ist.³¹ Das Recht zu diversioneller Erledigung von Strafverfahren, wie es in Deutschland in den §§ 153 ff. StPO verwirklicht ist, gewährleistet eine solche Gleichheit nicht. Es erlaubt, die Entscheidung davon abhängig zu machen, ob der Fall juristisch kompliziert ist, ob Widerstand durch effiziente Verteidigung zu erwarten ist oder nicht, ob die Person, die angeklagt ist, sympathisch erscheint oder nicht. Gleiches gilt für *verfahrensbeendende Absprachen*, in deren Genuss die Betroffenen nach sachwidrigen Kriterien kommen.

VI. Unterschiede zu traditionellen Straftheorien

Die hier vorgestellte Theorie wird in ihrer Herleitung so ähnlich in der Literatur schon bisher in Betracht gezogen, meist handelt es sich um retributive Straftheorien.³² Die tradi-

tionellen Straftheorien verfolgen hingegen meist andere Anliegen.

1. Reine Präventionstheorien

Die hier dargelegte Theorie unterscheidet sich von reinen Präventionstheorien dadurch, dass diese Strafe utilitaristisch rechtfertigen: Strafrecht wird dem Täter gegenüber aus dem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt. Strafe dient der Prävention, sie soll Rechtsgüter schützen, indem sie die Gefahr zukünftiger Begehung von Straftaten (also die Gefahr ihrer Wiederholung durch den Täter oder Dritte) bekämpft. Diese Theorien leiden zunächst darunter, dass sie ein Strafrecht, das die Strafe nach dem Ausmaß von Unrecht und Schuld bemisst, nicht schlüssig erklären können. Sie tendieren inhaltlich bei Bagatelldelikten zu überbordenden Reaktionen, bei schweren Delikten genügen u.U. minimale Reaktionen.³³ Legitimatorisch bestehen jene Lücken, die eine utilitaristische Legitimation stets aufweist: Es fehlt die Auseinandersetzung mit den Gründen dafür, warum der Täter für Gemeinwohlinteressen haften soll. Generalpräventive Theorien können nicht angeben, warum der Täter „für die kriminellen Neigungen Dritter büßen soll“³⁴, spezialpräventive Theorien leiden darunter, dass nicht die Verantwortlichkeit, sondern die (oft unverschuldete) objektive Gefährlichkeit die Reaktion bestimmt.³⁵

2. Vereinigungslehre

Die Vereinigungslehre versucht zwar das Legitimationsdefizit zu beheben, indem sie Vergeltungs- und Präventionstheorien verbindet. Sie trennt zwischen der Rechtfertigung der Strafe im Verhältnis zum Täter und ihrer Rechtfertigung als gesellschaftlicher Institution.³⁶ Im Verhältnis zum Täter rechtfertigt die Vergeltung von Unrecht und Schuld die Strafe. Da staatliche Tätigkeit stets säkularen Zwecken dienen muss, muss die Strafe zusätzlich zur Verbrechensbekämpfung erforderlich und geeignet sein. Diese Doppellegitimation der Strafe wirkt sich auch auf deren Bemessung aus: Die Strafe darf das Maß des verschuldeten Unrechts nicht übersteigen, aber sie darf auch nicht verhängt werden, wenn sie spezial- und generalpräventiv sinnlos ist. Zunächst tut sich diese Theorie mit der Erklärung der überwiegend retributiven Gestalt des geltenden Strafrechts schwer.³⁷ Strafe als Reaktion auf

³⁰ *Luhmann* (Fn. 6), S. 172 ff., 189 ff.; *Weber*, Rechtssoziologie, herausgegeben von Johannes Winckelmann, 1967, S. 217 ff.

³¹ Zur Schlüssigkeit der Argumentation, es bedürfe eines Opportunitätsprinzips, um die Hypertrophie des Strafrechts zu korrigieren, schon *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, 1978, S. 49 f.

³² Siehe dazu unten V. 4. m.w.N.

³³ Vgl. im Ergebnis *Frister*, in: Ahlbrecht/Dann/Wessing/Frister/Bock (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag, 2015, S. 11; *Pawlik* (Fn. 18), S. 119 m.w.N. Vgl. auch *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1. Abschnitt, Rn. 30.

³⁴ BVerfGE 28, 286 (391).

³⁵ Eingehend *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 20 ff.; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, 2. Kapitel, Rn. 15; *Pawlik* (Fn. 18), S. 75 f. m.w.N.

³⁶ Vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 33 ff.

³⁷ *Pawlik*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag, 2004, S. 213.

vergangenes Unrecht bleibt unerklärlich, wo die Gefahrabwendung im Zentrum der Überlegungen steht.

Unbefriedigend ist sie aber auch in ihrem legitimatorischen Teil. Hier rekurriert sie auf vergeltungstheoretische Argumente, wie wir sie von den Aufklärern *Kant* und *Hegel* her kennen. Die Sanktion beruht auf einem Perspektivenwechsel: Die Regeln, die der Täter auf andere anwendet, werden nun auf ihn angewendet. Es wäre selbstwidersprüchliches Verhalten des Täters, für sich selbst die Wahrung solcher Güter und Interessen zu reklamieren, die er anderen verweigert hat. Wer einen anderen schwer verletzt hat, kann von diesem schlecht verlangen, dass er nun seinerseits seine Gesundheit respektiert. Wer für sich reklamiert, andere töten zu dürfen, kann dem anderen gegenüber schlecht auf die Geltung des Tötungsverbots beharren. Die Forderung, nicht bestraft zu werden, wäre selbstwidersprüchlich. Wer einen anderen getötet hat (also die Rechtsgüter eines anderen missachtet hat), würde sich (normativ betrachtet) widersprüchlich verhalten, wenn er von der Allgemeinheit nun seinerseits erwarten würde, dass sie mit seinen Rechtsgütern nachsichtiger verfahren würde.³⁸ Er würde eine Achtung erwarten oder reklamieren, die er selbst anderen nicht gezollt hat. Der Täter erscheint daher selbst als Autor der gegen ihn zu richtenden Sanktion.³⁹

Insofern basiert die Vereinigungslehre auch auf dem Gedanken der Geltungsgegenseitigkeit von Normen. Allerdings wendet sie diesen Gedanken nur aus *einer* Perspektive an: Strafe ist gerecht, der Täter kann ihr nicht widersprechen, ohne für sich eine privilegierte Behandlung zu verlangen, die er anderen nicht zugesteht. Der Grundgedanke der goldenen Regel: „Was du nicht willst, dass man dir tu, das füg auch keinem anderen zu“,⁴⁰ wird nicht auf das kalkulierende „do ut des“ (das sich auf den Einzelfall beschränkt) reduziert, sondern als Prinzip verstanden. Deshalb darf dieser Gedanke auch umgekehrt werden: Was du einem anderen zugefügt hast, von dem musst du wollen, dass auch du es im Zweifel gegen dich gelten lassen und d.h. dulden musst. Der Gedanke der Talion⁴¹ bringt die Reziprozität zum Ausdruck. Aber hier

wird die Vereinigungslehre defizitär. Der Grundgedanke wird nicht ausgeschöpft. Der Selbstwiderspruch allein erklärt das Strafrecht nämlich nicht. Wenn der Staat Übel zufügen darf, weil der Täter Übel zugefügt hat, übernimmt er die Maxime des Täters und scheint mit seiner eigenen zu brechen. Der Täter wird zum Gesetzgeber. Wenn es falsch ist, jemandem Leid zuzufügen, warum geschieht dies dann in der Strafe? Warum der Täter für den Normgeltungsschaden haftet und für die Wiederherstellung der Sicherheit haftet, muss aus gesellschaftlicher Sicht beantwortet werden und diese Erklärung fehlt hier. Diese Lücke lässt sich mit dem Gedanken der Reziprozität schließen.

3. Positive Generalprävention als symbolische Kommunikation durch Strafe

Die Theorie der positiven Generalprävention⁴², wie sie *Jakobs* im Anschluss an *Hegel* vertritt, versteht sich zwar als deskriptive Theorie, auch sie bietet aber Ansätze einer Rechtfertigung für die Bestrafung. Danach liegt die Hauptfunktion der Strafe darin, die Geltungskraft von Normen wiederherzustellen, die durch die Straftat beeinträchtigt ist.⁴³ Die Tat erschüttere die Normordnung, weil der Täter damit die Geltung seiner partikularen Maxime gegen die allgemeine Norm behaupte. Wer einen anderen (ungerechtfertigt) tötet, stelle dem Tötungsverbot des § 212 StGB die Maxime entgegen, es sei erlaubt zu töten. Damit werde er zum potenziellen Vorbild für andere. Die Strafe kommuniziere demgegenüber, dass die Gesellschaft (verkörpert durch die Strafjustiz) an der Geltung der Norm (kontrafaktisch) festhalte. Strafe diene so der Selbstvergewisserung der Gesellschaft. Andere Strafzwecke – wie etwa Abschreckung – sind bloße Nebenfolgen der Bestrafung, rechtfertigen sie aber nicht. Eine so legitimierte Strafe trägt ihre Limitierung in sich: Sie muss nur auf verschuldetes Unrecht reagieren: Auf *Unrecht* nur deshalb, weil nur die Missachtung von Bestimmungsnormen die Normgeltung infrage stellt, nur menschliches Verhalten, nicht schädliche Ereignisse werden nachgeahmt; auf *schuldhaftes* Verhalten nur deshalb, weil das Verhalten von Nichtzurechnungsfähigen oder Irrenden nicht zum Vorbild genommen wird, es erschüttert die Normgeltung nicht. Nur wer alter ego ist, dessen Maxime kann „Schule machen“. Da die Strafe ihrer Höhe nach die Bedeutung der Norm widerspiegelt, ist das

³⁸ Diese Ansätze sind von den auch auf dem Gedanken der Einwilligung beruhenden Überlegungen Feuerbachs zu unterscheiden, vgl. dazu *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 1801, §§ 2-8. Danach willigt derjenige, der trotz Kenntnis der Strafandrohung eine Straftat begeht, in seine Bestrafung ein. Diese Legitimation ist evident defizitär: Demnach würde jeder, der sich einer Nötigung widersetzt, der Zufügung des angedrohten Übels zustimmen.

³⁹ Vgl. dazu auch *Kant*, Metaphysik der Sitten, herausgegeben von Theodor Valentiner, 1980, S. 198 f.; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1921, § 100 in der Entgegnung auf *Beccaria*.

⁴⁰ Die Darstellung ist grob vereinfacht. Der Unterschied zwischen Goldener Regel und echter Reziprozität besteht in der egozentrischen Fundierung des einen Prinzips und der universalistischen des anderen.

⁴¹ Dazu *Ebert*, in: Krummacher (Hrsg.), Geisteswissenschaften – wozu?, 1988, S. 253 ff.

⁴² Im Unterschied zu den lerntheoretisch orientierten Konzepten der Positiven Spezialprävention, denen zufolge die Strafe der „Einübung in Normvertrauen“ dient, *Hassemer*, in: Hassemer (Hrsg.), Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 199 ff.; zum Ganzen auch *Neumann*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 435; *Sanchez*, in: Pawlik/Zaczyk (a.a.O.), S. 75 ff.

⁴³ Vgl. *Jakobs* (Fn. 33), 1. Abschnitt, Rn. 11, 27 ff.; *ders.*, Schuld und Prävention, 1976, S. 31 f.; vgl. auch *Roxin* (Fn. 36), § 3 Rn. 21 ff. m.w.N.; *Frister* (Fn. 35), 2. Kapitel, Rn. 20-26.

verschuldete Tatumrecht das Maß der Strafe.⁴⁴ Gegenüber dem Einwand, Schuld sei eine Illusion und vermöge Strafe gegenüber dem Einzelnen nicht zu legitimieren, beruft sich *Jakobs* darauf, dass diese Verantwortung (also die Zuschreibung von Schuld) die Kehrseite der Zuerkennung von Freiheit sei: Wer von der „zentralen Steuerung“, also von der Bevormundung befreit werde, der müsse diese Befreiung durch die Zuschreibung von Verantwortlichkeit und Verantwortung bezahlen. Diese Legitimation überzeugt nicht.⁴⁵

4. Retributive Theorien

Mit unterschiedlicher Akzentuierung werden zunehmend retributive Theorien vertreten, die Strafe als Ausgleich begründen und verstehen.⁴⁶ Sie werden unterschiedlich begründet, basieren aber letztlich alle auf dem Gedanken der Reziprozität: Entweder ist es der Genuss von Rechtsgüterschutz⁴⁷ oder die Garantie von Freiheit,⁴⁸ die gegenseitig gewährleistet werden soll, und es legitimiert, dass der einseitige Verstoß gegen allgemeine Regeln geahndet werden darf. Diese Theorien sind (anders als klassische Vergeltungstheorien) nicht so zu verstehen, dass Strafe Selbstzweck zur Herstellung metaphysischer Gerechtigkeit ist, sondern so, dass Strafe der Wiederherstellung der (beeinträchtigten) Normgeltung dient.⁴⁹ Sie müssen also empirisch belegen können, dass der Normverstoß die faktische Geltung von Normen beeinträchtigt und auch, dass die Strafe sie wiederherstellen kann.⁵⁰ Meist wird dieser Gedanke aber nicht ausgeleuchtet.⁵¹ Nur der Täter als Störer des Gleichgewichts von Nehmen und Geben wird in den Blick genommen. Der Täter als mögliches Opfer und der Staat als Repräsentant der Allgemeinheit, der straft, werden dem Reziprozitätstest nicht unterworfen. Welche Folgen eine an der Gegenseitigkeit von Normen orientierte Straftheorie bezüglich der Gleichheit von Schutz einerseits und Sanktion andererseits hat, bleibt in der Regel offen.

VII. Fazit

Wenn man Strafe als Ausgleich der durch die Tat entstandenen Verteilungsgerechtigkeit und Nehmen konzipiert und

wenn die Rechtfertigung der Strafe voraussetzt, dass der Täter Vorteile erhalten hat, die er nicht erwidert hat, dann führen Benachteiligungen des Täters zu einer Einschränkung des „Strafanspruchs“. Benachteiligungen können im Vorfeld der Delinquenz auftreten, wenn dem Täter, von dem die Achtung der Rechtsgüter anderer erwartet wird, selbst keine Achtung entgegengebracht wird. Die eigene Viktimisierung wirkt je nach Ausmaß und Einseitigkeit strafmildernd. Das Strafzumessungsrecht müsste entsprechend angepasst werden. Benachteiligungen können aber auch bei der Aufarbeitung der Delikte in der Strafverfolgung auftreten. Wenn strukturell und systematisch bestimmte Täter oder Tätergruppen nicht verfolgt werden, ist das Prinzip der Geltungsgegenseitigkeit unmittelbar tangiert: Ihnen gegenüber müssen die anderen einseitig Opfer bringen. Wenn nur im Nachhinein Einzelne oder Gruppen von der Strafverfolgung verschont bleiben, dann ist die Verteilungsgerechtigkeit mittelbar betroffen. Die Strafe behauptet die Normgeltung gegen den Widerspruch des Täters. Bei selektiver Strafverfolgung werden Normen je nach der Person, die sie verletzt oder je nachdem, wer Opfer ist, aufrechterhalten oder preisgegeben. Das gleichheitswidrige Absehen von der Strafverfolgung bei dem einen delegitimiert die Bestrafung des anderen. Es besteht Nachbesserungsbedarf hinsichtlich diversioneller Erledigungen, die keine bestimmten Tatbestände enthalten und unkontrollierbar dem Regime des Opportunitätsprinzips unterliegen. Auch Absprachen, die es ermöglichen, Strafgleichheit zu Gunsten verfahrensökonomischer Erwägungen hintanzustellen, sind mit dem hier vorgestellten Prinzip der Rechtfertigung von Strafe und Strafverfolgung nicht zu vereinbaren.

⁴⁴ *Jakobs* (Fn. 33), 17. Abschnitt, Rn. 17 ff. Andere Deutung der Reichweite der Theorie bei *Hörnle*, JZ 1999, 1080 (1084); *Streng*, ZStW 101 (1989), 294 (296).

⁴⁵ Dazu im Einzelnen *Velten* (Fn. 2), S. 203 ff.

⁴⁶ *Hörnle* (Fn. 35), S. 54; *Pawlik* (Fn. 18), S. 87 ff. m.w.N.

⁴⁷ *Hörnle* (Fn. 35), S. 54.

⁴⁸ *Pawlik* (Fn. 18), S. 90 ff.

⁴⁹ Vgl. auch *T. Walter*, ZIS 2011, 636 (637 f.), der empirische Untersuchungen anführt – ohne sich freilich um die legitimatorische Komponente der Straftheorie zu bemühen. Bei *Walter* genügt der Nachweis eines Vergeltungsbedürfnisses der Begründung der Strafe.

⁵⁰ Siehe dazu die Zusammenstellung bei *T. Walter*, ZIS 2011, 636 (638 ff.), der aber den Mangel an Studien mit deutschen Probanden kritisiert (643).

⁵¹ *Hörnle* (Fn. 20), S. 320 ff. führt für die Unzumutbarkeit bzw. Schwere der Motivation im Wesentlichen notstandsähnliche Lagen oder gruppendynamische Prozesse auf.

Der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel, verdeutlicht anhand des § 42 StAG

Von RiOLG Prof. Dr. **Tonio Walter**, Regensburg

Die Auslegung von Gesetzen ist das Tagesgeschäft der Juristen, und sie meinen auch sattsam zu wissen, wie man es zu betreiben habe: mit Savignys Kanon der Auslegungsarten – zuzüglich einiger Ergänzungen wie der verfassungskonformen Auslegung. Erstaunliche Unsicherheit greift indes Platz, wenn diese Auslegungsmodi in unterschiedliche Richtungen führen. Dann wird ziemlich freihändig gewägt und gewogen, und dabei fühlt man sich vielem verpflichtet – der Praktikabilität, der Billigkeit, dem eigenen Judiz –, aber nicht mehr dem mutmaßlichen Willen des Souveräns, also unseres Gesetzgebers. Nur wenn in den Materialien etwas Ausdrückliches steht, hält sich der Rechtsanwender daran gebunden. Und selbst dies nicht immer, und oft eher misstrauisch als positiv motiviert. Grund dafür dürfte das aristokratische Überlegenheitsgefühl sein, das Savigny den Juristen mit auf den Weg gegeben hat. Ein Überlegenheitsgefühl, um nicht zu sagen: ein Standesdünkel, den sie nicht nur gegenüber juristischen Laien empfinden, sondern auch gegenüber dem Gesetzgeber. Das ist in der gewaltenteiligen Demokratie die falsche Haltung. Dieser Beitrag wirbt für eine andere – siehe seinen Titel. Die Auslegungsfrage, die als Beispiel herhalten muss, betrifft den § 42 des Staatsangehörigkeitsgesetzes (StAG). Sie ist mir im Rahmen meiner richterlichen Tätigkeit begegnet. In der Praxis stellt sie sich immer wieder.

I. Einleitung

1. Die Auslegungsfrage

Wer einen Antrag auf Einbürgerung stellt und dabei falsche oder unvollständige Erklärungen abgibt, kann sich gemäß § 42 StAG strafbar machen. Fraglich ist, ob dies auch dann gelte, wenn der Antragsteller tatsächlich gute Aussichten oder sogar einen Anspruch auf Einbürgerung hat, das heißt auf der Grundlage richtiger und vollständiger Angaben wahrscheinlich oder garantiert eingebürgert würde. Diese Frage stellt sich in der Praxis vor allem bei Antragstellern, die eine vergleichsweise geringe Vorstrafe verschweigen, und zwar eine Vorstrafe unterhalb der Bagatellgrenze des § 12a StAG. Diese Norm bestimmt, dass im Einbürgerungsverfahren solche Vorstrafen außer Betracht bleiben, die 90 Tagessätze oder drei Monate Freiheitsstrafe nicht übersteigen (Freiheitsstrafen müssen außerdem nach erfolgreicher Bewährung erlassen worden sein).

Auf den Formularen des Einbürgerungsantrages fragen die Behörden allerdings nach jedweden Vorstrafen, also auch nach solchen, die außer Betracht bleiben müssen. Hierauf wird in der Regel besonders hingewiesen. Der Hinweis bezieht sich dann zwar nicht auf § 12a StAG, aber inhaltsgleich auf § 53 BZRG und lautet in etwa, dass sämtliche Vorstrafen mitzuteilen seien, auch solche, die im polizeilichen Führungszeugnis fehlten, und dass der Antragsteller im Einbürgerungsverfahren verpflichtet sei, Vorstrafen auch dann anzugeben, wenn er sich sonst gemäß § 53 BZRG als unbestraft bezeichnen dürfe. Grund ist der Wunsch der Behörden, auf der Grundlage vollständiger Informationen selbst beurteilen

zu können, ob die Bagatellgrenze des § 12a StAG überschritten werde. Dabei spielt auch eine Rolle, dass für diese Frage Berechnungen erforderlich werden können und dass die Behörde bei nur „geringfügiger“ Überschreitung eigenständig entscheiden muss, ob sie die Vorstrafen außer Betracht lässt (auch das steht in § 12a StAG).

Dass Antragsteller Bagatellvorstrafen verschweigen oder ihnen zum Trotz ausdrücklich versichern, nicht vorbestraft zu sein, kann unterschiedliche Gründe haben. Die Hauptgründe dürften sein, dass ein Antragsteller entweder irrig annimmt, auch die Bagatellvorstrafe wäre im Einbürgerungsverfahren von Belang – und ihre Nennung beeinträchtigte seine Aussicht, eingebürgert zu werden, oder schlosse sie aus. Oder ein Antragsteller leugnet die Vorstrafe, weil sie ihm peinlich ist. Dies kann vor allem dann vorkommen, wenn er den Antrag gemeinsam mit einem Sachbearbeiter ausfüllt. Natürlich können beide Motive auch zusammentreffen.

2. Zum Aufbau des Beitrages – eine stilistische Vorbemerkung

Die Frage, wie sich eine objektiv günstige Rechtslage auf die Strafbarkeit eines Antragstellers auswirke, führt zu allgemeinen Problemen der Gesetzesauslegung. Daher befasst sich der folgende Hauptteil (II.) alsbald mit Grundsätzlichem zur Auslegung von Gesetzen (unter 2. a). Noch davor, das heißt sogleich unter II. 1., erlaube ich mir, bereits das Ergebnis aller späteren Überlegungen vorzustellen. Es folgt dessen Begründung (II. 2.), und erst danach setzen wir uns mit einer (wohl) abweichenden Ansicht auseinander (II. 3.). Grund dieses Aufbaus ist, dass ich ihn für leserfreundlicher halte als das umgekehrte Schema: 1. Was andere sagen – 2. Kritik – 3. Eigene Lösung. Denn in diesem Schema kann es passieren, dass der Leser orientierungslos durch drei Viertel eines wissenschaftlichen Textes irrt, weil er bis zum Schluss nicht weiß, worauf dessen Verfasser hinaus will. Der umgekehrte Aufbau hat den Vorteil, dass der Verfasser den eigenen Gedankengang am Stück entfalten kann – und dass der Leser jederzeit über die Ansicht des Verfassers im Bilde ist und von Anfang an prüfen kann, ob dessen Kritik an anderen Ansichten zum eingangs vorgestellten Konzept passe. Auch die klassische Rhetorik sieht für eine Rede vor, dass zuerst die eigene Lösung samt Argumenten präsentiert wird und erst danach Einwände und abweichende Ansichten.¹

Gegen einen solchen Aufbau werden einige einwenden, er lasse es an der nötigen Demut fehlen und sei unwissenschaftlich. Aber das überzeugt mich nicht. Unwissenschaftlich wäre es nur, von vornherein – also schon vor der Lektüre anderer Schriften – eine festgefügte Ansicht zu haben und nicht willens zu sein, sie besseren Argumenten zu opfern. Und es ist auch nicht anmaßend, eine Abhandlung mit der eigenen Ansicht zu eröffnen, wenn und weil dies dem Leser nützt. Ob ein Autor arrogant schreibt, hängt nicht vom Aufbau ab,

¹ Siehe in T. Walter, Kleine Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 119 f.

sondern davon, wie und in welchem Ton er andere Ansichten behandelt. Und daher halte ich es insgesamt nicht nur für zulässig, sondern sogar für einen guten rechtswissenschaftlichen Stil, so wie hier zu gliedern.

II. Die Auslegung des § 42 StAG anhand des Willens des Gesetzgebers

1. Das Ergebnis vorweg

Um das Folgende zur Auslegung des § 42 StAG zu verstehen, hat man sich dessen Wortlaut vor Augen zu halten:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen.“

Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Alternative, dass der Täter die Angaben selbst und in eigener Sache macht. Ausgeblendet bleiben also die Varianten, dass jemand die Angaben benutzt und dass er fremdnützig tätig wird. Für die Angaben in eigener Sache schlage ich vor, den Tatbestand mit Blick auf Vorstrafen wie folgt auszulegen: Im äußeren (objektiven) Tatbestand reicht es grundsätzlich aus, dass jemand irgendeine Vorstrafe verschweigt oder leugnet. Allerdings schließt ein Anspruch auf Einbürgerung den äußeren Tatbestand aus. Der innere (subjektive) Tatbestand setzt voraus, dass der Täter das Fehlen eines Einbürgerungsanspruches mindestens billigend in Kauf nimmt und zusätzlich die Absicht hat, mit seinen Angaben die Aussichten auf seine Einbürgerung zu verbessern – durch Vortäuschen eines Sachverhaltes, bei dem er entweder einen Einbürgerungsanspruch hätte (§ 10 StAG) oder wenigstens größere Chancen auf eine günstige Ermessensentscheidung (§§ 8, 9 StAG). Hat ein Antragsteller objektiv einen Anspruch auf Einbürgerung, nimmt aber an, er hätte keinen, und macht nun unrichtige Angaben mit dem Ziel, einen vermeintlich günstigeren Sachverhalt vorzuspiegeln, so ist dies ein untauglicher, bei § 42 StAG strafloser Versuch.

2. Begründung

a) Grundsätzliches zur Auslegung von Gesetzen

Wer eine Norm auslegt, muss sagen, mit welchem Ziel und mit welchen Mitteln er dies tue. Über die Mittel sind sich die Juristen weithin einig: Sie untersuchen den Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte und den Zweck des Gesetzes. Das ist der klassische Auslegungskanon, den man auf *Savigny* zurückführt.² Hinzu kommen besondere AuslegungsfILTER: die verfassungs-, europa- und völkerrechtskonforme sowie -freundliche Auslegung. Sie heben aus der Masse der Auslegungsergebnisse, die der klassische Kanon gestattet, einige als zwingend oder vorzugswürdig heraus und

streichen andere als unzulässig. Diese AuslegungsfILTER spielen für unsere Norm indes keine Rolle, so dass wir uns auf den klassischen Kanon der Auslegungsarten beschränken dürfen. Er ist aber lediglich der Werkzeugkasten mit den Auslegungsmitteln und noch nicht das Auslegungsziel.

Hinsichtlich dieses Zieles gibt es eine unausgesprochene, vielleicht auch unbewusste Grundunsicherheit und wohl sogar einen Grundkonflikt – in der Rechtswissenschaft wie in der juristischen Praxis. Mit der Unsicherheit meine ich das Schwanken und Rätseln, das man selbst bei Spitzenjuristen beobachten kann, wenn die einzelnen (klassischen) Auslegungsarten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen: Welchem gebührt der Vorrang? Und mit dem Grundkonflikt meine ich die stillschweigende Überzeugung der meisten Rechtslehrer und Richter, besser als Politiker und Parlamentarier zu wissen, wie das richtige Recht zu lauten habe, und die entgegenstehende Mahnung, dass in einem demokratischen Rechtsstaat der Wille des Parlaments das höchste Auslegungsziel sei, dem man alle eigenen Erwägungen zu Nützlichkeit und Vernunft einer Regelung unterzuordnen habe; denn was nützlich und vernünftig sei, entscheide in einer Demokratie das Volk, das heißt in einer repräsentativen Demokratie: das Parlament. Diese zuletzt genannte Position ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angelegt. Denn das Gericht gibt als Auslegungsziel den objektivierten Willen des Gesetzgebers vor, so wie er aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang einer Norm zu ermitteln sei.³ Ergänze: und soweit kein ausdrücklich erklärter Wille feststellbar ist. Und einer verfassungskonformen Auslegung schiebt das Gericht dort einen Riegel vor, wo sie dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers widerspräche oder seine wesentlichen Ziele vereitelte (mit der Folge, dass ein Gericht dann womöglich nach Art. 100 GG vorlegen muss).⁴

Ich halte diesen Ansatz für richtig und möchte ihn noch einmal zuspitzen:⁵ Höchstes Auslegungsziel ist der Wille des gegenwärtigen Gesetzgebers. Zu ermitteln hat man ihn wie den Willen des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und den Willen des Rechtsgutsinhabers bei der mutmaßlichen Einwilligung: Zunächst ist nach ausdrücklichen Willensbekundungen zu suchen. Sie findet man vor allem in den Gesetzesmaterialien. Es kommen aber auch andere Dokumente und Äußerungen der Gesetzgebungsorgane in Betracht, und die Gesetzesmaterialien müssen nicht zwingend jene zu dem auszulegenden Gesetz sein. An zweiter Stelle stehen sonstige Anzeichen, aus denen man auf den Willen des Gesetzgebers schließen kann. Das Verfassungsgericht nennt zutreffend den Wortlaut der Norm und die Gesetzesystematik. Auch die Gesetzesgeschichte kann Hinweise liefern. Ferner mag es möglich sein, aus aktueller Gesetzge-

² Siehe *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 206 ff., und dazu *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie für Studenten, 6. Aufl. 2011, Rn. 66; *Hohmann*, in: Ueding (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Bd. 4, 1998, Stichwort „Juristische Rhetorik“ unter B. IV.; *Walter* (Fn. 1), S. 211 f.

³ Grundlegend BVerfGE 1, 299 (312, ständige Rechtsprechung).

⁴ BVerfGE 138, 296 (350); 90, 263 (275); 86, 288 (320); 71, 81 (105); 54, 277 (299).

⁵ Siehe bereits *T. Walter*, in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 471 (473 ff.), sowie *ders.* (Fn. 1), S. 213 ff.

bung an anderer Stelle auf Wertvorstellungen, Anliegen und Wünsche des Gesetzgebers zu schließen. Und erst wenn auch das nicht hilft, darf der Rechtsanwender das objektiv Vernünftige ermitteln. Auch das objektiv Vernünftige muss aber nicht mit dem deckungsgleich sein, was der Rechtsanwender für das Vernünftigste hält. Vielmehr ist das Ziel seiner Überlegungen das nach allgemeiner, will sagen vorherrschender Ansicht Vernünftige.

Bei alldem geht es, nochmals, um den Willen des gegenwärtigen Gesetzgebers, nicht um den des historischen. Denn in dem Zeitpunkt, in dem der Rechtsanwender zu entscheiden hat, ist der aktuelle Gesetzgeber sein Souverän. Allerdings spricht eine Vermutung dafür, dass die Ziele des historischen Gesetzgebers auch die des gegenwärtigen wären, wenn er sich zu der fraglichen Norm zu äußern hätte. Könnte der Rechtsanwender diese Ziele mit dem Wortlaut der Norm auch verwirklichen, hält sie aber für verfassungswidrig, hat er sich dem Willen des Gesetzgebers zu beugen oder – wenn es sich um ein Gericht handelt – den Fall nach Art. 100 GG vorzulegen. Und im Strafrecht zieht der Wortlaut einer Norm dem Willen des Gesetzgebers bekanntlich eine Grenze, die nicht mit einer Analogie oder teleologischen Reduktion zum Nachteil des Rechtsunterworfenen überstiegen beziehungsweise unterlaufen werden darf.

Natürlich ist die Fahndung nach dem Willen des Gesetzgebers oft ein fruchtloses Geschäft: Die Materialien schweigen zu dem fraglichen Fall oder sind widersprüchlich, und es finden sich auch sonst keine fallbezogenen Anzeichen für den – jetzt: hypothetischen – Willen der Gesetzgebungsorgane. Aber das spricht nicht dagegen, diesen Willen zum Ziel der Auslegung zu machen. Denn auch wenn ein Weg schwierig wird oder an einem Abgrund endet, heißt dies nicht, dass der Kompass defekt wäre. Und eine Auslegungslehre kann nie mehr sein als ein Kompass. Sie ist kein Helikopter. Kein durchgreifender Einwand ist ferner der Hinweis, dass man in den Gesetzesmaterialien nur Äußerungen der Bundesregierung, von Vertretern des Bundesrates und einzelner Parlamentarier finde, indes nie den Willen des Gesamtparlaments, den es auch gar nicht gebe. Zum einen kommt es nicht auf den Willen des Gesamtparlaments oder -bundesrates an, sondern auf den der Mehrheiten, die das Gesetz beschließen. Zum anderen müssen sich diese Mehrheiten jene Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren zurechnen lassen, von denen sie sich offenbar haben überzeugen lassen. Sicher, das ist weithin eine Fiktion, weil die wenigsten Abgeordneten wissen, was sie beschließen – schon gar nicht im Detail. Aber es ist nicht irgendeine willkürliche, sondern jene große Fiktion, die unseren Staat als Demokratie qualifiziert und trägt; die Fiktion, die Parlamentarier zu Volksvertretern macht und Richter im Namen dieses Volkes urteilen lässt. Wem sie zu groß ist, der streite für mehr direkte Demokratie nach Schweizer Vorbild. Doch das ist für diesen Beitrag ein allzu weites Feld.

Wer den Willen des Gesetzgebers zum Auslegungsziel erklärt, macht sich nicht nur zum ausführenden Organ, sondern nimmt den Gesetzgeber auch in die Pflicht. Denn der muss nun darauf gefasst sein, dass man genau ermittelt, was im Verfahren der Gesetzgebung geäußert worden ist – und dass man diese Äußerungen ernst nimmt. Die am Verfahren

Beteiligten werden so dazu angehalten, sehr darauf zu achten, was sie sagen, und auch zu bedenken, was man daraus schließen kann.

b) Die Auslegung des § 42 StAG

aa) Die Gesetzesgenese

Nach dem eben skizzierten Auslegungsmodell hat man für unsere Auslegungsfrage zu § 42 StAG einen besonders neugierigen Blick auf die Gesetzesgeschichte und die Materialien zu werfen. Es ergibt sich, dass § 42 StAG einem Vorstoß des Bundesrates zu verdanken ist. Im ersten Entwurf des StAG war kein Straftatbestand vorgesehen. Der Bundesrat rügte, es komme zu einem Wertungswiderspruch, wenn im Aufenthaltsgesetz und im Asylverfahrensgesetz Straftatbestände gegen Täuschungen ständen, nicht aber im StAG, das den Erwerb der Staatsbürgerschaft und damit weitergehender Rechte regelt als jener, um die es im Aufenthalts- und im Asylverfahrensgesetz gehe (Erwerb eines Aufenthaltstitels beziehungsweise der Anerkennung als Asylsuchender).⁶ Der Bundesrat schlug vor, eine Strafnorm in das Gesetz aufzunehmen, die sich an die korrespondierende Norm im Aufenthaltsgesetz angelehnt hätte (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG):

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung oder die Genehmigung zur Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit oder die Ausstellung eines Staatsangehörigkeitsausweises zu erreichen, oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen Ausländer verleitet oder unterstützt, in staatsangehörigkeitsrechtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen oder so beschaffte Urkunden zu verwenden, um seine Einbürgerung zu ermöglichen.“

Die Bundesregierung ging auf diesen Vorschlag ein, präsentierte aber die Norm, die dann Gesetz geworden ist, und begründete dies wie folgt:⁷ Der Tatbestand des Aufenthaltsgesetzes sei die falsche Referenznorm. Denn dort gehe es lediglich um Aufenthaltstitel, während das StAG die deutlich folgenschwerere Einbürgerung zum Gegenstand habe. Eine passendere Parallele finde sich in § 98 des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG): Auch eine Person, die nach dieser Norm falsche Angaben mache, erwerbe, wenn sie Erfolg habe, die deutsche Staatsangehörigkeit; denn das sei die Rechtsfolge, die § 7 StAG an die Ausstellung einer Spätaussiedlerbescheinigung knüpfe. Folglich seien die Sachverhalte nach § 98 BVFG denen des geplanten § 42 StAG eher vergleichbar. Ferner wolle man den Tatbestand auf Täuschungen beschränken, die eine Einbürgerung zum Ziel hätten, und solche ausklammern, denen es nur um eine Beibehaltungsgenehmigung oder einen Staatsangehörigkeitsausweis gehe. Das gebiete der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Erschleichen einer Einbürgerung sei das schwerere Unrecht.

⁶ BT-Drs. 16/10528, S. 11 f. (auch zum Folgenden).

⁷ BT-Drs. 16/10695, S. 2 f.

Auf einen Absatz 2 zur Teilnahme könne man verzichten, da die allgemeinen Vorschriften zu Anstiftung und Beihilfe ausreichen. Zu den weiteren Abweichungen vom Vorschlag des Bundesrates gibt es keine Erläuterungen. Der § 98 BVFG hat die amtliche Überschrift „Erschleichen von Vergünstigungen“ und lautet wie folgt:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben tatsächlicher Art macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen Rechte oder Vergünstigungen, die Spätaussiedlern vorbehalten sind, zu erschleichen.“

Man sieht, dass sich § 42 StAG eng an dieses Vorbild anlehnt. Allerdings spricht er statt von Angaben tatsächlicher Art von „Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung“, und natürlich geht es ihm nicht um Rechte oder Vergünstigungen, die Spätaussiedlern vorbehalten sind, sondern schlicht um „eine Einbürgerung“. Was folgt daraus für die oben aufgeworfene Auslegungsfrage? Erstens fällt auf, dass der Gesetz gewordene Wortlaut von einem „Erschleichen“ der Einbürgerung spricht und nicht, wie der Vorschlag des Bundesrates, von deren schlichtem „Erreichen“. Und es lässt sich vermuten, dass der Gesetzgeber damit auch etwas bezwecken wollte. Zweitens liegt es nun nahe zu recherchieren, wie § 98 BVFG ausgelegt wird. Denn wenn der Gesetzgeber diese Norm als Paralleltatbestand betrachtet, wird man sich im Zweifel auch an deren Auslegung orientieren dürfen. Diese Recherche führt zu einem interessanten Ergebnis:

bb) Die Rechtsprechung zu § 98 BVFG

Für § 98 BVFG ist nämlich sowohl in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes als auch in jener des Bayerischen Obersten Landesgerichts sowie im Schrifttum anerkannt, dass ein Anspruch des Täuschenden auf die Leistung die Strafbarkeit beseitigt.⁸ Lediglich ist die Begründung nicht ganz einheitlich und der verbrechenssystematische Ort unklar. Das Bayerische Oberste Landesgericht behandelte den § 98 BVFG gewissermaßen als negatives Sonderdelikt: Strafbar machen könne sich nur, wer kein Spätaussiedler sei. „Besitzt [...] der Täter diesen Status [...], so kann nur die Betrugsvorschrift zur Anwendung kommen“.⁹ Dies gelte selbst dann, wenn der Täter im Einzelfall trotz seines Spätaussiedler-Status keinen Anspruch auf die erstrebte Vergünstigung habe. Erst recht gelte es, wenn er jenen Status und einen Anspruch habe. Zur Begründung verwies das Gericht auf den Wortlaut der Norm. Er spreche von Vergünstigungen, „die Spätaussiedlern vorbehalten“ seien. Dem entsprächen Sinn und Zweck der Vorschrift. Sie wende sich nur gegen Täuschungen, die darauf gerichtet seien, den Status als Spätaussiedler zu erlangen. Das war und ist auch die Ansicht der Kommentare.¹⁰

⁸ Siehe BGHSt 28, 155 (159 f.); BayObLG JR 1962, 113; Herzog/Westphal, Nomos Kommentar zum Bundesvertriebengesetz, 2. Aufl. 2014, § 98 Rn. 1.

⁹ BayObLG JR 1962, 113.

¹⁰ Siehe Wache, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 208. Lfg., Stand: Mai 2016, § 98 BVFG

Diese Begründung hat allerdings Schwächen. In den Materialien findet sich zum Sinn und Zweck der Vorschrift nichts. Es bleibt allein ihr Wortlaut. Die Formulierung, auf die abgestellt wird, betrifft aber gar nicht besondere Eigenschaften oder Nichteigenschaften des Täters. Sie betrifft noch nicht einmal den äußeren Tatbestand, sondern allein den inneren: Die *Absicht* des Täters muss darauf gerichtet sein, Leistungen zu erschleichen, die Spätaussiedlern vorbehalten sind. Dass ausschließlich das Erschleichen des Spätaussiedler-Status gemeint wäre, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Und es gibt darauf auch sonst keinen Hinweis. Vielmehr ist es viel stimmiger anzunehmen, dass das Gesetz das Erschleichen jedweder Leistung erfassen will, für deren Erwerb der Spätaussiedler-Status Voraussetzung ist; ungeachtet dessen, ob jemand schon seine Eigenschaft als Spätaussiedler vortäuscht, also die Mindestvoraussetzung für den Leistungserwerb, oder tatsächlich Spätaussiedler ist und nur allfällige weitere Voraussetzungen vortäuscht, an die das Gesetz den Leistungsanspruch knüpft – wie in jenem Fall, zu dem das zitierte Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts erging. Denn auch in einem solchen Fall will jemand eine Leistung erschleichen, die Spätaussiedlern vorbehalten ist: Es geht um eine Leistung, die nur Spätaussiedler bekommen. Und erschleichen will der Täter sie, weil er einen Leistungsanspruch vortäuscht, den er in concreto nun einmal nicht hat. (Genau genommen täuscht er natürlich nicht den Anspruch vor, sondern den Sachverhalt, der dem Anspruch zugrunde liegt.)

Der Bundesgerichtshof hat sich plausibler geäußert, aber gleichwohl dogmatisch unklar. Plausibler, weil er nicht auf eine Eigenschaft des Täters abstellt, sondern allein darauf, ob der Täter einen Anspruch auf die Leistung habe. Dogmatisch unklar, weil er nicht sagt, an welchem verbrechenssystematischen Ort, also *wie* der Anspruch die Strafbarkeit beseitigt: als Ausschluss des äußeren Tatbestandes? Als Fehlen des inneren? Als Strafaufhebungsgrund oder Schuldabschluss? Da heißt es in dem Urteil des Bundesgerichtshofes etwa, mit einem Anspruch mache sich der Handelnde „nicht strafbar“. Dann heißt es, dass der § 98 BVFG einen solchen Fall nicht „treffen“ wolle, und an anderer Stelle noch, dass er ihn nicht „erfasse“. Eines ist aber klar: Der Bundesgerichtshof fragt allein danach, ob ein solcher Anspruch objektiv bestehe. Denn allein für diesen Umstand interessiert er sich in seinem Urteil. Und er spricht auch nur davon, dass *der Anspruch* eine Bestrafung ausschließe – nicht das Wissen oder der Glaube, einen Anspruch zu haben. Es gilt, diese Rechtsprechung in eine dogmatisch konsistente Lösung zu überführen.

Für die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist dies kaum möglich. Der angebliche Charakter des Tatbestandes als – in der Sache – negatives Sonderdelikt folgt weder aus den Materialien noch aus dem Wortlaut oder der Gesetzessystematik. Und es ist nicht zu erkennen, dass eine solche Auslegung sinnvoll wäre. Denn warum sollte ein Spätaussiedler ohne Leistungsanspruch nur deshalb straffrei

Rn. 1 f.; Nachweise zu älteren Kommentaren bei BGHSt 28, 155 (158 f.).

bleiben, weil er in anderen Fällen aufgrund dieses Status einen Anspruch hätte haben können?

Das Urteil des Bundesgerichtshofes hingegen legt die Norm im Ergebnis so aus, wie man es von zwei strukturell ähnlichen Tatbeständen kennt, und zwar von Diebstahl und Betrug (§§ 242, 263 StGB). Auch bei ihnen schließt nach ganz herrschender Ansicht ein Anspruch auf die Sache beziehungsweise die Verfügung bereits den objektiven Tatbestand aus, obwohl die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung beziehungsweise Bereicherung dem Wortlaut nach erst im subjektiven Tatbestand steht.¹¹ Methodisch zu begründen ist dies beim Betrug mit dem juristisch-ökonomischen Schadensbegriff, also mit einer normativen Auslegung des Schadensmerkmals: kein Schaden, wenn auf die Leistung ein Anspruch bestand. Beim Diebstahl ist ein solcher Weg versperrt. Es bleibt nur übrig, den Begriff der „Sache“ teleologisch zu reduzieren. Keine tauglichen Gegenstände des Diebstahls sind dann Sachen, auf deren Übereignung ein einredefreier Anspruch besteht. Mit anderen Worten wird das Fehlen eines solchen Anspruchs als ungeschriebenes (negatives und normatives) Merkmal des objektiven Tatbestands behandelt. Unter dem Strich gilt dann für den Diebstahl wie für den Betrug: Wer keinen Anspruch hat, sich aber einen einbildet, handelt ohne Vorsatz (§ 16 StGB). Und wer den Anspruch hat, dies aber nicht weiß, versucht die Tat (§ 22 StGB). Und genau das sagt der Bundesgerichtshof auch zu § 98 BVFG – mit dem einzigen Unterschied, dass der Versuch dort straffrei ist und die zugehörige Fallgestaltung mithin keine Rolle spielt. Diese Rechtsprechung ist auch in Ordnung:

cc) Die Legitimität der Rechtsprechung zu § 98 BVFG

Zunächst ist festzuhalten, dass diese Rechtsprechung das Gesetzlichkeitsprinzip achtet. Sie setzt sich zwar über den Wortlaut hinweg, aber nur zugunsten der Rechtsunterworfenen. Das gilt schon für Betrug und Diebstahl: Nähme man dort das Gesetz beim Wort, so wäre jedenfalls beim Diebstahl wegen vollendeter Tat zu bestrafen – und nicht bloß wegen Versuchs –, wer objektiv einen Anspruch hätte und dies nicht wüsste. Denn für den objektiven Tatbestand spielte der Anspruch keine Rolle, und im subjektiven wäre die zur Vollen- dung nötige Absicht tatsächlich vorhanden; also die Absicht,

sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Demgegenüber bietet die herrschende Versuchslösung dem Täter die Möglichkeit einer Strafmilderung, § 23 Abs. 2 StGB. Im umgekehrten Fall, wenn der Anspruch also objektiv fehlt, der Handelnde ihn sich aber einbildet, kommt die Rechtsprechung zu dem gleichen Ergebnis wie eine wortgetreue Auslegung. Einziger Unterschied ist, dass die wortgetreue Auslegung den § 16 StGB nicht braucht, sondern schlicht darauf hinweisen kann, dass jene besondere Absicht fehle, die das Gesetz verlange. Für § 98 BVFG gilt das ganze erst recht. Denn dort bedeutet die Versuchslösung nicht nur, dass die Strafe gemildert werden kann, sondern dass sie entfällt.

Die Rechtsprechung passt auch zum Willen des Gesetzgebers. Zweifel haben konnte man daran allenfalls mit Blick auf die frühe Rechtsprechung zu § 242 StGB (sie beginnt mit RGSt 49, 140). Denn ganz ursprünglich sollte das Merkmal der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung nur den Fall ausschließen, dass der Eigentümer in die Zueignung einwilligt.¹² Doch lag schon damals nahe, dass dies zu eng und die Verortung im inneren Tatbestand missglückt war. Denn es lag schon damals nahe, dass Diebstahlsunrecht nur begeht, wer sich gegen die Eigentumsordnung auflehnt, und dass es hieran fehlt, wenn jemand einen einredefreien Anspruch auf Übereignung der Sache hat. Und daher musste es schon für das Reichsstrafgesetzbuch als verfehlt erscheinen, dass der Wortlaut seines § 242 Fälle als vollendete Delikte erfassen konnte, die in der Sache – materiell – nur versuchte Taten sind; die Fälle nämlich, dass der Handelnde objektiv einen Übereignungsanspruch hat und dies nur nicht weiß.

Diese Vermutungen mögen indes auf sich beruhen, denn kein Zweifel besteht daran, dass der für uns maßgebliche gegenwärtige Gesetzgeber die Rechtsprechung zu §§ 242, 263 StGB billigt. Denn es gibt sie seit Jahrzehnten, und die Legislative hat nie auch nur geringste Anstalten gemacht, sie zu korrigieren. Auch nicht, als 1997/98 die Eigentumsdelikte umfassend geprüft und mit dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz vielfältig geändert wurden – sogar im inneren Tatbestand des Diebstahls, um den es hier geht (Aufnahme der Drittzueignungsabsicht). Entsprechendes ist zu § 98 BVFG festzustellen. Auch dort ist die fragliche Rechtsprechung mittlerweile jahrzehntealt und wird vom Schrifttum gestützt. Das ist dem Gesetzgeber bekannt – und war ihm auch bekannt, als er den § 42 StAG geschaffen und dabei auf § 98 BVFG verwiesen hat. Die Begründungsdifferenz zwischen dem Bayerischen Obersten Landesgericht und dem Bundesgerichtshof spielt dafür keine Rolle. Denn hier geht es nur um den Fall des Leistungsanspruchs, und für den unterscheidet sich die Rechtsprechung der Gerichte im Ergebnis nicht. Außerdem hatte der Bundesgerichtshof gegenüber dem Bayerischen Obersten Landesgericht den höheren Rang und hat

¹¹ Siehe *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 36 ff., 130 f. mit zahlreichen Nachweisen – auch zu den minderheitlich vertretenen abweichenden Ansichten im Schrifttum; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 14 Rn. 133 a.E.; siehe ferner *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 59 („Hat [...] der Täter einen [...] Anspruch [...], so entfällt Diebstahl [...]“); *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 799 („Die Frage, ob der Vermögensvorteil rechtswidrig ist oder nicht, muss *objektiv* bestimmt werden.“ [*Hervorhebung im Original*]); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 28 („normatives Tatbestandsmerkmal“).

¹² Siehe *Goldammer*, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten: aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches, Bd. 2, 1852, S. 463 (Äußerungen der Gesetzgeber der Strafgesetzbücher des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches gibt es zu diesem Merkmal nicht).

der Gesetzgeber daher im Zweifel die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegt.

Ferner ist plausibel, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung zu § 98 BVFG billigt. Denn sie passt zu dem, was mit Einverständnis des Gesetzgebers für Diebstahl und Betrug anerkannt ist. Besonders deutlich ist das für den Diebstahl, da er wie § 98 BVFG im äußeren Tatbestand kein Merkmal hat, das man zu dem gewünschten Ergebnis hin auslegen könnte; anders als der Betrugstatbestand, dessen Schadensmerkmal man im Falle eines Anspruchs auf die Verfügung verneinen kann. Und wie § 242 StGB macht § 98 BVFG erst, aber immerhin im subjektiven Tatbestand deutlich, dass es um ein Handeln ohne Anspruch geht: In § 242 StGB ist von einer *rechtswidrigen* Zueignung die Rede, in § 98 BVFG von einem *Erschleichen*. Zwar mag man über die Bedeutung des Wortes „Erschleichen“ streiten. Jedenfalls in der lebhaften Diskussion zu diesem Begriff in § 265a StGB (Leistungsererschleichung) ist aber als begriffliches Minimum anerkannt, dass von einem Erschleichen nur gesprochen werden kann, wenn der Täter unbefugt handelt – also rechtswidrig.¹³ Das entspricht der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung im Diebstahlstatbestand. Und in beiden Fällen ist unstreitig, dass diese Rechtswidrigkeit durch einen Anspruch des Handelnden ausgeschlossen wird (auf Übereignung beziehungsweise auf die Leistung). Außerdem haben §§ 242, 263 StGB und § 98 BVFG den gleichen Strafraum: bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe. Demgegenüber ist in § 95 Abs. 2 AufenthG bei drei Jahren Schluss.

dd) Die Rechtsprechung zu § 98 BVFG ist auf § 42 StAG zu übertragen

Dieser Punkt lässt sich knapp halten: Wenn die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 98 BVFG plausibel ist und sich in die Rechtsprechung zu strukturähnlichen Tatbeständen einfügt, die auch den gleichen Strafraum haben, und wenn der Gesetzgeber diese Rechtsprechung insgesamt kennt und billigt – dann muss man sie auch bei der Anwendung eines neuen Tatbestandes berücksichtigen, den der Gesetzgeber bewusst nach dem Vorbild des § 98 BVFG gestaltet hat.

ee) Zur Auslegung des § 42 StAG im übrigen – äußerer Tatbestand

Die soeben gewonnene Einsicht ist wichtig, aber darauf beschränkt, dass ein Anspruch auf Einbürgerung den äußeren Tatbestand des § 42 StAG ausschließt. Offen ist noch, was gelte, wenn sich die falschen Angaben in anderen Fällen nicht auf das Ergebnis des Einbürgerungsverfahrens auswirken können, und was genau unter Angaben „zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung“ zu verstehen sei. Wenn wir mit diesem letztgenannten Begriff beginnen, ist zunächst noch einmal festzustellen, dass sich die Materialien zu ihm nicht äußern. Wir wissen nicht aus erster Hand, warum der

Gesetzgeber die „Angaben tatsächlicher Art“ aus § 98 BVFG durch die neue Wortwahl ersetzt hat. Aber wir können es vermuten. Die Abkehr von Angaben „tatsächlicher Art“ dürfte ihren Grund darin haben, dass für die Einbürgerung auch rechtliche Umstände von Belang sind, namentlich ein Aufenthaltsrecht, Vorstrafen und der Verlust oder die Aufgabe einer anderen Staatsangehörigkeit. Zwar lässt sich mit Fug sagen, dass auch derartige Umstände – und alles Rechtliche – Tatsachen seien,¹⁴ aber das ist nicht die herrschende Ansicht. Und wer begrifflich auf Nummer sicher gehen will, lässt die Beschränkung auf Angaben „tatsächlicher Art“ besser weg.

Etwas schwieriger ist es, die neue Beschränkung auf Angaben „zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung“ auszulegen. Klar und außer Streit ist, dass dadurch solche Angaben aus dem Tatbestand fallen, die für die Behörde in keinem Fall entscheidungserheblich sein können, etwa zur Schulbildung, Haarfarbe oder zu einer Scheidung oder Berufstätigkeit.¹⁵ Irrelevant sind solche Angaben, weil sie sich nicht auf die Voraussetzungen beziehen, die §§ 8, 9, 10 StAG für eine Einbürgerung nennen. Und das liefert auch den Schlüssel für die Frage, ob das Leugnen von Bagatellvorstrafen (§ 12a StAG) überhaupt dem Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes unterfalle. Dagegen ließe sich zwar sagen, etwas, das § 12a StAG für unbeachtlich erkläre, könne nicht für § 42 StAG „wesentlich“ sein.¹⁶ Doch dies unterstellte dem Gesetz einen Wortlaut, den es nicht hat. Das Gesetz sagt nicht: „Wer wesentliche Voraussetzungen der Einbürgerung vortäuscht oder Einbürgerungshindernisse verschweigt [...]“, sondern: Wer zu wesentlichen Voraussetzungen unrichtige oder unvollständige Angaben macht. Das erfasst sämtliche Angaben, die sich auf eine wesentliche Voraussetzung beziehen; ohne dass sie diese Voraussetzung bereits vollständig enthalten müssten.

Eine solche Gesetzesfassung hat auch ihren Sinn: Der Behörde soll eine vollständige und richtige Grundlage für ihre Entscheidung zur Verfügung gestellt werden. Eine vollständige und richtige Grundlage dafür, selbst zu prüfen, ob alle unabdingbaren Voraussetzungen der Einbürgerung vorliegen. Und eine lückenlose Grundlage für Ermessensentscheidungen (§ 8 StAG) sowie für die Beurteilung dessen, ob die Bagatellgrenze des § 12a StAG im Einzelfall nur „geringfügig“ überschritten werde oder stärker.

Es bleibt die Frage, was der Unterschied zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Voraussetzungen sei. Gibt es überhaupt so etwas wie nicht wesentliche, und das heißt doch: „unwesentliche Voraussetzungen“? Ist das nicht ein Selbstwiderspruch? Drei Deutungen bieten sich an: Einmal mag man annehmen, diese Formulierung sei der leicht verun-

¹³ Siehe nur Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2010, § 265a Rn. 34 m.w.N.

¹⁴ Siehe T. Walter, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 66 ff., und ders., Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 226 f.

¹⁵ Siehe Fahlbusch, in: Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 42 StAG Rn. 6; Marx, in: Fritz/Vormeier (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Staatsangehörigkeitsrecht, 33. Lfg., Stand: November 2015, § 42 StAG Rn. 15.

¹⁶ So Fahlbusch (Fn. 15), § 42 StAG Rn. 7.

glückte Versuch des Gesetzgebers, Angaben zu jenen Fragen aus dem Tatbestand herauszuhalten, bei denen es gar nicht um die Voraussetzungen der Einbürgerung gehe; also Fragen nach der Haarfarbe, der Schulbildung und dergleichen, für die auch anerkannt ist, dass sie für § 42 StAG außer Betracht bleiben, siehe oben. Diese Lesart könnte aber nicht erklären, warum das „wesentlich“ im Gesetz steht. Denn eine bestimmte Haarfarbe, Schulbildung und so fort ist eben überhaupt keine Voraussetzung der Einbürgerung, sondern wird lediglich in dem zugehörigen Verwaltungsverfahren eventuell mitabgefragt.

Eine andere Deutung des Wortlauts geht dahin, zwischen solchen Voraussetzungen der Einbürgerung zu unterscheiden, die zwingend vorliegen müssen, und solchen, über deren Fehlen sich die Behörde durch eine Ermessensentscheidung oder das Ausschöpfen eines Beurteilungsspielraums hinwegsetzen kann. Diese Lesart reduzierte die wesentlichen Einbürgerungsvoraussetzungen indes darauf, dass der Antragsteller eine Unterkunft in Deutschland hat und sich dort gewöhnlich und rechtmäßig aufhält. Nur diese drei Erfordernisse sind das tatbestandliche Minimum einer sogenannten Ermessenseinbürgerung nach §§ 8, 9 StAG. Eine Täuschung über Vorstrafen wäre dann in keinem Fall strafbar. Ebenso wenig eine Täuschung über einen jener Umstände, die nach § 10 StAG einen Anspruch auf Einbürgerung geben, sogenannte Anspruchseinbürgerung. Das hat der Gesetzgeber sicher nicht gewollt.

Daraus lässt sich aber eine dritte Deutung des Merkmals der „wesentlichen Voraussetzungen“ der Einbürgerung ableiten. Und zwar könnte man die eben genannte Auslegung: nur ermessensfeste Voraussetzungen ohne Beurteilungsspielraum sind wesentlich, so erweitern, dass zusätzlich solche Voraussetzungen wesentlich seien, die einen Einbürgerungsanspruch begründen – also nur bei einer Einbürgerung nach § 10 StAG zwingend gegeben sein müssen. Mit anderen Worten wären all jene Voraussetzungen wesentlich, die entweder bei einer sogenannten Ermessenseinbürgerung nach §§ 8, 9 StAG oder bei einer Anspruchseinbürgerung nach § 10 StAG unabdingbar sind, das heißt ermessensfest und ohne Beurteilungsspielraum vorliegen müssen. Diese Auslegung gibt dem Wort „wesentlich“ einen Sinn, und sie erfasst besonders gefährliche und daher besonders strafwürdige Täuschungen. Daher halte ich sie für vorzugswürdig. Dabei ist erneut zu berücksichtigen, dass der Tatbestand lediglich täuschende Angaben zu den wesentlichen Voraussetzungen verlangt. Der Täter muss eine solche Voraussetzung nicht vollständig vortäuschen. Es reicht, wenn seine Angaben sich auf die Voraussetzung beziehen, das heißt für deren Prüfung wissenswert sind. Dies führt auch dazu, dass es für unsere Fälle nicht darauf ankommt, ob man die zuletzt oder die an erster Stelle genannte Deutung bevorzugt (die an zweiter Stelle genannte ist keine ernsthafte Alternative). Denn beide Deutungen führen dazu, dass sämtliche falschen oder unvollständigen Angaben zu Vorstrafen dem Wortlaut unterfallen.

Offensichtlich ist dies, wenn man die erste Lesart wählt, nach der nur solche Angaben aus dem Tatbestand herausfallen, die sich überhaupt nicht auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Einbürgerung beziehen (Haarfarbe und so weiter).

Aber auch wenn man auf jene Voraussetzungen abstellt, die nach §§ 8, 9 oder § 10 StAG ermessensfest und ohne Beurteilungsspielraum vorliegen müssen, kommt dieses Ergebnis heraus. Denn zwar erlauben §§ 8, 9 StAG der Behörde, auch vorbestrafte Ausländer einzubürgern – selbst wenn die Bagatellschwelle des § 12a StAG mehr als nur geringfügig überschritten wird. Aber § 10 StAG erlaubt das nicht. Einen Anspruch auf Einbürgerung hat nur, wer allenfalls bis zur Schwelle des § 12a StAG vorbestraft ist. Diese Schwelle ist zwar nicht vollkommen fix, weil die Behörde im Einzelfall auch Vorstrafen außer Betracht lassen darf, die 90 Tagessätze oder drei Monate Freiheitsstrafe geringfügig übersteigen. Aber „geringfügig“ heißt eben nicht beliebig. Jenseits dieser Geringfügigkeitsgrenze sind Vorstrafen folglich ein absolutes Anspruchshindernis. Und damit sind Angaben zu Vorstrafen stets Angaben zu einer wesentlichen Voraussetzung der Einbürgerung.

ff) Innerer Tatbestand

Er hat zunächst den äußeren Tatbestand zu spiegeln. Folglich muss der Täter mindestens billigend in Kauf nehmen, dass er keinen Einbürgerungsanspruch hat. Bei ihm handelt es sich um ein (negatives) normatives Tatbestandsmerkmal. Der Vorsatz entfällt daher bereits, wenn der Täter in seiner Laiensphäre irrig annimmt, einen solchen Anspruch zu haben. Nach der herrschenden Meinung zur bewussten Fahrlässigkeit reichte es für einen Tatbestandsirrtum sogar schon, dass er einen solchen Anspruch für möglich hielte und darauf vertraute, dass er auch tatsächlich bestehen werde. Mindestens billigend in Kauf nehmen muss der Täter ferner, dass er inkorrekte Angaben macht mit Bezug zu einer Einbürgerungsvoraussetzung – das heißt mit Relevanz für eine Einbürgerungsvoraussetzung –, die bei einer Einbürgerung nach §§ 8, 9 StAG oder bei einer „Anspruchseinbürgerung“ nach § 10 StAG ermessensfest vorliegen muss. Zum Vorsatz hinzutreten muss dann noch die überschießende Absicht, eine Einbürgerung zu erschleichen. Der Täter muss folglich zu dem Zweck handeln, eingebürgert zu werden.

3. Die (wahrscheinlich) abweichende Ansicht des Kammergerichts

Der 4. und der 5. Strafsenat des Kammergerichts meinen, § 42 StAG erfasse jedwedes Verschweigen oder Ableugnen einer Vorstrafe – ungeachtet dessen, ob die Angaben tatsächlich geeignet waren, die Entscheidung der Behörde zu beeinflussen, und das heißt wahrscheinlich auch: ungeachtet dessen, ob der Antragsteller einen Anspruch auf Einbürgerung hat, weil seine Vorstrafe nach § 12a StAG außer Betracht bleiben muss und die übrigen Voraussetzungen des § 10 StAG vorliegen.¹⁷ Allerdings hat sich das Kammergericht mit dem Fall eines Einbürgerungsanspruchs nicht ausdrücklich befasst. Daher bleibt es immerhin möglich, dass das Gericht für diesen Fall zu einem anderen Ergebnis käme. Seine Be-

¹⁷ KG, Urt. v. 2.12.2015 – (5) 161 Ss 231/15 (46/15), Rn. 16-21 (juris); KG, Urt. v. 12.8.2011 – (4) 1 Ss 268/11 (170/11), Rn. 6-11 (juris).

gründung für die bisherige Rechtsprechung deutet aber eher in die andere Richtung: § 42 StAG sei ein abstraktes Gefährdungsdelikt, weswegen es nicht darauf ankomme, ob die falschen Angaben im Einzelfall geeignet seien, die Entscheidung der Behörde zu beeinflussen. Die Straffreiheit eines Antragstellers sei eine wesentliche Voraussetzung der Einbürgerung, daran ändere auch die Ausnahmegesetz des § 12a StAG nichts. Ferner sei diese Auslegung des § 42 StAG auch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen. Bundesrat und Bundesregierung hätten die Notwendigkeit erkannt, Täuschungen im Einbürgerungsverfahren unter Strafe zu stellen, und dabei auf die Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes und des Bundesvertriebenengesetzes verwiesen. Daher widerspräche es dem Gesetzeszweck, § 42 StAG enger auszulegen als diese beiden Referenznormen. Und zu derjenigen des Aufenthaltsgesetzes (§ 95 Abs. 2 Nr. 2) habe der Bundesgerichtshof ausdrücklich entschieden, dass der äußere Tatbestand schon erfüllt sei, wenn die richtige Anwendung des materiellen Aufenthaltsrechts durch die Falschangaben abstrakt gefährdet würde (BGH, Beschl. v. 2.9.2009 – 5 StR 266/09, Rn. 19 [juris]). Das sei bei falschen Angaben zu Vorstrafen der Fall.

Nach den Ausführungen oben 2. b) zur Gesetzesgenese des § 42 StAG ist klar, dass diese Begründung in ihrem entscheidenden Teil nicht stimmt: Der Gesetzgeber hat sich nicht gleichberechtigt auf die Strafnormen sowohl des Aufenthaltsgesetzes als auch des Vertriebenengesetzes gestützt, sondern er hat sich ausdrücklich geweigert, die Strafnorm des Aufenthaltsgesetzes zum Vorbild zu nehmen, und hat § 42 StAG bewusst der Strafnorm des Bundesvertriebenengesetzes nachgeformt. Daher kann § 42 StAG nicht so ausgelegt werden, wie der Bundesgerichtshof § 95 AufenthG anwendet, sondern muss so ausgelegt werden wie § 98 BVFG; und zu dieser Norm ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine andere. Das hat auch gute Gründe. Einer davon ist der Wortlaut, der in § 42 StAG wie im Bundesvertriebenengesetz von einem „Erschleichen“ spricht und nicht, wie im Vorschlag des Bundesrates, von einem schlichten „Erreichen“ oder – in § 95 AufenthG – von einem ebenso schlichten „Beschaffen“. Ein weiterer Grund sind die Strafraumen: nur bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe in § 95 Abs. 2 AufenthG – aber bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe in § 98 BVFG und § 42 StAG. Und es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese Rechtsprechung billigt und bei Schaffung des § 42 StAG kannte. Sie verlangt, dessen äußeren Tatbestand zu verneinen, wenn der Antragsteller einen Anspruch auf die Einbürgerung hat.

Zutreffend ist die Rechtsprechung des Kammergerichts indes insofern, als es sich bei § 42 StAG in der Tat um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Denn zwar verlangt dieser Tatbestand – wie alle Tatbestände¹⁸ – einen Erfolg: Es müssen Angaben gemacht worden sein. Aber dieser Erfolg

muss weder in einer Verletzung noch einer konkreten Gefährdung des Angriffsobjekts bestehen, wie immer man dieses Objekt für § 42 StAG definieren mag.¹⁹ Allerdings folgt aus der Deliktsnatur als abstraktes Gefährdungsdelikt nicht, was das Kammergericht daraus ableiten will. Oder umgekehrt: Die hier als vorzugswürdig vorgestellte Auslegung ändert nichts an jener Deliktsnatur. Denn in allen Fällen, in denen der Antragsteller keinen Anspruch auf Einbürgerung hat, bleiben die falschen Angaben zu Vorstrafen ungeachtet dessen tatbestandsmäßig, ob sie für die Entscheidung der Behörde ursächlich werden. Zuzugeben ist dem Kammergericht allerdings, dass der Tatbestandsausschluss bei einem Einbürgerungsanspruch der Deliktsnatur als abstraktes Gefährdungsdelikt einen Tropfen Wasser beimischt. Denn in der Sache handelt es sich dabei um einen Tatbestandsausschluss wegen absoluter Ungefährlichkeit. Aber das ist erstens nichts, was der Bundesgerichtshof kategorisch ablehnte. Vielmehr zieht er dergleichen für § 306a StGB immerhin in Betracht, wenn sich der Täter bei einer Brandstiftung an einem kleinen Wohngebäude vergewissert, dass sich niemand darin aufhält.²⁰ Zweitens hat der Bundesgerichtshof eine solche Lösung für § 98 BVFG ausdrücklich verlangt. Und das ist nicht nur vernünftig, sondern für die Auslegung des § 42 StAG maßgeblich, siehe oben.

Prinzipiell richtig liegt das Kammergericht auch mit seiner Auslegung des Begriffes der „wesentlichen Voraussetzungen“ – jedenfalls mit Blick auf Vorstrafen und wenn man sich den Überlegungen oben 2. b) ee) anschließen vermag: Jedes Verschweigen oder Leugnen einer Vorstrafe ist eine falsche Angabe zu einer wesentlichen Voraussetzung der Einbürgerung.

4. Noch einmal zum Einwand absoluter Ungefährlichkeit

Wenigstens vertretbar wäre es sogar, den äußeren Tatbestand des § 42 StAG schon dann zu verneinen, wenn die Vorstrafen des Antragstellers objektiv klar unter der Bagatellgrenze des § 12a StAG blieben. „Klar“ heißt, dass sie nicht in den Bereich einer „geringfügigen“ Überschreitung der Grenze hineinragen dürften, in dem die Behörde im Einzelfall entscheiden kann, ob sie die Vorstrafen berücksichtigt oder nicht. Die Vorstrafen dürften also zusammen nicht mehr als 90 Tagesätze beziehungsweise drei Monate Freiheitsstrafe betragen (wobei Freiheitsstrafen nach erfolgreicher Bewährung erlassen worden sein müssten). Vertretbar wäre es dann, den äußeren Tatbestand zu verneinen, weil in solchen Fällen eine Gefahr für das Angriffsobjekt absolut ausgeschlossen wäre: Die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben könnten sich auf die Entscheidung der Behörde nicht auswirken. Man hätte insgesamt so zu argumentieren wie zu § 306a

¹⁸ Näher T. Walter, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327. Ebenso bereits Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 432 ff.; ders., ZIS 2014, 579 (583 ff.).

¹⁹ Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), Vor §§ 13 ff. Rn. 129 f.; T. Walter, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2010, Vor § 13 Rn. 65.

²⁰ So in BGHSt 26, 121 (124 f.), aber offengelassen. Ebenso in allen späteren Entscheidungen, etwa BGHSt 34, 115 (118); BGH NStZ 2014, 404 Rn. 19.

StGB.²¹ Eine zusätzliche subjektive Voraussetzung wäre folglich, dass sich der Antragsteller über die Bagatellgrenze zuverlässig informiert und gegebenenfalls zutreffend gerechnet hätte. Denn für § 306a StGB wird der Tatbestandsausschluss nur erwogen, wenn sich der Täter vergewissert, dass niemand in dem Gebäude ist. Ob ein solcher Tatbestandsausschluss tatsächlich das Richtige ist – für § 306a StGB oder § 42 StAG –, möge hier ebenso auf sich beruhen wie in der Rechtsprechung. Es handelt sich um eine Grundfrage zu den abstrakten Gefährdungsdelikten, die dieser Beitrag nicht beantworten kann.

III. Fazit: die Demokratisierung der Jurisprudenz als Methodenziel

Dieser Beitrag hatte und hat ein zweifaches Ziel. Zum einen geht es ihm um eine eng umgrenzte Auslegungsfrage zu § 42 StAG: Unterfällt diesem Tatbestand jedwedes Verschweigen oder Leugnen einer Vorstrafe? Die Antwort lautet: Grundsätzlich ja – aber dann nicht, wenn der Antragsteller einen Anspruch auf die Einbürgerung hat. Außerdem kommt ein Tatbestandsausschluss immerhin in Betracht, wenn die Vorstrafen unter der Bagatellgrenze des § 12a StAG bleiben und sich der Antragsteller dessen vergewissert hat. Das zweite Ziel des Beitrages reicht weiter und besteht in dem Aufruf, bei der Auslegung von Gesetzen den Willen des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel zu betrachten:

1. Der Grundsatz: der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel

Dieser Grundsatz erzwingt einen sehr genauen Blick in die Materialien. Und jenseits der Fälle, die in den Materialien unmissverständlich behandelt werden, lautet die Maxime nicht: Was finde ich plausibel? Sondern: Was hat der Gesetzgeber vermutlich gewollt – oder was würde er gewollt haben, wenn er sich mit der Frage befasst hätte? Dafür hat man den Blick auch auf Gesetze und Äußerungen des Gesetzgebers außerhalb jenes Gesetzgebungsverfahrens zu richten, das die auszulegende Norm hervorgebracht hat. Erst wenn auch das nicht weiterhilft, darf man auf allgemein herrschende Rechts- und Vernunftüberzeugungen zurückgreifen.

Wenn sich der Rechtsanwender in dieser Art zum denkenden Diener des Gesetzgebers macht, so ist dies für den Gesetzgeber kein bequemerer Sessel als der, in dem er schon sitzt. Denn je genauer der Rechtsanwender den Gesetzgeber nimmt, desto genauer muss der darauf achten, was er sagt. Oder beschweigt. Der Gesetzgeber bekommt keine neue Macht, sondern wird in die Pflicht genommen. Außerdem hat der Rechtsanwender den Willen des Gesetzgebers nicht schrankenlos zu verwirklichen. Die Schranken zieht das höherrangige Recht, namentlich das Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht. Allerdings ist es dann eine zweite Frage, *welcher* Rechtsanwender diese Schranken konkretisieren und auf ihre Beachtung pochen darf. Bei dieser Frage geht es um

die Kompetenzen der Verwaltung und der Instanzgerichte im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht und zu den internationalen Gerichten (EuGH, EGMR, IGH). Das zu vertiefen, ist hier kein Raum.²² Nebenbei sei darauf hingewiesen, dass auch dieser Punkt im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag eine Parallele hat, das ist der § 679 BGB. Und davon unberührt bleibt die Maxime, die ich für die Anwendung der einfachen Gesetze empfehlen möchte: dass man sich dabei als ein solcher Geschäftsführer fühlen möge – mit dem Gesetzgeber als Geschäftsherrn.

Natürlich hinkt der Vergleich, denn der Rechtsanwender hat schließlich einen Auftrag zur Rechtsanwendung. Aber welcher Vergleich tut das nicht, und jener Unterschied lässt unberührt, was der Vergleich zum Ausdruck bringen soll.

2. Konkretisierungen

Die Überlegungen zu § 42 StAG führen noch zu einigen Konkretisierungen des Aufrufes, den Willen des gegenwärtigen Gesetzgebers zum Auslegungsziel zu machen. Erstens ist im Zweifel anzunehmen, dass der Wille dieses Gesetzgebers der gleiche ist wie der des historischen, dass also der gegenwärtige Gesetzgeber eine Regelung aus denselben Gründen und mit derselben Reichweite für sinnvoll hält, wie dies der historische tat. Diese Vermutung ist aber widerleglich: Macht der aktuelle Gesetzgeber zum Beispiel mit den 1901a ff. BGB klar, dass er die Selbstbestimmung eines Patienten über das Prinzip bedingungslos – man kann auch sagen: rücksichtslos – Lebensschutzes stellt, dann heißt dies für § 216 StGB, dass der gegenwärtige Gesetzgeber dessen Reichweite einschränken will, und zwar genau so weit, wie die neuen BGB-Normen reichen.²³

Anzunehmen ist im Zweifel ferner, dass der gegenwärtige Gesetzgeber die Gesetzeslage im übrigen kennt, und zwar umfassend kennt, wenn er ein neues Gesetz schreibt. Wenn man so will, ist dies eine Form des Kennenmüssens: Kennen die handelnden Personen die Gesetzeslage tatsächlich nicht, ist dies sorgfaltswidrig und später kein Grund, sich darüber zu beschweren, wenn jene Gesetzeslage bei der Auslegung der Norm in Betracht gezogen wird. Gleiches gilt hinsichtlich der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Beide Male nimmt die Vermutung den Gesetzgeber in die Pflicht: Er hat sich einen Überblick über jene Gesetzeslage und jene Rechtsprechung zu verschaffen. Allerdings sind auch diese Vermutungen widerleglich. Folgt aus den Materialien – oder anderen Quellen –, dass sich der Gesetzgeber der fraglichen anderen Normen beziehungsweise der fraglichen Rechtsprechung tatsächlich nicht bewusst gewesen ist, darf man ihm dieses Bewusstsein nicht mehr unterstellen. Das wäre, wieder zivilistisch formuliert, ein treuwidriges Verhalten.

Schließlich noch sind dem Gesetzgeber sinnvolle Überlegungen zu unterstellen. Das heißt auch, dass im Zweifel jedes Wort der Gesetzesformulierung eine Funktion erfüllen muss.

²² Vgl. immerhin schon Walter (Fn. 5), S. 471.

²³ BGHSt 55, 191 Rn. 25 a.E.; T. Walter, ZIS 2011, 76 (80 ff.); Gaede, NJW 2010, 2925 (2927). Für eine weiterreichende Straffreiheit etwa Engländer, JZ 2011, 513 (519); Verrel, NSStZ 2011, 274 (277).

²¹ Siehe neben den Urteilen aus Fußnote 20 Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 306a Rn. 2 mit zahlreichen Nachweisen.

Dies ist in der Methodenlehre allgemein anerkannt als das Prinzip, eine Norm so auszulegen, dass keines ihrer Merkmale überflüssig wird.²⁴ Ein Beispiel für die hier erörterte Auslegungsfrage ist das Wort „wesentlich“ im äußeren Tatbestand des § 42 StAG. Auch insoweit folgt aus der Auslegungsregel eine Pflicht des Gesetzgebers, mit Bedacht zu formulieren.

3. Des Grundsatzes Grund: eine Demokratisierung der Jurisprudenz

Der Aufruf, den Willen des Gesetzgebers zum höchsten Auslegungsziel zu machen, ist zugespitzt gesprochen nicht weniger als ein Aufruf zur Demokratisierung der Jurisprudenz; Jurisprudenz verstanden als Gesamtheit von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Eine Demokratisierung als Ausgleichsbewegung zu jener Aristokratisierung, die *Savigny* für die Juristen im Verhältnis zum Gesetzgeber in Anspruch nahm²⁵ – und die in deren Selbstverständnis nach meinem Eindruck fortwirkt und so auch die Gesetzesauslegung beeinflusst. Das aber ist im demokratischen Rechtsstaat die falsche Haltung. In ihm haben die Verwaltung und die Gerichte die Wünsche des Gesetzgebers auch dann zu respektieren, wenn sie ihnen unvernünftig oder systemwidrig erscheinen. Und sie haben mit Vorrang und echtem Interesse nach diesen Wünschen zu forschen, bevor sie überlegen, was wohl vernünftig und systemkonform sei.

²⁴ Siehe schon *Ulpian*, *Digesten* 2, 7, 5 § 2 a.E., und dazu *Liebs*, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7. Aufl. 2007, S. 242. Siehe ferner *Adomeit/Hähnchen* (Fn. 2), Rn. 25.

²⁵ Siehe *Savigny*, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 23, 48, 61, 66, 72 f. Dazu *Lahusen*, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus*, *Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft*, 2013, S. 40 ff., 94 f. und passim.

Engere Grenzen nur in engen Grenzen – zur Novellierung des Rechts der Unterbringung gem. § 63 StGB

Von Prof. Dr. **Johannes Kaspar**, Wiss. Mitarbeiter **Philipp Schmidt**, Augsburg*

I. Hintergründe der Reform

Am 28.4.2016 hat der Bundestag das „Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften“¹ beschlossen, das am 1.8.2016 in Kraft getreten ist.²

Auch wenn die Reformdiskussion schon länger geführt wurde, kann im „Fall Mollath“ einer der Hauptgründe für die rasche Novellierung gesehen werden.³ Dieser hatte zu einer bemerkenswerten öffentlichen und medialen Aufmerksamkeit geführt: Es kam zu zahllosen Veröffentlichungen in der Presse,⁴ Biographien und Abhandlungen wurden verfasst, Beiträge in Fachzeitschriften geschrieben⁵ und sogar eigene Internetauftritte zum „Fall Mollath“ erstellt.⁶ Es ist bemerkenswert, dass in diesem Fall ausnahmsweise überwiegend aus der Perspektive des Untergebrachten und seines Schicksals berichtet wurde, während man vergleichbares Mitgefühl für andere möglicherweise zu Unrecht (im Maßregelvollzug oder gar in der Sicherungsverwahrung) Untergebrachte sonst nicht aufzubringen vermag. Jenseits von allen Verschwörungstheorien ist eine mögliche Erklärung hierfür, dass der „Fall Mollath“ der Bevölkerung vor Augen geführt hat, dass man auch bei (angenommener) mittlerer Kriminalität im zumindest vermindert schulfähigen Zustand zwangsweise in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht werden kann und wie schwer es auch noch nach Jahren sein kann, dort wieder herauszukommen.

Ein weiterer Hintergrund der Reform war die besorgniserregende Ausweitung der Unterbringung gem. § 63 StGB. Sowohl die Zahl der Untergebrachten als auch deren durchschnittliche Unterbringungsdauer sind in den letzten Jahren erheblich angestiegen.⁷ So waren 1996 bundesweit noch 2.956 Personen in einem psychiatrischen Krankenhaus unter-

gebracht, 2014 bereits 6.540.⁸ Die Dauer der Unterbringung hat sich innerhalb von zehn Jahren auf durchschnittlich acht Jahre verdoppelt.⁹ Die Gründe hierfür sind vielfältig, vor allem dürfte der Anstieg jedoch auf ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung¹⁰ sowie die Neugestaltung der Entlassungsvoraussetzungen im Zuge des SexualdelikteBekG von 1998 zurückzuführen sein.¹¹ Diese Neuregelung erging im Anschluss an einige Gewalt- und Sexualstraftaten, über die in den Medien sehr intensiv berichtet worden war.¹² Die Zahl der Neuauordnungen ist zwar seit 2008 rückläufig,¹³ was bei weiterhin langen Unterbringungsdauern jedoch bislang kaum zur Entlastung bei der absoluten Zahl der Unterbrachten führt.

Neben dieser aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bedenklichen Entwicklung ist zugleich der Kostendruck für die Länder stetig angestiegen,¹⁴ so dass eine Neugestaltung der Unterbringung auch aus diesem Grund als sinnvoll und notwendig angesehen wurde.

Mit dem nun beschlossenen Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung hat die bereits 2013 mit dem Eckpunktepapier der damaligen Bundesregierung¹⁵ begonnene aktuelle Reformdiskussion ihr vorläufiges Ende gefunden. Das Hauptaugenmerk der Neuregelung soll auf der Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegen.¹⁶ Laut Bundesjustizminister Heiko Maas sollen „die Neuregelungen [...] dafür sorgen, dass vor allem unverhältnismäßige lange Unterbringungen möglichst vermieden werden“.¹⁷

II. Zur Neufassung von § 63 StGB

Nach seiner Neufassung lautet § 63 StGB nun folgendermaßen (die Neuerungen sind kursiv hervorgehoben):

„Hat jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21) begangen, so ordnet das Gericht die Unterbrin-

* Prof. Dr. *Johannes Kaspar* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg. *Philipp Schmidt* ist Wiss. Mitarbeiter am genannten Lehrstuhl.

¹ BT-Drs. 18/7244.

² BGBl. I 2016, S. 1610.

³ *Kaspar*, in: Dudeck/Kaspar/Lindemann (Hrsg.), Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie, 2014, S. 124; *Pollähne*, NK 2015, 25 (26) bezeichnet den Fall als „Katalysator“, der Entwurf selbst spricht (ohne Details oder Namen zu nennen) von „einer breiten öffentlichen Diskussion um aktuelle Einzelfälle“, BT-Drs. 18/7244, S. 1.

⁴ *Kaspar* (Fn. 3), S. 103.

⁵ Z.B. *Hauer*, ZRP 2013, 209; *T. Walter*, ZRP 2014, 103.

⁶ <http://www.gustl-for-help.de/>; <http://der-fall-mollath.de/> (beide 24.10.2016).

⁷ *Kaspar* (Fn. 3), S. 123.

⁸ Statistisches Bundesamt, Maßregelvollzugsstatistik 2013/2014, S. 8; zur Entwicklung siehe auch *Jehle*, Strafrechtspflege in Deutschland, 6. Aufl. 2015, S. 38 f.

⁹ *Kaspar* (Fn. 3), S. 123.

¹⁰ *F. Walter*, JA 2015, 87; *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (77).

¹¹ *Kaspar*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 63 Rn. 5.

¹² *Kröber*, in: Pollähne/Rode (Hrsg.), Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen, 2010, S. 113.

¹³ Hierzu *Heinz*, in: Pollähne/Lange-Joest (Hrsg.), Forensische Psychiatrie – Selbst ein Behandlungsfall?, 2015, S. 75; *Jehle* (Fn. 8), S. 38 f.

¹⁴ *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72.

¹⁵ *Bachmann*, NJ 2014, 401 (403).

¹⁶ BT-Drs. 18/7244, S. 10.

¹⁷ BMJV Pressemitteilung vom 4.11.2015, abrufbar unter: http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/11042015_Aenderung_Paragr_63StGB.html (24.10.2016).

gung in einem psychiatrischen Krankenhaus an, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, daß von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden anrichtet wird, zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. *Handelt es sich bei der begangenen rechtswidrigen Tat nicht um eine im Sinne von Satz 1 erhebliche Tat, so trifft das Gericht eine solche Anordnung nur, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird*“.

Bei den Anordnungsvoraussetzungen findet sich in Satz 1 nun also eine Konkretisierung der zu erwartenden „erheblichen rechtswidrigen Taten“ (dazu unten 1.) sowie in Satz 2 eine ausdrückliche Regelung der Anforderung in der – als Ausnahmefall eingeordneten – Konstellation einer nicht erheblichen Anlasstat (dazu unten 2.)

1. Konkretisierung der zu erwartenden „erheblichen rechtswidrigen Taten“

Vor der Neufassung der Norm war es in weitem Umfang der Rechtsprechung überlassen, zu definieren, was genau unter einer „erheblichen rechtswidrigen Tat“ zu verstehen ist. Nach dem Bundesverfassungsgericht handelt es sich hierbei um Taten, die „mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen [sind], den Rechtsfrieden empfindlich stör[en] und geeignet [sind], das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen; Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, sind daher nicht mehr ohne weiteres dem Bereich der Straftaten von erheblicher Bedeutung zuzurechnen“.¹⁸

Mit dem Einschub des Halbsatzes nach „rechtswidrige Taten“ versucht der Gesetzgeber nun eine Begriffskonkretisierung, indem er diese als solche definiert, die das Opfer seelisch oder körperlich erheblich schädigen oder gefährden oder schweren wirtschaftlichen Schaden anrichten. Zwar verdient das Anliegen einer Konkretisierung der Anordnungsvoraussetzungen aus rechtsstaatlichen Gründen (unabhängig von der im Maßregelbereich umstrittenen Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG¹⁹) Beifall. Es ist aber zweifelhaft, ob die Neufassung in dieser Hinsicht tatsächlich einen Gewinn darstellt; die Umschreibung einer erheblichen Tat ist nach wie vor recht unbestimmt und vor allem weit formuliert.

a) Erhebliche körperliche oder seelische Schädigung bzw. Gefährdung des Opfers

Den weiten Anwendungsbereich erkennt man zunächst daran, dass mit der bloßen Gefährdung sowie der auch rein seelischen Beeinträchtigung der Bereich der Gewalt- und Sexualdelikte als „Kernbereich“ der Schwerstkriminalität deutlich überschritten wird. Hierin liegt also, wenn man vom Erfordernis eines „Opfers“ absieht, wenig Restriktionspotenzial.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.7.2013 – 2 BvR 298/12.

¹⁹ Vgl. in Bezug auf die Sicherungsverwahrung nur Kaspar, ZStW 127 (2015), 654.

Der Versuch, eine *erhebliche* Tat dadurch zu konkretisieren, dass auf eine *erhebliche* Schädigung oder Gefährdung abgestellt wird, erscheint fast tautologisch: „Eine Tat ist erheblich, wenn sie erheblich ist“. Dreh- und Angelpunkt der Norm bleibt also wie zuvor die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Erheblichkeit“ der zu erwartenden Straftat, und zu dieser entscheidenden Frage enthält auch der neue Normtext keine wirklich weiterführenden Antworten. Wie schon vor der Reform wird es an dieser Stelle auf die in der Praxis vorzunehmende Konkretisierung ankommen, auf die auch in der Gesetzesbegründung verwiesen wird.²⁰

Damit ändert sich an den Anordnungsvoraussetzungen in diesem Bereich letztlich kaum etwas; die „stärkere Fokussierung auf gravierende Fälle“²¹, die der Gesetzgeber im Entwurf erwähnt, wurde an dieser Stelle nicht realisiert. Der Entwurf selbst spricht davon, dass der Halbsatz vor allem „klarstellende Funktion“²² habe und die Rechtspraxis für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „sensibilisieren“²³ solle. Ob diese „Sensibilisierung“ aber auch wirklich zu einer restriktiveren Anwendung der Norm führt, ist doch sehr fraglich. Letztlich wurde mit der Neufassung des § 63 S. 1 StGB die Gelegenheit verpasst, die Unterbringung noch stärker anhand von klaren Kriterien auf wirklich gravierende drohende Taten zu beschränken.

b) Schwerer wirtschaftlicher Schaden

Etwas mehr Substanz enthält der Versuch des Gesetzgebers, die Anordnung der Unterbringung im Bereich der Vermögensdelikte restriktiver zu gestalten.

Schon in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung war anerkannt, dass die Gefahr von Taten, bei denen nur geringfügiger wirtschaftlicher Schaden zu erwarten ist, nicht ausreicht. Wie oben bereits erwähnt, sollten Taten, die nicht im mittleren Bereich der Kriminalität liegen, nicht ohne weiteres eine Unterbringung rechtfertigen.²⁴ Die Erwartung der Begehung von Bagatelldelikten reichte also schon bisher nicht zur Anordnung der Unterbringung aus.²⁵ Problematisch daran ist und war, dass die Zuordnung zur Bagatel- oder mittleren Kriminalität mangels konsentierter (geschweige denn gesetzlich geregelter) Abgrenzungskriterien Schwierigkeiten bereitet. Insbesondere die Beurteilung der Gerichte, wann ein Vermögensdelikt in den Bereich der mittleren Kriminalität fällt, blieb uneinheitlich; die Grenzen wurden aber oft relativ gering angesetzt.²⁶ Das liegt auch daran, dass bei der Beurteilung oft lediglich gefragt wird, ob die mit maximal 50 Euro sehr niedrig angesetzte Geringfügigkeitsschwelle des § 248a StGB „deutlich überschritten“ wird oder

²⁰ BT-Drs. 18/7244, S. 18 f.

²¹ BT-Drs. 18/7244, S. 1.

²² BT-Drs. 18/7244, S. 18.

²³ BT-Drs. 18/7244, S. 17.

²⁴ Meyer, JuS 2014, 408 (409); BVerfG, Beschl. v. 24.7.2013 – 2 BvR 298/12; Kaspar (Fn. 11), § 63 Rn. 26.

²⁵ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 63 Rn. 17.

²⁶ Schieman, ZRP 2016, 98.

nicht.²⁷ Geht man aber von einem derart niedrigen Basiswert aus, ist die Grenze zum nicht mehr nur geringfügigen Schaden offensichtlich schnell überschritten.

Hier versucht der Gesetzgeber nun ausdrücklich, eine höhere Hürde zu ziehen, indem er die Gefahr eines „schweren wirtschaftlichen Schadens“ verlangt. Nach der Begründung im Gesetzentwurf soll sich die Einordnung als schwerer wirtschaftlicher Schaden an den zu § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB (in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung) entwickelten Maßstäben orientieren.²⁸ Demnach zieht der Gesetzgeber die Grenze bei einem drohenden Schaden von 5.000 Euro, macht aber gleichzeitig die Einschränkung, dass es sich „nur um eine grobe Richtschnur“ handle und immer auch die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere die „wirtschaftlichen Verhältnisse des potentiellen Opferkreises“, zu berücksichtigen seien.²⁹ Mithin könne daher „im Einzelfall auch ein geringerer drohender Schaden die Gefährlichkeit des Täters begründen“.³⁰ Zwar kann der Nutzen einer konkreten Wertgrenze in Zweifel gezogen werden, wenn diese sogleich relativiert wird und Abweichungen „nach unten“ zugelassen werden. Positiv zu bewerten ist dennoch, dass der Richtwert mit 5.000 Euro recht hoch ausfällt. Aufgrund dieser Bezugsgröße ist mit einem etwas restriktiveren Umgang der Gerichte im Bereich drohender Eigentums- und Vermögensdelinquenz zu rechnen.

2. Erhöhte Darlegungslast bei nicht erheblichen Anlassdelikten (§ 63 S. 2 StGB)

Anlasstat kann gem. § 63 S. 1 StGB im Ausgangspunkt jede rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB sein; nur Ordnungswidrigkeiten genügen nicht. Die Gerichte betonten in der Vergangenheit stets, dass die Anlasstat nicht in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinragen muss, folglich auch Bagatelldelikte taugliche Anlasstaten sein können. In derartigen Fällen mussten bei der Gefährlichkeitsprognose jedoch besonders sorgfältige Darlegungen erfolgen.³¹

Diese erhöhte Darlegungslast wurde nun zur Klarstellung kodifiziert. Nach dem neuen § 63 S. 2 StGB soll das Gericht in derartigen Fällen eine Unterbringung nur anordnen, wenn „besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird“, womit auf den Maßstab von § 63 S. 1 StGB Bezug genommen wird. Ziel des Gesetzgebers ist es erklärtermaßen, die Darlegungsvoraussetzungen zu erhöhen, um Legitimationsproblemen bei lediglich geringfügigen Anlasstaten entgegenzuwirken.³² Eine Anordnung soll jedoch auch bei leichten Taten weiterhin „keineswegs ausge-

schlossen“³³ sein. Der Begriff der „besonderen Umstände“, der auch in anderen Normen verwendet wird (vgl. z.B. § 67c Abs. 2 S. 4 StGB), soll dabei „konkrete Gegebenheiten in der Tat oder in der Person des Täters, die Rückschlüsse auf den Grad der von dem Täter ausgehenden Gefahr erlauben“ beschreiben und auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis hindeuten.³⁴

Bei nüchterner Betrachtung bringt die Novellierung des § 63 StGB auch an dieser Stelle keinen inhaltlichen Mehrwert gegenüber der früheren Rechtslage. Wie oben gezeigt, war schon vor der Novellierung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung eine besonders sorgfältige Darlegungspflicht im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose bei bagatelartigen Anlassdelikten etabliert worden. Diese Voraussetzungen wurden durch die Revisionsgerichte auch streng gehandhabt.³⁵ Zwar ist es aus Gründen der Bestimmtheit und Rechtssicherheit zu begrüßen, dass dies nun ausdrücklich kodifiziert ist. Auch an dieser Stelle hat der Gesetzgeber aber die Möglichkeit verpasst, sein erklärtes Ziel, namentlich die Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,³⁶ wirklich entscheidend voranzubringen. In § 62 StGB steht explizit, dass eine Maßregel u.a. dann nicht angeordnet werden darf, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen Taten außer Verhältnis steht. Schon daran zeigt sich, dass die Bagatelhaftigkeit der Anlasstat ein Verhältnismäßigkeitsproblem darstellen kann. Hinzu kommt, dass die ohnehin schwere Prognose einer erheblichen Straftat eben nur in seltenen Ausnahmefällen auf eine Bagatelltat gestützt werden kann, so dass hier die Gefahr von zu Unrecht als gefährlich eingestuften Personen (sog. „false positives“) besonders groß erscheint.

Leider setzt sich der Gesetzgeber nicht mit den in der Literatur entwickelten Vorschlägen zur Erhöhung der Anforderungen an die Anlasstat auseinander. Eine klare Grenzziehung, beispielsweise durch das Kriterium einer durch die Anlasstat verwirkten Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr³⁷ oder alternativ ein Abstellen auf die erstinstanzliche Zuständigkeit (erheblich wären dann nur Taten, die vor dem Schöffengericht oder Landgericht angeklagt werden müssen),³⁸ wäre zum einen aus Gründen der Rechtssicherheit, zum anderen als zusätzliche Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wünschenswert gewesen.

III. Zur Neufassung von § 67 Abs. 4 StGB

Nach der bisherigen Regelung in § 67 Abs. 4 StGB a.F. konnte eine Anrechnung des vollstreckten Maßregelvollzugs auf die Freiheitsstrafe nur erfolgen, wenn beide ihre Grundla-

²⁷ Vgl. OLG München, Beschl. v. 17.10.2012 – 1 Ws 839/12; 1 Ws 840/12 = R&P 2013, 45.

²⁸ BT-Drs. 18/7244, S. 20.

²⁹ BT-Drs. 18/7244, S. 21.

³⁰ BT-Drs. 18/7244, S. 21.

³¹ BGH NStZ-RR 2011, 240 (241); BGH NJW 2013, 2043 (2044).

³² BT-Drs. 18/7244, S. 22.

³³ BT-Drs. 18/7244, S. 22.

³⁴ BT-Drs. 18/7244, S. 23.

³⁵ So hatte der Bundesgerichtshof in BGH NStZ-RR 2011, 240 und BGH NJW 2013, 2043 die Unterbringungsanordnung der Landgerichte jeweils aufgehoben, weil deren Darlegungen nicht ausreichend waren; vgl. auch *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (79).

³⁶ BT-Drs. 18/7244, S. 1.

³⁷ Kaspar (Fn. 3), S. 16.

³⁸ T. Walter, GA 2014, 316 (320).

ge im selben Urteil hatten,³⁹ sog. „verfahrensfremde Strafen“ blieben unberücksichtigt. Am 27.3.2012 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass § 67 Abs. 4 StGB insoweit gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verstoße, als durch die Norm eine Anrechnung bei verfahrensfremden Strafen ausnahmslos und ohne Berücksichtigung von Härtefällen ausgeschlossen ist.⁴⁰

Mit dem neu eingefügten § 67 Abs. 6 StGB setzt der Gesetzgeber diese Vorgaben legislativ um und schafft eine Härtefallregelung für verfahrensfremde Strafen.⁴¹ Gem. § 67 Abs. 6 S. 1 StGB soll eine Anrechnung gem. § 67 Abs. 4 StGB erfolgen, wenn deren Vollzug eine unbillige Härte wäre. Wann ein Härtefall vorliegt, bestimmt sich nach mehreren Kriterien. Voraussetzung ist, dass „Billigkeit und Übermaßverbot verletzt wären und die Entscheidung im Einzelfall als schlechthin ungerecht erscheinen würde.“⁴² Zur Konkretisierung wurde § 67 Abs. 6 S. 2 StGB eingefügt, der einige Kriterien zur Bestimmung der unbilligen Härte enthält. Maßgeblich sollen das Verhältnis der Dauer des bisherigen Freiheitsentzuges zur Dauer der verhängten Strafen sein, daneben der erzielte Therapieerfolg und seine konkrete Gefährdung sowie das Verhalten der verurteilten Person. Eine Anrechnung gem. § 67 Abs. 6 S. 3 StGB kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn die der verfahrensfremden Strafe zugrunde liegende Tat nach der Anordnung der Maßregel begangen worden ist. Die Neuregelung ist zu begrüßen, da sie der Gefahr einer nicht gerechtfertigten kumulativen Belastung von einerseits präventiv, andererseits repressiv begründetem Freiheitsentzug entgegenwirkt. Sie ist Ausdruck der (aus der Perspektive des Grundrechtsschutzes) vorzugswürdigen Vorstellung, dass Strafen und Maßregeln trotz aller möglichen Unterschiede nicht als alia, sondern als Teil einer präventiven „Wirkungseinheit“ zu betrachten sind.⁴³

IV. Zur Neufassung von § 67d StGB

Seit der Neuregelung lautet § 67d Abs. 2 S. 1 StGB (*Hervorhebung* von den *Verf.*): „Ist keine Höchstfrist vorgesehen oder ist die Frist noch nicht abgelaufen, so setzt das Gericht die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine *erheblichen* rechtswidrigen Taten mehr begehen wird“. Neu eingefügt wurde in diesem Absatz somit nur das Wort „erheblich“. Der Gesetzgeber folgt hier ausdrücklich „der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes“⁴⁴ und verzichtet „gleichzeitig bewusst darauf, die [...] Vorgaben der Rechtsprechung detail-

liert in § 67d Abs. 2 StGB zu integrieren.“⁴⁵ Aus regelungstechnischer Sicht ist das verständlich, der Gewinn an Rechtssicherheit hält sich in der Folge allerdings in Grenzen.

Echte inhaltliche Änderungen enthalten dagegen § 67d Abs. 6 S. 2 und S. 3 StGB, die nun folgendermaßen lauten (neue Elemente sind kursiv hervorgehoben):

„Stellt das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fest, dass die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre, so erklärt es sie für erledigt. *Dauert die Unterbringung sechs Jahre, ist ihre Fortdauer in der Regel nicht mehr verhältnismäßig, wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden. Sind zehn Jahre der Unterbringung vollzogen, gilt Absatz 3 Satz 1 entsprechend.*“

Laut dem Gesetzentwurf ist § 67d Abs. 6 S. 2, 3 StGB „die zentrale Regelung für die Stärkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB“.⁴⁶ Die Einführung zeitlicher Schwellen bei der Fortdauer der Unterbringung steht schon längere Zeit zur Diskussion. Bereits das von der damaligen Bundesregierung entworfene Eckpunktepapier vom 15.7.2013 sah Schwellen von vier und acht Jahren vor.⁴⁷ Letztlich wurden diese im Änderungsgesetz auf sechs (S. 2) und zehn (S. 3) Jahre festgesetzt. Eine absolute zeitliche Obergrenze sieht die Neufassung jedoch nicht vor, womit (bei angenommener Gefahr schwerer Straftaten) auch eine lebenslange Unterbringung weiterhin möglich ist.

Zunächst stellt sich die Frage, wie die Zeitschwellen festgelegt wurden: Warum ausgerechnet sechs und zehn Jahre? Der Gesetzgeber blickt hier in die Vergangenheit und kommt zu dem Ergebnis, dass vor dem rasanten Anstieg der Unterbringungsdauer eine überdurchschnittlich lange Unterbringungsdauer ab ca. sechs Jahren des Vollzugs angenommen wurde.⁴⁸ Außerdem ergebe sich auf diese Weise ein Gleichlauf mit den neu eingeführten Begutachtungsfrequenzen in § 463 Abs. 4 S. 2 StPO.⁴⁹ Die Zehn-Jahres-Schwelle übernimmt der Gesetzgeber wiederum aus dem Bereich der Sicherungsverwahrung (§ 67d Abs. 3 S. 1 StGB), was eine partielle Annäherung beider Maßregelformen auch in dieser Hinsicht mit sich bringt.

Von psychiatrischer Seite wurde das Einfügen zeitlicher Grenzen begrüßt.⁵⁰ In die vorgesehenen Zeitintervalle lasse

³⁹ Maier, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 67 Rn. 119.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.3.2012 – 2 BvR 2258/09.

⁴¹ BT-Drs. 18/7244, S. 25.

⁴² Fischer (Fn. 25), § 73c Rn. 3; der Gesetzentwurf greift selbst auf diese Quelle und die dort aufgeführte Beschreibung zurück, BT-Drs. 18/7244, S. 27.

⁴³ Dazu und generell zu den straftheoretischen Prämissen der Zweispurigkeit näher Kaspar, in: Höffler (Hrsg.), Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Maßnahmen?, 2015, S. 97 ff.

⁴⁴ BT-Drs. 18/7244, S. 29.

⁴⁵ BT-Drs. 18/7244, S. 30.

⁴⁶ BT-Drs. 18/7244, S. 30.

⁴⁷ Bachmann, NJ 2014, 401 (403).

⁴⁸ BT-Drs. 18/7244, S. 32.

⁴⁹ BT-Drs. 18/7244, S. 32.

⁵⁰ Stübner, NK 2015, 13 (16); Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN) vom 30.7.2015, S. 2, verfügbar unter:

sich ein strukturierter Therapieplan mit klaren zeitlichen Vorgaben gut einfügen.⁵¹ Allerdings seien auch Probleme zu erwarten, und zwar in Form von negativen Auswirkungen auf den Behandlungsverlauf bei einigen der Untergebrachten. Zum Teil sei der Sechs-Jahres-Zeitraum zu kurz, weil einige Patienten schon mehrere Jahre benötigten, um überhaupt zu einer (konstruktiven) Teilnahme an einer Therapie motiviert werden zu können,⁵² oder weil der komplexe Krankheitsverlauf eine längere Therapie notwendig mache.⁵³ In derartigen Fällen müssten die Patienten nach der Entlassung eigentlich in anderen Institutionen weiterbehandelt werden,⁵⁴ allerdings sei die Allgemeinpsychiatrie teilweise nicht willens, forensische Patienten in ihre Einrichtungen aufzunehmen.⁵⁵ Ohne den Ausbau forensisch-ambulanter Therapieplätze sei eine „erhebliche Versorgungs- und Sicherheitslücke“⁵⁶ zu erwarten. Hält man sich allerdings vor Augen, dass die Beschränkung durch die Sechs-Jahres-Grenze ohnehin nur bei Tätern gilt, von denen lediglich Delikte mit wirtschaftlichen Schäden drohen, relativieren sich diese Bedenken stark.

Aus rechtlicher Sicht ist die Reform als (wenn auch bescheidene) Grenzziehung grundsätzlich zu befürworten. Das gilt vor allem für die Tatsache, dass allein die Gefahr schwerer wirtschaftlicher Schäden nach Ablauf von sechs Jahren zumindest „in der Regel“ keine Fortdauer der Unterbringung rechtfertigt. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte mit dem Zusatz „in der Regel“ umgehen werden,⁵⁷ da der Gesetzgeber hiermit ausdrücklich eine Ausnahme geschaffen hat, durch die eine Verlängerung der Unterbringung auch bei der Gefahr rein wirtschaftlicher Schäden möglich sein kann.⁵⁸ Nach der Gesetzesbegründung soll dies aber sehr restriktiv gehandhabt werden, etwa, wenn Taten drohen, die zu einem unersetzbaren wirtschaftlichen oder kulturellen Schaden führen würden. Das in der Gesetzesbegründung verwendete Beispiel des „Dürer-Attentäters“⁵⁹, der aufgrund einer paranoiden Störung immer wieder unschätzbar wertvolle Kunstwerke zerstörte, macht den absoluten Ausnahmecharakter dieser Fallgruppe deutlich. Es sollte paradigmatisch für die zukünftige Handhabung der Norm seitens der Gerichte sein.

Auch wenn die Fortdauer der Unterbringung nach zehn Jahren an hohe Voraussetzungen anknüpft, ist zum Teil noch

weitergehend eine zwingende Höchstgrenze gefordert worden, die sich zum Beispiel nach der maximalen Strafandrohung für die Anlasstat richten könnte.⁶⁰ Betrachtet man die Problematik aus der Perspektive des Verfassungsrechts, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, mag eine absolute Obergrenze wünschenswert erscheinen. Eine starre Frist ist aber insofern problematisch, als es (auch nach psychiatrischer Einschätzung) im Einzelfall Untergebrachte gibt, die kaum therapeutisch beeinflussbar sind.⁶¹ Drohen von diesen Personen störungsbedingt schwere Straftaten gegen Leib, Leben oder sexuelle Selbstbestimmung, kann auch eine langandauernde Unterbringung über zehn Jahre hinaus gerechtfertigt sein.

V. Zur Neufassung von § 463 StPO

Die Novellierung des Rechts der Unterbringung bringt auch einige strafprozessuale Änderungen im Bereich des § 463 StPO mit sich. Dabei wird § 463 Abs. 4 StPO ein Satz 1 vorangestellt, nach dem „im Rahmen der Überprüfung [...] nach § 67e StGB eine gutachterliche Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung einzuholen [ist], in der der Verurteilte untergebracht ist“. Gemeint sind dabei die jährlichen Überprüfungen gem. § 67e Abs. 2 StGB, in denen nicht zwingend ein externer Gutachter heranzuziehen ist. In der Praxis wird bereits in den meisten Fällen so verfahren.⁶² Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist auch bei der Überprüfung nach § 67e StGB eine „für den Einzelfall hinreichende Gründlichkeit bei der Entscheidungsfindung zu gewährleisten“, zumal Art. 2 Abs. 2 GG auch eine verfahrensrechtliche Bedeutung zukommt.⁶⁴ An dieser Stelle ist die rechtliche Fixierung einer bereits bestehenden Praxis sinnvoll, da durch die Formulierung „gutachterliche Stellungnahme“ klargestellt wird, dass diese Berichte einen gewissen Standard erreichen müssen, um als Entscheidungsgrundlage für eine Überprüfung herangezogen werden zu können. Die Neuregelung ist also zu begrüßen.

Die wichtigste prozessuale Neuerung ist wohl die in § 463 Abs. 4 S. 2 StPO vorgenommene Erhöhung der Frequenz, in der ein externer Gutachter im Rahmen der Überprüfung nach § 67e StGB herangezogen werden muss, nämlich von fünf auf nunmehr drei Jahre. Damit soll die Qualität der Fortdauerentscheidungen verbessert und zugleich durch die schnellere Heranziehung externer Sachverständiger verhindert werden, dass die Maßregelvollzugsanstalt zu großen Einfluss auf die Entscheidungen nehmen kann.⁶⁵ Außerdem soll mit den neuen Fristen eine Kongruenz zur Neuregelung des § 67d Abs. 6 S. 3 StGB hergestellt werden.⁶⁶

http://www.dgppn.de/fileadmin/user_upload/medien/download/pdf/stellungnahmen/2015/2015-07-30_DGPPN-Stellungnahme_Referentenentwurf_Massregelvollzug_FIN.pdf (24.10.2016).

⁵¹ Stübner, NK 2015, 13 (16).

⁵² DGPPN (Fn. 50), S. 2.

⁵³ Stübner, NK 2015, 13 (17).

⁵⁴ DGPPN (Fn. 50), S. 2.

⁵⁵ Stübner, NK 2015, 13 (17).

⁵⁶ Stübner, NK 2015, 13 (17).

⁵⁷ Schieman, ZRP 2016, S. 98 (100).

⁵⁸ Hierzu und im Folgenden BT-Drs. 18/7244, S. 35; Jehle, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), § 67d Rn. 30.

⁵⁹ Die Gesetzesbegründung bezieht sich explizit auf den „Dürer-Attentäter“ BT-Drs. 17/7244, S. 35, siehe dazu näher Kaspar (Fn. 3), S. 109, sowie etwas ausführlicher ders., FPPK 2007, 217.

⁶⁰ Pollähne, in: Pollähne/Lange-Joest (Fn. 13), S. 21; Streng, ZG 2014, 24 (40).

⁶¹ Kaspar (Fn. 11), § 63 Rn. 7; kritisch zur Annahme von „Untherapierbarkeit“ Eisenberg, NStZ 2004, 240.

⁶² Schieman, ZRP 2016, 98 (100); BT-Drs. 18/7244, S. 36.

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011 – 2 BvR 2413/10.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.2.2014 – 2 BvR 1795/12; 2 BvR 1852/13.

⁶⁵ BT-Drs. 18/7244, S. 37.

⁶⁶ BT-Drs. 18/7244, S. 38.

Bedauerlich ist dabei zunächst der Umstand, dass für den Fristbeginn noch immer auf den Vollzug der Unterbringung und nicht auf deren Anordnung abgestellt wird. Bis der „lange Weg durch die Instanzen“ abgeschlossen ist, können sich durchaus Änderungen im jeweiligen Krankheitsbild ergeben, die durch eine zeitnahe erneute Begutachtung frühzeitig erkannt werden könnten.⁶⁷ Darüber hinaus ist umstritten, ob eine erhöhte Begutachtungsfrequenz durch externe Sachverständige uneingeschränkt zu begrüßen ist. So hatte sich einerseits die Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN) für eine Drei-Jahres-Frist ausgesprochen.⁶⁸ Andererseits sehen auch psychiatrische Experten die Problematik des deutlichen Mehrbedarfs an ausreichend qualifizierten Sachverständigen und der damit einhergehenden Kostenerhöhung.⁶⁹ Verschärft wird dieser Druck auch durch die Neufassung des § 463 Abs. 4 S. 3 und S. 4 StPO, nach denen derselbe Sachverständige nicht zweimal hintereinander herangezogen werden soll, um die „Gefahr von repetitiven, sich selbst bestätigenden Beurteilungen“⁷⁰ zu verringern. Es stellt sich die Frage, ob es überhaupt genügend Sachverständige gibt, die diesen enormen Mehrbedarf abdecken können,⁷¹ zumal gem. § 463 Abs. 4 S. 5 StPO in Zukunft ausschließlich ärztliche oder psychologische Sachverständige herangezogen werden dürfen.

Brettel/Höffler kritisieren mit guten Gründen den damit verbundenen (vom Gesetzgeber nicht weiter diskutierten, möglicherweise gar nicht gesehenen) zwingenden Ausschluss von (in Deutschland überwiegend juristisch ausgebildeten) Kriminologinnen und Kriminologen von der Begutachtung.⁷² Sie weisen zu Recht darauf hin, dass sich die Kriminologie als Lehre vom Verbrechen, Verbrecher und Verbrechenskontrolle originär mit Kriminalität und damit auch deren Vorhersage befasst. Psychologie und Psychiatrie stießen bei der Beurteilung einer kriminellen Gefährdung an ihre Grenzen: Eine Störung allein begründe keine Gefährlichkeit, vielmehr komme es auf deren kriminologische Relevanz an.⁷³ Das hierfür notwendige Wissen sei nicht per se in der forensisch-psychiatrischen Sachkunde enthalten. Als weiterer Grund für die Einbeziehung von Kriminologen wird aufgeführt, dass die kriminologische Forschung andernfalls mangels Erfahrungs-, Forschungs- und Weiterentwicklungsmöglichkeiten stagnieren würde.⁷⁴

Letzteres Argument darf zwar in seiner Bedeutung nicht überschätzt werden, denn natürlich ist bei einem in Rede stehenden Grundrechtseingriff durch zwangsweise Unterbringung nicht das Forschungsinteresse der Kriminologie, sondern das Interesse an einer bestmöglichen Begutachtung ausschlaggebend. Völlig richtig ist aber, dass die Kriminolo-

gie wichtige Beiträge zur Beurteilung der kriminologischen Relevanz einer Störung leisten kann. Die Diagnose einer Störung selbst enthält eben noch keine Aussage über eine drohende Straftat; in den Worten von *Brettel/Höffler*: „nicht das Wissen auf der Achse gestört/nicht gestört, sondern auf der Achse kriminovalent/kriminoresistent ist das Wissen, auf das es bei der Kriminalprognose ankommt“.⁷⁵ Ist dieses Fachwissen nachweislich vorhanden, spricht nichts gegen einen Einsatz von Kriminologinnen und Kriminologen als Gutachter auch im Maßregelbereich. Die (nicht näher begründete) Entscheidung des Gesetzgebers, dies zwingend auszuschließen, ist daher zu bedauern, und zwar unabhängig von dem bereits oben erwähnten Problem, dass nur eine „überschaubare Zahl“⁷⁶ qualifizierter und erfahrener Sachverständiger im forensischen Bereich existiert. Schon in der Vergangenheit wurden offenbar zum Teil unqualifizierte Sachverständige mangels Alternativen herangezogen.⁷⁷ Ob die höhere Begutachtungsfrequenz zu weiteren Engpässen bei den Sachverständigen führt, bleibt abzuwarten, liegt aber nahe.

Ein Konzept, das es bedauerlicherweise nicht in die Novellierung geschafft hat, ist der Vorschlag von *Schalast/Lindemann*, eine Soll-Vorschrift einzufügen, nach der der Gutachter prüfen soll, ob nicht eine Maßnahme in einem nicht geschlossenen Klinikbereich zur Erreichung des Zwecks der Maßregel ausreichend ist.⁷⁸ Zwar wird bei einem großen Teil der Betroffenen eine stationäre und aus Gründen der Sicherheit auch geschlossene Betreuung und Therapie nötig sein.⁷⁹ Für manche erscheint eine Unterbringung in einem den Hochsicherheitstrakten von Justizvollzugsanstalten ähnelnden Komplex⁸⁰ jedoch schlicht überdimensioniert.⁸¹ Um ein derartiges Konzept umsetzbar zu machen, bedürfte es jedoch eines umfassenden Ausbaus der ambulanten Therapiemöglichkeiten.

VI. Schlussbetrachtung und Ausblick

Um mit der Kritik zu beginnen: Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung die Chance verpasst, dem Recht der Unterbringung gem. § 63 StGB noch klarere und vor allem engere Konturen zu verleihen. Es wäre möglich gewesen, die Reformbestrebungen zum Anlass zu nehmen, eine umfassendere und restriktivere Neugestaltung der strafrechtlichen Unterbringung auf den Weg zu bringen und dabei auch andere offene Fragen anzugehen.

So hätte beispielsweise in diesem Zuge auch eine Überarbeitung der §§ 20, 21 StGB stattfinden können. Die Begrifflichkeiten des § 20 StGB sind nicht mehr zeitgemäß und zum Teil degradierend.⁸² So stammt das Merkmal der schweren

⁶⁷ *Kaspar* (Fn. 3), S. 131.

⁶⁸ DGPPN (Fn. 50), S. 3.

⁶⁹ *Stübner*, NK 2015, 13 (20).

⁷⁰ BT-Drs. 18/7244, S. 39.

⁷¹ So schon *Kaspar* (Fn. 3), S. 131.

⁷² *Brettel/Höffler*, medstra 2016, 67.

⁷³ *Brettel/Höffler*, medstra 2016, 67 (68).

⁷⁴ *Brettel/Höffler*, medstra 2016, 67 (69).

⁷⁵ *Bock*, HRRS 2012, 533 (534).

⁷⁶ *Stübner*; NK 2015, 13 (21).

⁷⁷ *Tondorf/Tondorf*, Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren, 3. Aufl. 2011, S. 10 f.

⁷⁸ *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (80).

⁷⁹ *Pollähne*, NK 2015, 25 (34).

⁸⁰ *Konrad*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Fn. 13), S. 118.

⁸¹ *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (80).

⁸² *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2015, Rn. 422.

anderen seelischen Abartigkeit aus der sog. „Degenerationslehre“ der nationalsozialistischen Ideologie.⁸³ In der Debatte um die Reform des Mordparagrafen wurde in Politik und Medien immer wieder (zu Recht) auf dessen unrühmliche Entstehungsgeschichte verwiesen, was im Rahmen der §§ 20 f. StGB aber merkwürdigerweise weit weniger Empörung verursacht. Der gesamte § 20 StGB ist eine Mischform aus überholten medizinischen Krankheitsmodellen und zum Teil sehr unbestimmten juristischen Begriffen, die dringender Reform bedürfte.⁸⁴ Es ist klar, dass dies ein schwieriges und umfangreiches Unterfangen wäre, allerdings auch ein lohnendes, dem man sich stellen sollte.

Keine Beachtung beim Reformprozess hat auch die bereits vorher in der Literatur diskutierte Frage gefunden, inwieweit der Maßregelvollzug mit der UN-Behindertenrechtskonvention vereinbar ist.⁸⁵

Ob die Gesetzesänderung in Zukunft größere Auswirkungen auf die Zahl der Untergebrachten hat, kann bezweifelt werden. Dafür gehen die Änderungen bei den Anordnungsvoraussetzungen nicht weit genug, vor allem, wenn man die an mehreren Stellen (bspw. in § 63 S. 2 StGB oder in § 67d Abs. 6 S. 2 StGB) im Gesetz implantierten „Angstklauseln“ berücksichtigt, die je nach Einzelfall auch ein Unterlaufen der gezogenen Grenzen ermöglichen.

Um zum Abschluss zur Haben-Seite der Reform zu kommen: Immerhin wurden einige bisher nur in der Rechtsprechung entwickelte Anordnungsvoraussetzungen und -grenzen nun ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen, was aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen ist. Auch ist die Stoßrichtung der Reform, die auf eine Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abzielt, nachhaltig zu unterstützen. Es ist zumindest nicht auszuschließen, dass die Praxis diesen Grundsatz aufgrund der neu im Gesetz verankerten Wertungen in Zukunft noch stärker berücksichtigen wird. Entscheidend dafür dürfte das Bewusstsein der Justizpraktiker sein, welcher gravierenden Eingriff in Freiheitsrechte auch die Maßregel des § 63 StGB (trotz ihres therapeutischen Heilungs- und Besserungszwecks) mit sich bringt. Nicht nur die Sicherungsverwahrung, sondern auch die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus ist nach dem BVerfG ein „Sonderopfer“⁸⁶, das entsprechend behutsam anzuwenden ist. Es ist das Verdienst der Neuregelung, dies etwas deutlicher zum Ausdruck zu bringen.

⁸³ Tondorf/Tondorf (Fn. 77), S. 29.

⁸⁴ Nedopil/Müller, Forensische Psychiatrie, 4. Aufl. 2012, S. 38 f.

⁸⁵ Zur ausführlichen Diskussion siehe Tolmein, in: Pollähne/Lange-Joest (Fn. 13), S. 79 ff.

⁸⁶ BVerfG NJW 2012, 1784 (1785).

Rätselraten im Nebenstrafrecht

Hermeneutischer Denksport zu Rindfleisch, Wein und Karamellen

Von Prof. Dr. Bernhard Kretschmer, Gießen

I. Karamell zu Beginn

In seiner preisgekrönten „Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung“ (1782/83) mahnte *Hans Ernst v. Globig* an, dass Gesetze „in einem kurzen und dabey deutlichen Styl geschrieben, und überall, wo sie gelten sollen, behörig bekannt gemacht werden“ müssen.¹ Das sei nötig für eine gute Gesetzgebung, welche es für eine „unpartheyische Justiz-Pflege“ brauche, die nichts weniger als der Verhütung von Verbrechen diene.²

Seither ist mancherlei über die Kunst der Gesetzgebung geschrieben worden, vor allem im 19. Jahrhundert, vermehrt dann wieder seit den 1970er Jahren.³ Ihren Zenit mag die Gesetzeskunst wohl in den großen Kodifikationen gefunden haben.⁴ Gewiss ist jedenfalls, dass es aktuell – trotz Neuerungen wie dem Nationalen Normenkontrollrat (seit 2006) – nicht besonders gut um sie bestellt ist. Von Zeit zu Zeit verleiht zwar die „Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung“ (gegründet 1987) ihre Preise für gute Gesetzgebung (2016 zum fünften Mal), doch ist zu mutmaßen, dass die Suche nach würdigen Preisträgern nicht immer einfach fällt. Kandi-

¹ v. *Globig/Huster*, Abhandlungen von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, S. 25 (eingehend zu dieser Schrift *Schmidt*, Die Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung von Hanns Ernst von Globig und Johann Georg Huster, 1990). Die hier relevanten Prolegomena „Vorläufige Anmerkungen von der peinlichen Gesetzgebung überhaupt“ stammen aus der Feder von *Globig* (zu diesem ADB 9 [1879], S. 237 f.). Der 1782 zuerkannte Preis war fünf Jahre zuvor von der ökonomischen Gesellschaft in Bern ausgelobt worden (woraufhin 46 Schriften eingingen). Die Hälfte des Preisgeldes hatte *Voltaire* zu diesem Zwecke bei Friedrich II. eingeworben. *Globig* gewann 1788 noch einen weiteren von Friedrich II. ausgelobten Preis für seine „Betrachtungen bey dem Entwurfe eines Criminal-Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten“.

² v. *Globig/Huster* (Fn. 1), S. 24.

³ Für das 19. Jahrhundert vgl. etwa *Zachariae*, Die Wissenschaft der Gesetzgebung, 1806; *Gerstäcker*, Systematische Darstellung der Gesetzgebungskunst in vier Theilen, 1837-1840; v. *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 2/1, Politik, 1862, S. 375 ff.; *Bluntschli*, Lehre vom modernen Staat, Bd. 3, 1876. Die Neubelebung ist vor allem *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, zu danken; vgl. weiter *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002; *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111; 224; Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, jeweils m.w.N.

⁴ Dazu eingehend *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, 2004; vgl. zudem *Emmenegger*, Gesetzgebungskunst, Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900, 2006; *Meder*, Gottlieb Planck und die Kunst der Gesetzgebung, 2010.

daten für Razzies gibt es dagegen zuhauf.⁵ Dabei ist die Krise der Gesetzgebungskunst alles andere als neu. So hieß es etwa vor 30 Jahren im Spiegel-Artikel „Vorn aufbauen, hinten einreißen“, dass „Richter und Wissenschaftler den ‚Verfall der Gesetzgebungskunst‘ beklagen“.⁶ Daran hat sich nichts geändert. Und bereits seit den 1970ern geistert ein dem Kaufmann und Bankier Alwin Münchmeyer zugeschriebenes Bonmot durch die (Medien-)Welt, welches es sogar zu einem eigenen Wikipedia-Eintrag gebracht hat und dessen sich Franz Josef Strauß und viele andere in abgewandelten Versionen bedient haben, nämlich:

„Das Vaterunser hat 56 Wörter, die Zehn Gebote haben 297 und die amerikanische Unabhängigkeitserklärung 300. Aber eine Verordnung der EWG-Kommission über den Import von Karamellen und Karamelprodukten zieht sich über 26.911 Wörter hin.“⁷

Nun – die Wortzählung des Vaterunser stimmt (eigens nachgezählt), auch jene der Zehn Gebote kommt je nach Überlieferung einigermaßen hin, doch hat die Unabhängigkeitserklärung schon rund 1.000 Worte mehr. Dass die Karamellverordnung inflationäre 26.911 Worte umfasst, klingt freilich sehr eingängig. Wir kennen die maßlosen Ungetüme aus der Brüsseler Regulierungsfabrik, deren Normen kein Ende finden wollen. Indessen: Angeschmiert und reingefallen – denn eine Karamellverordnung hat es nie gegeben (jedenfalls bislang nicht). Ihre realen Geschwister dürften dagegen so ziemlich alles beachten, aber gewiss keinen kurzen und deutlichen Stil, wie ihn *Globig* empfohlen hat. Was die Kunst der Gesetzgebung angeht, hat es sie seit der Europäisierung noch schwerer als zuvor. Das gilt zumal mit Blick auf das Nebenstrafrecht und seine Blankette, wenn diese europäische Inhalte einbeziehen müssen.

II. Rindfleisch

Die Rindfleischetikettierung gehört schon seit Jahren zu meinen Favoriten, wenn es in europastrafrechtlichen Vorlesungen und Fachanwaltsausbildungen um die Rechtsetzung im Wege der Verweisung geht. Dabei ist die Technik keineswegs pauschal zu verdammen. Wie es *Hans-Ulrich Karpen*, der Nestor der neubelebten Gesetzgebungslehre, in seiner grundlegenden Dissertation „Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik“ (1970) zutreffend erklärt hat, kann eine Verweisung durch Kürze, Prägnanz und systematische Gliederung des Gesetzesstoffs bestechen, wiewohl sie stets Gefahr läuft, an Klarheit, Verständlichkeit und Volks-

⁵ Kurzform für den Golden Raspberry Award, die „Goldene Himbeere“, den Anti-Oscar für schlechte Leistungen.

⁶ Der Spiegel, Nr. 21 v. 19.5.1986, S. 33.

⁷ Hier zitiert nach: Der Spiegel, Nr. 29 v. 15.7.1974, S. 53. Der Wikipedia-Artikel lautet „EG-Verordnung zur Einfuhr von Karamelbonbons“.

tümlichkeit zu verlieren.⁸ Für den Schutz der europäischen Regelungsinhalte ist die Verweisungstechnik sogar unverzichtbar, solange die Europäische Union – was einstweilen so bleiben möge – keine Kompetenz zur unmittelbaren Strafrechtssetzung besitzt. Für flankierendes Strafrecht müssen daher die Mitgliedstaaten sorgen, die aber laut EuGH nicht die europäischen Ge- und Verbote wiederholen – sondern eben nur verweisen – dürfen, weil ansonsten die europäische Herkunft verschleiert werden könnte.⁹

Besondere Aufmerksamkeit hat die Rindfleischetikettierung durch eine Vorlage des Landgerichts Berlin an das Bundesverfassungsgericht erlangt.¹⁰ In der konkreten Normenkontrolle ging es um verschiedene Fragen der Pönalisierung im Nebenstrafrecht, welche nur scheinbar randseitig ist. Allerorts begrüßen uns nämlich Rinder mit gepiercten Ohren, sobald wir nur die Städte verlassen und zur Spazierfahrt durch die Felder gleiten oder über grüne Almen wandern. Geschuldet ist diese Zier der rechtlichen Etikettierungspflicht, die vom Kalben bis zum Teller reicht. Manchem mag es überzogen erscheinen, Pflichtschuldigkeit bei der Etikettierung mit der Kriminalstrafe und nicht nur mit Geldbuße zu beantworten. Denkt man allerdings zwei Jahrzehnte zurück, erscheinen wieder die Bilder der vom Wahnsinn verfallenen Rinder, wie sie über Höfe und Weiden torkeln. Bis heute besteht unter Seuchenforschern wenig Einigkeit, wie groß die Gefahr von BSE (Bovine spongiforme Enzephalopathie) für den Menschen wirklich war (und vielleicht noch ist). Manche meinen, dass die Menschheit sehr viel Glück hatte, durch rasche Gegenmaßnahmen an einer Katastrophe vorbeigeschlittert zu sein. Zu diesen Schritten zur Bekämpfung des Rinderwahns zählte und zählt die Etikettierung, durch die sich der Weg des Fleisches vom Hof bis zum Verbraucher nachvollziehen lässt.¹¹ Dass der Gesetzgeber sein kriminalpolitisches Ermessen darauf ausgerichtet hat, die Seuchengefahr ernst zu nehmen und Verstöße gegen die Etikettierung mit Strafe ahnden zu wollen, halte ich nicht für anrührig.

Eine andere Frage ist jedoch, wie der Gesetzgeber diesen strafrechtlichen Schutz bewerkstelligt. Dafür gilt es zuerst zu sehen, dass die eigentliche Rechtsetzung – wie es für die Landwirtschaft typisch ist – in Brüssel gemacht wird. Der Bundesgesetzgeber schließt daran mit dem Rindfleischetikettierungsgesetz (RiFLEtikettG) an, wobei dessen eigentli-

che Bezeichnung noch weit sperriger ist.¹² Ausweislich seiner Anwendungsbestimmung dient es der Durchführung der zu diesem Sujet ergangenen europäischen Rechtsakte (genauer: § 1 Abs. 1). Die ausführende Strafnorm findet sich in § 10 Abs. 1, wonach mit „Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe [...] bestraft [wird], wer einer unmittelbar geltenden Vorschrift in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 zuwiderhandelt, soweit eine Rechtsverordnung nach Absatz 3 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist“ (sog. Rückverweisungsklausel). Das macht den Leser nicht wirklich klüger, zumal der besagte Absatz 3 das Bundesministerium nur schlicht „ermächtigt, soweit es zur Durchsetzung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder Europäischen Union erforderlich ist, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die als Straftat nach Absatz 1 zu ahnden sind.“

Die Jagd auf die ausfüllenden Normen ist damit eröffnet und der spürsinnige Bürger findet hoffentlich die „Verordnung zur Durchsetzung des Rindfleischetikettierungsrechts (Rindfleischetikettierungs-Strafverordnung – RiFLEtikettStrV)“.¹³ Doch darf er sich nie sicher fühlen, dass es mit ihr sein Bewenden hat, weil es durchaus der Fall sein könnte, dass sich das Ministerium nicht nur dieser einen, sondern vielleicht noch einer weiteren Rechtsverordnung befleißigt hat (wie das etwa im Weinrecht, zu dem wir noch kommen werden, durchaus der Fall ist). Aus Gründen der Bestimmtheit wäre daher schon viel gewonnen, wenn der Gesetzgeber in diesen und anderen Fällen dem Ministerium kurzerhand vorgibt, wie die delegierte Rechtsverordnung zu bezeichnen ist.

Um uns nicht übermäßig zu langweilen, werden wir die soeben gefundene Strafverordnung nicht in ihrer ganzen Fülle beleuchten, sondern belassen es bei einem Blick auf ihren ersten Tatbestand (§ 1 Abs. 1 Nr. 1). Dessen zähe Lektüre erhellt am Ende, dass es um irgendein Fehlverhalten bei der Etikettierung von Rindfleisch geht, nämlich dass dieses „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig etikettiert“ worden ist. Ein Erkenntnisgewinn, der über die blanke Bezeichnung dieser Strafverordnung hinausgeht, ist damit freilich kaum verbunden. Indessen: Das Ministerium hilft und präzisiert (Obacht: Ironie): Um eine Strafbarkeit nach § 10 Abs. 1 RiFLEtikettG soll es sich nämlich nur handeln im Falle eines Verstoßes „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 Eti-

⁸ *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 223.

⁹ EuGH, Urt. v. 10.10.1973 – Rs. 34/73 = Slg. 1973, 981 Rn. 9 ff.; EuGH, Urt. v. 2.2.1977 – Rs. 50/76 = Slg. 1977, 137; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 9 Rn. 60.

¹⁰ LG Berlin, Beschl. v. 16.4.2015 – (572) 242 AR 27/12 Ns (82/12) = BeckRS 2015, 19579 = NZWiSt 2016, 112; vom BVerfG entschieden durch Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15.

¹¹ Eingehend zur Rückverfolgbarkeit von Lebensmitteln und deren strafrechtlicher Relevanz *Kretschmer*, in: Gropp/Hecker/Kreuzer/Ringelmann/Witteck/Wolfslast (Hrsg.), Strafrecht als ultima ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 221.

¹² Eigentlich: 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 bis zu zwölf Monate alten Rindern (Rindfleischetikettierungsgesetz – RiFLEtikettG) vom 26.2.1998 (BGBl. I 1998, S. 380), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2016 (BGBl. I 2016, S. 1666).

¹³ Vom 5.3.2001 (BGBl. I 2001, S. 339), zuletzt geändert durch Verordnung vom 22.7.2015 (BGBl. I 2015, S. 1407).

kettierung von Rindfleisch und Rindfleischerzeugnissen sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 820/97 des Rates (ABl. L 204 vom 11.8.2000, S. 1), geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 653/2014 (ABl. L 189 vom 27.6.2014, S. 33)“, indem der Täter „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 Parlaments 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“. – Alles klar? Noch Fragen? – Viel Spaß und Geduld beim weiteren Puzzeln und Basteln dieses Tatbestandes!

Wenn wir auf den bereits erwähnten *Karpen* zurückkommen, so finden sich am Ende seiner Schrift über die Verweisung einige Leitsätze. Namentlich heißt es: „Oberstes Gebot ist, niemals auf Kosten der Gesetzesklarheit zu verweisen.“¹⁴ Sehr wahr und weise gesprochen! Dagegen ist das besagte Rindfleischetikettierungsrecht derart verschleierte, dass es sich selbst Juristen nur mühselig erschließen können. Als sog. Expertenrecht – bei dem man vielleicht (oder auch nicht) Abstriche an der Bestimmtheit erwägen mag – kann es nur sehr eingeschränkt gelten, wenn man bedenkt, an wen es alles in der Lebensmittelkette adressiert ist.¹⁵ Der Bauer mag wohl wissen, was er mit seinem Vieh zu tun hat, aber gewiss nicht aufgrund der Lektüre von Gesetz und Verordnung. Dabei ist noch gar nicht angesprochen, dass der parlamentarische Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehalten ist, die wesentlichen Vorgaben der Bestrafung selbst zu setzen (Art. 80 Abs. 1, 104 Abs. 1 GG).¹⁶ Das schließt eine gubernative Rechtsetzung keineswegs aus, setzt ihr aber Grenzen, die in diesem Fall nicht zu finden sind. Das Klassenziel haben Gesetz- und Ordnungsgeber daher in Fragen der Rindfleischetikettierung – wie auch sonst öfters im Nebenstrafrecht – glatt verfehlt. Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht die erwähnten Normhüllen des § 10 Abs. 1 und 3 RiFLEtikettG wegen Unvereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 S. 1 sowie mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 des Grundgesetzes für nichtig erklärt.¹⁷

¹⁴ *Karpen* (Fn. 8), S. 233.

¹⁵ Zum Expertenstrafrecht allgemein BVerfGE 48, 48 (57); BVerfG, Beschl. v. 21.8.2001 – 2 BvR 1941/00 = NStZ-RR 2002, 22; BVerfGK 17, 273 (292); lebensmittelrechtlich *Bosch*, in: Meyer/Streinz (Hrsg.), 2. Aufl. 2012, § 58 LFGB Rn. 1; ablehnend etwa *Hütwohl*, Weinstrafrecht und Verwaltungsakzessorietät, 2011, S. 69.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 19, 354 (361 ff.); 37, 201 (209); BVerfGK 17, 273 (285 f., 291 ff.).

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15.

Das Landgericht verdient folglich ein deutliches Lob für die Vorlage.¹⁸ Diese hat es dem Bundesverfassungsgericht erlaubt, endlich auf mehr Rechtsstaatlichkeit und parlamentarische Verantwortung zu drängen, wenn es um die strafrechtliche Flankierung europäischer Rechtsakte geht. Dass sich dies auf eine Vielzahl weiterer Strafgesetze auswirkt und infolgedessen ein großer Nachbesserungsbedarf besteht, liegt auf der Hand. Dabei lässt sich zur besseren Gesetzgebung schon mit wenig Aufwand viel erreichen: Nicht nur sollte – wie erwähnt – in der Ermächtigung an- und vorgegeben werden, wie die delegierte Rechtsverordnung heißen wird. Mehr noch sollten Bezugnahmen jedenfalls dann, wenn es um eine Strafbegründung geht, nicht nur die ausfüllenden Artikel oder Paragraphen aufzählen, sondern diese mit einer schlagwortartigen Kurzzusammenfassung (ggf. in Klammern) ergänzen. Dann könnte sich dem Normadressaten schon durch die Gesetzeslektüre einigermaßen erschließen, was denn nun verboten ist (und welcher Verweisung er mit Blick auf ein bestimmtes Verhalten besser genau nachgehen sollte).

III. Wein

Die kulinarische Empfehlung zum Rind lautet zumeist auf einen eher kräftigen Rotwein, wenngleich es keineswegs mehr verpönt ist, – wenn man denn mag – einen Weißwein (vielleicht einen Riesling) zu wählen. Dabei ist dem Weintrinker selten bekannt, dass sich ein hochverwickeltes Regelwerk um all die Reben rankt. Vermutlich gibt es kein anderes Lebensmittel, das hierzulande derart umfassend reguliert ist. Dabei ist der Weinbau schon lange eine europäische Domäne, wie dies auch für das sonstige Agrarrecht gilt. Den Takt gibt daher die Union in diversen Verordnungen vor, durch die sie Begriffe, Inhalte und zulässige Handlungen bestimmt. Flankiert wird all das durch das Weingesetz des Bundes, welches die relevanten Sanktionsnormen für den Fall von Zuwiderhandlungen enthält und auch zu diesem Zwecke zu delegierten Rechtsverordnungen sowohl des Ministeriums als auch der Länder ermächtigt. Mit zwei Strafvorschriften (§§ 48, 49 WeinG), einer Bußgeldvorschrift (§ 50 WeinG) sowie zwei Vorschriften zur Ermächtigung bzw. Einziehung (§§ 50, 51 WeinG) scheint dieses Feld rasch beackert. Doch der Schein trügt. Tatsächlich sorgen mannigfache Verweisungen (mehr noch: Weiterverweisungen, Unterverweisungen und Kettenverweisungen) dafür, dass sich der Blick immer mehr eintrübt. Das fängt schon bei der Frage an, was denn überhaupt unter einem Erzeugnis – dem Tatobjekt des § 48 Abs. 1 Nr. 1 WeinG – zu verstehen ist.¹⁹

Jedenfalls bietet die Befassung mit dieser Materie manche Überraschung. Wer hätte etwa gewusst, dass vollständiges Auspressen von Weintrauben ein kriminelles Unrecht sein könnte, auf das es womöglich ins Gefängnis geht? Tatsäch-

¹⁸ LG Berlin, Beschl. v. 16.4.2015 – (572) 242 AR 27/12 Ns (82/12) = BeckRS 2015, 19579 = NZWiSt 2016, 112.

¹⁹ Dazu *Kretschmer*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Weinrecht, Verbundkommentar zur deutsch-europäischen Weinordnung, 2014, S. 404 (424 f.).

lich war ebendies bis Ende 2013 der Fall,²⁰ bevor dies schändliche Tun zur Ordnungswidrigkeit herabgestuft worden ist.²¹ Das werden wir ein wenig später nochmals streifen. Jedenfalls darf an dieser Stelle beiläufig angemerkt sein, dass das Weinrecht seit einiger Zeit eine beträchtliche Entkriminalisierung erfahren hat, was sich bekanntlich für die sonstige Strafgesetzgebung unserer Tage nicht leicht sagen lässt.²² In der heimischen Küche war beim Auspressen von Weintrauben freilich ohnehin nichts zu fürchten. Sachlich bezogen war und ist das Verbot auf die Weinerzeugung, um die Qualität des Rebsaftes hoch zu halten.

Abgesehen von solchen und anderen Funden bietet das Weinstrafrecht viele hermeneutische Rätsel, die sich in der einen oder anderen Weise auch in anderen Bereichen des Nebenstrafrechts stellen (können). Einer Auswahl von ihnen soll im Folgenden nachgespürt und mit Lösungsvorschlägen versehen werden. Allen fünf Beispielen ist gemein, dass sie mit der Technik der Verweisung zusammenhängen. Nicht befassen werden wir uns dagegen mit weinspezifischen Fragen der Bestimmtheit, wiewohl diese zahlreich sind (etwa ob die Umweltbedingungen das Beregnen der im Ertrag stehenden Rebflächen rechtfertigen).²³ Noch weniger soll es hier um dogmatische Probleme des Weinrechts gehen, so spannend diese durchaus sein können.

1. Globalverweisung

a) Rätsel

In der Strafvorschrift des § 48 Abs. 1 Nr. 1 WeinG geht es – etwas verkürzt – darum, dass der Täter ein weinrechtliches Erzeugnis verarbeitet, in den Verkehr bringt, mit anderen Getränken vermischt in den Verkehr bringt, einführt, ausführt, verwendet, verwertet, lagert oder transportiert. Begrifflich müssen uns diese Tathandlungen nicht näher interessieren. Es reicht zu sehen, dass der Gesetzgeber bildlich gesprochen mit Schrot schießt, um so ziemlich alle Verhaltensweisen zu erfassen. Das muss allerdings – und nun kommen wir zum Problem – „entgegen einer Vorschrift dieses Gesetzes“

erfolgen. Wie verträgt sich diese Globalverweisung mit der strafgesetzlichen Bestimmtheit?

b) Lösung

Infolge dieser umfassenden Bezugnahme wird im Grunde das gesamte Weingesetz in den Tatbestand inkorporiert, weil es in Gänze darauf durchgesehen werden muss, ob und inwieweit eine konkret infrage kommende Tathandlung goutiert oder verboten ist.²⁴ Man könnte glauben, dass diese ruchbare Klausel aus Zeiten stammt, als man es mit der gesetzlichen Bestimmtheit noch etwas weniger eng gesehen hat. Tatsächlich kam diese Wendung aber erst mit der Novelle von 1982 ins Gesetz (genauer: im damaligen § 67 WeinG).²⁵ Hatten die Gesetzentwürfe zunächst noch Katalogvorschriften favorisiert, wurden die vorgeschlagenen Normen alsdann – wie es der Ausschussbericht euphemistisch formuliert – „redaktionell gekürzt und vereinfacht“.²⁶ Verfassungsrechtliche Bedenken fegten die Minister Meyer (Rheinland-Pfalz) und Weiser (Baden-Württemberg) in der Bundesratssitzung vom 16.7.1982 beiseite, weil es – in Zeiten von Weinskandalen und dringendem gesetzgeberischen Handlungsbedarf²⁷ – nicht zu weiteren Verzögerungen kommen sollte.²⁸ Als es im Jahrzehnt darauf um das heutige Weingesetz von 1994 ging, hegte der Entwurf keine Zweifel an der verfassungsmäßigen Bestimmtheit.²⁹ Der Bundesrat sah das zunächst allerdings anders, weil es nicht die Aufgabe des Strafrichters, der Staatsanwaltschaft und der Normadressaten sei, die jeweiligen Normen herauszusuchen.³⁰ Die Bundesregierung teilte diese Bedenken unter anderem unter Hinweis auf den ähnlichen § 34 Abs. 4 AWG nicht,³¹ worauf beide Kammern mehrheitlich folgten.³²

Beizupflichten ist der Sichtweise, wie sie der Bundesrat zunächst gewonnen, dann aber mehrheitlich nicht vollzogen hat. Es ist – wie bereits erwähnt – die vielleicht manchmal mühselige, aber ungeachtet dessen wichtige und vornehme Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers, die Merkmale der von ihm in die Welt verabschiedeten Tatbestände selbst zusammenzustellen. Das hat den Vorteil, dass er sich auf diese Weise vergewissern kann, warum und wofür er seine von ihm repräsentierten Bürger mit Kriminalstrafe bedroht. Sicherlich mögen Outsourcing und Delegation modern sein.

²⁰ § 4 Abs. 1 Nr. 1 WeinRV i.V.m. § 49 S. 1 Nr. 7 WeinG: strafbar bei Vorsatz, auf Fahrlässigkeit stand ein Bußgeld; Kretschmer (Fn. 19), S. 468. Dass für vollständiges Auspressen tatsächlich eine Freiheitsstrafe verhängt worden wäre, ist mir allerdings nicht bekannt.

²¹ § 10 Nr. 7 WeinSBV i.V.m. § 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 12 WeinG; Kretschmer (Fn. 19), S. 520.

²² Vgl. Kretschmer (Fn. 19), S. 410.

²³ Nach wie vor bußgeldbewehrt nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 8 Weinrechts-DVO BW i.d.F. vom 20.8.2016 (GBl. 513) mit Wirkung vom 23.9.2016 (die Formulierung geht auf § 17 Abs. 3 Nr. 1 WeinG a.F. zurück, der bis zum 4.8.2009 galt). Zeitweile wurde darin sogar kriminelles Verhalten gesehen; als letztes Bundesland hat NRW mit Wirkung vom 16.1.2014 die diesbezügliche Strafbarkeit gestrichen (zuvor §§ 20 Abs. 2 und 3 DV WeinG NRW a.F. i.V.m. § 49 S. 1 Nr. 3 WeinG). Vgl. dazu auch Kretschmer (Fn. 19), S. 421 f., 464.

²⁴ Hierzu und zum Folgenden Kretschmer (Fn. 19), S. 429 ff.

²⁵ Viertes Gesetz zur Änderung des Weingesetzes i.d.F. der Bekanntmachung vom 31.8.1982 (BGBl. I 1982, S. 1196).

²⁶ BT-Drs. 9/1770, S. 4; vgl. dazu auch die Beschlussempfehlung in BT-Drs. 9/1761, S. 34.

²⁷ Dazu Kretschmer (Fn. 19), S. 409 m.w.N.

²⁸ Plenarprotokoll 269 A bzw. 299 C.

²⁹ Regierungsentwurf BR-Drs. 504/93, S. 39 und alsdann BT-Drs. 12/6060, S. 38 (ebenso der identische, nicht weiterbehandelte Entwurf der Koalitionsfraktionen, BT-Drs. 12/5138, S. 37).

³⁰ BR-Drs. 504/93, S. 24 f. (Beschluss) und BT-Drs. 12/6060, S. 43, 51.

³¹ BT-Drs. 12/6060, S. 55, 62 (Gegenäußerung).

³² So auch die Beschlussempfehlung des Ausschusses (BT-Drs. 12/7205, S. 42).

Indessen widerstrebt es guter und rechtsstaatlicher Strafgesetzbildung, die edle Aufgabe an die Gesetzesadressaten abzuwälzen, die am Ende womöglich mit Freiheitsentzug zahlen müssen.

Zu ergänzen ist, dass globale Verweisungen, welche Sanktionen auslösen können, ohnehin recht rar gesät sind. Sie mögen – erstens – durchaus noch zu akzeptieren sein, wenn es um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder ein sonstiges Verhalten geht, welches ohne Gestattung untersagt ist. Denn dann weiß der Täter schon wegen des umfassenden Verbotes, dass er sich um Erlaubnis oder Gestattung bemühen muss. Derartige Beispiele finden sich eher in der Vergangenheit, so § 9 des Telegraphengesetzes, § 15 Abs. 1 des Fernmeldeanlagengesetzes (weil die Anlagen früher zwingender Erlaubnis bedurften)³³ oder § 18 Abs. 1 des Lichtspielgesetzes von 1920 (weil Filme nur nach Zulassung vorgeführt werden durften). Vergleichbares lässt sich für das Urheberstrafrecht (§§ 106 ff. UrhG) postulieren, wenn der Täter ohne Einwilligung des Berechtigten handelt. Weiterhin mag eine weite Verweisung – zweitens – angehen, wenn das tatbestandliche Verhalten bereits für sich als sozialschädlich anzusehen und bei Strafe zu missbilligen ist, weil die Verweisung auf weitere Voraussetzungen dann nur begrenzend wirkt.³⁴ Das betrifft etwa die Bußgeldvorschriften der Datenschutzrechte, soweit es um den fremden Umgang mit personenbezogenen Daten geht, die nicht offenkundig sind („entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes oder einer anderen Rechtsvorschrift über den Datenschutz“), auch die Umweltdelikte der §§ 324 ff. StGB („Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“), weil es um Handeln geht, das die Umwelt beeinträchtigt,³⁵ weiterhin das (pflichtwidrige) Verschweigen subventionserheblicher Tatsachen nach § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB („entgegen den Rechtsvorschriften über die Subventionsvergabe“) oder noch die verschleiernde oder unterbleibende Bilanzierung „entgegen dem Handelsrecht“ (§ 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB)³⁶. Schließlich mag die pauschale Verweisung – drittens – noch soeben hinzunehmen sein, wenn es nur um wenige „Vorschriften dieses Gesetzes“ geht. Das war etwa im altherwürdigen Lichtspielgesetz von 1920 der Fall, beim 2006 aufgehobenen § 34 Abs. 4 AWG (a.F.), auf den die Bundesregierung hingewiesen hatte, oder bei § 33 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Abs. 3 des Umstellungsgesetzes, das noch die westalliierten Militärmächte verfügt hatten.³⁷

All diese Ausnahmen passen indessen nicht auf die gegenständliche Globalverweisung des Weingesetzes. Für den wie auch immer gearteten Umgang mit weinrechtlichen Erzeugnissen bedarf es eben keiner besonderen Erlaubnis, auch

ist die soziale Schädlichkeit mitnichten konsentiert, zuletzt ist das Weingesetz viel zu komplex, als dass der Adressat die infrage kommenden Vorschriften ohne besondere Schwierigkeiten überblicken könnte. Es ist bezeichnend, dass ein Kommentator sich an einer Aufzählung der infrage kommenden Bezugsnormen versucht,³⁸ die weinrechtliche Strafverfolgungspraxis dagegen weitere Normen nennt.³⁹ Wenn schon die Spezialisten (und wiederholt der Gesetzgeber selbst) an des Rätsels Lösung verzweifeln, dann kann von gesetzlicher Bestimmtheit keine Rede sein. Folglich gilt für das Weingesetz nichts anderes als das, was das Bundesverfassungsgericht schon früh zum „Apothekenstoppgesetz“ entschieden hat, welches sich auf Bestimmungen beziehen wollte, „die am 1. Oktober 1945 in den einzelnen Ländern des Bundesgebietes galten“ – das war und ist unklar, unbestimmt, verfassungswidrig.⁴⁰

Anstelle der Globalverweisung sollte besser nach dem Vorbild anderer Gesetze und insbesondere des geschwisterlichen LFGB katalogisiert werden.⁴¹ Das geht sicher auf Kosten der Kürze, doch ist nun einmal die Gesetzesklarheit das oberste Gebot. Hinfällig wäre zudem die Subtraktionsmethode, die das Gesetz seinem Leser aktuell noch aufträgt (übrigens auch in § 48 Abs. 1 Nr. 3 WeinG). Nach dem ersten Schritt des Suchens und Sammelns geht es nämlich bei der Tatbestandsermittlung in einem zweiten Schritt noch darum, all jene Fälle abzugreifen, die in den Nummern 1, 2, 4, 5 oder 6 der milderen Strafvorschrift des § 49 S. 1 WeinG sowie den Nummern 1 oder 6 bis 10 der erst recht milderen Bußgeldvorschrift des § 50 Abs. 2 S. 1 WeinG geregelt sind. Es ist einigermaßen bemerkenswert, dass der Gesetzgeber in diesen Fällen die Strafe des § 48 WeinG für unverhältnismäßig hart befand, ohne sich sonst vergewissert zu haben, was diese Norm denn alles erfassen mag. Glaubt der Täter übrigens irrig, einen der privilegierten Fälle zu verwirklichen, haben wir einen weiteren der seltenen Anwendungsfälle von § 16 Abs. 2 StGB. Eins steht jedenfalls fest: Gute Gesetzgebung sieht anders aus.

2. Tücken der Ausfüllung

a) Rätsel

Nach § 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 WeinG ist es – unter anderem – ordnungswidrig, einer rückverweisenden Rechtsverordnung nach „§ 16 Abs. 3, 4 oder 5“ zuwiderzuhandeln. Der Bezug auf Absatz 5 geht allerdings seit langem ins Leere,⁴² wobei das keineswegs solitär steht. Weil uns Absatz 4 auch nicht interessiert, wenden wir uns der Verweisung auf Absatz 3 zu,

³³ § 15 Abs. 2 FAG a.F. wurde wegen fehlender Bestimmtheit für nichtig erklärt (BVerfGE 78, 374).

³⁴ Vgl. BVerfGE 17, 273 (291 f., 295 ff.).

³⁵ Zur Verfassungsmäßigkeit vgl. BVerfGE 75, 329.

³⁶ Nach BVerfGE 48, 48, verfassungsgemäß.

³⁷ Erlassen wurde das Umstellungsgesetz anlässlich der Währungsreform von 1948: Bestrafung bei Umwandlung von Alt- in Neuguthaben, falls dies „entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes oder entgegen den Durchführungsverordnungen zu diesem Gesetz“ erfolgt.

³⁸ Sackreuther, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 48 WeinG Rn. 4, 6 ff.

³⁹ Vgl. nur Karfeld, Der Wein-Staatsanwalt, 2006, S. 132 nebst Fn. 452.

⁴⁰ BVerfGE 5, 25 (33 f.); zum § 48 WeinG ebenso Hütwohl (Fn. 15), S. 71 ff.; ähnlich Rathke/Boch, Weinrecht, 2012, § 48 WeinG Rn. 10.

⁴¹ So auch Hütwohl (Fn. 15), S. 81 f.

⁴² Aufgehoben durch Gesetz vom 29.7.2009 (BGBl. I 2009, S. 2416).

welcher das Ministerium in den Ziffern 1, 1a und 2 lit. a-c zur Rechtsverordnung hinsichtlich dort genannter Gegebenheiten befugt. Die nämliche Ziff. 1a befasst sich wiederum mit dem vollständigen Auspressen von Weintrauben für die Weinbereitung, wovon wir schon erfahren haben (sub III.), dass dies bußgeldbewehrt ist. Der relevante § 10 Nr. 7 WeinSBV verweist allerdings nicht auf Nr. 4 zurück, sondern auf Nr. 12 des § 50 Abs. 2 S. 1 WeinG. Die Delegation nach Nr. 12 ist aber – darin mögen mir geneigte Leser bitte folgen – glatt verfassungswidrig, weil sie als bestimmende Vorgabe nur einen Verstoß gegen unmittelbar geltendes Unions- oder Gemeinschaftsrecht verlangt (was dem Ausstellen eines Blankoschecks gleichkommt).⁴³ Wie wäre es zu bewerten, wenn § 10 WeinSBV sicherheitshalber auf Nr. 4 zurückverweist?

b) Lösung

Belässt man es bei bloßer Gesetzeslektüre, scheint eine probate Lösung gefunden. Das rechtsstaatliche Problem ist aber vorhanden, auch wenn es sich versteckt.⁴⁴ Es liegt darin, dass Ziffer 1a – wie schon die Zählung nahelegt – erst nachträglich eingefügt worden ist, nämlich durch Gesetz vom 29.7.2009.⁴⁵ Als das Blankett des § 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 WeinG eingerichtet wurde und sich dabei auf § 16 Abs. 3 WeinG bezog, hatte der Gesetzgeber naturgemäß noch keinen Willen, eine Sanktionierung im Sinne der heutigen Ziff. 1a zu gestatten. Sollte sich solcher Wille bei der späteren Implementierung gezeigt haben, gäbe es kein Problem. Allerdings finden sich in den Gesetzesmaterialien keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei Einfügung der Ziff. 1a gesehen hätte, dass er eine weitere Sanktionsmöglichkeit schafft.⁴⁶ Stellt man auf den historisch-genetischen Gesetzgeberwillen ab, wird das Blankett in der Bezugnahme auf § 16 Abs. 3 WeinG dahingehend auszulegen sein, dass die später eingefügte Ziff. 1a nicht erfasst wird. Eine gleichwohl ergehende Rechtsverordnung wäre dann ohne gesetzliches Fundament, soweit es die Sanktionierung angeht. Zweifelhaft ist indessen, ob diese Bewertung auch gilt, wenn man den verobjektivierten Gesetzgeberwillen bemüht, wie er sich im Wortlaut des Gesetzes und dem Sinnzusammenhang ausdrückt (wie dies sonst das Bundesverfassungsgericht favorisiert).⁴⁷ Indessen geht es im Methodenstreit darum, wie die Macht von Legislative und Judikative zu balancieren ist.⁴⁸ Mit der

Lösung unseres Rätsels sollte das weniger zu tun haben. Vorzugswürdig ist hier die Annahme, dass sich der Verfassungsimperativ gesetzlicher Bestimmtheit (Art. 80 Abs. 1, 103 Abs. 2 GG) nicht allein darauf beschränkt, dass der Gesetzgeber darüber Rechenschaft ablegt, was er sanktioniert. Vielmehr ist ihm abzuverlangen, dass er die Sanktionsnorm willentlich und nicht im Blindflug setzt. Oder wie es bei *Karpen* heißt: „Ein Gesetzesbeschluß ohne auf die Gesetzesmaterie zielende Willensorientierung ist ‚Wille ohne Vorstellung‘ und widerspricht dem demokratischen Prinzip.“⁴⁹ Grundvoraussetzung strafrechtlicher Normsetzung ist deshalb der bewusste gesetzgeberische Wille, dass er Strafe bzw. Buße setzt. Weil das vorliegend nicht der Fall war, ist der Wortlaut des Sanktionsblanketts verfassungskonform zu reduzieren.

Zu sehen ist, dass sich Verweisungsprobleme dieser Art immer dann einstellen können, wenn die Ausfüllungsnorm geändert wird, ohne dass etwaige Straßblankette überblickt werden. Ging es soeben darum, dass die Bezugsvorschrift nachträglich erweitert worden ist, kann dies ebenso gelten, wenn eine nicht mehr belegte Gesetzesstelle neu besetzt wird, aber nicht gesehen wird, dass noch eine Sanktionshülse hierhin verweist. Desgleichen passiert, wenn eine Ausfüllungsnorm in einem Zug durch etwas anderes ersetzt wird. Das war etwa beim mittlerweile aufgehobenen § 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 WeinG der Fall, der die Vermarktung mit nicht zugelassen Angaben bebußen wollte und sich dafür auf § 24 Abs. 1 WeinG bezog.⁵⁰ Das war sinnhaft, solange sich die Ausfüllung mit gesundheitsbezogenen Angaben befasste, doch ging es nach der Gesetzesnovelle vom 29.7.2009⁵¹ gänzlich anders um Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben. Ausweislich der schweigenden Motive war dem Gesetzgeber nicht bewusst, eine Bußgeldvorschrift durch eine andere zu ersetzen.⁵²

Anzufügen ist noch, dass es gefahrträchtige und daher rasch schlechte Gesetzgebung ist, in eine Vorschrift einen Absatz mit sodann neuer Absatzzählung einzufügen.⁵³ Mahnendes Beispiel ist dafür die Verweisung des § 31 Abs. 7 WeinG auf § 42 Abs. 5 LFGB, die sich eher seltsam auf die Mitteilungsbefugnis der Zollbehörden zu erstrecken scheint. Der Fehler liegt darin, dass der Gesetzgeber bei der Novellierung des § 42 LFGB durch Gesetz vom 22.5.2013 einen neuen Absatz 3 eingefügt und die folgenden Absätze neu nummeriert hat.⁵⁴ Gewollt war und ist eigentlich die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, die Überwachungsbehörde unverzüglich von der Einleitung eines Strafverfahrens zu unterrichten: Das findet sich heute in Absatz 6.

⁴³ Dazu *Kretschmer* (Fn. 19), S. 509 ff.: „Exempel parlamentarischer Selbstenthauptung“. Das ist noch eindeutiger als bei § 10 Abs. 1 und 3 RiFLEtikettG (dazu BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15).

⁴⁴ Hierzu und zum Folgenden *Kretschmer* (Fn. 19), S. 499 ff.

⁴⁵ BGBl. I 2009, S. 2416 (mit Wirkung vom 4.8.2009).

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 16/13158 und 16/13420.

⁴⁷ BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (129 ff.); 36, 342 (367); 62, 1 (45).

⁴⁸ Vgl. einerseits *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 312 ff., und andererseits *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl. 2016, insbes. Rn. 717 ff., 778 ff., 796 ff. m.w.N.; siehe auch *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar,

Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 108 ff., 114b ff.

⁴⁹ *Karpen* (Fn. 8), S. 175.

⁵⁰ Dazu *Kretschmer* (Fn. 19), S. 503 f. Besagte Nr. 7 und § 24 Abs. 1 wurden aufgehoben durch Gesetz vom 2.10.2014 (BGBl. I 2014, S. 1586).

⁵¹ BGBl. I 2009, S. 2416.

⁵² Vgl. BT-Drs. 16/13158 und BT-Drs. 16/13420.

⁵³ Zum Folgenden *Kretschmer* (Fn. 19), S. 542 f.

⁵⁴ BGBl. I 2013, S. 1319.

3. Tücke der Delegation

a) Rätsel

In § 16 WeinDVO Schl.-H. heißt es, dass nach § 48 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3 WeinG bestraft werde, „wer vorsätzlich oder fahrlässig Landwein herstellt, der den in § 7 Abs. 2 und 3 festgelegten Produktionsbedingungen nicht entspricht.“ Das meint den natürlichen Mindestalkoholgehalt und die Verwendung bestimmter Rebsorten, was aber nicht zur Lösung wichtig ist. Den gesetzeskundigen Winzer schrickt diese Androhung allerdings nicht. Warum?

b) Lösung

Die besagte Rechtsverordnung beruft sich noch auf § 22 Abs. 2 WeinG, wiewohl dieser seit dem 5. Änderungsgesetz vom 29.7.2009⁵⁵ nur Rechtsverordnungen des Bundes zulässt.⁵⁶ Tatsächlich findet sich die Ermächtigung zur Landesverordnung seither einen Absatz weiter (also Absatz 3). Das Strafrechtshemmnis liegt nun darin, dass das Strafbkett (§ 48 Abs. 1 Nr. 2 WeinG) nach wie vor nur auf Rechtsverordnungen nach § 22 Abs. 2 WeinG verweist. Was früher passte, greift nun knapp, aber entscheidend vorbei. Zwar entfällt das ordnungsgemäß ergangene Landesrecht nicht ohne weiteres bei einer späteren Veränderung oder gar dem Wegfall der Ermächtigungsgrundlage.⁵⁷ Allerdings kann die Landesverordnung eben nicht das Blankett ausfüllen, welches als eigentliche Strafausführungsnorm strikter Bestimmtheit unterliegt. Aus dem Schweigen der Entwurfsbegründung ist zwar zu schließen, dass der Änderungsgesetzgeber mitnichten erahnt hat, dass er mit der Novellierung des § 22 WeinG auch Strafrecht verändert.⁵⁸ Dennoch hat er der Pönalisierung, die im Landesrecht angestrebt war/ist, mit der Novelle den Boden entzogen. Die Ausführungsrechte in Sachsen (seit dem 1.1.2013), Nordrhein-Westfalen (seit dem 16.1.2014) und nunmehr auch Baden-Württemberg (seit dem 23.9.2016) haben übrigens auf die geänderte Rechtslage reagiert und diese Pönalisierung gestrichen.

Ähnliches gilt für die Subdelegation:⁵⁹ Das Weingesetz lässt es nämlich durchaus zu, dass das Ministerium in der ihm vom Gesetzgeber bewilligten Rechtsverordnung seinerseits Aufgaben an die Landesregierungen weiterdelegiert, die dazu eigene Verordnungen erlassen (§ 54 Abs. 1 WeinG). In den meisten dieser Landesrechte finden sich dann auch Sanktionsnormen, die auf die weingesetzlichen Sanktionsblankette zurückverweisen. Nehmen diese Blankette ihrerseits weingesetzliche Normen in Bezug, welche zu landesrechtlichen Verordnungen befugen, ist das für sich nicht heikel. Zumeist werden jedoch Normen in Bezug genommen, die nur zu einer Rechtsverordnung des Bundes befugen. Von dieser expliziten Tatbestandswirkung sind die subdelegierten Verordnungen aber nun einmal nicht erfasst. Um das im Sinne der Strafrecht-

setzlichkeit zu ändern, müsste der Gesetzgeber die Blankette mit einem Zusatz im Sinne eines „– auch in Verbindung mit § 54 Abs. 1 –“ ergänzen.

4. Sanktionslücke

a) Rätsel

In der Rechtsverordnung zur Durchsetzung des gemeinschaftlichen Weinrechts (WeinRV) fanden sich diverse Tatbestände, die unter Rückverweisung auf die weingesetzlichen Blankette (§§ 48 Abs. 1 Nr. 3 und 4, 49 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 12 WeinG) diverse Zuwiderhandlungen gegen europäisches Verordnungsrecht bestraft oder bebußt wissen wollten. Gegen Ende des Jahres 2013 stand fest, dass die neue Gemeinsame Marktorganisations-VO (GMO-VO) zum 1.1.2014 in Kraft treten und das alte Verordnungsrecht ablösen wird. Damit sich keine Sanktionslücken öffnen, war infolgedessen eine zeitgerechte Anpassung der Verweisungen auf das neue Unionsrecht erforderlich. Gelingt das nämlich nicht, entstehen Sanktionslücken, die aufgrund des *lex-mitior*-Grundsatzes (§ 2 Abs. 3 StGB, § 4 Abs. 3 OWiG) zur Folge haben, dass selbst die früher verübten Taten nicht mehr geahndet werden können.⁶⁰ Für das Ministerium stellte sich nun das Dilemma, dass es keine Änderungen veranlassen kann, wenn es das neue Europarecht noch gar nicht gesichert kennt. Tatsächlich ist die GMO-VO dann erst am 17.12.2013 verabschiedet und am 20.12.2013 im Amtsblatt bekanntgemacht worden,⁶¹ um am 1.1.2014 in Geltung zu treten. Um die absehbaren wie unvermeidlichen Auswirkungen des *lex-mitior*-Grundsatzes doch noch zu verhindern, kam indes im Justizministerium jemand auf eine trickreiche Idee: Durch unscheinbare Verordnung vom 12.12.2013, die am 17.12.2013 verkündet und am 18.12.2013 in Kraft getreten ist, erhielt die WeinRV nämlich nur einen unscheinbaren § 11, der da lautet: „Diese Verordnung tritt am 31. Dezember 2013 außer Kraft.“ Was hat es damit auf sich?

b) Lösung

Der Kniff liegt darin, die WeinRV auf diese Weise zum Zeitgesetz zu machen, für welche der *lex-mitior*-Grundsatz nicht gilt (§ 2 Abs. 4 StGB, § 4 Abs. 4 OWiG).⁶² Allerdings war die weinrechtliche Durchsetzungsverordnung keineswegs dilatorisch gedacht, als sie 1995 geschaffen⁶³ und 2001 neu bekannt gemacht worden ist.⁶⁴ Auch sachlich ging es mitnichten um Regelungszusammenhänge, die – wie Steuerrecht – als zeitgebunden und nur vorübergehend gedacht gewesen wären. Erst auf ihre späten Tage hat die WeinRV durch die trickreiche Bestimmung ihres kalendermäßigen Außerkrafttretens die äußere Gestalt eines Zeitgesetzes erhalten. Dabei ging es natürlich nicht darum, etwa auf die Beachtung einer

⁵⁵ BGBl. I 2009, S. 2416.

⁵⁶ Hierzu und zum Folgenden *Kretschmer* (Fn. 19), S. 417 f.

⁵⁷ Siehe dazu BVerfGE 31, 357 (362 f.); 78, 179 (198).

⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 16/13158 (Gesetzesentwurf) und 16/13420 (Beschlussempfehlung und Bericht).

⁵⁹ Hierzu und Folgenden *Kretschmer* (Fn. 19), S. 419.

⁶⁰ Zum *lex-mitior*-Grundsatz vgl. statt vieler *Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, Rn. 675 ff. m.w.N.

⁶¹ ABl. EU 2013 Nr. L 347/671.

⁶² Hierzu und Folgenden *Kretschmer* (Fn. 19), S. 443 ff.

⁶³ BGBl. I 1995, S. 630, 666.

⁶⁴ Bekanntmachung vom 7.8.2001 (BGBl. I 2001, S. 2159).

erkennbar auslaufenden Regelung zu drängen. Vielmehr war allein bezweckt, die Altfälle mittels legalistischen Kunstgriffes in der Strafbarkeit zu halten. Gegen den Erfolg dieses Unterfangens lässt sich freilich schon anführen, dass die weingesetzliche Ermächtigung (§ 51 WeinG) lediglich befugt, die Tatbestände zu bezeichnen, aber nicht das lex-mitior-Prinzip zu umgehen. Vor allem wirkt die nachträglich erfolgte Verwandlung zum Zeitgesetz aber erst ab diesem späteren Zeitpunkt.⁶⁵ Sie erfasst mithin nur Taten, die vom 18.12. bis 31.12.2013 verübt worden sind, dagegen nicht die zuvor verübten Altfälle. Ohnehin darf bezweifelt werden, dass eine solche Trickserie eines Gesetzgebers würdig ist. Dies vielleicht auch vor dem Hintergrund, dass die Ausnahme für Zeitgesetze erst durch Gesetz vom 28.6.1935⁶⁶ eingeführt worden ist, auch wenn es sich nicht um typisches NS-Unrecht handelt. Das ministerielle Vabanquespiel hat obendrein dazu geführt, dass selbst Taten der lex-mitior-Regel anheimgefallen sind, die von der neuen GMO-VO überhaupt nicht berührt waren und bei Fortbestand der WeinRV weiter hätten sanktioniert werden können – kalte Amnestie oder Strafvereitelung im Amt? Mit Wirkung vom 27.2.2014 hat jedenfalls die WeinSBV (als neue Durchsetzungsverordnung) wieder für Ordnung gesorgt – indes nur mit Blick nach vorn.

5. Doppelt hält besser

a) Rätsel

§ 4 Abs. 1 Nr. 2 WeinRV drohte bis Ende 2013 (unter Rückverweisung auf § 49 S. 1 Nr. 7 WeinG) eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr für den Fall an, dass jemand entgegen Anhang XVb Abschnitt D Nr. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 1234/2007 aus Weintrub oder Traubentrester Wein oder ein anderes Getränk zum unmittelbaren menschlichen Verbrauch – mit Ausnahme von Alkohol, Brand oder Tresterwein – herstellt (bei fahrlässiger Begehung ordnungswidrig). Das klingt sehr speziell, doch der Clou kommt: § 2 Nr. 1 WeinRV drohte nämlich (unter Rückverweis auf § 48 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 und 3 WeinG) eine Freiheitsstrafe von drei Jahren, bei fahrlässiger Begehung von einem Jahr und in besonders schweren Fällen von fünf Jahren unter anderem dem an, der einer Vorschrift über die Herstellung nach Abschnitt D Nr. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 1234/2007 zuwiderhandelt. Das ist aber nichts anderes als eine verweisende Umschreibung dafür, aus Weintrub oder Traubentrester Wein oder ein anderes Getränk zum unmittelbaren menschlichen Verbrauch – mit Ausnahme von Alkohol, Brand oder Tresterwein – herzustellen. Noch klarer formuliert: Dasselbe Verhalten war aufgrund identischer Tatbestandsbeschreibung sowohl mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr als auch mit einer solchen bis zu drei Jahren bedroht (und bei fahrlässiger Begehung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und Bebußung).⁶⁷ Wie ist dieser Normkonflikt zu lösen?

b) Lösung

Denken lässt sich an die lex-posterior-Regel, um die Strafdrohung dem neueren Tatbestand zu entnehmen. Das versagt jedoch, wenn beide Fassungen durch dieselbe Novelle formuliert worden sind, hier durch VO vom 28.7.2009.⁶⁸ Das erstaunt denn doch und entlarvt die Tücken der Verweisung. Bemerkenswert ist weiter, dass diese Duplizität offenbar über Jahre unbemerkt geblieben ist, jedenfalls hat niemand öffentlich auf sie aufmerksam gemacht. Selbst in einem etwaigen Strafverfahren muss sie nicht aufgefallen sein. Denn wer sucht schon weiter, wenn er bereits einen passgenauen Tatbestand gefunden hat? Glück oder Pech für den Täter – je nachdem.

Wenn wir als Rechtsstaat milde gestimmt sind und uns vielleicht ein wenig für die eigene Unentschiedenheit beschämen, welches Strafquantum denn wirklich verdient ist, dann sollte wohl der geringere Strafraum gelten. Dafür mag sich vergleichend anführen lassen, dass wir beim Zusammentreffen von Privilegierung und Qualifikation ebenfalls den tätergünstigeren Weg einschlagen, wenngleich es sich dabei auch nur um ein freihändig gefundenes Axiom handelt. Praktisch gelöst ist das geschilderte Problem nunmehr dadurch, dass das neue Recht im fraglichen Verhalten überhaupt kein kriminelles Unrecht mehr sieht und es bei einer Bebußung belässt (§ 10 Nr. 6 WeinSBV mit Wirkung vom 27.2.2014).

IV. Abgang

Die Verweisungstechnik ist unverzichtbar, jedoch tückisch und rechtsstaatlich heikel. Das gilt vor allem für die strafrechtliche Flankierung des europäischen Rechts, sei es beim Rindfleisch, beim Wein (was hier nur noch anzudeuten war)⁶⁹ oder anderen Bereichen des Nebenstrafrechts. Hermeneutische Rätsel in Vielfalt, zu deren Bewältigung hier ein Beitrag geleistet werden soll. – Es bleibt spannend!

⁶⁵ Ebenso BayObLGSt 1961, 150 (152); 1961, 152 (154).

⁶⁶ RGBI. I 1935, S. 839; zunächst als § 2a Abs. 3 RStGB.

⁶⁷ Hierzu und Folgenden Kretschmer (Fn. 19), S. 456, 468, 520.

⁶⁸ Siebente Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchsetzung des gemeinschaftlichen Weinrechts vom 28.7.2009, eBAnz AT77 2009 V1.

⁶⁹ Weiterführend Kretschmer (Fn. 19), S. 439 f., 449 f., 466 ff., 509 ff. m.w.N.

Die Zukunft des Allgemeinen Teils des Strafrechts vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Strafrechts

Von Prof. Dr. Helmut Satzger, München*

I. Der Allgemeine Teil als „nationales Bollwerk“ gegen Europäisierungstendenzen im Strafrecht?

Dass das Strafrecht vor allem in den letzten zwei bis drei Jahrzehnten eine erhebliche Europäisierung sowohl durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als auch – verstärkt – durch das Recht der Europäischen Union (EU) erfahren hat, ist heute geradezu eine Binsenweisheit. Anerkannt ist mittlerweile auch in diesem Rechtsgebiet die Notwendigkeit einer europarechtskonformen Auslegung, ebenso die Möglichkeit, dass nationale Straftatbestände durch vorrangiges EU-Recht „neutralisiert“ werden können. Das BVerfG hat sich erst kürzlich (endlich) mit der weitverbreiteten Praxis, wonach deutsche Blankettstrafgesetze dynamisch (unter Verwendung sog. Rückverweisungsklauseln) auf EU-Verordnungen verweisen, beschäftigt und diese Methode – der grundlegenden Kritik aus der Literatur folgend – für verfassungswidrig erklärt.¹ Schließlich ist auch der Einfluss strafrechtsharmonisierender Rechtsakte in den betroffenen Strafrechtsbereichen unübersehbar.² Allerdings: Am wenigsten denkt man bei der Europäisierung aber wohl an die Vorschriften des Allgemeinen Teils, die auch in der wissenschaftlichen Diskussion insoweit ein Schattendasein führen.

Auch wenn sich die Vorschriften des Allgemeinen Teils und die strafrechtsdogmatischen Figuren in einigen Mitgliedstaaten durchaus ähneln, so existieren – europaweit betrachtet – teilweise nicht unerhebliche Unterschiede zwischen den Staaten. Kann der Allgemeine Teil dann gewissermaßen ein „nationales Bollwerk“ des Strafrechts gegen die Europäisierung darstellen? Dafür spricht, dass der Allgemeine Teil quasi die Quintessenz der traditionell-nationalen Strafrechtsdogmatik ist; Einflüsse von außen auf dieses gleichsam geschlossene System, auf das man gerade in Deutschland besonders stolz ist und welches gern und viel exportiert wird, sind wenig beliebt und werden daher mit größter Skepsis beäugt.

Es ist auch nicht so, dass allein der Umstand, dass Rechtsordnungen unterschiedlich sind, bereits eine Strafrechtsangleichung durch die EU rechtfertigen könnte. Der primärrechtliche Ausgangspunkt besteht vielmehr darin, dass die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in erster Linie als „Mittel zum Zweck“ dienen soll, und zwar im Hinblick auf die Effektivierung der Rechtshilfe: Verringert man die

Unterschiede zwischen den Strafrechtsordnungen, so soll ein „gegenseitiges Vertrauen“ in die jeweils andere Rechtsordnung eher gerechtfertigt sein – und dieses ist dann wiederum die Basis für eine gegenseitige Anerkennung, also diejenige Methode, die nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) die justitielle Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten prägen soll.³ Strafrechtsangleichung ist somit kein Selbstzweck, die Unterschiedlichkeit der Strafrechtsordnungen ist daher niemals per se ein Argument für die Harmonisierung in diesem Bereich. Die Frage muss also lauten: Gibt es eine echte Notwendigkeit und Rechtfertigung für eine Angleichung der Vorschriften des Allgemeinen Teils? Dabei ist zu unterscheiden zwischen einem – wenn jemals, dann eher langfristig entstehenden – supranationalen Strafrecht einerseits (II.) und der Strafrechtsharmonisierung, die bereits – wenn auch bereichsspezifisch – seit langem Realität ist (III.).

II. Das Schicksal des „Allgemeinen Teils“ bei Schaffung eines supranationalen Strafrechts

Gäbe es ein europäisches StGB oder – eher realistisch – einzelne EU-Straftatbestände,⁴ die als supranationale Normen unmittelbare Anwendung in den Mitgliedstaaten finden müssten, so wäre völlig klar: Dieser Straftatbestand müsste nicht nur die Tatbestandsmerkmale aufführen und eine eigenständige Strafe androhen; er müsste – mangels entsprechender Vorschriften auf EU-Ebene – auch diejenigen Fragen regeln, die sich in den nationalen Rechtsordnungen gemeinhin in einem separaten Allgemeinen Teil finden. Das „Corpus Juris zum Schutz der finanziellen Interessen der EU“⁵ hat dies vorgemacht, indem nicht nur der Betrug zulasten der EU geregelt hätte werden sollen, sondern gleichzeitig alle diesen Tatbestand betreffenden, für dessen Anwendung und Reichweite unabdingbaren Fragen allgemeiner Natur. Dazu gehören etwa Versuchsbeginn, Täterschaft und Teilnahme, die

* Der Autor ist Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Siehe BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, auf Basis des Vorlagebeschlusses des LG Berlin, NZWiSt 2016, 112; zum Gesamtproblem und die jetzige Argumentation des BVerfG vorzeichnend umfassend bereits Satzger, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 237, sowie Moll, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung?, 1998.

² Zusammenfassend zu allen Erscheinungsformen der Europäisierung des Strafrechts siehe nur Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 9 m.w.N.

³ EuGH Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 168, 191 – EMRK Beitritt; siehe hierzu Satzger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 82 AEUV Rn. 9 ff.; ausführlich Burchard, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, 2015, passim.

⁴ Als mögliche Kompetenzgrundlagen aus dem AEUV könnten hier Art. 33 (Zollwesen), Art. 79 Abs. 2 lit. c und lit. d (Illegale Einwanderung und Menschendhandel), sowie – in erster Linie – Art. 325 Abs. 4 (Betrugsbekämpfung) herangezogen werden, siehe zum Streitstand ausführlich Satzger (Fn. 2), § 8 Rn. 18 ff.

⁵ Die letzte Fassung des Entwurfs eines Corpus Juris (sog. genannter Corpus Juris 2000) ist abgedruckt bei Delmas-Marty/Vervaele, The Implementation of the Corpus Juris in the Member States, 2000, S. 189 und im Internet abrufbar unter:

<http://satzger.userweb.mwn.de/unterlagen/CORPUSD.pdf> (24.10.2016).

Irrtumslehre usw.⁶ Werden aber auch nur ein einziges Mal tatbestandsspezifisch Regelungen hinsichtlich des Versuchs, des Rücktritts etc. getroffen, so sind Pflöcke eingerammt.⁷ Es wäre schwer verständlich, warum bei später hinzukommenden supranationalen Tatbeständen diese Fragen, die ja eben allgemeiner Natur sein sollen, dort anders beantwortet werden. Im Bestreben um Entwicklung eines kohärenten Systems – einer europäischen Dogmatik gar – wäre es daher nur konsequent, dass Regelungen des Allgemeinen Teils konsistent entwickelt und angewandt werden.⁸ Dies lässt auch die immer wieder aufgeworfene Frage, ob der AEUV in seiner jetzigen Fassung bereits eine Kompetenz zur Setzung eines Betrugsstraftatbestandes in Art. 325 Abs. 4 enthält,⁹ in einem anderen Licht erscheinen: Denn es geht somit nicht nur darum, ob der EU-Gesetzgeber für einen engen bereichsspezifischen Einsatz supranationale Straftatbestände setzen könnte. Vielmehr wäre dies nicht weniger als der Startschuss für die Entstehung eines supranationalen Allgemeinen Teils. Diese Frage verdient somit auch aus diesem Grund gesteigerte Beachtung – denn Rück- und Wechselwirkungen mit dem nationalen Allgemeinen Teil blieben nicht aus (siehe unten IV.).¹⁰

III. Der Allgemeine Teil im Bereich „angeglichenen Rechts“

Derzeit und auf kurze Sicht erscheint der Erlass von supranationalen EU-Tatbeständen – nicht zuletzt auch deshalb, weil die EU momentan mit ganz anderen Problemen, auch solchen, die ihr Image betreffen, kämpfen muss und daher als möglicherweise zentralistisch wahrgenommene Bestrebungen

⁶ Zu weiteren Bereichen siehe *Grünwald*, JZ 2011, 972 (975); zur Frage einer Regelungspflicht des Unionsgesetzgebers bzgl. des Allgemeinen Teils bei Schaffung supranationalen Strafrechts *Weißer*, GA 2014, 433 (445).

⁷ Ähnl. *Grünwald*, JZ 2011, 972 (976), zu weiteren Risiken eines supranationalen Allgemeinen Teils siehe *Brons*, Binnendissonanzen im AT, 2014, S. 148 f. Zur Kritik an einer „Divisionalisierung“ des Strafrechts siehe *Rotsch*, ZIS 2007, 260.

⁸ Siehe hierzu auch *Zimmermann*, Jura 2009, 844 (846); *Grünwald*, JZ 2011, 972 (975) erachtet supranationale AT-Vorgaben insb. im Falle der Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft – siehe hierzu KOM (2013) 534 final – für erforderlich.

⁹ *Satzger* (Fn. 2) § 8 Rn. 24 f.; ausführlich hierzu *Grünwald*, JR 2015, 245, (249 ff.); *Neumann*, Das US-amerikanische Strafrechtssystem als Modell für die vertikale Kompetenzverteilung im Strafrechtssystem der EU?, 2015, S. 175 ff.; krit. *Asp*, The Substantive Criminal Law Competence of the EU, 2012, S. 150 ff.; differenzierend unter dem Vorbehalt der Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft *Heger*, ZIS 2009, 406 (416).

¹⁰ Zum Schutz der finanziellen Interessen der Union ist zunächst lediglich eine Richtlinie – deren Rechtsgrundlage (anders als im Kommissionsvorschlag) jedoch Art. 83 Abs. 2 AEUV sein soll – vorgesehen, siehe hierzu den Kommissionsvorschlag in KOM (2012) 363 final.

wohl vorerst nicht in den Vordergrund rücken wird – unwahrscheinlich. Demgegenüber ist Rechtsangleichung im Bereich Strafrecht Realität – und das bereits seit vielen Jahren.¹¹ In einer Vielzahl ursprünglich als Rahmenbeschlüsse,¹² heute als Richtlinien erlassener Rechtsakte, finden sich Vorgaben bezüglich der Regelungen von Fragen des Allgemeinen Teils in dem von dem jeweiligen Rechtsakt erfassten Gebiet. Mit der zwangsläufigen Umsetzung dieser Rahmenbeschlüsse und Richtlinien werden dogmatische und sanktionen-rechtliche Grundentscheidungen, die auf EU-Ebene getroffen wurden, in das nationale Strafrechtssystem integriert. Passen sie dort aber in der Form, wie sie europarechtlich verpflichtend vorgeschrieben sind, nicht hinein, ist es zu spät. Die nationalen Parlamente trifft die Pflicht, die europarechtlichen Vorgaben umzusetzen.¹³

IV. Wechselwirkungen mit den Regelungen des Allgemeinen Teils im rein nationalen Anwendungsbereich

Käme es zu einer Supranationalisierung des Strafrechts, blieben die somit supranationalen AT-Vorschriften nicht ohne Rückwirkung auf den im Prinzip nationalen Allgemeinen Teil und seine Anwendung in nationalen Fällen. Praktisch weit wichtiger sind die zu erwartenden Wechselwirkungen zwischen den aktuell bereits harmonisierten strafrechtlichen Teilbereichen und den Allgemeinen Teilen der Mitgliedstaaten, und zwar auch insofern, als es um die Anwendung von AT-Regelungen in Bereichen geht, die (noch) nicht europäisiert sind. Denn: Könnte etwa die deutsche Strafrechtsordnung blind akzeptieren, dass bei einem „harmonisierten Straftatbestand“ der Versuch weit in das Vorfeld vorverlagert wird, wohingegen dies bei einem vergleichbaren, allein nationalem Strafrecht unterfallenden Verhalten, nicht der Fall ist? Sicherlich nicht, denn die Strafrechtsdogmatik zieht ihre Kraft ja gerade daraus, dass sie die vorhandenen Regelungen in ein erklärbares System integriert, in dem ausreißende Sonderregelungen – von *Brons*¹⁴ anschaulich als „Binnendissonanzen“ bezeichnet – keinen Platz finden?

¹¹ Siehe etwa Richtlinie 2011/93/EU, Abl. EU 2011 Nr. L 335/1 (sexuelle Ausbeutung); Richtlinie 2011/36/EU, Abl. EU 2011 Nr. L 101/1 (Menschenhandel); Richtlinie 2014/62/EU, Abl. EU 2014 Nr. L 151/1 (Geldfälschung); Richtlinie 2014/57/EU, Abl. EU 2014 Nr. L 173/179 (Marktmanipulation).

¹² Diese behalten gemäß Art. 9 des Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen (Abl. 2010 EU Nr. C 83/322) auch nach dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags ihre Gültigkeit und sind gemäß dessen Art. 10 Abs. 1 und 3 seit dem 1.12.2014 vor dem EuGH justiziabel; zu den damit einhergehenden Folgefragen siehe *Satzger*, NJECL 2015, 528.

¹³ Berechtigt ist deshalb der Hinweis von *Weißer*, GA 2014, 433 (441), dass Richtlinienvorgaben insoweit „harmloser [wirken] als sie sind“.

¹⁴ *Brons* (Fn. 7), passim.

V. Angleichung der Vorschriften des Allgemeinen Teils auf Basis des AEUV

1. Rechtsgrundlagen für eine Harmonisierung des „Allgemeinen Teils“

Der Allgemeine Teil enthält „vor die Klammer gezogene Regelungen, die grundsätzlich für alle Straftaten [...] gelten“.¹⁵ Wegen dieser Allgemeingültigkeit und der notwendigen Eignung hierzu, findet sich im Allgemeinen Teil also quasi das Substrat der jeweiligen Strafrechtsdogmatik. Dass ein „Vor-die-Klammer-Ziehen“ überhaupt möglich ist, setzt voraus, dass die einzelnen Vorschriften kohärent aufgebaut sind und so eine Systematisierung und dogmatische Durchdringung überhaupt zulassen. Da sich Modifikationen im Allgemeinen Teil im Prinzip auf alle Delikte des StGB, ja sogar – wegen Art. 1 Abs. 1 EStGB – auch auf alle im Nebenstrafrecht angesiedelten Straftatbestände auswirken, handelt es sich – v.a. in strafrechtsdogmatisch hoch entwickelten Rechtssystemen wie etwa dem deutschen – um eine höchst sensible Materie. Schon kleine Drehungen an den dogmatischen Stellschrauben können bedeutsame, möglicherweise unvorhergesehene Beeinträchtigungen des Gesamtsystems zur Folge haben.

Lässt der AEUV nun eine Angleichung der AT-Vorschriften zu? Diese gehören zweifelsfrei dem materiellen Strafrecht an. Und die wichtigste Rechtsgrundlage zur Angleichung materiellen Strafrechts findet sich in Art. 83 AEUV. Eine allgemeine, pauschale Angleichungskompetenz für alle Fragen des Allgemeinen Teils ist darin jedoch nicht enthalten. Dies entspräche von vornherein auch nicht den Grundlagen der Kompetenzordnung auf EU-Ebene; überdies wäre eine pauschale Angleichungsmöglichkeit durch den EU-Gesetzgeber für alle Fragen des Allgemeinen Teils mit dem auf EU-Ebene geltenden Subsidiaritätsprinzip kaum vereinbar.¹⁶

Was aber erlaubt Art. 83 AEUV insoweit? Er sieht in seinen beiden ersten Absätzen vor, dass die EU „durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen festlegen“ kann. Dies gilt jedoch nicht allgemein, sondern immer nur *bereichsspezifisch*, in Abs. 1 bezogen auf „Bereiche besonders schwerer, grenzüberschreitender Kriminalität“ wie etwa Terrorismus, Menschenhandel oder Organisierte Kriminalität. Weiter reicht im Prinzip der Abs. 2 des Art. 83 AEUV, da die Rechtsangleichungskompetenz dort für nicht näher umgrenzte „Politikbereiche, in denen außerstrafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen bereits ergriffen worden sind“ zugelassen wird. Auch das ist jedoch lediglich eine bereichsspezifische, auf bereits „vorharmonisierte“ Politikbereiche begrenzte Kompetenz, die nach dem Wortlaut –

unterstützt durch die Mahnung des BVerfG zu einer restriktiven Auslegung in seinem berühmten Lissabon-Urteil¹⁷ – zudem auf „unerlässliche“ Fälle beschränkt ist.¹⁸ Eine nicht zu übersehende Grenze enthält darüber hinaus Abs. 3 des Art. 83 AEUV – die sog. „Notbremse“, die ein Mitgliedstaat ziehen kann, wenn er der Ansicht ist, „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ seien berührt.¹⁹ Dies hat zur Folge, dass dieser Mitgliedstaat im Ergebnis nicht an die Richtlinie gebunden ist.²⁰

Der in Art. 83 AEUV verwendete Begriff der „Festlegung von Straftaten“ bezieht sich nicht nur auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale der zu harmonisierenden Tatbestände. Denn die Reichweite jedes Straftatbestands wird maßgeblich auch durch diejenigen Fragen bestimmt, die typischerweise dem Allgemeinen Teil zugeordnet werden. Wie weit der Kreis derjenigen Personen gezogen wird, die wegen Beteiligung an einer Straftat bestraft werden können, ob auch Unternehmen und juristische Personen Täter sein können, ab wann das strafbare Versuchsstadium eröffnet ist oder wie etwa ein Irrtum ausgestaltet sein muss, dem ein Täter unterliegen muss, damit er nicht oder nicht voll bestraft werden kann – all das sind außerhalb des eigentlichen Straftatbestands im Bereich des Allgemeinen Teils angesiedelte Fragen, die im Ergebnis bestimmen, wie stark ein Lebensbereich pönalisiert wird. Und das ist ganz unabhängig von der Formulierung der Tatbestandsmerkmale selbst. Gerade dann, wenn Sinn und Zweck – wie bei Art. 83 AEUV – die Angleichung der Strafvorschriften in Europa und damit der Abbau von Unterschieden in den strafrechtlichen Regelungen ist, gehört zu dieser Harmonisierung nicht nur die Definition dessen, was z.B. Menschenhandel ausmacht, sondern notwendigerweise eben auch, wer sich als Täter oder als Teilnehmer strafbar macht bzw. machen kann, ab wann die strafrechtliche Verantwortung für eine solche Tat beginnt, auch etwa ob der Beteiligte durch einen Rücktritt oder eine tätige Reue einer Strafbarkeit wieder entgehen kann usw. Sind diese – und viele weitere Fragen – nicht geklärt, liegt letztlich, wenn überhaupt, dann eine nur sehr oberflächliche, vielleicht sogar rein symbolische Rechtsangleichung vor.

2. Die Verwendung von „Textbausteinen“ in bisherigen Rechtsakten

Betrachtet man die bisher erlassenen Richtlinien und Rahmenbeschlüsse so behandeln dies allesamt Fragen des Allgemeinen Teils. Man unterteilt diese Rechtsakte bereits heute teilweise – und nicht ohne Berechtigung – formal in einen

¹⁵ Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 1 Rn. 7; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), 3. Aufl. 2017, Einl. Rn. 1; siehe auch Grünwald, JZ 2011, 972 (975) mit weiteren – auch rechtsvergleichenden – Nachweisen zu dieser Form der Gesetzgebungstechnik in Fn. 26.

¹⁶ Hecker, Europäisches Strafrecht, 5. Auflage 2015, § 11 Rn. 6.

¹⁷ BVerfGE 123, 267 (411 f.).

¹⁸ Siehe zum „Unerlässlichkeitskriterium“ Satzger (Fn. 2), § 9 Rn. 41 m.w.N.

¹⁹ Ob die Bewertung, was ein derartiger „grundlegender Aspekt“ ist, aus europäischer oder mitgliedstaatlicher Sicht zu erfolgen hat, ist jedoch streitig; siehe hierzu Satzger (Fn. 3), Art. 82 AEUV Rn. 67.

²⁰ Möglich bleibt dann lediglich eine verstärkte Zusammenarbeit der „harmonisierungswilligen“ Mitgliedstaaten gem. Art. 83 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV.

Allgemeinen und einen Besonderen Teil.²¹ Auffällig ist die Methode, derer sich der EU-Gesetzgeber bislang bedient: Jedenfalls bezüglich der Kernfragen der Anstiftung, der Beihilfe und des Versuchs greift er zu immer gleichen „Textbausteinen“, die – hier am Beispiel der Teilnahme – der Grundformel folgen:

„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Anstiftung und Beihilfe zu den [zuvor definierten] [...] Straftaten unter Strafe gestellt wird.“²²

Somit lässt sich – und dies könnte auf den ersten Blick positiv bewertet werden – eine Kohärenz der Rechtsakte feststellen, indem sie bezüglich der Fragen des Allgemeinen Teils ganz konsistent immer dieselbe Regelung verwenden. Man könnte sich darüber freuen, dass damit ein Schritt zum Aufbau eines „europäischen Allgemeinen Teils“ getan ist. Diese Freude wäre jedoch verfrüht – denn diese „Textbausteine“ sind in Wirklichkeit ja nicht mehr als Worthülsen, die per se bedeutungslos sind.²³ Es fehlt nämlich jeglicher europarechtliche Hinweis darauf, was mit „Anstiftung“, „Beihilfe“ oder „Versuch“ gemeint ist. In der Richtlinie klafft somit eine erhebliche Lücke – und dies mag seitens der EU-Institutionen unter Umständen sogar gewollt sein. Denn bekanntermaßen ist der Allgemeine Teil eine besonders komplexe Materie; die Gefahr, schon durch eine missverständliche Formulierung den Zorn der Strafrechtswissenschaft in einem oder mehrerer Mitgliedstaaten hervorzurufen und tatsächlich zu zweifelhaften, systemwidrigen Ergebnissen in (Neben-)Bereichen zu gelangen, an die man im Zeitpunkt der Formulierung des Rechtsakts nicht gedacht hat, ist groß.

Ein Heraushalten aus dem Allgemeinen Teil könnte so als kluger Weg des EU-Gesetzgebers interpretiert werden, um den nationalen Gesetzgebern keine Vorgaben zu machen, die diese dazu zwingen, sich in dogmatische Fallstricke zu verheddern, was letztlich dazu führen würde, dass der EU-Gesetzgeber (zu Recht) für das verursachte Chaos verantwortlich gemacht würde. Dies würde zweifelsohne mit einem Akzeptanz- und Vertrauensverlust in der (Fach-) Öffentlichkeit einhergehen.

3. Kritik an der „Textbaustein-Methode“

Mit seiner lückenhaften Formel bewirkt der EU-Gesetzgeber jedoch nicht mehr als einen Verweis auf die nationalen Konzepte der jeweiligen Allgemeinen Teile des Strafrechts.²⁴ Dieses Vorgehen ist in mehrerlei Hinsicht unbefriedigend:

Aus Sicht der Adressaten der Richtlinie – der Mitgliedstaaten – wird die Anweisung in der Richtlinie unpassend oder gar unverständlich, wenn ein Strafrechtssystem einer

anderen Grundkonzeption folgt.²⁵ Dies zeigt sich bereits im Fall Österreich, wenn dort die Einheitstäterschaft zugrunde gelegt wird,²⁶ so dass nicht nur begrifflich die Rückverweisung auf die nationalen Konzepte von Anstiftung und Beihilfe (eigentlich) leerläuft.

Von der Zielrichtung des Art. 83 AEUV aus betrachtet erscheint diese Vorgehensweise auch kontraproduktiv, weil dadurch die Unterschiede der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht beseitigt, sondern geradezu „blind“ zementiert werden.²⁷

Dahinter steht zudem ein grundlegendes methodisches Missverständnis. Wenn nämlich in einem Sekundärrechtsakt ein Begriff gebraucht wird – hier also etwa „Anstiftung“ oder „Versuch“ – so handelt es sich zunächst einmal um einen *europarechtlichen* Begriff, der nicht national, sondern europarechtlich verstanden werden muss. Es geht also schon deshalb nicht an, jedem Mitgliedstaat freizustellen, wie er selbst den Begriff verstehen möchte und möglicherweise traditionell – in Übereinstimmung mit den auf nationaler Ebene zur Anwendung kommenden Konzepten – interpretiert. Fügt der EU-Gesetzgeber in eine Richtlinie die besagten AT-Textbausteine ein, so kann für die Auslegung der Begriffe, Figuren und Konzepte nur eine einheitliche Interpretation auf EU-Ebene in Betracht kommen – letztlich die des EuGH. Er ist also diejenige Instanz, die ggf. definieren muss, was in einem europarechtlichen Sinn mit „Anstiftung“ gemeint ist, ab wann jemand einen „Versuch“ im europarechtlichen Sinn begeht, ob ein strafbefreiender Rücktritt möglich sein soll usw. Für die Mitgliedstaaten ist diese Auslegung dann verbindlich; sie müssen sie bei der späteren Anwendung der Umsetzungsgesetzgebung beachten.

Denkt man diesen Gedanken konsequent zu Ende, so würde dies einen enormen Bedeutungsgewinn des EuGH für Fragen des Allgemeinen Teils des Strafrechts bedeuten. Denn die Rolle des „Strafrechtsdogmatikers“ in Europa käme so dem EuGH zu. Das kann letztlich nicht gewollt sein, weder aus Sicht der europäischen und nationalen Gesetzgeber, noch aus Sicht der Strafrechtswissenschaft – und erst recht nicht aus Sicht der EuGH-Richter. Das Luxemburger Gericht ent-

²¹ Brons (Fn. 7), S. 162 f.

²² Siehe nur Art. 6 Abs. 1 der Marktmissbrauchsrichtlinie (Richtlinie 2014/57/EU).

²³ Vgl. Satzger (Fn. 2), § 9 Rn. 44; Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, Art. 83 AEUV Rn. 21.

²⁴ Die AT-Vorgaben deshalb korrekt als „vorrangig symbolisch“ einordnend Zimmermann, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union, 2014, S. 46 Fn. 49.

²⁵ Grünwald, JZ 2011, 972 (975) verweist ferner auf die fehlende Regelung einer Unterlassungsstrafbarkeit in Frankreich sowie die Unterschiede bei der Anerkennung einer Verbandsstrafe; weitere Aspekte bei Maiwald, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, S. 1375 (1378 ff.), sowie Weißer, GA 2014, 433 (450 m.w.N. in Fn. 85).

²⁶ Siehe hierzu Stein, Die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands, 2002, S. 204 ff.; Weißer, Täterschaft in Europa, 2011, S. 125 ff. Kritisch Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 131 ff., 177 ff.; ders., ZIS 2015, 577 (580 ff.); ders., in: Gropp/Hecker/Kreuzer/Ringelmann/Witteck/Wolfslast (Hrsg.), Strafrecht als ultima ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 309 (310 ff.).

²⁷ Vgl. Zimmermann (Fn. 24), S. 46.

scheidet von einem Einzelfall ausgehend, es wäre nicht in der Lage und beim besten Willen überfordert, allgemeine dogmatische Konzepte zu entwickeln. Diese Aufgabe ist keine judikative, sie ist letztlich eine legislative,²⁸ jedoch nicht ohne maßgebliche wissenschaftliche Vorarbeiten.

4. Harmonisierung der Vorschriften des Allgemeinen Teils auf Basis einer spezifischen Richtlinie?

Stellt man sich aber vor, dass der EU-Gesetzgeber in eine Richtlinie anstelle eines Textbausteins wirklich eine detaillierte Regelung zum Versuch oder zur Teilnahme aufnahme – wäre damit der Weg zu einer konsistenten Entwicklung eines europäischen Allgemeinen Teils eröffnet? Das wäre vorzuziehen, denn – wie gesehen – sind alle Rechtsgrundlagen bereichsspezifisch konzipiert, der europäische Gesetzgeber könnte also auch bei großer dogmatischer Sorgfalt immer nur im Rahmen der von der Harmonisierung erfassten punktuellen Bereiche AT-Regelungen treffen.²⁹

Allerdings könnte man einen Schritt weiter gehen: Wenn es auf Basis des Art. 83 AEUV bzgl. jedes anzugleichenden Bereichs möglich ist, auch AT-Regelungen zu treffen – und daran sollte wegen der inhaltlichen Untrennbarkeit von Normierungen des Besonderen und des Allgemeinen Teils im Hinblick auf die Reichweite eines konkreten Tatbestandes kein Zweifel bestehen – so muss es letztlich auch erlaubt sein, die AT-Fragen „vor die Klammer“ zu ziehen und in einen spezifischen Rechtsakt aufzunehmen, der dann eine Art Allgemeinen Teil für alle künftigen bereichsspezifischen Strafrechtsangleichungen darstellt. Ansatzweise vergleichbar ist die VO 2988/95 vom 18.12.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften,³⁰ die eine Art „Rahmenverordnung“ zur Regelung allgemeiner Fragen bzgl. der Verwaltungssanktionen darstellt.³¹ Problematisch könnte allerdings die konkrete Umsetzung sein: In welche Rechtsaktsform und auf welcher Grundlage ließe sich so ein Rahmen-AT schaffen? Nahe liegt eine Richtlinie nach Art. 83 AEUV. Dass die inhaltlichen Vorgaben dann aber ziemlich konkret ausfallen würden, steht der Wahl der Rechtsaktsform Richtlinie dabei nach praktisch allgemeiner Ansicht nicht entgegen.³² Es dürften allerdings nach dem Wortlaut des Art. 83 AEUV an und für sich nur „Mindestvorschriften“ Aufnahme finden. Das sollte im Ergebnis aber gleichwohl kein entscheidendes Hindernis sein: Denn es darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die AT-Regelungen niemals selbständig, sondern immer nur in Zusammenwirken mit BT-Regelungen in anderen Harmonisierungsrichtlinien zur Anwendung gelangen. Sind letztere aber – in Überein-

stimmung mit den Vorgaben des Art. 83 AEUV – als Mindestvorschriften ausgestaltet, so teilen die dazugehörigen AT-Regelungen notwendig auch diesen Charakter. Deshalb meine ich, dass Art. 83 AEUV durchaus eine geeignete Grundlage für eine derartige akzessorische AT-Rahmenrichtlinie bietet.

5. Sonderregelungen in EU-Rechtsakten mit AT-Bedeutung

Jenseits dieser immer wiederkehrenden Textbausteine finden sich aber, manchmal versteckt, auch vereinzelte Regelungen in den Richtlinien, die Fragen des Allgemeinen Teils betreffen und die nationale Dogmatik durchaus vor Herausforderungen stellen, also „Binnendissonanzen“ erzeugen können. So ist etwa nach Art. 2 Abs. 1 der Menschenhandelsrichtlinie³³ als eine Tatvariante unter Strafe zu stellen:

„Die Anwerbung [...] durch Täuschung [...] zum Zwecke der Ausbeutung.“

Gleichzeitig sieht die Richtlinie vor, dass das Einverständnis des Opfers unerheblich ist, wenn eines der im Tatbestand aufgeführten Mittel – etwa eine Täuschung – vorliegt. Was hier als „Einverständnis“ bezeichnet wird, wird man auch im deutschen Recht einem tatbestandsausschließenden „Einverständnis“ im technischen Sinn gleichsetzen müssen. Nach der Konzeption der Menschenhandelsrichtlinie würden also – anders als im deutschen Recht³⁴ – bereits minimale Willensmängel zur Unwirksamkeit des Einverständnisses führen. Noch deutlicher wird der Bruch mit den geringen innerstaatlichen Voraussetzungen an einen Tatbestandsausschluss durch Einverständnis bei einem Blick auf Absatz 5, wonach bei Opfern unter 18 Jahren das Einverständnis stets – also ganz unabhängig von den eingesetzten Mitteln – unwirksam sein soll.

VI. Fazit

Auch wenn die Strafrechtsharmonisierung nun schon einige Jahre Realität ist, so fehlt es gerade im Bereich des Allgemeinen Teils an einer konsistenten und überzeugenden Linie des EU-Gesetzgebers, die es letztlich ermöglichen würde, eine „übernationale“ Strafrechtsdogmatik auf EU-Ebene anzugehen. Die europäische Strafrechtswissenschaft kann und sollte hier eingreifen – *unterstützend*, soweit sich hier sinnvoll die Chance eröffnet, eine im Entstehen begriffene Dogmatik in die richtige Richtung zu lenken, *warnend* insofern, als der EU-Gesetzgeber – entgegen dem Subsidiaritätsprinzip – zu umfassend und zu tief in die nationalen Rechtsordnungen eingreift und durch unzusammenhängende Einzelregelungen der Entstehung eines konsistenten Systems entgegenwirkt. Dies würde dann – auch auf nationaler Ebene – die angesprochenen Binnendissonanzen verursachen und möglicherweise zur Betätigung der Notbremse durch einen oder

²⁸ Vgl. hierzu *Weißer*, GA 2014, 433 (451).

²⁹ Siehe auch *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 58. Lfg., Stand: Januar 2016, Art. 83 AEUV Rn. 36.

³⁰ Abl. EG 1995, Nr. L 312/1.

³¹ Siehe *Satzger* (Fn. 2), § 8 Rn. 7; *Tiedemann*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann, Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 411 (413).

³² Siehe statt aller nur *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 25.

³³ Richtlinie 2011/36/EU; zu weiteren indirekten Vorgaben zum Allgemeinen Teil siehe *Brons* (Fn. 7), S. 163 f.

³⁴ Zu den Voraussetzungen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses im deutschen Recht siehe nur *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 543 ff.

mehrere Mitgliedstaat(en) führen, was aber in niemandes Interesse sein kann.³⁵

³⁵ *Vogel/Eisele* (Fn. 29), Art. 83 AEUV Rn. 36, sehen diese Gefahr für den Fall ambitionierter Innovationen bei der Harmonisierung des Allgemeinen Teils.

Die Vollstreckung ausländischer freiheitsentziehender Strafurteile über das innerstaatliche Höchstmaß hinaus – eine kritische Analyse des § 54a IRG

Von Prof. Dr. Frank Meyer, Zürich, Jun.-Prof. Dr. Suzan Denise Hüttemann, Mannheim

I. Einführung

Am 17. Juli des vergangenen Jahres hat der Bundestag ein Gesetz zur Reform der Vollstreckungshilfe bei freiheitsentziehenden Sanktionen erlassen.¹ Eine Anpassung des IRG war unter anderem zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses über die gegenseitige Anerkennung von Freiheitsstrafen² notwendig.³ Dabei hat der Gesetzgeber die Gelegenheit ergriffen, Grundmaximen des deutschen Vollstreckungshilferechts einzuschränken, um einige Konfliktlagen zu bereinigen, die in der Praxis nach bisherigem Recht häufiger aufgetreten waren.

So kam es immer wieder vor, dass Deutsche im Ausland zu langjährigen, teils drakonisch anmutenden Haftstrafen verurteilt wurden und diese Strafen im Urteilsstaat auch vollstreckt werden. Es entspricht jedoch in den meisten Fällen dem Wunsch der Betroffenen, die Haft in Deutschland verbüßen zu können. Dies stärkt zum einen ihre Aussichten auf Resozialisierung durch Wiedereingliederung in die deutsche Gesellschaft und das Aufrechterhalten der sozialen Kontakte. Zum anderen sind die Haftbedingungen in Deutschland häufig für die Verurteilten besser, sei es auch nur aufgrund der Möglichkeit, sich in der Muttersprache verständigen zu können. In der Praxis scheitern eine Übernahme der Vollstreckung und eine Überstellung nach Deutschland jedoch häufig daran, dass die Vollstreckung einer ausländischen freiheitsentziehenden Sanktion bislang nur bis zur Höhe des nach deutschem Recht für das entsprechende Delikt vorgesehenen Höchstmaßes möglich war.⁴ Liegt die ausländische Sanktion der Höhe nach darüber, so erfolgt gem. § 54 Abs. 1 S. 1 IRG im Exequaturverfahren eine entsprechende Absenkung. Akzeptiert der Urteilsstaat eine solche „verkürzte“ Vollstreckung in Deutschland bis zum hier zulässigen Höchstmaß nicht, hat dies zur Folge, dass er entweder keinen Antrag auf Vollstreckungsübernahme stellt oder einen deutschen Antrag ablehnt. Dass sich die Vollstreckung im Falle der Übernahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaates richtet, trägt ebenfalls dazu bei, dass Vollstreckungshilfe häufig nicht erwogen wird. Zum einen kann es unüberbrückbare Diskrepanzen

zwischen den Regelungen zur Reststrafenaussetzung (insb. Mindestvollstreckungsdauer und materielle Aussetzungskriterien) geben. Zum anderen möchte der Urteilsstaat womöglich nicht die Zügel aus der Hand geben und sich dadurch von den Vollstreckungsentscheidungen des ersuchten Staates abhängig machen. Die Übernahme kann deshalb auch daran scheitern, dass der Zeitraum der voraussichtlichen Regelaussetzung einer Reststrafe für den Urteilsstaat inakzeptabel ist. Die Liste von potenziellen Übernahmehindernissen lässt sich freilich noch fortsetzen. Kam es bei der Strafverfolgung im Urteilsstaat zur Verletzung von Menschenrechten, können sich Staaten ebenso an der Vollstreckung im Interesse des Urteilsstaates gehindert sehen wie im Falle einer Vollstreckungsverjährung nach innerstaatlichem Recht. Solange es schon im Ansatz an einer internationalen Harmonisierung des Verjährungsrechts fehlt, können unterschiedliche Fristen für die Vollstreckungsverjährung daher ungewollt immer wieder den Weg für eine Überstellung versperren.

Bedenkt man, dass diese Regelungen innerstaatlich gerade der Vermeidung unverhältnismäßiger Bestrafung und der Wiedereingliederung von Straftätern dienen, mutet es im Kontext der Vollstreckungshilfe paradox an, dass diese innerstaatlich intendierte Schutzwirkung in der Konsequenz dazu führt, dass der Verurteilte eine aus deutscher Sicht überlange Haft ohne Übernahme der Vollstreckung gleichwohl verbüßen müsste, und zwar in einem ausländischen Gefängnis unter oft unvergleichlich schwereren Haftbedingungen. Ohnehin erscheint ein Beharren auf den deutschen Standards nicht zwingend, wenn man darauf abstellt, dass eine Vollstreckungsübernahme keine eigene Strafvollstreckung, sondern nur die Unterstützung einer fremden Strafvollstreckung ist. Die Vollstreckung erfolgt im Übernahmefall zwar mit (Zwangs-)Mitteln des deutschen Strafvollzugs und in der Hülle des deutschen Rechts, im Kern werden aber ein ausländischer Strafanspruch und Strafvorstellungen einer ausländischen Gesellschaft durchgesetzt. Eingedenk dieser doppelten rechtlichen Einbindung der Vollstreckung stellt sich die grundsätzliche Frage, wessen Rechtsgrundsätze im Konfliktfall durchgreifen. Das traditionelle Modell des Rechtshilferechts operiert mit einer einfachen, wenn nicht gar simplifizierenden Zweiteilung. Vor Übernahme gelten die Maßstäbe des Urteilsstaates. Ab Beginn des Übernahmeverfahrens richtet sich die Bewertung nach dem Recht des Vollstreckungsstaates. Das muss nicht so sein, denn – wie gesehen – ändert die Übernahme nichts daran, dass ein ausländisches Erkenntnis vollstreckt wird. Wie ebenfalls gesehen, limitiert die strikte Abgrenzung das Potenzial der Vollstreckungshilfe massiv.

Es wird deshalb seit geraumer Zeit die Frage gestellt, ob es eine verfassungsmäßige Möglichkeit gibt, dieses Spannungsfeld zu Gunsten der Interessen des Betroffenen aufzulösen, und ob die Fürsorgepflicht des deutschen Staates gegen-

¹ Gesetz zur Verbesserung der internationalen Rechtshilfe bei der Vollstreckung von freiheitsentziehenden Sanktionen und bei der Überwachung von Bewährungsmaßnahmen sowie zur Änderung des Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetzes und des Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetzes, BGBl. I 2015, S. 1349.

² Rahmenbeschluss 2008/909/JI des Rates vom 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union.

³ Vgl. hierzu Hüttemann, StV 2016, 519.

⁴ BT-Drs. 18/4347, S. 98; eine Ausnahme existierte bereits nach bisherigem Recht gem. § 54 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 IRG bei ausländischen Freiheitsstrafen für Taten, die in Deutschland nur als Ordnungswidrigkeiten sanktioniert sind.

über seinen Staatsbürgern dies sogar gebietet.⁵ Im Kern geht es dabei um die Frage, inwieweit auch bei einer übernommenen Vollstreckung überwiegend auf ausländische Grundsätze, etwa zum Strafzweck, abgestellt werden könnte und inwieweit umgekehrt deutsche strafrechtliche Grundsätze aufgrund der hoheitlichen Natur der übernommenen Vollstreckung trotzdem eine begrenzende Wirkung entfalten müssen, selbst wenn es nicht um die Ahndung einer Verletzung von deutschem Strafrecht geht.

Mit Einführung des § 54a IRG hat sich der Gesetzgeber für eine Erweiterung der Übernahmemöglichkeiten im Interesse eigener Staatsangehöriger entschieden. Nunmehr ist die Vollstreckung einer ausländischen Strafe im Inland auch über diesen Zeitpunkt hinaus möglich, wenn der Urteilsstaat dies zur Bedingung macht (§ 54a Abs. 1 Nr. 1 IRG). Zudem kann die Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung von der Zustimmung des Urteilsstaates abhängig gemacht werden (§ 54a Abs. 1 Nr. 2 IRG). Weitere Neuerungen birgt § 49 IRG. Dessen rekonzipierter Absatz 3 lässt es künftig zu, die „Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Sanktion, die gegen eine Person mit deutscher Staatsangehörigkeit im Ausland verhängt worden ist, auch trotz Verstößen gegen die EMRK im Urteilsstaat, fehlender beidseitiger Strafbarkeit oder Verjährung der Vollstreckung nach deutschem Recht (bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts) für zulässig zu erklären, wenn die verurteilte Person dies beantragt.

Dieser Beitrag wird sich auf das Kernstück der Reform konzentrieren: § 54a IRG. Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage werden zunächst Inhalt und Funktionsweise der Neuregelung analysiert. Im Anschluss soll der verfassungs- und menschenrechtliche Gestaltungsrahmen für die Vollstreckungshilfe dargelegt werden. Dabei wird untersucht, inwieweit die gewählte Regelung verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, welche bestehenden rechtlichen Konflikte gelöst sind und welche fortbestehen oder sogar durch die Neuregelung hinzugekommen sind.

II. Gegenstand und gesetzliche Grenzen der Exequaturentscheidung nach § 54 IRG

Die Vollstreckung eines ausländischen Urteils nach einem eingehenden Ersuchen erfordert in Deutschland zunächst eine Exequaturentscheidung des Landgerichts,⁶ welche die Grundlage der Vollstreckung bildet und bei Freiheitsstrafen den Richtervorbehalt aus Art. 104 Abs. 2 GG umsetzt. Das Verfahren verlangt in einem ersten Schritt die Prüfung der Zulässigkeit einer Vollstreckungsübernahme. Wenn die Vollstreckung des ausländischen Urteils für zulässig erklärt wird, muss im nächsten Schritt nach den Grundsätzen des § 54 IRG die Sanktion umgewandelt werden. Dabei gibt es zwei – bislang im Wesentlichen unangetastete – Grundpfeiler, an denen sich die Umwandlung der ausländischen Sanktion orientiert.

Zum einen erfolgt im Rahmen der Exequaturentscheidung keine Anpassung des Strafmaßes nach deutschem Strafzu-

messungsrecht.⁷ Grundsätzlich wird deshalb eine ausländische Freiheitsstrafe bei Zulässigkeit der Übernahme in voller Höhe vollstreckt. Wenn also in Deutschland bestimmte Strafzumessungsgesichtspunkte eine geringere oder höhere Strafe nach sich gezogen hätten oder bestimmte Kriterien im Rahmen der ausländischen Strafzumessung gänzlich außer Betracht geblieben sind, so wirkt sich dies im Rahmen der Vollstreckungsübernahme nicht aus. Auch wenn die Kriterien so bedeutsam sind, dass durch ihre Nichtberücksichtigung nach deutschem Verständnis eigentlich ein Verstoß gegen das Schuldprinzip vorliegt, erfolgt keine Herabsetzung der Strafhöhe. Es ist aber gegebenenfalls die Übernahme der Strafvollstreckung insgesamt unzulässig. Das Gesetz verfolgt damit einen Alles-oder-Nichts-Ansatz.

Eine Grenze findet dies jedoch im zweiten Grundpfeiler: Es darf grundsätzlich das Höchstmaß der in Deutschland für die Tat angedrohten Sanktion nicht überschritten werden.⁸ Wird also ein ausländisches Urteil vollstreckt, welches das deutsche Höchstmaß überschreitet, so wird gem. § 54 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 IRG eine Kappung beim Höchstmaß durchgeführt. Auch hier findet keine anteilige Anpassung statt. Es wird also beispielsweise nicht die ausländische Strafe ins Verhältnis zur dortigen Höchststrafe gesetzt und rechnerisch auf Deutschland übertragen. Eine Sonderlösung wurde dagegen für Fälle langjähriger zeitiger Freiheitsstrafen entwickelt, in denen nach deutschem Recht eine lebenslange Freiheitsstrafe hätte verhängt werden können. Unter dieser Voraussetzung kann auch das deutsche Höchstmaß für zeitige Freiheitsstrafe überschritten werden.⁹ Selbst in diesem Fall gelten aber die deutschen Vorschriften zur Vollstreckung und Reststrafenaussetzung, womit es zu einer (weit) vorzeitigen Beendigung des Freiheitsentzugs kommen könnte.

Die Ratio für diese beiden Maximen liegt in der gespaltenen Natur der Vollstreckungsübernahme. Einerseits ist die Vollstreckungsübernahme lediglich die Unterstützung *fremder* Strafrechtspflege und gerade keine *eigene* Strafvollstreckung. Vielmehr wird stellvertretend die Verletzung einer Strafnorm im Jurisdiktionsbereich eines fremden Staates geahndet. Dies lässt eine eigene Strafzumessung als nicht geboten erscheinen. Im Begehungs- und Sanktionierungskontext der Tat können im ausländischen Staat andere Erwägungen gelten, während es sich umgekehrt kaum begründen lässt, warum deutsche Strafzumessungserwägungen auf eine Straftat zur Anwendung kommen sollten, die sich im Geltungsbereich eines ausländischen Strafgesetzes ereignet hat. Hinzu kommt, dass auch rein faktisch eine solche kaum zu leisten wäre, da im Vollstreckungsstaat nicht alle notwendigen Feststellungen getroffen werden können.

Andererseits ist ein innerer Zusammenhang zur eigenen Strafrechtspflege nicht zu leugnen. Denn tatsächlich wird die

⁷ Es sprechen jedoch keine prinzipiellen Erwägungen gegen eine solche Berücksichtigung. Das Umwandlungsverfahren nach Art. 44 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 EuVollstrÜbk, Art. 11 ÜberstÜbk würde etwa eine Anpassung zulassen.

⁸ Dies entsprechend der Konzeption von EuVollstrÜbk und ÜberstÜbk.

⁹ Vgl. etwa KG NStZ 1995, 415 (416) m.w.N.

⁵ BT-Drs. 18/4347, S. 98.

⁶ Vgl. §§ 50 S. 1, 54 IRG.

freiheitsentziehende Maßnahme in einer deutschen Vollzugsanstalt durch deutsche Vollzugsorgane durchgeführt. Es liegt also eindeutig ein Akt deutscher Hoheitsgewalt vor, der sich als solcher grundsätzlich im Rahmen des deutschen Rechts halten muss. Dies spiegelt sich zum einen in der Höchstmaßgrenze wieder, die nach allgemeiner Meinung dazu dient, den Vollstreckungsstaat nicht zur Vollstreckung von aus seiner Sicht übermäßig hohen Strafen¹⁰ zu verpflichten. Hierin kann auch eine gewisse Fortführung des Zulässigkeitserfordernisses der beiderseitigen Sanktionierbarkeit¹¹ auf Rechtsfolgen-ebene erblickt werden. So wie Deutschland ein ausländisches Strafurteil nur dann vollstrecken darf, wenn die Tat auch in Deutschland sanktionierbar ist, so soll dies auch nur bis zu der Strafhöhe geschehen, die auch nach deutschem Recht bei abstrakter Betrachtung als Rechtsfolge hätte angeordnet werden können.¹² Zum anderen sind alle in Deutschland vollstreckten Strafen demselben Vollstreckungsregime zu unterwerfen, d.h. auch bei Bewährungsfragen ist nach den Vorschriften für die Wiedereingliederung im deutschen Rechtsraum zu verfahren.

III. Regelungsgehalt und Ratio des § 54a IRG

Mit der Einführung des § 54a IRG wird die Durchbrechung der deutschen Höchstmaßgrenze bei der Vollstreckung ausländischer freiheitsentziehender Sanktionen möglich. Danach kommt nunmehr ausnahmsweise auch eine Exequaturentscheidung mit einer weit über dem deutschen Höchstmaß liegenden Vollstreckungsdauer in Betracht, soweit der Urteilsstaat dies zur Bedingung der Überstellung (eines deutschen Staatsangehörigen) macht (§ 54a Abs. 1 Nr. 1 IRG). Das zulässige Maß der Überschreitung nennt § 54a IRG nicht.

Auch wenn eine über dem deutschen Höchstmaß liegende Vollstreckungsdauer angeordnet wird, reicht dies jedoch nach Einschätzung des Gesetzgebers nicht in allen Fällen aus, um den durch ausländische Staaten gestellten Konditionen zur Vollstreckung gerecht zu werden und damit eine Überstellung zu ermöglichen. Denn grundsätzlich richtet sich nach gewährter Rechtshilfe gem. § 57 Abs. 2 IRG das Recht zur Reststrafenaussetzung zur Bewährung nach deutschem Recht. Dies könnte ausländische Staaten davon abhalten, eine Vollstreckungsübernahme zu akzeptieren, wenn die (in der Regel auch zutreffende) Befürchtung besteht, dass der Verurteilte in Deutschland vorzeitig entlassen wird und so die angeordnete längere Vollstreckungsdauer aus Sicht des Urteilsstaats unter-

laufen würde.¹³ Deshalb kann das Gericht in seiner Exequaturentscheidung zugleich nach § 54a Abs. 1 Nr. 2 IRG festlegen, dass die Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe nur nach Zustimmung des Urteilsstaates zur Bewährung ausgesetzt wird. Hierfür müssen die gleichen Bedingungen wie für eine Entscheidung nach § 54a Abs. 1 Nr. 1 IRG erfüllt sein. Isoliert kann hingegen eine Entscheidung nach § 54a Abs. 1 Nr. 2 IRG nach Wortlaut („und“) und Systematik der Norm nicht erlassen werden. Der Urteilsstaat kann also nicht in herkömmlichen Fällen die Bedingung stellen, dass eine Bewährungsentscheidung von seinem Recht abhängig gemacht wird, und zwar selbst dann nicht, wenn die Sanktion im deutschen Exequaturverfahren herabgesetzt wird.

1. Materielle und personelle Reichweite der Erweiterung

Diese Erweiterung betrifft zunächst nur die allgemeine Vollstreckungshilfe gem. §§ 49 ff. IRG. Parallel wurde eine Erweiterung um die Möglichkeit zur Vollstreckung langer Freiheitsstrafen auch im Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses (Rb) Freiheitsstrafen für die Vollstreckungshilfe bei langen Freiheitsstrafen innerhalb der EU gem. § 84g Abs. 4 S. 2 IRG vorgenommen. Dem steht der Rb-Freiheitsstrafen nicht entgegen, da er es in Art. 8 Abs. 2 ausdrücklich dem Vollstreckungsstaat anheimstellt, nach seinem Ermessen eine Begrenzung auf die Höchststrafe vorzusehen. Hingegen darf eine Beschränkung des Vollstreckungsstaats bei der Bewährungsentscheidung i.S.d. § 54a Abs. 1 Nr. 2 IRG für EU-Staaten nicht erfolgen. Insoweit fehlt ein Verweis in § 84g IRG, weil Art. 17 Rb-Freiheitsstrafen die Hoheit des Vollstreckungsstaats festschreibt und einer entsprechenden Regelung entgegensteht.

Die Zulässigkeit der Überschreitung des Höchstmaßes ist gem. § 54a Abs. 1 IRG jedoch auf deutsche Staatsangehörige beschränkt.¹⁴ Diese zweifelhafte Differenzierung ist Ausdruck der besonderen Fürsorge- und Schutzpflicht Deutschlands, die grundsätzlich nur gegenüber eigenen Staatsangehörigen besteht.¹⁵ Ausgeschlossen sind damit auch EU-Bürger mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland.¹⁶ Diese Begrenzung

¹⁰ BT-Drs. 9/1338, S. 75; Grotz, in: Grützner/Pötz (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 61. Lfg., Stand: Februar 2004, § 54 IRG Rn. 11.

¹¹ Vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 3 lit. a IRG.

¹² Dieser Grundsatz ist allerdings in einem wichtigen Punkt durchbrochen: Da die Sanktionierbarkeit als deutsche Ordnungswidrigkeit für die Vollstreckung eines fremden Strafurteils reicht, wird nach § 54 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 IRG hierbei ein Höchstmaß von zwei Jahren Freiheitsstrafe fingiert. Die gleiche Fiktion tritt ein, wenn das deutsche Höchstmaß bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe – also etwa ein Jahr wie bei § 4 S. 1 GewSchG – beträgt; siehe dazu auch unten.

¹³ Dass diese Befürchtung auch bei deutschen Behörden verbreitet ist, zeigt sich etwa an der aus diesem Grund pauschal – und rechtswidrig – erfolgten Ablehnung der Übertragung der Strafvollstreckung an Rumänien durch die Staatsanwaltschaft, die der Entscheidung des KG im Beschl. v. 16.10.2015 – (4) 151 AR 38/15 (197/15) zu Grunde lag.

¹⁴ Ähnlich wird in § 49 Abs. 3 IRG differenziert.

¹⁵ Vgl. hierzu in Bezug auf § 49 Abs. 3 IRG BT-Drs. 18/4347, S. 88; zur Vollstreckungshilfe allgemein BT-Drs. 9/1338, S. 30, 69; zur besonderen Verbindung durch die Staatsangehörigkeit vgl. BVerfGE 113, 273 Rn. 66, 75; zur Fürsorgepflicht bei der Vollstreckungshilfe vgl. auch OLG Saarbrücken, Beschl. v. 16.6.2008 – 1 Ws 46/08.

¹⁶ Dies folgt bei Urteilen von Drittstaaten gegenüber EU-Bürgern bereits aus § 54a Abs. 1 IRG selbst. Bei Urteilen aus dem EU-Ausland erklärt § 84g Abs. 4 S. 2 IRG unter anderem § 54a Abs. 1 Nr. 1 IRG für entsprechend anwendbar,

des Anwendungsbereichs ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. Hat der Verurteilte in Deutschland eine Niederlassungserlaubnis oder ein Daueraufenthaltsrecht und dürfte er auch trotz der strafrechtlichen Verurteilung im Ausland nach Verbüßung der Strafe wieder in Deutschland leben, so ist es vor dem Hintergrund des Resozialisierungsgedankens nicht sinnvoll, die Strafe im Ausland verbüßen zu lassen. Die gesetzliche Regelung verschließt sich indessen jüngeren Tendenzen des Rechtshilferechts, die, indem sie stärker auf den gewöhnlichen Aufenthalt einer Person als auf deren Staatsangehörigkeit abstellen,¹⁷ der Realität gerecht zu werden versuchen, dass viele Menschen ihren Lebensmittelpunkt und ihre Familie in einem Staat haben, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, während andererseits zum sog. Heimatstaat kaum oder keinerlei Bindungen (mehr) bestehen.¹⁸ Noch schwerer wirkt sich die Ungleichbehandlung aus, wenn der Urteilsstaat nicht einmal der Heimatstaat des Verurteilten, sondern ein Drittstaat ist.

Gerade im Verhältnis zu EU-Ausländern ist die Begrenzung des Anwendungsbereichs auch vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV fragwürdig. Stellt die ausländische Verurteilung keinen schwerwiegenden Grund zum Verlust des Daueraufenthaltsrechts nach § 6 Abs. 4 FreizügG/EU dar, so ergibt sich keine Rechtfertigung für eine Differenzierung bei einem EU-Ausländer, der seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland hat, aber in einem Drittstaat inhaftiert ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in Umsetzung des Europarechts sogar eine noch vor Erwerb des Daueraufenthaltsrechts erfolgte strafrechtliche Verurteilung in Deutschland für sich allein nicht genügt, die Freizügigkeit einzuschränken (§ 6 Abs. 2 FreizügG/EU). § 54a IRG steht damit in einer deutschen Gesetzgebungs- und Rechtsanwendungstradition, die Unionsbürger mit dauerhaftem Aufenthaltsrecht diskriminiert¹⁹ und eigentlich schon lange abgeschafft gehört.

2. Antragserfordernis

Grundvoraussetzung für die Entscheidung über die erweiterten Vollstreckungsmöglichkeiten ist ein Antrag der verurteilten Person, § 54a Abs. 2 S. 1 IRG.²⁰ Hiermit soll sichergestellt werden, dass die über das Höchstmaß hinausgehende Vollstreckung im Interesse und Willen des Verurteilten liegt. Denn durch die Einführung des § 54a IRG soll seine Position verbessert und nicht etwa gegen seinen Willen eine neue Überstellungsmöglichkeit geschaffen werden. Zugleich soll die Zustimmung wie an anderer Stelle im Vollstreckungshilferecht verfassungsrechtliche Probleme vermeiden und den

– nach Ansicht des Gesetzgebers auch hier geltenden – Grundsatz „volenti non fit iniuria“²¹ zementieren. Ob dies tatsächlich ausreicht (oder erforderlich ist), um verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen, wird weiter unten zu diskutieren sein.

Darüber hinaus muss gem. § 54a Abs. 1 Nr. 1 IRG der Urteilsstaat die Bedingung stellen, dass ab der Überstellung der Person die Sanktion noch für einen bestimmten Zeitraum in Deutschland vollstreckt wird, da die Vollstreckung über das Höchstmaß hinaus nur dann gerechtfertigt ist, wenn der Urteilsstaat sonst nicht zur Überstellung bereit ist. Andernfalls lassen sich humanitäre Zielsetzungen und eine Erhöhung der Wiedereingliederungsmöglichkeiten schon mit dem bestehenden Instrumentarium erreichen.

3. Entscheidungsspielraum und -kriterien

Als Rechtsfolge kann das Gericht, muss aber nicht, eine über dem Höchstmaß liegende Vollstreckungsdauer festlegen und Bewährungsentscheidungen an die Zustimmung des Urteilsstaats knüpfen. Klare materielle Grenzen und Kriterien für die Entscheidungsfindung statuiert das Gesetz nicht. Es findet sich einzig der wenig aussagekräftige Passus, dass unter Beachtung der Interessen der verurteilten Person zu entscheiden sei und die Überschreitung der Höchststrafe die Ausnahme bleiben solle. Die Gesetzesbegründung untermauert, dass es sich bei Art. 54a IRG um eine ultima ratio-Lösung aus humanitären Gründen²² handeln soll. Für die Normanwendung ist damit wenig gewonnen. Die amtliche Begründung führt aus, dass eine strenge Einzelfallprüfung vorzunehmen sei, bei der „die Verantwortung des Staates für die Unversehrtheit seiner Rechtsordnung mit dem grundrechtlich geschützten Interesse der verurteilten Person zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen“ sei.²³ Das Interesse der betroffenen Person wird im Wesentlichen auf deren Einverständnis und den Umstand gestützt, dass die Strafvollstreckung im Inland de facto „eine Schutzmaßnahme für die eigenen Staatsangehörigen“ ist. Zu solchen Maßnahmen fühlt sich der Gesetzgeber auch von Verfassungs wegen berufen, da Bürger in freiheitlichen-demokratischen Gemeinwesen resozialisiert und nicht von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden sollen. Daneben nennt die Begründung nur noch einige unübersteigbare Hürden, die sich aber bereits aus den allgemeinen grund- und menschenrechtlichen Bindungen der Vollstreckungshilfe ergeben, namentlich das Verbot einer tatsächlich lebenslangen Freiheitsstrafe²⁴ und das Übermaßverbot.²⁵

ohne dessen Anwendungsbereich auf EU-Bürger allgemein auszudehnen.

¹⁷ Vgl. z.B. § 83b Abs. 2 IRG.

¹⁸ Zur Zulässigkeit der Vollstreckung eines deutschen Strafurteils in Polen in einer solchen Konstellation – allerdings im Anwendungsbereich von § 72 IRG – vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 27.8.215 – III-2 Ausl 115/15, 2 Ausl 115/15.

¹⁹ Vgl. Meyer, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, § 83b IRG Rn. 971.

²⁰ Zum Verfahren der Antragstellung siehe Abs. 2 S. 2-4.

²¹ Dazu in anderem Kontext Grotz (Fn. 10), Vor § 48 IRG Rn. 12.

²² BT-Drs. 18/4347, S. 99.

²³ BT-Drs. 18/4347, S. 99 f.

²⁴ Mit verfassungsrechtlich garantierter Menschenwürde unvereinbar: BVerfGE 45, 187.

²⁵ Verhängte Strafe muss zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters in einem gerechten Verhältnis stehen, BVerfGE 75, 1. Letztlich geht es aber um ein Übermaßverbot.

Auch die wesentlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung (*ordre public*) i.S.v. § 73 IRG gehören grundsätzlich zu den absoluten Grenzen, doch problematisiert die amtliche Begründung zu Recht, dass die vorliegend widerstreitenden Prinzipien beide essenzielle Komponenten der Rechtsordnung sind und daher eine normimmanente Abwägung im Einzelfall erforderlich ist, um über die Einhaltung von § 73 IRG befinden zu können.²⁶

In die Waagschale der Humanität und der Fürsorgepflicht fallen das konkrete Ausmaß des Interesses an einer Resozialisierung in Deutschland (Familie, Sprache etc.) und die konkreten Haftbedingungen. In die Waagschale der objektiven Wertordnung gehört aus Sicht des Gesetzgebers primär das Gebot, keine unverhältnismäßig harten Strafen zu vollstrecken. Je geringer die Überschreitung des Höchstmaßes, je harscher die Haftbedingungen und je geringer die Aussichten auf eine vorzeitige Entlassung, desto eher werde sich eine Vereinbarkeit mit § 73 S. 1 IRG feststellen lassen.

4. Beschränkung auf Inlandskonstellationen

Neben den bisher genannten Kriterien gibt es aber einschränkend für die Anwendung des § 54a IRG die weitere, implizite Voraussetzung („ab der Überstellung“), dass der Verurteilte im Ausland inhaftiert ist. Eine in Deutschland auf freiem Fuß befindliche Person kann keinen entsprechenden Antrag stellen, selbst wenn sie im Einzelfall ein Interesse an einer überlangen Vollstreckung in Deutschland haben mag. Nach ihrem Wortlaut regelt die Norm die Gestaltung der Vollstreckungslänge nach einer Überstellung. Eine Überstellung erfordert wiederum die Übergabe einer Person an einen anderen Staat. Anders als bei § 49 Abs. 3 IRG ist auch die Gesetzesbegründung bei § 54 IRG auf diese Konstellation ausgerichtet.²⁷ Schließlich wird die Bezugnahme auf eine Überstellung auch in anderen Bereichen der Vollstreckungshilfe als einschränkende Voraussetzung ausgelegt. So ist im Geltungsbereich des ÜberstÜbk anerkannt, dass dieses wegen seines Wortlautes nur auf Fälle anwendbar ist, in denen der Verurteilte übergeben wird, sich also nicht bereits im Heimatstaat aufhält.²⁸ Letztere Fälle können allenfalls unter das ÜberstÜbk-ZP fallen.²⁹

²⁶ Vgl. BT-Drs. 18/4347, S. 101: „Auch die unter dem Gesichtspunkt der Humanität und der Fürsorgepflicht des Staates geschützten Belange der im Ausland inhaftierten Person sind Teil der deutschen Rechtsordnung.“

²⁷ Vgl. BT-Drs. 18/4347, S. 99 f.

²⁸ Vgl. Bock, in: Ambos/König/Rackow (Fn. 19), 3. Hauptteil Rn. 449; Schomburg/Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2011, Art. 1 ÜberstÜbk Rn. 4; Schroeder, ZStW 98 (1986), 457 (459).

²⁹ Dieses Zusatzprotokoll soll gem. Art. 2 Fluchtfälle umfassen. Da jedoch der Begriff der Flucht von manchen Gerichten so ausgelegt wird, dass eine schlichte Rückkehr in das Heimatland ausreicht (vgl. etwa OLG Rostock, Beschl. v. 8.6.2010 – I Ws 128/10, Rn. 12; Brandenburg. OLG, Beschl. v. 26.4.2010 – 1 Ws 19/10, Rn. 13, juris), kann letztlich in

Wie bei § 49 Abs. 3 IRG könnte man dieser Einschränkung entgegenhalten, dass eine Beschränkung auf Überstellungskonstellationen dem Bürger eine wichtige Schutzmöglichkeit vorenthalte.³⁰ Hiergegen scheinen jedoch der Sinn und Zweck der Norm zu sprechen. Nur in Fällen, in welchen ein deutscher Staatsangehöriger bereits unmittelbar mit der Vollstreckung durch eine ausländische Staatsmacht konfrontiert ist, besteht eine echte humanitäre Zwangslage, die ein Abweichen vom Regelfall zulässig erscheinen lassen kann. Die besondere Legitimität der Höchststrafenüberschreitung wird bei der Vollstreckungshilfe gerade durch einen Vergleich mit der Auslieferung illustriert. Anders als bei der Auslieferung setze man einen im Inland aufhältigen Verurteilten nicht unmittelbar dem Risiko einer überlangen menschenrechtswidrigen Sanktion aus. Der besondere humanitäre Impetus, der § 54a IRG innewohnt, entspringt gerade daraus, dass man eine schwerwiegende Beeinträchtigung von Freiheitsrechten durch Verweigerung der Kooperation nicht verhindern kann, weil die Strafe bei einem im Urteilsstaat befindlichen Verurteilten in jedem Fall dort vollzogen würde. Die anders gelagerte *ratio legis* zeigt sich auch im Entscheidungsprogramm, das Absatz 1 sowie der amtlichen Begründung zu entnehmen ist. Bei Inlandsfällen müssten demgegenüber wegen der unterschiedlichen Interessenlage anders ausgerichtete Kriterien und Abwägungsparameter herangezogen werden.

Befindet sich der Verurteilte in Deutschland, ist die (menschenrechtliche) Interessenlage mithin eine andere. Ihm droht im Falle des Scheiterns einer Vollstreckungsübernahme durch Deutschland keine Vollstreckung im ausländischen Staat, solange er Deutschland nicht verlässt. Er kann wegen Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG zur Strafvollstreckung an Nicht-EU-Mitgliedstaaten gar nicht und an EU-Mitgliedstaaten gem. Art. 80 Abs. 3 IRG nicht ohne seine Zustimmung ausgeliefert werden. Das Interesse einer im Inland aufhältigen Person ist also nicht auf die Abwendung einer unmittelbaren humanitären Notsituation und die Rückkehr in die Heimat, sondern auf die Behebung einer dauerhaften gravierenden Beeinträchtigung seiner Freizügigkeit und Lebensführung gerichtet. Bei Verlassen des Landes droht dem Betroffenen jederzeit die Festnahme aufgrund einer internationalen Fahndung und

der Praxis doch in vielen Fällen ein Ersuchen nach dem ÜberstÜbk gestellt werden, soweit in beiden Staaten das Zusatzprotokoll in Kraft getreten ist.

³⁰ Obwohl die Ausnahmeregelung hauptsächlich eingeführt wird, um mehr deutschen Staatsangehörigen, die im Ausland inhaftiert sind, dazu zu verhelfen, die dort gegen sie verhängte Sanktion in der Bundesrepublik Deutschland unter besseren Bedingungen zu verbüßen, wird sie nicht auf im Ausland inhaftierte deutsche Staatsangehörige beschränkt. Auch deutschen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland befinden, soll die Möglichkeit eröffnet werden, von der Ausnahmeregelung Gebrauch zu machen, um die Bundesrepublik Deutschland nach Vollstreckung der übernommenen Strafe verlassen zu können, ohne befürchten zu müssen, in einem anderen Staat aufgrund eines internationalen Haftbefehls inhaftiert zu werden, BT-Drs. 18/4347, S. 92.

letztlich die Auslieferung in den Urteilsstaat, in welchem wiederum die volle Haftdauer vollstreckt würde.

Trotz der geringeren humanitären Implikationen war diese Interessenlage für den Gesetzgeber noch gewichtig genug, um bei der Vollstreckbarkeit von EMRK-widrigen Urteilen nach § 49 Abs. 3 IRG auf das Erfordernis einer Überstellungssituation zu verzichten. Prima vista könnte aufgrund der Interessenlage also auch bei § 54a IRG eine Anwendung auf Inlandsfälle erwogen werden. Es wäre kurios, von einem Verurteilten zu verlangen, sich freiwillig in den Urteilsstaat zu begeben,³¹ um in den Anwendungsbereich der Norm zu gelangen, ohne dabei freilich im Vorfeld Gewissheit schaffen zu können, bei Antragstellung auch tatsächlich in den Genuss einer Rücküberstellung zu kommen. Bei Beschränkung auf Auslandsfälle drohte zudem zumindest eine partielle Impunität der Straftat des Verurteilten. Zwar hat es der Urteilsstaat in der Hand, sich mit weniger zufrieden zu geben und zumindest eine Vollstreckung des in Deutschland zulässigen Strafmaßes zu realisieren. Jedoch wäre der ausländische Staat damit gezwungen, in Konfliktfällen seine eigenen Wertungen dem deutschen Rechtsrahmen unterzuordnen; und zwar selbst dann, wenn die Straftat überhaupt keinen Bezug zu Deutschland aufweist und die strafrechtlichen Maßstäbe im Urteilsstaat mit allgemeinen menschenrechtlichen Grundsätzen vereinbar sind. Dies ist freilich der Status Quo der Vollstreckungshilfe. Es spräche – wie die Ausführungen unter IV. zeigen werden – zwar nichts dagegen, zur Vermeidung von (partieller) Strafflosigkeit und im Interesse des Betroffenen eine Erweiterung der Vollstreckungsfälle auch auf Inlandsfälle vorzunehmen. Nur hat das der Gesetzgeber in diesem Fall nicht getan.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es zunächst, dass der Wortlaut der Norm für in Deutschland befindliche Verurteilte eine gesonderte Antragsform – nämlich zu Protokoll eines Richters – vorsieht und auch die Gesetzesbegründung es für möglich hält, dass ein Verurteilter im Inland aufhältig ist,³² ohne dass in der Norm selbst oder in der Gesetzesbegründung ein Anwendungsbereich für Inlandsfälle eröffnet würde. So heißt es in § 54a Abs. 2 S. 2 IRG: „Der Antrag der verurteilten Person nach Satz 1 ist zu Protokoll eines Richters oder, wenn die verurteilte Person im Ausland festgehalten wird, zu Protokoll eines zur Beurkundung von Willenserklärungen ermächtigten deutschen Berufskonsularbeamten zu erklären.“ Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber hier ohne genaue Abgrenzung alle denkbaren Fallkonstellationen abdecken wollte und hierzu ohne weitere Überlegung den Wortlaut des ebenfalls neu eingeführten § 49 Abs. 3 S. 2 IRG übernommen hat, der allerdings einen eindeutigen Anwendungsbereich im Inland hat. Dennoch verbleibt auch hier ein originärer Anwendungsbereich in Fällen, in welchen die Überstellung eines Deutschen aus dem Ausland vorbereitet werden muss, obschon sich die Person zeitweise in Deutschland befindet. So kommen namentlich Konstellationen der vorübergehenden Überstellung aus dem Ausland für ein ausländisches Verfah-

ren nach § 63 IRG³³ und Fälle der Rücklieferung nach § 68 IRG³⁴ sowie der vorübergehenden Überstellung aus dem Ausland nach § 69 IRG³⁵ in Betracht, und zwar in dem Umfang, in welchem die Normen für auf Deutsche anwendbar erachtet werden.

5. Entscheidungsverfahren

Über das Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen entscheidet die zuständige kleine Strafvollstreckungskammer des Landgerichts im Exequaturverfahren. Um den Anwendungsbereich der Norm im Interesse aller Verurteilten möglichst weit auszugestalten, sieht § 54a Abs. 3 IRG eine besondere Regelung für Altfälle vor. Bisweilen sind nämlich in Verfahren bereits Exequaturentscheidungen ergangen, obschon es danach nicht zu einer Überstellung des Verurteilten gekommen ist. Hintergrund kann etwa sein, dass die Beschränkung auf die deutsche Höchststrafe dem ausländischen Staat für eine Vollstreckung nicht ausreichte und er deshalb keine Vollstreckungsübernahme durch Deutschland begehrte oder einen deutschen Antrag ablehnte. In solchen Fällen besteht die nach alter Rechtslage ergangene Exequaturentscheidung fort und ist weiter wirksam.³⁶ Sollte der Urteilsstaat aber nunmehr erneut bzw. erstmals eine der obengenannten Bedingungen zur Vollstreckungsdauer stellen,³⁷ so kann eine erneute Entscheidung des Gerichts nach § 54a Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 IRG erfolgen, um nachträglich doch noch eine Überstellung zu erreichen. Auch ein bereits deponierter Antrag des vollstreckungsbereiten Heimatstaates könnte, verbunden mit einem Gesprächsangebot über etwaige Bedingungen, wieder aufgegriffen werden.

Der Exequaturentscheidung des Landgerichts haben jedoch grundsätzlich Konsultationen des Bundesamtes für Justiz und ggf. des Auswärtigen Amtes mit den zuständigen Stellen des ausländischen Staates voranzugehen, um den Ausnahmecharakter der Norm zu erhalten. Der Regelfall, auf den es in den Konsultationen zu drängen gilt, soll die Überstellung unter den Voraussetzungen des § 54 Abs. 1 IRG bleiben.

³³ Die Anwendbarkeit auf Deutsche bejahend *Johnson*, in: Grützner/Pötz (Fn. 10), § 63 IRG Rn. 10.

³⁴ Die Anwendbarkeit auf Deutsche bejahend *Vogler*, in: Grützner/Pötz (Fn. 10), § 68 IRG Rn. 3 f. mit Verweis auf die Gesetzgebungsgeschichte; zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Rücklieferung Deutscher vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.10.1970 – 1 BvR 226/70; OVG Münster, Beschl. v. 10.6.1981 – 17 B 953/81.

³⁵ Die Anwendbarkeit auf Deutsche bejahend *Johnson* (Fn. 33), § 69 IRG Rn. 13; die Anwendbarkeit auf Deutsche nur innerhalb der EU bejahend v. *Galen*, in: Ambos/König/Rackow (Fn. 19), § 69 IRG Rn. 206.

³⁶ Verfahrensrechtlich ist Abs. 3 auch insoweit wichtig, weil es ansonsten im IRG oder in der StPO an einer prozessualen Möglichkeit fehlt, ein bereits ergangenes Exequatur aus der Welt zu schaffen oder zu modifizieren.

³⁷ BT-Drs. 18/4347, S. 102.

³¹ Eine Auslieferung zur Strafvollstreckung käme aus den genannten Gründen nicht in Betracht.

³² Vgl. BT-Drs. 18/4347, S. 101.

IV. Verfassungs- und europarechtlicher Rahmen

Angesichts der Begründungsunschärfen und der wenig aussagekräftigen Tatbestandsvoraussetzungen für die praktische Anwendung der Ausnahmeregelung muss ein genauerer Blick auf den verfassungs- und europarechtlichen Rahmen für die Vollstreckungshilfe geworfen werden. Es soll nachfolgend dargelegt werden, dass die Gesetzesbegründung und -formulierung darunter leiden, dass dem Wesen der Vollstreckungshilfe nicht angemessen Rechnung getragen wurde. Dieser Umstand hat zur Folge, dass bestehende Gestaltungspotenziale nicht vollständig erkannt wurden und zudem die bei der Normanwendung notwendigen Abwägungsprozesse verzerrt werden. Dies betrifft zum einen die maßgeblichen objektiv-rechtlichen Grenzen für die Gewährung von Vollstreckungshilfe und zum anderen die legitimatorische Bedeutung des Einverständnisses des Betroffenen.

Als Akt deutscher Hoheitsgewalt gelten für Exequatur und späteren Vollzug das Grundgesetz und die EMRK. Sie stecken den Gestaltungsspielraum und die äußeren Grenzen für gesetzliche Regelungen ab. Ob daneben oder sogar vorrangig die Grundrechtecharta der EU anwendbar ist, hängt zunächst davon ab, ob ein Unionsstaat oder ein Drittstaat um Vollstreckungshilfe ersucht. Soweit der Rechtshilfeverkehr durch Sekundärrechtsakte der EU reguliert ist, findet die GRC gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC in den Mitgliedstaaten Anwendung. Dies gilt mithin für den gesamten Geltungsbereich des Rb-Freiheitsstrafen, und zwar sowohl bei der einfachrechtlichen Implementierung als auch bei der späteren Rechtsanwendung. Umstritten ist, wie weit die Determinierung durch Unionsrecht reichen muss, damit die Anwendung nationaler Normen als Durchführung von Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC zählt.³⁸ So wird die Eröffnung einer Höchststrafenüberschreitung vom Rahmenbeschluss nicht gefordert. Dennoch liegt diese Frage im Regelungsbereich des Rahmenbeschlusses, woraus mit der (jedenfalls außerhalb von Deutschland) herrschenden weiten Interpretation auf eine Bindung an die GRC zu schließen wäre.

In Rechtshilfebereichen, die außerhalb der Reichweite von Unionssekundärrecht liegen, sind die Mitgliedstaaten dagegen nicht gebunden, weil es an einer Durchführung von Unionsrecht fehlt. Allenfalls unter dem Blickwinkel der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten (sog. ERT-Rechtsprechung) ist es vorstellbar, dass Unionsgrundrechte wegen des diskriminierenden, freizügigkeitshindernden Effekts einer nationalen Gesetzesvorschrift (in Bezug auf Ersuchen von Drittstaaten) zur Anwendung kommen.³⁹ Dies könnte vorliegend aufgrund der Beschränkung des Ausweitungsprivilegs auf Deutsche bei § 54a IRG sogar der Fall sein. Nach der Leitentscheidung des EuGH in der Rechtssache Akerberg Fransson⁴⁰ führte die Anwendbarkeit der GRC aber nicht zur Verdrängung der Grundrechte des GG. Auszugehen wäre von einer gleichzeitigen Geltung (Akerberg-Parallelität), die erst dort endet, wo das nationale Verfassungsrecht in klaren Widerspruch zu Schutzgehalten der GRC oder zur Wirksamkeit

des Unionsrechts gerät. Die Reklamierung eines zwingenden Grundgesetzzvorrangs im Rahmen des Identitätsvorbehalts durch das BVerfG bereitet vorliegend keine Schwierigkeiten, da dieser nur dann relevant wird, wenn die EU rechtsgestaltend und determinierend aktiv wird, was vorliegend nicht der Fall ist.

1. Grundgesetz

Eine Überschreitung des deutschen Höchstmaßes könnte bereits am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz scheitern. Diese Position wird von Stimmen aus der Anwaltschaft auch vertreten.⁴¹ Obgleich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ohne jeden Zweifel zu den fundamentalen rechtsstaatlichen Prinzipien und auch zum (deutschen und europäischen) ordre public zählt,⁴² ist damit aber nicht ausgemacht, dass eine Regelung wie § 54a IRG nicht zu rechtfertigen wäre. Eine solche Auffassung unterstellte nämlich – unzutreffend –, dass die nationalen Strafraum stets verfassungsrechtlich indiziert sind. Mit Ausnahme der lebenslangen Freiheitsstrafe lassen sich die tatbestandlichen Höchstmaßgrenzen jedoch kaum als verfassungsrechtlich gebotene (Ober-)Grenzen verstehen.⁴³ Sie sind zumeist das Ergebnis rechtspolitischer Bewertungen.

Am anderen Ende des Meinungsspektrums steht das Bundesverfassungsgericht mit seiner Auffassung zur Auslieferung. Danach soll eine Zusammenarbeit den zuständigen deutschen Organen auch dann möglich sein, wenn die drohende Strafe als in hohem Maße hart anzusehen wäre und bei einer Beurteilung allein anhand deutschen Verfassungsrechts (also insbesondere bei der Strafzumessung bei StGB-Taten) nicht mehr als angemessen erachtet werden könnte.⁴⁴ Erst dann wenn „die Strafe, die ihm im ersuchenden Staat droht, unerträglich hart, mithin unter jedem denkbaren Gesichtspunkt unangemessen erscheint“ oder wenn sie grausam, unmenschlich oder erniedrigend ist, sei die Grenze des Zulässigen erreicht.⁴⁵ Das BVerfG rechtfertigt diese Toleranz gegenüber ausländischen Strafvorstellungen damit, dass „das Grundgesetz von der Eingliederung Deutschlands in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft ausgeht“ und daher zugleich gebietet, „im Rechtshilfeverkehr auch dann Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten [...], wenn sie im Einzelnen nicht mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen.“ Nur „die Verletzung der unabdingbaren Grundsätze der deutschen Verfassungsordnung“ begründe ein unüberwindbares Hindernis für eine Auslieferung.⁴⁶

Für die Vollstreckungshilfe ist dieses Verständnis jedoch nicht vollständig übertragbar. Denn diese stellt zwar auch

⁴¹ Heydenreich, StraFo 2015, 8 (12).

⁴² Vogel, in: Grütznert/Pötz (Fn. 10), § 73 IRG Rn. 62, 99.

⁴³ Dagegen („nicht geboten“) BT-Drs. 9/1338, S. 75; auch Grotz (Fn. 10), § 54 IRG Rn. 11, hält diese Grenze aus rechtsdogmatischer Sicht nicht für zwingend.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 20.11.2014 – 2 BvR 1820/14, Rn. 26.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 20.11.2014 – 2 BvR 1820/14, Rn. 25; vgl. auch OLG Celle StV 2008, 431.

⁴⁶ BVerfGE 113, 154 (162 f.).

³⁸ Dazu demnächst ausf. Meyer, ZStW 128 (2016).

³⁹ Siehe ebenfalls demnächst Meyer, ZStW 128 (2016).

⁴⁰ EuGH NJW 2013, 1415.

eine Unterstützung fremder Strafrechtspflege dar, was für eine Realisierung der Inhalte der fremden Rechtsordnung spricht. Die Vollstreckung geschieht jedoch durch deutsche Organe in Deutschland. Anders als bei der Auslieferung wird die fremde Strafrechtspflege nicht nur unterstützt, sondern die Vollstreckung übernommen, was auch eine Übernahme der dahinter stehenden Wertentscheidungen erfordert. Insbesondere dient der Vollzug (auch) einer erfolgreichen Wiedereingliederung in die deutsche Gesellschaft, was eine Berücksichtigung deutscher Rechtsvorstellungen geboten erscheinen lässt. Die bisherige Bindung an das deutsche Höchstmaß wäre unter diesen Prämissen keine zwingende rechtliche Grenze, sondern im Wesentlichen eine antizipierte gesetzgeberische Abwägung, wonach eine für einen fremden Staat zu vollstreckende Strafe, die sich im Rahmen des deutschen Höchstmaßes hält, in der Regel als verhältnismäßig anzusehen ist und im Einzelfall vom Richter überprüft wird. Auch darüber hinausgehende Strafen dürften jedoch verfassungsrechtlich vollstreckt werden, wenn sie im Einzelfall das Übermaßverbot nicht verletzen.⁴⁷ Die Frage der Verletzung des Übermaßverbotes ist also unabhängig vom deutschen Höchstmaß zu prüfen. Dies bedeutet umgekehrt, dass eine ausländische Sanktion auch dann das Übermaßverbot verletzen kann, wenn sie unterhalb des in Deutschland zulässigen Höchstmaßes liegt. Auch in einem solchen Fall wäre die Übernahme der Vollstreckung unzulässig.

Verfassungsrechtlich ist die Strafhöhe jedoch nicht nur an das allgemeine Übermaßverbot geknüpft, sondern muss auch dem Schuldprinzip genügen. Das Schuldprinzip ist dabei objektivrechtlich Ausfluss aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG und subjektivrechtlich Ausdruck der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG.⁴⁸ Diese zunächst für das nationale Recht entwickelten Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht zunehmend auch für die Rechtshilfe in Strafsachen zu Grunde gelegt und jüngst bestätigt, dass das Schuldprinzip aufgrund seiner Herleitung Teil der unverfügbaren Verfassungsidentität des Grundgesetzes ist.⁴⁹ Hieraus folgt jedoch keine notwendige Bindung an die nationale Strafrahmenobergrenze. Schuld ist rechtsordnungsrelativ. Eine innere Verbindung von Schuld und Strafrahmenobergrenze lässt sich unmittelbar nur für das nationale Erkenntnisverfahren begründen. Durch die Wahl des Strafrahmens gibt der nationale Gesetzgeber zu erkennen, dass er einen bestimmten Strafrahmen aus seiner Sicht für die im nationalen Geltungsbereich zu erwartenden Taten als verhältnismäßig erachtet.

Auch aus dem Schuldprinzip kann sich im Vollstreckungshilfekontext daher nur ein Übermaßverbot ergeben. Dies ebnet zwar die verfassungsrechtliche Möglichkeit einer Vollstreckung längerer Freiheitsstrafen, erfordert aber ande-

rerseits eine noch genauere Abwägung der Verhältnismäßigkeit der Strafhöhe zur Schuld im Einzelfall. Daneben lässt sich mit der Menschenwürde auch das durchlaufende Erfordernis eines Strafzwecks fordern. Denn wenn durch die Vollstreckung keinerlei Strafzwecke mehr verfolgt werden können, so würde die verurteilte Person zum bloßen Objekt der Zwecke der Rechtshilfe gemacht, was die Subjektstellung und damit die Menschenwürde der Person verletzen würde. Aus diesem Grunde ist auch im Bereich der Vollstreckungshilfe eine Vollstreckung ohne Chance auf Entlassung in die Freiheit rechtswidrig. Zudem müsste mit Blick auf das Wesen der Vollstreckungshilfe grundsätzlich (bis zur Grenze des verfassungsrechtlich Akzeptablen) auf die Vorstellungen des Urteilsstaats abgestellt werden, wobei demgegenüber im spezialpräventiven Bereich dem Umstand Rechnung getragen werden muss, dass die Übernahme der Vollstreckung (auch) mit dem Interesse an einer Wiedereingliederung in die deutsche Gesellschaft begründet wird.⁵⁰

Denkbar wäre es auch, die Bindung an die nationalen Strafzumessungsmaßstäbe als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG zu verstehen. Wiederrum ließe sich aber darauf verweisen, dass ein zulässiger Differenzierungsgrund vorliegt. Zum einen fehlt es bei dem Exequatur an einer eigenen Strafzumessung. Zum anderen handelt es sich materiell nicht um eigene Strafvollstreckung, sondern die Unterstützung fremder Strafvollstreckung. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht generell in der Rechtsnatur der Vollstreckungshilfe ein zulässiges Differenzierungskriterium. So ist anerkannt, dass die Anrechnung ausländischer Straftat bei der Strafvollstreckung in Deutschland gem. § 54 Abs. 4 IRG nicht nach demselben Modus erfolgen muss wie die Anrechnung ausländischer Straftat bei anschließender deutscher Verurteilung gem. § 51 StGB, die regelmäßig zu einer längeren Vollstreckungsdauer in Deutschland führt.⁵¹

⁵⁰ So hatte das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum unter Bezugnahme auf das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG angedacht, bei der Vollstreckung ausländischer Urteile in Deutschland im Wege der Analogiebildung aus verfassungsrechtlichen Gründen die Möglichkeit einer primären Strafaussetzung zur Bewährung nach deutschem Recht zu fordern, BVerfG EuGRZ 2009, 46 Rn. 34 f. Es ist durchaus eine spannende und wenig geklärte Fragestellung, wie es um das Verhältnis der Strafzwecke bei der Vollstreckungshilfe bestellt ist und auf wessen Interessen bzw. gesellschaftliche Verhältnisse abzustellen wäre. So ist der Gedanke der Wiedereingliederung darauf auslegt, eine Reintegration in diejenige Gesellschaft zu fördern, in welcher die Straftat begangen und gegen deren Zentralnormen verstoßen wurde; eine solche Situation liegt bei der Vollstreckungshilfe aber nicht vor; dort, wo verstoßen wurde, erfolgt keine Wiedereingliederung, und dort, wo sanktioniert wird, stellt sich kein gesellschaftliches Wiedereingliederungserfordernis im technischen Sinn.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 4.6.2002 – 2 BvR 426/02, Rn. 3; BVerfG, Beschl. v. 30.9.2002 – 2 BvR 527/02.

⁴⁷ Vgl. zur nicht mehr schuldangemessenen Strafe Vogel (Fn. 42), § 73 IRG Rn. 99 f.

⁴⁸ Vgl. BVerfG NJW 1979, 1039 (1040) m.w.N.: Maßstab der verfassungsrechtlich zulässigen Bestrafung als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips mit subjektiver Kehrseite des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

⁴⁹ Vgl. BVerfG NJW 2016, 1149.

Insgesamt ist daher der verfassungsrechtliche Rahmen, der dem Gesetzgeber gesteckt ist, weiter, als zunächst angenommen wurde, ohne dass es dabei überhaupt auf den Verzicht des Betroffenen ankäme. Man wird in der Anknüpfung an dessen Einverständnis aber einen begrüßenswerten Ausdruck der Dreidimensionalität der Rechtshilfebeziehungen sehen können. Ob darüber hinaus mit der Zustimmung des Verurteilten auch noch eine weiterreichende Verschiebung der verfassungsrechtlichen Grenzen begründet werden kann, wird noch an späterer Stelle behandelt werden (siehe 3.).

2. Höchstmaßbindung als Fortsetzung des Grundsatzes beiderseitiger Strafbarkeit

Der Blick auf die beiderseitige Strafbarkeit ist nicht nur als Bindungsrechtfertigung interessant, sondern vor allem deshalb, weil dort eine Paralleldiskussion geführt wird, die durchaus erhellende Einsichten bereithält. Bei der Begründung des Grundsatzes der beiderseitigen Strafbarkeit stellen sich ganz ähnliche Probleme wie bei der vorliegenden Problematik. Auch hier werden Vollstreckbarkeit oder Auslieferungsfähigkeit an eine hypothetische Strafbarkeit nach deutschem Recht bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts geknüpft. Die materielle Begründung für dieses Prinzip steht in Streit.⁵² Bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass die unterschiedlichen Ansätze zu gravierenden Divergenzen hinsichtlich der Reichweite des Grundsatzes führen. Hergeleitet wird der Grundsatz unter anderem aus dem Gegenseitigkeitsprinzip, dem Schutz kriminalpolitischer Grundsatzentscheidungen des ersuchten Nationalstaats (mithin also dessen *ordre public* als einem Ausschnitt seiner Souveränität), dem Legalitätsprinzip und teilweise auch aus den Menschenrechten. Gerade im Auslieferungsrecht wird vor allem vorgebracht, dass es unzulässig sei, eine Person für ein Verhalten, das nach dem Recht des ersuchten Staates nicht strafbar ist, in Auslieferungshaft zu nehmen und einem ausländischen Staat zu übergeben.⁵³ Damit sind das Legalitätsprinzip und die souveräne nationale Kriminalhoheit angesprochen. Jedoch erklärt diese Auffassung nicht, warum ein Täter, der im ersuchenden Staat eine Straftat begangen hat und sich dann in einen anderen Staat begibt, nicht an den ersuchenden Staat ausgeliefert werden sollte, nur weil sein Verhalten bei hypothetischer Begehung im ersuchten Staat keine Straftat gewesen wäre. Zudem sind nur die wenigsten strafrechtlichen Vorschriften (bzw. ihr Nichtbestehen) Ausfluss (um in der Begriffswelt des BVerfG zu bleiben) identitätsprägender fundamentaler Leitentscheidungen einer Selbstbestimmungsgemeinschaft, sondern kriminalpolitische Festlegungen. Eine Inanspruchnahme des ersuchten Staates zur Unterstützung des Auslieferungsversuchens wäre demnach so lange verfassungsgemäß, wie das Grundgesetz eine Kriminalisierung nicht wegen Verletzung von Grundrechten oder elementaren Rechtsgrundsätzen verbietet.

⁵² Vgl. Meyer (Fn. 19), Rn. 260 ff., Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2000, Rn. 201 ff., Gless, Internationales Strafrecht, 2011, Rn. 319.

⁵³ Vgl. Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4. Aufl. 2014, Rn. 576.

Bei der Vollstreckungshilfe ist das nicht anders. Der Vollstreckungsstaat darf seine territoriale Souveränität fremden Wertvorstellungen und Sanktionspräferenzen im genannten Umfang öffnen. Dieses Verständnis hat auch bereits verschiedentlich Niederschlag gefunden, etwa indem das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit von Anfang an gem. § 54 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 IRG zu einem Prinzip der beiderseitigen Sanktionierbarkeit erweitert wurde. Danach wird bei ausländischen Straftatbeständen, die in Deutschland nur als Ordnungswidrigkeiten sanktioniert sind, eine zweijährige Höchststrafe fingiert. Die gleiche Wirkung tritt gem. § 84a Abs. 3 IRG auch ein, wenn in Europäischen Haftbefehlsfällen nach abgelehnter Auslieferung deutscher Staatsbürger eine Vollstreckungsübernahme erfolgt. Auch bei der Vollstreckung ausländischer Geldstrafen gem. § 87f IRG wird in Umsetzung des Rb-Geldbußen auf eine Anknüpfung an das deutsche Höchstmaß gänzlich verzichtet. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, dass „derjenige, der in einer anderen Rechtsordnung eines EU-Mitgliedstaates handelt, [...] damit rechnen [muss], auch dort zur Verantwortung gezogen zu werden. [...] Hier liegt eine notwendige Kehrseite der Mobilität und Freizügigkeit, wie sie im EU-Raum in Anspruch genommen werden. Wenn es auf der Hand liegt, dass eine Geldsanktion schlechterdings unerträglich hoch ist, steht der Praxis mit § 73 Satz 2 IRG ein geeignetes Korrektiv zur Verfügung.“⁵⁴

Auch die Legitimität dieses Argumentationsschritts ist im Übrigen nicht von einem Schutzverzicht des Betroffenen abhängig.

3. *Ordre public*

Die Obergrenze ist im Rechtshilferecht dann erreicht, wenn eine Vollstreckung gegen den *ordre public* nach § 73 IRG verstoßen würde. Wann dies der Fall ist, hängt nicht allein von der Auflösung des verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses zwischen rechtsstaatlicher Bindung an das gesetzliche Höchstmaß einerseits sowie Humanität und Solidarität andererseits ab, wie von der Gesetzesbegründung vgetragen wird. Unterschlagen wird dabei nämlich, dass es für die Vollstreckungshilfe einen Gestaltungsspielraum jenseits der Grenzen gibt, die StGB und GG der Strafzumessung bei der Ahndung von Verstößen gegen das StGB setzen. Innerhalb dieses Korridors sind die Individualinteressen des Betroffenen keine Abwägungsparameter, sondern rechtspolitisches Motiv und Quelle positiver Schutzpflichten, die für die Nutzung dieses Spielraums angeführt werden können bzw. nach der Gewährung von Spielräumen verlangen. Eine Gegenläufigkeit besteht insofern überhaupt nicht und damit auch kein Spannungsverhältnis, das man auflösen müsste.

Kritisch wird es erst in der Grenzzone; also dort, wo auch mit dem Wesen der Rechtshilfe keine Erweiterung mehr begründet werden kann, weil objektive Grundparameter der deutschen und europäischen Rechtsordnung berührt sind. In dieser Grenzzone lässt sich argumentieren, dass mit dem Gebot der Humanität und Resozialisierung als subjektivrechtliche Gegengewichte die Grenze nach oben verschoben werden kann. Bestimmt man die Grenzen des Gestaltungs-

⁵⁴ BT-Drs. 17/1288, S. 28.

spielraums weit, werden sich die äußeren Grenzen für die Ausweitung der Vollstreckungshilfe spürbar verschieben, womit umgekehrt die Bandbreite der möglichen Abweichungen von fundamentalen Rechtsgrundsätzen im subjektiven Interesse des Betroffenen deutlich zusammenschrumpft. Der Raum zum Manövrieren ist aus zwei Gründen sehr eng: Erstens stellt sich die Frage, bis zu welchem Grad fundamentale objektive Rechtsgrundsätze zum Schutz subjektiver Interessen aufgegeben werden können. Zugespitzt ausgedrückt ist zu klären, ob der aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG resultierende, nach Art. 79 Abs. 3 GG unveräußerliche Aspekt des Schuldprinzips von deutschen staatlichen Stellen im Kollisionsfall zu Gunsten sonstiger subjektiver Interessen des geschützten Grundrechtsinhabers aufgegeben werden dürfte, also konkret zur Sicherstellung eines im Einzelfall menschenwürdigen – bzw. „menschenwürdigeren“ – Vollzugs in Deutschland, der ohne diese Einschränkung nicht möglich wäre. Dies ist bereits deshalb problematisch, weil die objektiven grundgesetzlichen Prinzipien im Interesse aller bestehen und ein deutliches Bekenntnis zur Werteordnung enthalten. Zweitens stellt sich auch bei den betroffenen subjektiven Rechten (d.h. vor allem bzgl. des menschenwürdegetragenen Teils des Schuldprinzips aus Art. 1 Abs. 1 GG, aber auch des Menschenwürdekerns des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG) die Frage der Verzichtbarkeit. Bei einfachen Grundrechten wie etwa der Freiheit nach Art. 2 Abs. 2 GG mag man einer objektiven Schutzwirkung zwar gegebenenfalls die grundsätzliche Verzichtbarkeit des Rechtes an sich entgegenhalten und keine staatliche Wertdurchsetzung als Selbstzweck anerkennen. Da in den hier zu behandelnden Extremfällen regelmäßig auch grundlegende Menschenrechte, insbesondere die Menschenwürde, betroffen sein werden, stellt sich jedoch bereits an sich die Frage der Verzichtbarkeit auch auf die subjektivrechtliche Komponente.

Bei der Menschenwürde wird überwiegend angenommen, sie sei aufgrund ihrer Bedeutung im deutschen Verfassungsgefüge bereits an sich unverzichtbar. Selbst wenn man hiergegen der Auffassung sein sollte, aus der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte folge, dass es keinen Grundrechtsschutz gegen sich selbst geben dürfe und dass die Autonomie des Betroffenen Teil der Menschenwürde sei,⁵⁵ so kann dies nur in Fällen gelten, in welchen ein Untätigbleiben des Staates gegenüber einer Freiheitsbetätigung des Grundrechtsträgers im Raume steht. Denn die Verzichtbarkeit von Grundrechten folgt aus ihrer Abwehrfunktion. Daraus ließe sich etwa bei privaten Aktivitäten, die dem objektiven Wertgefüge des Grundgesetzes widersprechen, ein Untersagungsverbot des Staates herleiten. Soll jedoch der Staat selbst das der objektiven Werteordnung entgegenstehende Verhalten – hier die überlange Vollstreckung – ausführen, geht es nicht mehr um eine Abwehrfunktion, sondern um die (positive) Schutzpflicht- und Gewährleistungsdimension der Grundrechte. Aus der Menschenwürde lässt sich aber gegenüber dem Staat kein

Anspruch auf die Ausführung eines (objektiv) menschenwürdevidrigen Verhaltens ableiten.⁵⁶

Auch bzgl. des ordres public zeigt sich mithin, dass der Grundsatz „volenti non fit iniuria“ nur sehr begrenzt zur Legitimation der gesetzlichen Änderungen beitragen kann. Ohnehin müsste kritisch hinterfragt werden, ob ein solcher Verzicht in der Regel überhaupt freiwillig erfolgen kann. Wie das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf den vom Beschuldigten selbst erwünschten Einsatz von Lügendetektoren im Strafverfahren ausgeführt hat, bedarf „eines Schutzes gegen staatliche Eingriffe [...] nur derjenige nicht, der wählen kann [...]. Diese Freiheit hat der von empfindlicher Freiheitsstrafe bedrohte Angeklagte tatsächlich nicht, dem sich die Untersuchung durch den ‚Lügendetektor‘ als eine günstige Gelegenheit darstellen muss, die er nicht ausschlagen darf.“⁵⁷ Dem Betroffenen, der dies wünscht, wird also unter Umständen selbst ein Beweis seiner Unschuld verwehrt, um nicht in einem staatlichen Verfahren seine Menschenwürde zu verletzen.⁵⁸

In einer vergleichbaren Zwangslage befindet sich auch ein im Ausland zu einer überlangen Freiheitsstrafe verurteilter und inhaftierter Deutscher. Aufgrund seiner extremen Haftbedingungen mag er die Vollstreckung in Deutschland wünschen, da sie ihm als einziger Ausweg aus einer physischen und psychischen Extremsituation erscheinen muss. Es fragt sich daher, inwieweit eine solche Entscheidung noch freiwillig ist. Als Kontrollüberlegung muss die Kehrseite betrachtet werden, d.h. die Hypothese, dass eine Vollstreckung in einem solchen Fall tatsächlich übernommen wurde. Stellt man sich etwa den Extremfall vor, dass eine wegen Betrugs zu einer 30-jährigen Haftstrafe verurteilte Person, die im ausländischen Vollzug grob EMRK-widrigen Zuständen ausgesetzt war, unter der Bedingung des § 54a IRG überstellt wurde und nach ihrer Überstellung nach Ablauf eines allenfalls noch vertretbaren Strafrahmens ihre Entlassung verlangt, wird man ihr die Freiwilligkeit des Antrags womöglich nicht entgegenhalten können. Der Vollstreckungsstaat kann dabei freilich in eine Zwickmühle geraten. Denn entließe er den Verurteilten entgegen den Bedingungen des Vollstreckungshilfeersuchens des Urteilsstaats, wäre der weitere Vollstreckungshilfeverkehr auf Basis des § 54a IRG infolge des nicht unwahrscheinlichen Vertrauensverlustes ausländischer Staaten gefährdet. Als Ausdruck der Autonomie des Verurteilten und zentrales Tatbestandselement von § 54a IRG darf die Freiwilligkeitsfrage jedoch nicht ignoriert werden. Zwar dürfte hier vieles vom Einzelfall abhängen, doch wäre eine Entscheidung jedenfalls dann unfreiwillig und für § 54a IRG nicht mehr ausreichend, wenn Zwang, Drohung oder Täuschung ausgeübt werden oder wenn die Haftsituation so unerträglich ist, dass von einer Abwägung und Entscheidung des Betroffenen nicht mehr die Rede sein kann.

⁵⁵ Vgl. hierzu *Höfling*, NJW 1983, 1582; *Fischinger*, JuS 2008, 808 (811).

⁵⁶ Vgl. zu den Grundrechtsfunktionen und ihrer Entwicklung *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411; insbesondere zur Schutzpflicht *Klein*, NJW 1989, 1633.

⁵⁷ BVerfG NJW 1982, 375.

⁵⁸ Kritisch aus diesem Grunde *Schwabe*, NJW 1982, 367.

4. Zwischenfazit

Wenn die Gesetzesbegründung davon ausgeht, dass es sich bei § 54a IRG um eine ultima ratio-Lösung aus humanitären Gründen⁵⁹ handelt, dann spiegelt sich darin nicht das verfassungsrechtlich Mögliche wider, sondern die rechtspolitische Auffassung des Gesetzgebers. Diese ist aber – wie zuvor angedeutet – nicht zwingend. Nicht jede Überschreitung der einfach-rechtlichen Sanktionsgrenzen steht in Widerspruch zu Verfassungsrecht und Menschenrechten. Um dies zu erkennen, muss zunächst noch einmal das Wesen der Vollstreckungshilfe unaufgeregt in den Blick genommen werden. Eine Vollstreckungsübernahme ist keine eigene Strafvollstreckung, weil kein deutsches Erkenntnis vollstreckt wird, in dem eine konkrete Strafbarkeit nach deutschem Recht festgestellt und eine darauf bezogene Strafe ausgesprochen wurde. Vielmehr handelt es sich um die Unterstützung der Vollstreckung eines ausländischen Erkenntnisses in inländischen Vollzugseinrichtungen nach inländischen Vollzugsregeln. Auch die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass die Vollstreckungshilfe keine eigene Strafvollstreckung ist, ohne daraus aber konsequent Folgerungen zu ziehen. Man hätte den verfügbaren Spielraum, bei dem man zur Legitimation nicht auf den Grundrechtsverzicht des Betroffenen angewiesen wäre, deutlicher darlegen können. Die Übernahmeentscheidung wäre auf diese Weise auch besser gegen die spätere Geltendmachung etwaiger Willensmängel bei der Verzichtserklärung geschützt.

5. EMRK

Ganz klar sind die Gestaltungsspielräume aus Sicht der EMRK. Innerhalb des Konventionsraums zählt zunächst einmal, dass die konkrete Sanktionierung im Urteilsstaat konventionskonform ist. Eine grob unverhältnismäßige Strafe kann dabei Art. 3 und Art. 5 EMRK verletzen. Ist das Urteil aber konventionskonform und soll andernorts vollstreckt werden, gibt es aus Konventionsicht dagegen nichts einzuwenden, solange die Vollzugsstandards Art. 3 und Art. 5 genügen. Die EMRK verleiht dagegen weder ein Recht auf Vollstreckung an einem bestimmten Ort noch auf Vollstreckungsübernahme durch den Heimatstaat. Man könnte schon die Frage stellen, ob Art. 8 EMRK im Falle der Überstellung in den Heimatstaat, in dem vor der Tat auch der Lebensmittelpunkt lag, überhaupt sachlich betroffen ist. Zu begründen wäre dies damit, dass der Gesetzgeber die Verlängerung eines Eingriffs über die innerstaatlichen Limits hinaus von der individuellen Interessenlage des Betroffenen abhängig macht. Das Einverständnis des Betroffenen stellte somit eher sicher, dass die gesetzgeberischen Leitmotive Humanität und Resozialisierung auch im konkreten Fall wirksam sind. Nichts anderes wird sich aus der GRC ergeben, die dem Unionsrecht die Mindeststandards der EMRK materiell inkorporiert. Ob eine Vollstreckung über das nationale Höchstmaß hinaus gewährt wird, ist damit primär ein Problem des nationalen Rechts. Bei Übernahmeanträgen aus Drittstaaten verlangt die EMRK als Minimalgarantie, dass der ersuchte Staat nicht die

Hand zur Durchführung von Sanktionen reicht, die mit Art. 3 EMRK unvereinbar sind.

V. Fazit

Mit der Einführung von § 54a IRG wollte der Gesetzgeber auf ein humanitäres Dilemma reagieren, welchem im Ausland inhaftierte Deutsche ausgesetzt sind, deren Strafvollstreckung aufgrund der Höchstmaßgrenze bislang nicht von Deutschland übernommen werden konnte.

Dabei ist verfassungsrechtlich für die Überschreitung ein weiterer Rahmen vorhanden, als gemeinhin angenommen wird. Die Höchstmaßgrenze ist als solche nicht zwingend geboten, weil der deutsche Strafraum nicht automatisch verfassungsrechtlich indiziert ist. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz zwingt bei der Vollstreckung ausländischer Haftstrafe nicht zur Einhaltung des deutschen Höchstmaßes. Dass die Regelung des § 54a IRG eine ultima ratio darstellen soll, beruht also auf einer Entscheidung des Gesetzgebers. Dabei mag eine Rolle gespielt haben, dass ausländische Staaten nicht zur Stellung von Bedingungen verleitet werden sollen, wenn sie andernfalls eine Vollstreckung nach den bisherigen Regeln akzeptiert hätten. Auf die Zustimmung des Verurteilten kommt es zur Begründung der Neuausrichtung nicht entscheidend an. Ihre Einholung ist verfassungsrechtlich nicht stets erforderlich, um eine Überschreitung des Höchstmaßes zu begründen. Sie manifestiert jedoch seine Autonomie und Subjektstellung im Vollstreckungshilfefahren und schützt ihn gegen Zwangsrepatriierung. Damit hat der Gesetzgeber das bisherige Dilemma einer vertretbaren Lösung zugeführt. Ähnliche Aufmerksamkeit verdiente in diesem Zusammenhang die zeitgleich eingeführte Regelung des § 49 Abs. 3 IRG zur Vollstreckung von EMRK-widrigen Urteilen. Für ihre Beurteilung sind gesonderte verfassungsrechtliche Erwägungen zu treffen, die im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich waren. Gleichwohl ist auf ihre baldige wissenschaftliche Betrachtung zu hoffen.

⁵⁹ BT-Drs. 18/4347, S. 99.

Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Rahmen der Verfahrenswiederaufnahme nach rechtskräftiger Verurteilung

Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichts der Schweiz 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015 unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten

Von Prof. Dr. Grisca Merkel, Basel

I. Einleitung

Rückwirkende Anordnungen und nachträgliche Verlängerungen der Sicherungsverwahrung in Deutschland wurden vom EGMR wegen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK als völkerrechtswidrig beanstandet, weil sie keinen hinreichenden Zusammenhang mit dem Schuldurteil aufweisen.¹ In der Schweiz wurde mit Bundesgesetz vom 24. März 2006² eine andere rechtliche Möglichkeit geschaffen, befristete Freiheitsstrafen „flexibel“ zu gestalten.³ Eine potentiell unbefristete Sicherungsverwahrung für vermeintlich besonders gefährliche Straftäter soll danach im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens⁴ angeordnet werden können. Darauf gestützt, hat das Bundesgericht der Schweiz am 16. Dezember 2015 die Anordnung einer potentiell unbefristeten Sicherungsverwahrung nach 20-jährigem Haftvollzug für völkerrechtskonform befunden. Nach Einschätzung des Gerichts wird „die nachträgliche Verwahrung [...] Teil des ursprünglichen Urteils und steht damit in hinreichendem Zusammenhang mit der darin enthaltenen strafrechtlichen Verurteilung.“⁵

¹ Siehe Fn. 12, 15 und 16, dazu u.a. *Kinzig*, NStZ 2010, 233; *Laue*, JR 2010, 198; *Merkel*, GLJ 2010, 1046; *dies.*, GLJ 2011, 968; *Pollähne*, KJ 2010, 255; *Radtke*, NStZ 2010, 537; *Renzikowski*, ZIS 2011, 531; *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK, Bd. 10, 4. Aufl. 2012, Art. 5 EMRK Rn. 17a ff. und Anhang Art. 7 EMRK Rn. 25a.

² Bundesgesetz vom 24.3.2006, S. 3540, online unter: <https://www.admin.ch/opc/de/officialcompilation/2006/3539.pdf> (20.10.2016).

³ Kritisch *Bommer*, in Niggli/Hurtado/Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, 2007, S. 55 (57) m.w.N.

⁴ In der Schweiz gibt es bislang keine einheitliche Verwendung des Begriffs der Verfahrenswiederaufnahme. Während das SchwStGB darunter die Durchbrechung der Rechtskraft eines abgeschlossenen Strafverfahrens durch ein neues Verfahren versteht (vgl. Art. 385 SchwStGB), wird dies in der SchwStPO „Revision“ genannt (vgl. Art. 410 Abs. 1 SchwStPO). Daneben nennt die SchwStPO auch ein Wiederaufnahmeverfahren, das nach einem rechtskräftigen Einstellungsbescheid oder einer Nichtanhandnahme wegen offensichtlich fehlender materiell-rechtlicher oder prozessualer Voraussetzungen zulässig ist (vgl. Art. 11 Abs. 2, 323 SchwStPO). Um dieses soll es hier aber nicht gehen.

⁵ Bundesgericht (BGer), Ur. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 6.3, online unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/151216_6B_896-2014.html (20.10.2016). Die zugrunde liegenden Gutachten und unveröffentlichten Urteile wurden auszugsweise freund-

Das allein wäre Anlass genug für eine kritische Würdigung. Hinzu kommt jedoch, dass es zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Verurteilung vor über 20 Jahren weder eine explizite Regelung zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung im Strafgesetzbuch der Schweiz (SchwStGB) gegeben hat noch die heutige bundesrechtliche Vorschrift zur Wiederaufnahme eines Verfahrens zu Lasten eines Verurteilten in der schweizerischen Strafprozessordnung (SchwStPO). Vor diesem Hintergrund erscheint die Beachtung internationaler Rechtsprinzipien wie des Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbots, die sich sowohl im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, dort Art. 15 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 7) als auch in der EMRK (dort Art. 7 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7) finden, besonders zweifelhaft und entsprechend diskussionswürdig.

II. Völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz

Die Schweiz ist seit dem Jahr 1974 Vertragsstaat im Sinne des Art. 46 Abs. 1 EMRK und im Jahre 1992 auch dem UNO-Pakt II beigetreten. Nach Auffassung des Bundesgerichts der Schweiz gehen völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz dem Bundesrecht grundsätzlich vor und führen zur Unanwendbarkeit des Bundesrechts für den Fall eines Normenkonflikts, der sich nicht mittels Auslegung beheben lässt.⁶

Internationale Rechtsprinzipien wie das Rückwirkungsverbot und das Doppelbestrafungsverbot haben deshalb in der Schweiz Gültigkeit.⁷ Daneben hat die Schweiz das Rückwirkungsverbot mit Art. 2 Abs. 1 SchwStGB⁸ auch selbst implementiert. Das Doppelbestrafungsverbot findet Ausdruck in Art. 11 Abs. 1 SchwStPO⁹ und lässt sich daneben aus dem

licherweise vom Anwalt des Beschwerdeführers zur Verfügung gestellt.

⁶ Siehe *Leitentscheide Bundesgericht (BGE)* 125 II 417 E. 4d; BGE 139 I 16 E. 5.1 m.w.N. Dies könnte auch relevant werden mit Blick auf die von der Schweiz im Jahre 2008 eingeführte lebenslängliche Verwahrung (siehe Art. 123a BV und Art. 64 Abs. 1^{bis}, 64c SchwStGB), in deren Rahmen grundsätzlich keine Überprüfung der Fortdauer des Haftgrundes stattfinden soll.

⁷ Vgl. auch BGer, Ur. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 3 = http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/151216_6B_896-2014.html (20.10.2016).

⁸ Im Wortlaut: „Nach diesem Gesetze wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht.“

⁹ Im Wortlaut: „Wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, darf wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden.“

Schutz vor staatlicher Willkür gemäß Art. 9 der Schweizer Bundesverfassung (BV) ableiten. Eine Ausnahme sieht Art. 11 Abs. 2 SchwStPO für „die Wiederaufnahme eines eingestellten oder nicht anhand genommenen Verfahrens und die Revision“ vor.¹⁰

Schweizer Behörden und Gerichte sind nach Auffassung des Bundesgerichts ferner gehalten, eine Prüfung völkerrechtlicher Verträge in ihre Überlegungen einzubeziehen und dabei insbesondere die EMRK sowie deren Auslegung durch den EGMR zu beachten. Den Verträgen ist der Vorzug zu geben, soweit nationales Recht damit offensichtlich nicht im Einklang steht, unabhängig davon, ob über den Gegenstand bereits höchstrichterlich entschieden wurde.¹¹ Mit Blick auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren ist deshalb die Rechtsprechung des EGMR zu beachten.

Dem EGMR zufolge ist eine strafgleich vollzogene Sicherungsverwahrung mit einer Strafe gleichzusetzen, weshalb ihre Legitimation den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK genügen muss.¹² Der Freiheitsentzug muss danach auf gesetzlich vorgeschriebene Weise und rechtmäßig nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht erfolgen. Bereits in den 1980er Jahren hatte der EGMR diesbezüglich festgestellt, Freiheitsentzug und Schuldspruch müssten als ein „untrennbares Ganzes“ („inseparable whole“) erscheinen.¹³ Es genüge nicht, dass der Freiheitsentzug in einer rein zeitlich-kausalen Reihenfolge zur Verurteilung stehe.¹⁴

Im Zuge rückwirkend verlängerter und rückwirkender nachträglich angeordneter Sicherungsverwahrung in Deutschland hat der EGMR außerdem klargestellt, dass wegen des strafgleichen Charakters nicht nur das Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK) für die Anordnung der Sicherungsverwahrung gilt,¹⁵ sondern auch eine nach Verurteilung eingeführte nachträgliche Anordnungsmöglichkeit dem Zusammenhang des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK nicht genügen kann: „[...] it is the judgment of a sentencing court finding a person guilty

of an offence which meets the requirements of a ‘conviction’ [...]“.¹⁶

III. Rückwirkende Anordnungen der Sicherungsverwahrung und Wiederaufnahmeverfahren in Deutschland und der Schweiz

Die Kriminalstrafanktionen in Deutschland und der Schweiz sind insoweit gut vergleichbar, als beide ein sog. zweispuriges Strafsystem etabliert haben, das zwischen Straf- und Maßregelvollzug (in der Schweiz Massnahmenvollzug genannt) unterscheidet, wobei die Maßregeln ausschließlich präventiven und die Strafen daneben auch repressiven Charakter haben sollen. Gleichwohl bedeutete der Freiheitsentzug in der Maßregel der Sicherungsverwahrung in beiden Ländern insoweit eine verlängerte Freiheitsstrafe, als diese Maßregel weitgehend unter den Bedingungen der Strafhaft fortgesetzt wurde.

Seit der Kritik des EGMR an den Anordnungsgrundlagen der Sicherungsverwahrung in Deutschland gehen die Vollzugspraktiken der Länder allerdings auseinander. Während das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2011 explizit eingefordert hatte, die Sicherungsverwahrung nicht mehr wie eine Strafe auszugestalten, sondern den normalen Lebensverhältnissen weitestgehend anzupassen, um zu verdeutlichen, dass es sich *nicht* um eine Strafe handele,¹⁷ hatte der Schweizer Bundesrat mit Blick auf die EMRK¹⁸ bereits im Jahr 2005 die Sicherungsverwahrung ausdrücklich als Strafe qualifiziert.¹⁹ Bis heute wird die Sicherungsverwahrung in der Schweiz strafgleich ausgestaltet, weshalb sich das Land bei deren Anordnung an der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK durch den EGMR orientieren und dabei das Rückwirkungsverbot sowie das Doppelbestrafungsverbot beachten muss.

Während in Deutschland Maßnahmen grundsätzlich auch rückwirkend angeordnet werden dürfen (vgl. § 2 Abs. 6 StGB), bezieht sich der Grundsatz *nulla poena sine lege* in der Schweiz seit dem 1. Januar 2007 auf *alle* Sanktionen: „Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt“ (Art. 1 SchwStGB). Allerdings sieht Ziff. 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen zur Änderung des SchwStGB vom 13. Dezember 2002 davon abweichend noch vor, dass das Rückwirkungsverbot im Bereich des neuen Maßregelrechts

¹⁰ Zum Begriff der Revision vgl. Fn. 4. Ausweislich der Begründung des Schweizer Bundesrats vom 21.12.2005 steht dies „im Einklang mit dem übergeordneten Recht“, siehe Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005 (05.092), S. 1133, online unter:

<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (20.10.2016).

¹¹ BGE 125 II 417 E. 4d; 128 IV 201 E. 1.3.

¹² EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany), Rn. 77, 127.

¹³ EGMR, Urte. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39.

¹⁴ EGMR, Urte. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39; EGMR, Urte. v. 18.12.1986 – 9990/82 (Bozano v. France), Rn. 53; EGMR, Urte. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks v. The United Kingdom), Rn. 53.

¹⁵ EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany), Rn. 77, 127; siehe auch EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Germany); EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 20008/07 (Mautes v. Germany); EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (Schummer v. Germany).

¹⁶ EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Germany).

¹⁷ BVerfG, Urte. v. 4.5.2012 – BvR 2365/09, Rn. 115 = BVerfGE 128, 326.

¹⁸ Der EGMR hatte bereits Mitte der 1990er Jahre entsprechende Vorgaben für die Strafqualität eines Freiheitsentzuges gemacht, siehe EGMR, Urte. v. 9.2.1995 – 17440/99 (Welch v. The United Kingdom), Rn. 27 ff.; EGMR, Urte. v. 8.6.1995 – 15917/89 (Jamil v. France), Rn. 30 f.

¹⁹ Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21.3.2003 vom 29.6.2005, Bbl. 2005, S. 4716, online unter:

<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2005/4689.pdf> (20.10.2016); siehe auch BGE 134 IV 121 (128).

der Schweiz grundsätzlich nicht gelten soll. Eine Ausnahme gilt nach der Schlussbestimmung mit Blick auf die hier diskutierte nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung: Um eine Kollision mit Konventionsrecht zu vermeiden, soll sie nur dann auf Anlasstaten vor ihrem Inkrafttreten Anwendung finden, wenn bereits nach altem Recht (Art. 42 oder 43 Ziff. 1 Abs. 2 SchwStGB a.F.) eine Anordnung der Sicherungsverwahrung mit dem (ursprünglichen) Urteil möglich gewesen wäre.²⁰ Zeitgleich mit dieser Schlussbestimmung trat am 1. Januar 2007 die nachträgliche Sicherungsverwahrung gemäß Art. 65 Abs. 2 SchwStGB in Kraft:

„Ergibt sich bei einem Verurteilten während des Vollzuges der Freiheitsstrafe aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel, dass die Voraussetzungen der Verwahrung gegeben sind und im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte, so kann das Gericht die Verwahrung nachträglich anordnen. Zuständigkeit und Verfahren bestimmen sich nach den Regeln, die für die Wiederaufnahme gelten.“

Als Wiederaufnahme zu Ungunsten des Verurteilten dient die nachträgliche Sicherungsverwahrung dem Bundesgericht zufolge zur Erfassung der „seltenen Fälle, in denen die an sich zulässige Anordnung einer Verwahrung im Strafurteil unterblieben ist und sich der Verurteilte während der Haft als hochgefährlich erweist“²¹ Insbesondere mit Blick auf eine Neuverurteilung nach vollständiger Verbüßung der Straftat wird allerdings kritisiert, dass die sich aus der Verurteilung ergebenden Ansprüche der Gesellschaft verwirkt seien.²² Generell liegt es auch näher, nach anderen sichernden Maßnahmen Ausschau zu halten, um auf diese Fälle angemessen reagieren zu können. In der Sache ist es schließlich irrelevant, ob die Gefährlichkeit zuvor bestand – entscheidend ist vielmehr, dass sie zum Zeitpunkt der Entlassung aus der Straftat besteht.²³

Die Anbindung der nachträglichen Sicherungsverwahrung an die zwar ungenutzt gebliebene, aber rechtlich prinzipiell zulässige Option der Anordnung der Verwahrung bereits mit dem Ursprungsurteil ist indes formal mit Blick auf den für Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK erforderlichen Zusammenhang des Freiheitsentzuges mit dem Schuldurteil unter Umständen wesentlich: Indem darauf abgestellt wird, dass seinerzeit bereits eine entsprechende Verurteilung möglich gewesen

wäre (so die bestehende Gefährlichkeit denn hätte erkannt werden können), soll das im Wiederaufnahmeverfahren ausgesprochene Urteil an die Stelle des alten Urteils treten, ohne das Rückwirkungs- und das Doppelbestrafungsverbot zu verletzen. Ob dies ohne entsprechenden richterlichen Vorbehalt²⁴ einer Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urteil genügen kann, wird in der Lehre allerdings kritisch gesehen.²⁵

Zudem schweigen die Schlussbestimmungen dazu, ob nach altem Recht auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Lasten des Verurteilten möglich gewesen sein muss. Erst Anfang des Jahres 2011 ist mit Art. 410 Abs. 1 lit. a SchwStPO eine für alle Kantone verbindliche Regelung in Kraft getreten, die es ermöglicht, die Wiederaufnahme eines mit rechtskräftigem Urteil abgeschlossenen Verfahrens zu betreiben, „wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, [...] eine wesentlich strengere Bestrafung der verurteilten Person [...] herbeizuführen.“

Bis dahin wurde der Strafprozess kantonal geregelt. Soweit die kantonalen Gesetze eine reformatio in peius im Wiederaufnahmeverfahren vorsahen,²⁶ setzten sie – abgesehen von strafbaren Einflussnahmen auf den Ausgang des Prozesses – zumeist einen rechtskräftigen Freispruch voraus. War daneben eine Verschlechterung nach einer rechtskräftigen Verurteilung möglich, musste in der Regel eine wesentlich strengere Bestrafung drohen.²⁷ Deshalb wurden die kantonalen Wiederaufnahmeverfahren mit der Möglichkeit der reformatio in peius jedenfalls de facto nicht zur nachträglichen Anordnung einer Sicherungsverwahrung betrieben. Während

²⁴ Auch der Vorbehalt einer Maßnahme im Urteil sichert allerdings nicht zwingend das Vorliegen des für Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK notwendigen Zusammenhangs, dazu Merkel, R&P 2011, 205 (211 f.); dies., ZIS 2012, 226.

²⁵ Abl. Kunz u.a., Jusletter vom 13. Dezember 2004; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Rn. 21; Trechsel/Pauen Borer (Fn. 22), Art. 65 Rn. 5; Vallender, in: Dittmann (Hrsg.), Zwischen Mediation und Lebenslang, Entre médiation et perpétuité, Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, 2002, S. 201 (210); Bommer (Fn. 3), S. 58 ff.; differenzierend Riklin, AJP 2006, 1471 (1477 f.): vermutlich vereinbar mit höherrangigem Recht, aber nicht rückwirkend; ebenso wohl Heer (Fn. 22), Art. 65 Rn. 31; Hans-Jakob/Schmitt/Sollberger, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, S. 74: als Revisionsgrund propternova mit Blick auf das Doppelbestrafungsverbot unproblematisch; ebenso Scheidegger, in Breitenmoser/Ehrenzeller/Sassoli/Stoffel/Pfeifer (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat – Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit, Liber amicorum Luzius Wildhaber, 2007, S. 733 (738).

²⁶ Überhaupt nicht vorgesehen war sie in Genf, siehe Bommer (Fn. 3), S. 61.

²⁷ Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 und des Militärstrafgesetzbuches in der Fassung vom 21.3.2003, S. 4715.

²⁰ Abweichend von den Schlussbestimmungen wurde die Geltung des Rückwirkungsverbots bereits im November 2007 vom Bundesgericht auf sämtliche Anordnungen der Sicherungsverwahrung ausgeweitet, siehe BGE 134 IV 121 (128); siehe auch BGE 137 IV 59 E. 6.

²¹ BGer, Urt. v. 2.3.2012 – 6B_404/2011 m.w.N., online unter: http://servat.unibe.ch/dfr/bger/120302_6B_404-2011.html (20.10.2016).

²² Siehe Heer, in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 65 Rn. 49.; zustimmend Trechsel/Pauen Borer, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 65 Rn. 6; Bommer/Kaufmann, ZBJV 2015, 873 (884 f.); offengelassen von BGE 137 IV 59.

²³ Siehe auch Bommer (Fn. 3), S. 59 f.

Stratenwerth deshalb eine Verschlechterung gegenüber dem alten Recht geltend macht und folglich einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot konstatiert,²⁸ hält das Bundesgericht der Schweiz mit seinem Urteil vom 16. Dezember 2015 die Anordnung der potentiell unbefristeten Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren mit höherrangigem Recht, namentlich mit der EMRK, für vereinbar.²⁹

Für Deutschland ist diese Entscheidung unter konventionsrechtlichen Gesichtspunkten vor allem deshalb interessant, weil sich trotz der Entscheidungen des EGMR mehrere Bundesländer für eine Möglichkeit nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung ausgesprochen hatten, sofern der Verurteilte sich erst während des Vollzugs der Straftat als besonders gefährlich erweist. Entsprechende Anträge der Länder Hamburg und Bayern sowie des Saarlandes scheiterten seinerzeit wohl nur deshalb, weil man vom BVerfG enge zeitliche Vorgaben hinsichtlich der Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung bekommen hatte und deshalb davon absah, den Vermittlungsausschuss anzurufen.³⁰ Sollte die Vorschrift des Art. 65 Abs. 2 SchwStGB vom EGMR gebilligt werden, ist daher nicht auszuschließen, dass auch in Deutschland potentiell unbefristete Strafschärfungen – diesmal im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens – wieder diskutiert werden.

Im Wiederaufnahmeverfahren ist eine *reformatio in peius* in Deutschland derzeit allerdings nur möglich, wenn entweder das Verfahren durch bestimmte Delikte zu Gunsten des Verurteilten beeinflusst wurde, eine schuldhaft Verletzung von Amtspflichten der beteiligten Richter oder Schöffen stattgefunden hat oder der Freigesprochene außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hat (vgl. § 362 Nr. 1–4 StPO). Soweit nachträglich neue Tatsachen bekannt werden, die eine schwerere Strafe rechtfertigen würden, ist eine Verfahrenswiederaufnahme hingegen nicht zulässig. In den Jahren vor dem Ende des Nationalsozialismus war dies in Deutschland noch anders. *Frister* zufolge wurde damit seinerzeit der Grundsatz des Doppelbestrafungsverbots „nahezu vollständig außer Kraft gesetzt.“³¹ Art. 103 Abs. 3 GG garantiert nach seiner Ansicht heute, dass eine Verfahrenswiederaufnahme zu Lasten des Angeklagten aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel – abgesehen vom glaubwürdigen,

außergerichtlichen Geständnis – nicht mehr zulässig ist.³² Da Art. 103 Abs. 3 GG aber ähnlich abgefasst ist wie Art. 11 Abs. 1 SchwStPO und auch das Doppelbestrafungsverbot des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK die Möglichkeit einer Verfahrenswiederaufnahme zur Strafschärfung nicht ausschließt, erscheint der Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG dafür keineswegs als hinreichende Gewähr.³³

IV. Rechtliche Beurteilung der Wiederaufnahme eines Verfahrens zur Anordnung der Sicherungsverwahrung

Vom konkreten Fall des Bundesgerichts ausgehend,³⁴ sollen im Folgenden einige völkerrechtlich relevante und verallgemeinerbare Problempunkte mit Blick auf eine Anordnung der Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren aufgegriffen werden. Im Zentrum steht dabei die Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK, die den rechtmäßigen Freiheitsentzug nach einer Verurteilung regelt. Da die Sicherungsverwahrung gemäß Art. 65 Abs. 2 SchwStGB erst nachträglich im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens und nicht bereits mit dem ursprünglichen Schuldurteil ausgesprochen wird, könnte der von der EMRK vorausgesetzte Zusammenhang mit dem Schuldurteil fehlen. Davon kann nach der Rechtsprechung des EGMR zur Sicherungsverwahrung in Deutschland jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn mit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eine Straftat schwerer bestraft wird, als zum Zeitpunkt der Tat vom Gesetz vorgesehen und die Anordnung damit gegen das Verbot rückwirkender Bestrafung verstößt.

1. Das Rückwirkungsverbot nach Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 ICCPR

Das Schweizer Bundesgericht verneint einen solchen Verstoß, weil auch nach dem Recht zum Zeitpunkt der Verurteilung eine Anordnung der Verwahrung des Betroffenen möglich gewesen wäre und die Wiederaufnahme zu Lasten eines Verurteilten zudem in der kantonalen StPO geregelt gewesen sei.³⁵ Es sieht sich allerdings damit konfrontiert, dass die kantonale Rechtsprechung und die strafrechtliche Literatur diese Vorschrift seinerzeit so interpretiert hatten, dass sie nur

²⁸ *Stratenwerth* (Fn. 25), Rn. 22; siehe auch *Bommer/Kaufmann*, ZBJV 2015, 873 (885).

²⁹ BGer, Urte. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 8; so bereits BGE 134 IV 121 (129). Der hier diskutierte Entscheidung ging außerdem ein Urteil des BGer vom 2. März 2012 voraus (BGer, Urte. v. 2.3.2012 – 6B_404/2011), in dem zunächst über die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeverfahrens entschieden wurde.

³⁰ Siehe dazu das Plenarprotokoll der 903. Sitzung des Bundesrats vom 23.11.2012, S. 499 (516 ff.), online unter: <http://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/2012/Plenarprotokoll903.pdf?blob=publicationFile&v=3> (20.10.2016).

³¹ *Frister*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK, Bd. 7, 4. Aufl. 2014, § 362 Rn. 2.

³² *Frister* (Fn. 31), § 362 Rn. 3; anders *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 76. Lfg., Stand: Dezember 2015, § 103 Rn. 262 f.

³³ Auch das BVerfG versteht Art. 103 Abs. 3 GG nicht als Garantie bestehender Grenzen: „Zwar nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende prozeßrechtliche Lage Bezug. Dies bedeutet indessen nicht, [...] daß für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozeßrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, eine verfassungsrechtliche Festlegung getroffen worden wäre“ (BVerfGE 56, 22 [34]). Von § 363 Abs. 1 SchwStPO werden entsprechende Änderungen ebenfalls nicht ausgeschlossen.

³⁴ Siehe BGer, Urte. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 6.3.

³⁵ BGer, Urte. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 6.3.

auf Freigesprochene Anwendung fand.³⁶ Der hier einschlägige § 443 Nr. 2 der StPO a.F. des Kantons Zürich sah die Wiederaufnahme im Falle eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nämlich vor, „wenn der Freigesprochene vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hat, oder wenn Tatsachen oder Beweismittel entdeckt worden sind, welche für sich allein zu einer Verurteilung des Angeschuldigten hinreichen würden.“³⁷

Eine Anwendung beider Alternativen ausschließlich auf Freigesprochene hält das Bundesgericht indes für eine unberechtigte Besserstellung von bereits Verurteilten gegenüber Freigesprochenen.³⁸ Dagegen spricht aber nicht nur, dass sich „Fairnesserwägungen“ auch im Prozessrecht prinzipiell nicht dazu eignen, belastende Analogien zu begründen, wenn diese sich unmittelbar materiell-rechtlich niederschlagen,³⁹ sondern auch, dass der Wortlaut der Züricher StPO jedenfalls insoweit eindeutig ist, als die neuen Tatsachen oder Beweise „für sich allein“ eine Verurteilung des Angeschuldigten wahrscheinlich machen müssen. Nur wenn man an diesem Erfordernis festhält, erreicht man sachlich eine Gleichstellung von bereits Verurteilten und Freigesprochenen. Mit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung wird demgegenüber eine bloße – wenn auch gravierende – Verschärfung der Sanktion betrieben,⁴⁰ die den Tatvorwurf gänzlich unberührt lässt. Der Ansatz des Bundesgerichts läuft deshalb nicht auf eine Gleich-, sondern auf eine Schlechterstellung bereits Verurteilter gegenüber Freigesprochenen hinaus und begründet damit nicht die vom Wortlaut des Gesetzes abweichende Auslegung.

Mit Blick auf das kantonale Schweizer Prozessrecht ist ferner zu berücksichtigen, dass mögliche Strafschärfungen im Rahmen der Verfahrenswiederaufnahme bis zur Einführung der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung im Jahr 2007 jedenfalls de facto nicht für Anordnungen der Sicherungsverwahrung dienten. Zwar erscheint es zunächst⁴¹ folgerichtig, die sich nach der neuen SchwStPO bietende Wiederaufnahmemöglichkeit im Rahmen von Strafschärfungen auf strafgleiche Maßnahmen zu erstrecken; allerdings konnte das Wiederaufnahmeverfahren nach der Züricher StPO nur betrieben werden, „solange das Verbrechen oder Vergehen nicht verjährt ist“ (siehe § 444 der Züricher

StPO⁴²). Es bezog sich im Umkehrschluss also ausdrücklich nicht auf strafgleiche Maßnahmen, weil diese nicht der Verjähnung unterliegen. Eine andere Interpretation führte wiederum unmittelbar zu materiell-rechtlichen Nachteilen für den Verurteilten, so dass wegen der fehlenden Vorhersehbarkeit des Strafmaßes der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt würde.

Folglich ist auch im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens die nachträgliche Anordnung einer strafgleichen Sicherungsverwahrung jedenfalls rückwirkend nicht möglich. Offen bleibt allerdings die Frage, ob die Anordnung der Sicherungsverwahrung in einem Wiederaufnahmeverfahren mit der Möglichkeit nachträglicher Strafschärfung prinzipiell legitim ist. Immerhin wird die Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren mit dem neuen Schuldurteil verbunden, so dass die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK unter Berücksichtigung seiner Auslegung durch den EGMR⁴³ gewahrt scheinen, solange die Anordnung nicht rückwirkend erfolgt. Die Möglichkeit der Wiederaufnahme eines Verfahrens zu Lasten eines bereits Verurteilten steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zum Verbot der Doppelbestrafung, dessen Verankerungen in der EMRK und im ICCPR deshalb in die Überlegungen zur Reichweite des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK einzubeziehen sind.

2. Das Doppelbestrafungsverbot nach Art. 4 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK

Da die Sicherungsverwahrung in der Schweiz strafgleichen Charakter hat, muss das Verbot doppelter Bestrafung gemäß Art. 4 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK berücksichtigt werden, wenn im Wiederaufnahmeverfahren eine Sicherungsverwahrung angeordnet wird. Eine Ausnahme vom Doppelbestrafungsverbot sieht Art. 4 Abs. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK sowohl für rechtskräftig Verurteilte als auch für Freigesprochene vor „falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.“ Um eine Kollision mit dem Doppelbestrafungsverbot zu vermeiden, muss sich das rechtskräftige Urteil im Nachhinein also als Fehlurteil erweisen, dessen Korrektur ausnahmsweise notwendig erscheint, um das Rechtsvertrauen zu erhalten, das infolge der Rechtskraftdurchbrechung grundsätzlich eher verloren zu gehen droht.⁴⁴

Das Schweizer Bundesgericht verweist darauf, dass das Wiederaufnahmeverfahren kein unzulässiges Zweitverfahren sei, sondern das ursprüngliche Urteil aufhebe und an dessen Stelle trete. „Es wird [vielmehr] an die zum Zeitpunkt der Tatbegehung und des ursprünglichen Urteils bereits vorgelegenen [aber in dieser Form nicht erkannten bzw. nicht erkennbaren] tatsächlichen Voraussetzungen der schweren

³⁶ Vgl. BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 4.8 m.w.N.

³⁷ Strafprozessordnung vom 4.5.1919 in der Fassung vom 9.7.2007, online unter:

[http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/A6639F0E16F958BCC12573B500315F5D/\\$file/321_4.5.19_59.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/A6639F0E16F958BCC12573B500315F5D/$file/321_4.5.19_59.pdf) (20.10.2016).

³⁸ BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 4.8.

³⁹ So auch das BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 4.6. mit Blick auf die anderslautenden Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich, wonach die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe mit dem neuen Prozessrecht rückwirkend zur Anwendung kommen könne, weil das Rückwirkungsverbot nur für das materielle Strafrecht gelte.

⁴⁰ So bereits Stratenwerth (Fn. 25), Rn. 21 m.w.N.

⁴¹ Zu weiteren Bedenken unter 2. und 3.

⁴² Wie Fn. 37.

⁴³ Voraussetzung ist zunächst, dass die Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel überhaupt unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK fällt. Dies hatte der EGMR aber im Urteil M. gegen Deutschland festgestellt (EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04).

⁴⁴ Vgl. Frister (Fn. 31), § 362 Rn. 6.

psychischen Störung des Beschwerdeführers und dessen daraus folgende qualifizierte Gefährlichkeit angeknüpft sowie an den Umstand, dass das Geschworenengericht bei Kenntnis dieser Sachlage die auf unbestimmte Zeit angelegte Verwahrung [...] angeordnet hätte.“⁴⁵

a) Schwere dissoziale Persönlichkeitsstörungen und ihre Diagnose

Problematisch daran ist zunächst, dass die Änderung einer psychiatrischen Diagnose allein lediglich eine andere zuschreibende Wertung bestimmter Umstände und Verhaltensweisen einer Person ist und keine neue Tatsache.⁴⁶ Hinzu kommt, dass gerade eine schwere Form der anti- oder dissozialen Persönlichkeitsstörung selten verborgen bleibt, sofern sie mit besonderer Gewalttätigkeit einhergeht. Gemäß Art. 65 Abs. 2 SchwStGB dürfen die Umstände dieser Störung für das Gericht aber nicht einmal erkennbar gewesen sein. Soweit deshalb im Erstverfahren kein Gutachten eingeholt wurde, muss sehr genau hinterfragt werden, ob man schwer deviantes Verhalten schlicht als Ausdruck „normaler“ Kriminalität angesehen hat und deshalb keine Begutachtung der Schuldfähigkeit vorgenommen hat (in deren Rahmen die anti- oder dissozialen Persönlichkeitsstörungen mit der damit einhergehenden Rückfallgefahr meist zur Sprache kommen) oder ob die Tatumstände und das Vorleben des Täters tatsächlich keine solche Persönlichkeitsstörung vermuten ließen. Nur in letzterem Fall mag sich wirklich erst während des Strafvollzugs eine Seite der Persönlichkeit offenbaren, die zuvor für die beteiligten Gerichte und Behörden unerkennbar verborgen geblieben ist. Bedauerlicherweise ist mir bislang kein entsprechender Fall bekannt geworden.⁴⁷

Stattdessen wird regelmäßig wie in den ähnlich gelagerten deutschen Fällen zur Sicherungsverwahrung⁴⁸ so auch bei

dem hier in Rede stehenden Fall bereits im Gutachten, das anlässlich der Anlasstaten im Jahre 1992 erstellt wurde, eine „ausgeprägt abnorme Persönlichkeit“ (S. 107) attestiert. Der Gutachter betont mehrfach die Gefährlichkeit des Betroffenen. Vorangegangene disziplinarische Maßnahmen und Strafen hatten nach Ansicht des Gutachters keine Besserung bewirkt, und die Schwere und Art der Persönlichkeitsstörung ließen einen Behandlungserfolg unwahrscheinlich erscheinen, zumal geeignete Einrichtungen kaum zur Verfügung stünden (S. 109 f.). Wegen des hohen Risikos impulsiv-reaktiver Gewalthandlungen könne bei Alkoholabstinenz und einer psychologisch-stützenden Beratung zwar die Gefahr eines Rückfalls gemindert, aber nicht gebannt werden (S. 111).⁴⁹

Das Bundesgericht kann vor diesem Hintergrund nur deshalb auf Neues abstellen, weil eine Gutachterin im Jahr 2009 davon abweichend feststellt, dass keine Alkoholsucht bestanden und damit auch nicht im Zusammenhang mit dem strafbaren Verhalten gestanden habe. In Anbetracht der „unzutreffenden“ Grundlage der Beurteilung durch den Erstgutachter war dies für das Züricher Geschworenengericht nach Ansicht des Bundesgerichts auch nicht erkennbar: „Im Ergebnis stellt sie [die Gutachterin] die Gefährlichkeit des Beschwerdegegners auf eine andere Grundlage, und zwar sowohl in tatsächlicher als auch in zeitlicher Hinsicht, indem sie aus der psychiatrischen Befunderhebung mit Diagnosestellung der Psychopathie neu eine vom Alkoholkonsum unabhängige, permanente sowie unveränderliche, ausserordentlich hohe Gefährlichkeit des Beschwerdegegners für Gewaltverbrechen ableitet.“⁵⁰

Zurückgehend auf den Kriminalpsychologen *Robert D. Hare* wird unter einer Psychopathie heute eine schwere Form der antisozialen Persönlichkeitsstörung mit erhöhter Rückfallgefahr verstanden.⁵¹ Die Diagnose einer Psychopathie ist zwar bislang weder im ISD-10 noch im DSM V als den geläufigen medizinischen Klassifikationssystemen anerkannt, gleichwohl bildet sie auch die wesentliche Grundlage für die nachträgliche Therapieunterbringung vormals Sicherungsverwahrter in Deutschland.⁵² Diese Unterbringungen erfolgen allerdings nicht nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a der EMRK, sondern nach lit. e derselben Vorschrift, wonach der Freiheitsentzug psychisch Kranker in Therapieeinrichtungen zulässig ist. Der EGMR hat diese Verschiebung vormals Strafgefangener oder Sicherungsverwahrter erst unlängst

⁴⁵ BGer, Ur. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 5.4.

⁴⁶ Siehe *Lehner*, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, Eine Auseinandersetzung mit Art. 65 Abs. 1 StGB, 2015, S. 271; zweifelnd auch *Bommer* (Fn. 3), S. 62.

⁴⁷ Im Jahr 2012 hatte das Bundesgericht der Schweiz die Anordnung der nachträglichen Verwahrung bestätigt, weil sich der Betroffene erst während des Vollzugs seiner Freiheitsstrafe als persönlichkeitsgestört und gefährlich erwiesen und deshalb zuvor „kein Anlass zur Begutachtung“ bestanden habe (siehe BGer, Ur. v. 30.1.2012 – 6B_487/2011, E. 2.3) – der Beschwerdeführer war schuldig des qualifizierten Raubes, der Gefährdung des Lebens, der Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand, der Nötigung, der versuchten Nötigung, der mehrfachen Hehlerei, der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, der einfachen und groben Verletzung von Verkehrsregeln sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen das Waffengesetz; im Fall BGE 137 IV 333 (338) verweist das Bundesgericht sogar explizit auf die einschlägige Verurteilung wegen versuchten qualifizierten Raubes (Qualifikationsgrund der besonderen Gefährlichkeit) und Körperverletzung.

⁴⁸ Ausführlich *Merkel*, R&P 2011, 205 (210), mit Nachweisen zur EGMR-Rechtsprechung.

⁴⁹ Unveröffentlichtes Gutachten v. 16.12.1992, auszugsweise vom Anwalt des Beschwerdeführers zur Verfügung gestellt.

⁵⁰ BGer, Ur. v. 2.3.2012 – 6B_404/2011, E. 2.4 f., 2.5.3 – Anm. in eckigen Klammern von der *Verf.* Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass nach dieser Entscheidung ein drittes Gutachten im Jahr 2013 vom Gericht bestellt wurde, das sich zur Frage des Suchtverhaltens dem Erstgutachten anschließt (nicht veröffentlicht). Dies bleibt vom BGer in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2015 (BGer, Ur. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014) allerdings unerwähnt.

⁵¹ *Hare/Neumann*, Annual review of clinical psychology 2008, 217; siehe auch *Blair*, The British Journal of Psychiatry 2003, 5.

⁵² Wie Fn. 48.

gebilligt.⁵³ Da die Schweiz demgegenüber weiterhin an der strafgleichen Verwahrung festhalten will, lässt sich die nachträgliche Sicherungsverwahrung nur mit einem Schuldurteil nach lit. a verbinden. Mit Blick auf das dafür erforderliche Wiederaufnahmeverfahren erscheint allerdings zweifelhaft, ob es hinreicht, wenn bei einer Verurteilung lediglich Umstände nicht bekannt waren, auf die sich eine Gefährlichkeitsprognose stützt.

b) Änderung der Rückfallprognose

Die Rückfallgefahr unterliegt als Prognose zum Zeitpunkt der Einschätzung nämlich nicht der Einordnung als wahr oder falsch. Sie ist ihrerseits eine zuschreibende Wertung⁵⁴ und kann sich, wie *Bommer* richtig bemerkt, lediglich bewahrheiten oder eben nicht.⁵⁵ Als Prognose bezieht sie sich naturgemäß auf in der Zukunft liegende Tatsachen (z.B. Begehen einer weiteren Straftat), die zum Zeitpunkt des ursprünglichen Urteils weder bestehen noch bestanden haben.

Dass sich die Prognose immer auch auf Tatsachen der Gegenwart stützt, wie etwa hier das nunmehr vermutete Fehlen einer Alkoholabhängigkeit zum Zeitpunkt der Tatbegehung, kann zwar zu einer diesbezüglichen Fehleinschätzung führen, berührt aber nicht die Umstände, hinsichtlich deren sie sich als falsch herausstellen kann. Beispielhaft: Ergeht eine positive Gefährlichkeitseinschätzung aufgrund eines Fehlurteils, dann kann sich später der Schuldspruch wegen neuer Tatsachen als falsch erweisen. Die Gefährlichkeitseinschätzung wird indes erst dann fehlerhaft, wenn es zu keinen Straftaten kommt. Schließlich kann auch ein unschuldig Verurteilter in der Zukunft durchaus Straftaten begehen. Das Fehlen der Alkoholabhängigkeit ist deshalb keine neue Tatsache, die die Rückfallprognose notwendig fehlerhaft macht.

Im Kontext damit ist zu sehen, dass auch neue gutachterliche Methoden zur Rückfallgefahr wie die Psychopathie-Checkliste nach *Robert D. Hare*⁵⁶ nicht den Anforderungen eines Beweises genügen können, wie man sie mit Blick auf DNA-Untersuchungsmethoden diskutiert hat.⁵⁷ Gefährlichkeitsgutachten erbringen schon ihrer Natur nach keinen Beweis für eine Rückfallgefahr im Einzelfall, sondern loten bestenfalls Wahrscheinlichkeiten aus.⁵⁸ Sieht man das Begriffspaar der neuen Tatsachen und Beweise also in einem systematischen Zusammenhang, so ergibt sich auch daraus, dass der Begriff der Tatsache wie der des Beweises sich nicht

auf Umstände beziehen kann, auf die sich die Einschätzung einer Rückfallgefahr gründet.

Damit bleiben für eine Anwendung des Art. 65 Abs. 2 SchwStGB zunächst nur solche Fallgestaltungen, in denen erstmals im Strafvollzug eine besondere Gefährlichkeit des Betroffenen zutage tritt, auf die zum Zeitpunkt der Verurteilung zwar nichts hingewiesen hatte, die aber gleichwohl bereits bestand, oder jene Fälle, in denen ein eingeholtes Gutachten sich deshalb als fehlerhaft erweist, weil der Betroffene im Strafvollzug die Prognose seiner Ungefährlichkeit selbst widerlegt. Auch in diesem Fall muss allerdings nachgewiesen werden, dass die seine Gefährlichkeit begründenden Verhaltensweisen zuvor bereits bestanden haben, aber nicht erkennbar waren. Außerdem bleiben beide Konstellationen fragwürdig mit Blick auf das Doppelbestrafungsverbot, weil sie nicht den Schuldspruch selbst betreffen.

c) Gleichbleibender Schuldspruch

Bleibt der Schuldspruch im Wiederaufnahmeverfahren unverändert bestehen und wird ausschließlich die Sanktion verschärft, spricht schon auf den ersten Blick vieles für eine unzulässige *reformatio in peius*. Dass bei einer zulässigen Wiederaufnahme zu Ungunsten des Betroffenen jedenfalls auch der Schuldspruch aufgrund neuer Tatsachen oder Beweise abgeändert werden muss, lässt sich zudem aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK⁵⁹ sowie aus Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK ableiten, wonach der Fehler, der eine belastende Wiederaufnahme rechtfertigt, die Verurteilung wegen einer Straftat, also den Schuldspruch betreffen muss. Das Doppelbestrafungsverbot stellt insoweit sicher, dass wegen derselben strafbaren Handlung (engl.: offence/franz.: infraction) gerade keine über die ursprüngliche Verurteilung hinausgehende Bestrafung erfolgen darf. Unabhängig von der Frage, wie diese strafbare Handlung genau einzugrenzen ist,⁶⁰ ist sie doch zweifelsfrei dieselbe, wenn der gesamte Schuldspruch – wie hier – gänzlich unverändert bleibt.

Anlässlich dieses Falls wird auch ersichtlich, dass das zweispurige System nicht vergleichbar ist mit Strafsystemen, die hinsichtlich ihrer Straffolge zwischen einem repressiven und einem präventiven Teil unterscheiden, beide Teile aber als Gesamtstrafe verstehen. Zwar bildet beim zweispurigen System das Strafurteil insoweit den Rechtsgrund für die Anordnung der Sicherungsverwahrung, als diese ohne die Feststellung bestimmter Straftaten nicht angeordnet werden dürfte. Bei der nachträglichen Anordnung zeigt sich aber, dass es am entscheidenden Zusammenhang mit dem Schuldspruch offenkundig fehlt. Ansonsten erklärte sich nicht, warum derselbe Schuldspruch mal mit einem befristeten Freiheitsentzug und dann zusätzlich mit einem potentiell unbefristeten Freiheitsentzug ausgesprochen werden kann.

⁵³ Siehe EGMR, Urt. v. 7.1.2016 – 23279/14 (*Bergmann v. Germany*).

⁵⁴ *Stratenwerth* (Fn. 25), Rn. 21; *Trechsel/Pauen Borer* (Fn. 22), Rn. 6.

⁵⁵ *Bommer* (Fn. 3), S. 62 f.

⁵⁶ Siehe *Hare*, *The Hare Psychopathy Checklist-Revised*, Multi-Health Systems, 1991.

⁵⁷ Dazu *Papst*, ZIS 2010, 126.

⁵⁸ Anders offenbar BGE, Urt. v. 30.1.2012 – 6B_487/2011, E. 2.2.2 ebenfalls ein Gefährlichkeitsgutachten betreffend: „Ein neues Gutachten kann Anlass zur Wiederaufnahme geben, wenn es neue Tatsachen nachweist oder darzutun vermag, dass die tatsächlichen Annahmen im früheren Urteil ungenau oder falsch waren.“

⁵⁹ EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (*van Droogenbroeck v. Belgium*), Rn. 39; EGMR, Urt. v. 18.12.1986 – 9990/82 (*Bozano v. France*), Rn. 53; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (*Weeks v. The United Kingdom*), Rn. 53.

⁶⁰ Siehe dazu *Paefgen* (Fn. 1), Anhang Art. 7 EMRK Rn. 13a.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass – abweichend von der nachträglichen Sicherungsverwahrung in Deutschland nach § 66b StGB a.F. – die „neuen Tatsachen“ bereits zum Zeitpunkt des Ersturteils existiert haben sollen. Solange sie nur anlässlich des (erneuten) Schuldspruchs einen weitergehenden Freiheitsentzug ermöglichen, ist Art. 65 Abs. 2 SchwStGB der Sache nach nicht mehr als eine nachträgliche Sicherungsverwahrung in neuem Gewand und ein gewagter Versuch, die Auslegung des Konventionsrechts durch den EGMR zu umgehen. Es darf deshalb bezweifelt werden, dass der EGMR die von ihm geforderte Verbindung zwischen Schuldspruch und Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK hier erkennt.

d) Weitere Erwägungen

Hinzu kommt schließlich, dass die Verknennung der Tatsachen der Grund dafür gewesen sein müsste, dass die Anordnung der Verwahrung seinerzeit unterblieben ist. Tatsächlich hatte sich das Züricher Geschworenengericht aber explizit auch mit der Frage der Verwahrung befasst und davon nicht etwa abgesehen, weil es die Gefährlichkeit des Betroffenen unterschätzt hätte, sondern weil es seinerzeit davon ausging, er könnte aus der Sicherungsverwahrung früher entlassen werden als aus dem Gefängnis.⁶¹ Man hatte also gerade wegen der Einschätzung hoher und dauerhaft unveränderlicher Gefährlichkeit die Straftat gewählt.

Im konkreten Fall ist daher weder ersichtlich, dass eine fehlerhafte Gefährlichkeitsprognose erstellt wurde, noch, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung *deshalb* unterblieben wäre. Allgemein lässt sich darüber hinaus festhalten, dass es für ein Wiederaufnahmeverfahren zur Strafschärfung schon deshalb nicht ausreichen kann, wenn sich die Gefährlichkeitsprognose stützende Umstände im Nachhinein als falsch herausstellen, weil es sich dabei nicht um Tatsachen handelt, die die Prognose fehlerhaft machen. Entsprechend dem Begriff des Beweises muss sich auch der Begriff der Tatsache auf Umstände beziehen, die im Schuldspruch aufgegriffen werden. Nur dieser kann durch neue Tatsachen oder Beweise als korrekturbedürftiges Fehlurteil erscheinen, während sich dies für Gutachten prognostischer Natur nicht sagen lässt.

Bommer weist darauf hin, dass eben hier der markante Unterschied zwischen dem Schuldurteil und einer Gefährlichkeitsbegutachtung liegt: Während jenes Tatsachen der Vergangenheit beurteilt und daher auch der Wahrheitsfindung unterliegt, ist diese aufgrund ihres Prognosecharakters notwendig mit so großen Unsicherheiten belastet, dass eine darauf basierende Rechtskraftdurchbrechung zu Ungunsten des Betroffenen nicht verantwortet werden könne. Ein Zurückstehen der Rechtssicherheit sei außerdem nur zulässig zur Korrektur besonderer Ungerechtigkeit, während die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung den Grundsatz gerechten Strafens gerade durchbreche.⁶²

Anders ist es denn auch zu beurteilen, wenn die Wiederaufnahme zu *Gunsten* eines Verurteilten betrieben wird. In diesem Fall muss sich die Prognose nicht als falsch erweisen, sondern es genügt, wenn sich die der Prognose zugrunde liegenden Umstände nachträglich so verändern, dass eine wesentlich günstigere Prognose möglich erscheint. So ist nach § 359 Nr. 5 StPO eine Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten unproblematisch statthaft, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen [...] eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung zu begründen geeignet sind.“⁶³

3. Das Doppelbestrafungsverbot nach Art. 14 Abs. 7 ICCPR

Angesprochen sei schließlich das Doppelbestrafungsverbot des Art. 14 Abs. 7 ICCPR, weil es im Gegensatz zur EMRK nicht die Ausnahme einer reformatio in peius im Wiederaufnahmeverfahren nennt. Art. 14 Abs. 6 ICCPR erlaubt lediglich eine Verfahrenswiederaufnahme zu *Gunsten* eines Verurteilten. Einige Vertragsstaaten wie Dänemark, Finnland und die Niederlande haben deshalb einen Vorbehalt bezüglich der reformatio in peius aufnehmen lassen,⁶⁴ Deutschland und die Schweiz dagegen nicht, obwohl sie eine Wiederaufnahme zu Lasten eines bereits Verurteilten vorsehen. Weitgehend anerkannt ist in beiden Ländern allerdings, dass die reformatio in peius im Falle „außergewöhnlicher Umstände“ – die das Schweizer Bundesgericht hier bejaht⁶⁵ – gleichwohl im Wiederaufnahmeverfahren zulässig sein soll.⁶⁶ Deshalb seien einige Bemerkungen dazu erlaubt, inwiefern das Festhalten an der Rechtskraft eines Urteils wie des vorliegenden zu unerträglichen Ergebnissen führen würde.

⁶³ Danach dürfte in Deutschland wohl jeder aus der Sicherungsverwahrung mit schlechter Prognose Entlassene, aber nicht rückfällig Gewordene, die Wiederaufnahme seines ursprünglichen Verfahrens nach § 359 Nr. 5 StPO betreiben, um eine Entschädigung gemäß Art. 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK für den erlittenen Freiheitsentzug in der Sicherungsverwahrung zu erhalten. Weil bis zum Jahr 1998 eine Höchstgrenze von zehn Jahren für die Sicherungsverwahrung bestand, gibt es auch mit schlechter Prognose Entlassene.

⁶⁴ United Nations Treaty Collection, Chapter IV: Human Rights, online unter: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=IV-4&chapter=4&clang=en (20.10.2016).

⁶⁵ BGer, Ur. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 5.4.

⁶⁶ Nowak, CCPR-Kommentar, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und zum Fakultativprotokoll, 1989, Art. 15 Rn. 11; Gollwitzer, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 25. Aufl. 2005, Art. 6 EMRK Rn. 278; Gössel, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 25. Aufl. 2003, § 362 Rn. 1; Riklin, AJP 2006, 1471 (1477) Fn. 42, alle m.w.N.; anders Maier, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 789.

⁶¹ Geschworenengericht Zürich, Ur. v. 6./12.5.1993 – Nr. 3/1992, S. 177 (unveröffentlicht).

⁶² Bommer (Fn. 3), S. 63.

Aus Gründen des besonderen Vertrauensschutzes, den Verurteilte mit Blick auf die vorbehaltlose Unterzeichnung des ICCPR genießen, ließe sich auf die Rechtsauffassung des Deutschen Bundesverfassungsgerichts zur nachträglichen Therapieunterbringung rekurren: Der außergewöhnliche Umstand müsste dann in einer hochgradigen Gefährlichkeit des Verurteilten bestehen, anders gesagt: Es darf nicht genügen, dass der Betroffene eine Gefährlichkeit aufweist, die seinerzeit die Anordnung der Verwahrung ermöglicht hätte; seine Freilassung muss vielmehr deshalb unerträglich erscheinen, weil „eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist.“⁶⁷

Soweit man dies hier bejahen würde, blieben gleichwohl Zweifel, ob eine (weitere) Bestrafung das mildeste Mittel zur Eindämmung dieser Gefahr wäre. Immerhin könnte der Betroffene auch in einer gesicherten, aber den normalen Lebensverhältnissen weitestgehend angepassten Therapieeinrichtung untergebracht werden, zumal an seiner psychischen Störung keinerlei Zweifel bestehen. Auch hiergegen gibt es, trotz Befürwortung durch den EGMR, zwar eine Reihe rechtsstaatlicher Bedenken,⁶⁸ niemand würde aber bestreiten, dass diese Unterbringung gegenüber dem normalen Strafvollzug – auch und insbesondere aus Sicht des Betroffenen – vorzugswürdig sein kann.

V. Fazit

Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung im Rahmen einer Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nach Art. 65 Abs. 2 SchwStGB begründet schon deshalb einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, weil der Schuldspruch in diesem Wiederaufnahmeverfahren unberührt bleibt und folglich der für Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK erforderliche Zusammenhang mit dem Freiheitsentzug fehlt. Dies gilt erst recht für die rückwirkende Anwendung des Art. 65 Abs. 2 SchwStGB. Als nachträgliche Strafschärfung verstößt die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren außerdem gegen das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 4 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK, weil eine Korrektur der Gefährlichkeitsprognose nicht den besonderen Voraussetzungen einer reformatio in peius genügt: Weder werden Gefährlichkeitsgutachten in derselben Weise fehlerhaft wie Urteile, weil die Richtigkeit einer prognostischen Aussage primär von künftigen Entwicklungen abhängt und nur sekundär von in der Vergangenheit liegenden Tatsachen, noch können neuere Prognoseinstrumente einen Beweis hinsichtlich in der Zukunft liegender Tatsachen erbringen.

Der besondere Ausnahmefall schließlich, der ein belastendes Wiederaufnahmeverfahren entgegen Art. 14 Abs. 7 ICCPR rechtfertigen könnte, kann in den hier relevanten Fällen aus zwei Gründen kaum jemals eintreten: Zum einen

gibt es für die Sicherung mutmaßlich besonders gefährlicher Straftäter mildere Möglichkeiten als die Strafhaft. Zum anderen sind aus Gründen des Vertrauensschutzes allenfalls hochgradig gefährliche Gewalttäter weiterhin zu sichern, deren Gefährlichkeit im Ausgangsverfahren denn auch naturgemäß erkennbar ist. Es scheint deshalb unvermeidbar, dass auch die Schweiz in naher Zukunft nach Alternativen Ausschau halten muss, sofern sie Straftätern ohne Anordnung der Sicherungsverwahrung nach Verbüßung ihrer Haftstrafe auch weiterhin die Freiheit entziehen will. Zu hoffen bleibt, dass dies zugleich den Anfang vom Ende der Sicherungsverwahrung in ihrer jetzigen Form bedeutet.

⁶⁷ Siehe BVerfG, Urt. v. 4.5.2012 – BvR 2365/09, LS 4 und Rn. 132 ff., 156.

⁶⁸ Siehe dazu Merkel, GLJ 2011, 968 (995 ff.); *dies.*, R&P 2011, 205 (209 ff.); *Morgenstern*, Neue Kriminalpolitik 2011, 55 (58); *Renzikowski*, ZIS 2011, 531 (536 ff.).