

AUSGABE 6/2016

S. 339 - 415

11. Jahrgang

Inhalt

ZEHN JAHRE ZIS I

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Zehn Jahre ZIS

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen 339

AUFSÄTZE

Strafrecht

Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts

Von Prof. Dr. Jochen Bung, Hamburg 340

Muss am deutschen Strafrechtswesen denn unbedingt die Welt genesen?

Von Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen-Nürnberg,
Jun.-Prof. Dr. Elisa Hoven, Köln 345

§ 23 Abs. 3 StGB: grob unverständiges Strafrecht

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 352

Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn 366

Rumpelstilzchen einmal umgekehrt: Wie aus Gold Asche wird Besprechung von BGH, Beschl. v. 30.6.2015 – 5 StR 71/15

Von Prof. Dr. Stephan Stübinger, Hagen 373

Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen Korruptionstatbestände

Von Prof. Dr. Bernd Heinrich, Tübingen 382

Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB

Von Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln 396

Strafprozessrecht

Beweisverwertungsverbote

Von Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster 404

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

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

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Jacob
Böhringer

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Wiss. Mitarbeiterin
Natalia Dobrosz

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Zehn Jahre ZIS

Von Prof. Dr. **Thomas Rotsch**, Gießen

Vor fünf Jahren habe ich an dieser Stelle zum fünfjährigen Jubiläum der ZIS die Entstehungsgeschichte der Zeitschrift und ihr Konzept erläutert. Darauf kann hier verwiesen werden.¹ Schon damals hat sich zu unserer großen Freude eine Vielzahl von Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern an der Gestaltung der aus diesem Anlass publizierten Sonderausgaben beteiligt.² Mittlerweile ist die Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik zehn Jahre alt und auch dieser Anlass soll wieder genutzt werden, eine erhebliche Anzahl von Beiträgen in mehreren Sonderausgaben zu veröffentlichen. Aus redaktionellen Gründen wird die Anzahl der Sonderausgaben etwas größer sein als damals; die Veröffentlichung der Beiträge erfolgt dabei nach ihrem Eingang in der Redaktion.

In den zehn Jahren ihres Bestehens sind in der ZIS mehr als 1.000 Beiträge veröffentlicht worden. Das Herausgeber-team ist mit *Roland Hefendehl*, *Andreas Hoyer*, *Thomas Rotsch* und *Bernd Schünemann* seit Beginn aktiv; die nationale Redaktion wurde seitdem behutsam erweitert und besteht mittlerweile aus *Martin Böse*, *Mark Deiters*, *Bernd Hecker*, *Michael Heghmanns*, *Holm Putzke*, *Thomas Rotsch*, *Arndt Sinn*, *Hans Theile*, *Bettina Weißer* und *Mark Zöller*. Der internationalen Redaktion (IAB), die aus mehr als dreißig ausländischen Kolleginnen und Kollegen besteht, steht seit jeher *Kai Ambos* vor. Bei ihnen allen möchte ich mich ganz herzlich für die hervorragende Zusammenarbeit in den letzten zehn Jahren bedanken.

Auch im Übrigen steht die ZIS, so hoffen wir, für Kontinuität: Das betrifft die hohe Qualität der Beiträge, die durch ein strenges peer-review-Verfahren gewährleistet wird, aber auch sowohl das bewusst unverändert gelassene „klassische“ Erscheinungsbild der Homepage wie auch das seit Beginn unangetastet gebliebene Schriftbild der Beiträge selbst. Nur an der Benutzerfreundlichkeit der Homepage haben wir, nicht zuletzt auf Wunsch der DFG, intensiv gearbeitet; sie konnte durch eine Verbesserung der Suchmaschinenfunktion deutlich gesteigert werden. Ohnehin könnte die mindestens monatliche Erscheinungsweise der ZIS, zumal in ihrem aktuellen Umfang, ohne die großzügige Förderung der DFG kaum aufrechterhalten werden. Auch für diese bereits seit Jahren erfolgende Unterstützung sei an dieser Stelle herzlich gedankt, ebenso wie den zahlreichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an den verschiedensten Lehrstühlen, ohne die das Projekt einer kostenlosen Internet-Zeitschrift längst hätte begraben werden müssen.

Zu guter Letzt bedanke ich mich wie bereits vor fünf Jahren bei allen Autoren, die sich an der Entstehung der Sonderausgaben zum zehnjährigen Jubiläum mit einem Beitrag beteiligt haben, aber auch bei all jenen, die in den zehn Jahren seit Erscheinen der ersten Ausgabe am 15. Januar 2006 mit ihren Beiträgen der ZIS zu der nationalen wie internationalen Anerkennung verholfen haben, die sie heute genießt.

¹ ZIS 2011, 285.

² Die Beiträge finden sich in den Ausgaben 5/2011, 6/2011 und 7/2011.

Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts*

Von Prof. Dr. Jochen Bung, Hamburg

Ich möchte das Thema direkt aufgreifen und nach der Aktualität der Rechtsphilosophie für das Strafrecht heute fragen. Zunächst sind zwei extreme Ansichten möglich. Zum einen kann man den überwiegenden Teil des praktizierten Strafrechts und der praktizierten Strafrechtswissenschaft als konkludente Antwort auf die Frage werten, und zwar dahin, dass die Rechtsphilosophie im heutigen Strafrecht keine Rolle spielt. Zum anderen besteht kein Zweifel, dass die Herausbildung der Strafrechtswissenschaft eng mit der Rechtsphilosophie verbunden ist, so dass sogar schon festgestellt wurde, die Rechtsphilosophie spiele für das Strafrecht eine vergleichbare Rolle wie das Römische Recht in der Zivilistik.¹ An diese Tradition knüpfen auch einige Vertreter des Strafrechts heute an. Michael Pawlik baut in seinem letzten großen Systementwurf auf rechtsphilosophischen Prämissen auf.² Michael Kubiciel schreibt in seiner Habilitationsschrift, Kritik am geltenden Recht könne „nur üben, wer über das positive Recht hinaus- und auf die Rechtsphilosophie zugreift.“³ Was stimmt nun: Ist die Rechtsphilosophie für das Strafrecht verzichtbar oder geht es nicht ohne sie?

I. Strafrecht und Rechtsphilosophie

Wie meistens liegt die Wahrheit eher in der Mitte. Dass die meisten ganz gut ohne Rechtsphilosophie auskommen, heißt nicht, dass man generell auf sie verzichten sollte. Strafrecht ist nicht aus sich selbst heraus verständlich und in modernen Gesellschaften allemal keine Selbstverständlichkeit. Strafrecht vermittelt wie kaum ein anderes Gebiet den Anspruch des Staates auf das Gewaltmonopol und doch steht gerade das Strafrecht gegenwärtig in Diskussionen, die zeigen, dass es auch die Fähigkeit haben muss, 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. Auf altliberale Grundgewissheiten kann man sich nicht mehr so einfach berufen, wiewohl Kants Begriff des strikten – also im Wesentlichen engen – Rechts⁴ gerade für das Strafrecht weiterhin ein wichtiger Topos ist. Jeder weiß und kann sich davon überzeugen, dass Gesellschaften, die viel strafen, keine guten Gesellschaften sind, sondern ihrer selbst unsichere Gesellschaften, Gesellschaften, die ihre Angstbedingungen nicht unter Kontrolle haben.⁵

* Im März 2015 gehaltener Vortrag an der Universität Hamburg zur Frage der Aktualität der Rechtsphilosophie im Strafrecht heute, die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ Kesper-Biermann/Klippel, in: Kesper-Biermann/Klippel (Hrsg.), Kriminalität in Mittelalter und früher Neuzeit, 2007, S. 220.

² Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012.

³ Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 29.

⁴ Kant, Metaphysik der Sitten, 1797 (Nachdruck 1990), S. 69.

⁵ Nietzsche, Zur Genealogie der Moral, 1887 (Nachdruck 1981), S. 813. Siehe auch Bung, ZStW 119 (2007), 120.

Der rechtsphilosophische Grundbegriff eines strikten engen Strafrechts lässt sich unschwer in verfassungsrechtliche Argumente übersetzen, in die Argumente vom Ultima-ratio-Prinzip und der Verhältnismäßigkeit – so dass man überlegen könnte, die für das Strafrecht erforderliche reflexive Ebene durch Verfassungsrecht oder allgemein höherrangiges Recht zu ersetzen.⁶ Das ist schon anspruchsvoll genug⁷, so dass der Verzicht auf Rechtsphilosophie allein schon aus Gründen der Zeitökonomie etwas für sich hat. Freilich besteht die Möglichkeit, dass ein rein positivistischer oder dogmatischer Zugang die Problemlagen zu stark schematisiert, die Unsicherheit und Offenheit der Fragen zu schnell beseitigt, das entspricht der Ratio positivistischer Argumente, dass sie auf Problem-, typischerweise auf Falllösung ausgerichtet sind. Das typische philosophische Problem, hat jedoch, Wittgenstein zufolge, die Form „Ich kenne mich nicht aus“.⁸ Welche Juristin, welcher Jurist würde das jemals zugeben: sich nicht auszukennen? Und doch gibt es, gerade im Strafrecht, riesige Gebiete, in denen sich niemand wirklich auskennt.

II. Bestimmtheit

Das wird bereits besonders deutlich bei den beiden wichtigsten klassischen Grundprinzipien des Strafrechts, die lauten: Nulla poena sine lege, nulla poena sine culpa. Das erste Prinzip enthält unter anderem das Bestimmtheitsgebot und hier herrscht völlige Unklarheit. Wir haben kein Muster, das den Begriff der Bestimmtheit bestimmt. Schon Hobbes bemerkt im Leviathan, dass jeder sprachliche Ausdruck mehrdeutig ist⁹, Savigny sieht das auch und radikalisiert und universalisiert das Verstehensproblem. Es geht nicht nur um schwierige Textstellen, sondern alle Stellen sind schwierig.¹⁰ Francis Lieber, der Verfasser des im humanitären Völkerrecht wichtigen Lieber Code hat unabhängig von Savigny die Illusion oder gar Paradoxie der Bestimmtheit pointiert: „The attempt at being absolutely distinct leads to greater uncertainty instead of certainty.“¹¹ In der modernen Sprachphilosophie hat Quine jeder robusten Vorstellung von semantischer Bestimmtheit den Rest gegeben.¹² Wir können also sagen, dass wir uns in der Frage der Bestimmtheit, einem ganz wesentlichen, auch verfassungsrechtlich garantierten Fundament des

⁶ Skeptisch zum argumentativen Wert des Ultima-ratio-Prinzips Frisch, NSTZ 2016, 16 (23 f.).

⁷ Weiterführend Appel, Verfassung und Strafe, 1998; siehe auch Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, sowie Staechelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998. In neuerer Zeit Brunhöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013.

⁸ Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1953, Nr. 123 = Werkausgabe, Bd. 1, 1984, S. 302.

⁹ Hobbes, Leviathan, 1651/1668 (Nachdruck 1970), S. 234.

¹⁰ Siehe Meder, in: Meder u.a. (Hrsg.), Juristische Hermeneutik in Vergangenheit und Zukunft, 2013, S. 11.

¹¹ Zit. nach Meder (Fn. 10), S. 32.

¹² Quine, Word and Object, 1960.

strafrechtlichen Selbstverständnisses, nicht auskennen.¹³ Sprache ist von Grund auf bedeutungslos, das bedeutet, die Garantieverprechen des Rechts können nicht formal aus Methodenlehren deduziert werden. Da die Unterscheidung von Auslegung und Fortbildung des Rechts (ähnlich wie die zwischen Rechts- und Rechtserkenntnisquellen) sprachtheoretisch undurchführbar ist, müssen komplexere Verständnisse der Rechtskommunikation helfen.

III. Schuld

Wie sieht es mit dem anderen Grundprinzip aus, *nulla poena sine culpa*? Ich glaube, man sagt nichts Unerhörtes, wenn man behauptet, dass wir uns im Bereich der Schuld ebenfalls überhaupt nicht auskennen. Zum Teil und gerade wieder in neuerer Zeit wird bestritten, dass es Schuld überhaupt gibt.¹⁴ Das eröffnet interessante Möglichkeiten einer Erweiterung des strafrechtlichen Adressatenkreises: juristische und – neuerdings – auch technische Personen bevölkern die Szene und die Diskurse.¹⁵ Gegen die Annahme, dass es Schuld nicht gibt, wird im Wege der Selbstimmunisierung geltend gemacht, dass dies das Strafrecht gar nicht interessieren müsse.¹⁶ Das erscheint nicht wirklich überzeugend,¹⁷ so dass neuere Vorschläge gemacht worden sind, die Bedeutung der Schuld im strafrechtlichen Diskurs zu mindern,¹⁸ ein Vorschlag, der natürlich offenkundig im Widerspruch jedenfalls zu den klassischen Prinzipien steht. Ich bin unsicher, was ich von diesem Vorschlag halten soll. Einerseits fallen mir Konstellationen ein, deren Unrechtsgehalt in der individuellen Schuld nicht abgebildet werden kann, denken wir etwa an makrokriminelle Vorgänge wie Völkermord. Da erscheint die Vorstellung sinnvoll, die friedensstiftende Wirkung, die man sich von der strafrechtlichen Bewältigung solchen Unrechts verspricht, eben in der öffentlichen Unrechtsfeststellung zu erblicken. Andererseits zeigen uns besonders entwickelte Gebiete wie das Jugendstrafrecht, wie sehr es auf eine psychologische Feinabstimmung in der Frage der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ankommt.

In dem, was das Strafrecht von Grund auf ausmachen soll, Bestimmtheit und Schuld, Form und Inhalt des Strafrechts, wenn man so will, kennen wir uns also nicht wirklich aus, so

dass wir, wenn wir *Wittgensteins* Kriterium für philosophische Probleme verwenden, uns im Bereich eben dieser Probleme befinden. Diese Probleme kann man nicht einfach lösen. Die Philosophie hat gezeigt, dass man sie entweder auflösen oder aber derart behandeln kann, dass man sich besser mit ihnen vertraut macht, dass man zwar nicht weiß, wie sie zu beantworten, wohl aber, wie sie aufgebaut sind und wo und wie sie sich einstellen. Bereits die sokratische Ironie lehrt, dass ein erster Schritt auf dem Weg zur Erkenntnis darin besteht, sich nicht zu viel Wissen vorzumachen. Dann kann man versuchen, seinen Standpunkt besser zu verorten, Markierungen anzubringen, Wege zu bahnen, womöglich eine Übersicht anzufertigen, das unwegsame Gelände zu kartographieren¹⁹. Darin sehe ich eine wichtige Aufgabe der Rechtsphilosophie für das Strafrecht. Sie besteht *nicht* darin, neuartige Erkenntnisse in die Diskussion einzubringen, das ist ein häufiges Missverständnis. Neben der übersichtlichen Darstellung²⁰ besteht die philosophische Aufgabe darin, das scheinbar Altbekannte so anzuschauen, dass es wieder fremd erscheint und neu angeeignet werden muss. Der veränderte Blick auf die Probleme ist methodisch zentral. Rechtsphilosophie hat ihre Funktion da, wo sie einer Verfestigung oder Verdinglichung der Begriffe und Argumente entgegenwirkt.

IV. Strafzwecke

Lassen Sie mich das an einem zentralen Punkt darstellen, auch ein Feld, in dem wir uns nicht auskennen, obwohl jederzeit darüber gesprochen wird. Ich meine die Strafzweckdiskussion, aus der sich bis heute das Selbst- und Grundverständnis der Strafrechtswissenschaft wesentlich bezieht.²¹ In der herkömmlichen Strafzweckdiskussion treten uns die Strafzwecke als Fetische entgegen. Es ist so, dass man fast Widerwillen verspürt, wie bei einem Essen, das an sich gar nicht schlecht ist, das einem aber immer wieder und jeden Tag vorgesetzt wird. Dabei enthalten die Strafzwecke nicht die Frage, warum überhaupt gestraft wird, sondern setzen voraus, was in modernen Gesellschaften immer wieder neu verhandelt werden muss, nämlich ob Strafe wirklich sein muss.²² Es bedurfte einer radikalen Verschiebung des Blickwinkels, einer Verschiebung, die in *Nietzsches* Genealogie der Moral erfolgte, um den kontingenten und willkürlichen Charakter der Strafzwecke zu erkennen.²³ Aus der Innenperspektive des Strafrechts erfährt man das in dem Bereich, für den die Strafzwecke eigentlich zuständig sind, nämlich dem der Rechtsfolgenbestimmung, die sich einer rationalen Rekonstruktion weitgehend entzieht.²⁴ Die Strafzwecke haben

¹³ Demnächst umfassend *Schuhr*, Eine Theorie des Gesetzlichkeitsprinzips, 2016 (im Erscheinen).

¹⁴ Exemplarisch *Singer*, DZPhil 52 (2004), 235.

¹⁵ Umfassend zum Konzept der technisierten Person *Gruber*, Bioinformationsrecht, 2015, insb. S. 24 ff.; siehe auch *Gruber/Bung/Ziemann* (Hrsg.), Autonome Automaten, Künstliche Körper und artifizielle Agenten in der technisierten Gesellschaft, 2. Aufl. 2015.

¹⁶ So die wohl überwiegende Ansicht in der strafrechtlichen Literatur.

¹⁷ Eindrucksvoll für die Notwendigkeit einer Einbeziehung der fachphilosophischen Diskussion dagegen *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2009. Umfassend zum Thema einer neurophilosophischen Revision der Zurechnungsbegriffe *Walter*, Neurophilosophie der Willensfreiheit, 1998.

¹⁸ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013.

¹⁹ Dieser letzte Gedanke verdankt sich *Gilbert Ryle*, der meinte, die Philosophie beschäftige sich mit der „logischen Geographie von Begriffen“, *Ryle*, Der Begriff des Geistes, 1949 (Nachdruck 1992), S. 5.

²⁰ *Wittgenstein* (Fn. 8), Nr. 122.

²¹ Besonders prononciert zuletzt bei *Pawlik* (Fn. 2) und *Kubiciel* (Fn. 3).

²² Maßgeblich *Lüderssen*, Abschaffen des Strafsens?, 1995.

²³ *Nietzsche* (Fn. 5), S. 817 ff., 820 ff.

²⁴ Das Bundesverfassungsgericht argumentiert im Bereich der Rechtsfolgen übrigens für eine praktische Konkordanz von

für die elementare Frage der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung keinen systematischen Wert. Regeln der Verantwortungs- und Zuständigkeitsverteilung, der Zurechnung sowie der Zurechnungsunterbrechung werden nicht in Abhängigkeit von Strafzwecküberlegungen erlassen, angewendet und fortentwickelt; die Strafzwecke können hier nur vereinzelt, aber nicht systematisch helfen.

Die Verflüssigung der Begriffsfetische kann aber nicht mit den Mitteln des Strafrechts erfolgen, *Nietzsches* Dekonstruktion der Strafzwecke zeigt, dass es des Impulses von außen bedarf. Hier im Übrigen erweist sich auf aufschlussreiche Weise der Autismus der akademischen Strafzweckdiskussion in Deutschland. Es werden immer dieselben Namen genannt: *Kant*, *Hegel*, *Feuerbach*, v. *Liszt*. Diese Namen funktionieren so zuverlässig, als habe jeweils ein Prominenter die Patenschaft für einen Strafzweck übernommen. *Nietzsche* ist nicht eingeladen, dabei war er es, der die Strafzweckdiskussion daran erinnert hat, dass die erste und wichtigste Frage für das Strafrecht immer die ist, ob oder warum überhaupt gestraft werden soll. Für sich genommen haben die Strafzwecke keinen sensationellen Informationsgehalt und können, auch wenn das von einigen bestritten wird, im Wesentlichen in die verfassungsrechtliche Formel übersetzt werden, dass Prävention durch Schuld begrenzt sein muss (auch wenn wir nicht wissen, was Schuld ist).

Wir haben nun schon eine ganze Reihe von strafrechtlichen Problemen vor uns, die offenkundig nicht einfach gelöst werden können, sondern die das Strafrecht auffordern oder es herausfordern, sich als *reflexives* Recht zu bewähren. Dass sie bei dieser Bewährungsprobe helfen kann, macht die Aktualität der Rechtsphilosophie für das heutige Strafrecht aus. Die Grundprobleme, die wir bisher in den Blick genommen haben, lauten: Wie ist Bestimmtheit möglich? Was ist Schuld? Warum Strafe? Es gibt zwei weitere Probleme, die ich benennen will und die zusammen mit den bisher genannten die, wie ich sagen möchte, *Quintessenz* des Strafrechts ausmachen, jedenfalls sofern es sich als reflexives Recht versteht.

V. Pflichtverletzungen

Das vierte Grundproblem lautet: In welchem Umfang soll Strafrecht nicht nur Nichtverletzungspflichten, sondern auch Ermöglichungspflichten schützen?²⁵ Das positive Recht gibt gute Antworten, vor allem in Form der Lehre von den Garantstellungen. Sie und die Entsprechungsklausel des § 13 StGB zeigen, dass es jedenfalls eines größeren Aufwandes bedarf, die Kriminalisierung von Hilfspflichten als jene von Nichtverletzungspflichten zu begründen. Das entspricht dem klassisch-liberalen Strafrechtsdenken, dem Begriff des strikten Rechts, der unter den Bedingungen des modernen Wohlfahrtsstaats zwar nicht mehr ganz auf der Höhe der Zeit, im

Bestimmtheit und Schuld, die „Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips [sei] auch eine Bedingung der Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots“, BVerfGE 105, 135 (156).

²⁵ Gut herausgearbeitet bei *Pawlik* (Fn. 2) und *Kubiciel* (Fn. 3).

Reservat des Strafrechts aber unstreitig noch von Bedeutung ist. Der liberalen Position ist aber nicht zu entnehmen, dass nur der aktive Eingriff in die äußere Freiheitssphäre legitimer Gegenstand rechtlicher Sanktionierung ist. *Kant* etwa hat das niemals behauptet, denn nach *Kant* gibt 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.²⁶

Aus der Theorie des Gesellschaftsvertrags lässt sich eine wichtige Einsicht gewinnen: Die Menschen schließen sich nicht nur zusammen, um sich in Sicherheit zu vereinzeln, sondern auch, um sich zu unterstützen und zu fördern. Sie sollen sich nicht nur in Ruhe lassen, sondern auch füreinander da sein und aufeinander aufpassen.²⁷ Andererseits leuchtet ein, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts sein kann, für diesen Bereich der Solidarpflichten eine hervorgehobene Zuständigkeit zu reklamieren, andere Rechtsgebiete, wie etwa das Sozialrecht, sind hier viel besser geeignet. Reflexives Strafrecht weiß: Wenn – wie typischerweise in einer modernen arbeitsteiligen Gesellschaft – das Maß der Zuständigkeiten 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 die Unterbrechung der Zurechnung zu begründen ist. Rechtsphilosophie kann bei dieser Aufgabe helfen. Wie immer bietet sie keine Lösungen, das wäre eine vergebliche Erwartung und Überforderung, was aber Philosophie leisten kann, ist eine bessere Orientierung in der Problemstellung selbst. Häufig werden Zurechnungsunterbrechungen mit dem Autonomieprinzip begründet: A ist nicht wegen Körperverletzung strafbar, weil B, den sie geschlagen hat, verletzt werden wollte. Aber was heißt und wo beginnt die Verantwortung für dieses Wollen? Philosophische Analysen haben die Unterscheidung von Handlungs- und Willensfreiheit bereit gestellt²⁸ und dieser Unterscheidung ist zu entnehmen, dass die Verantwortung nicht für jedes Wollen zu übernehmen ist, sondern nur für ein Wollen, dass seinerseits gewollt und in seinem Gehalt bewusst ist.²⁹ Diese Unterscheidung ist fruchtbar zu machen im Verhältnis von Vorsatz und Schuld, Vorsatz und Irrtum,

²⁶ Vgl. *Kant* (Fn. 4), S. 53 f., siehe auch S. 74, wo *Kant* einen Teil der Rechtspflichten „als Verbindlichkeit aus dem Rechte der Menschheit in unserer eigenen Person“ bestimmt und damit nicht nur Menschenrechte, sondern auch Menschenpflichten als Rechtspflichten artikuliert.

²⁷ Für diese Einsicht steht, *Kubiciel* (Fn. 4), S. 176, zufolge, vor allem *Pufendorf*.

²⁸ Siehe etwa *Kants* Unterscheidung von Willkür und Wille, *Kant* (Fn. 4), S. 45 f.

²⁹ Die Bedeutung sog. Volitionen zweiter Stufe für die Frage der Verantwortlichkeit wird gut analysiert in *Frankfurt*, Freiheit und Selbstbestimmung, 2001.

Vorsatz und Fahrlässigkeit und leistet so den wohl wichtigsten Beitrag zu einer Unterbrechung der strafrechtlichen Zurechnung.

VI. Transstaatlichkeit und Menschenrechte

Ich nehme ein letztes Feld in den Blick, in dem wir uns kaum auskennen und erst noch orientieren müssen. Die Schwierigkeiten liegen hier im Schatten eines bestimmten Begriffs, der den Blick in manche Richtungen verdunkelt. Ich meine den Begriff des *Staates*. Der Staat existiert als festes Referenzobjekt im Bewusstsein des strafrechtlichen Denkens und zwar vielerorts so kompakt und sperrig, dass nicht zu sehen ist, wie man mit Konstellationen umgehen soll, deren Bedeutungsgehalt mit dem Begriff des Staates oder dem vom Staat abgeleiteter Institute nicht erschöpft werden kann. Es stellt sich für das Strafrecht etwa das Problem eines zunehmenden Umfangs informationeller Macht privater Akteure, etwa Suchmaschinen oder sozialer Netzwerke, die der Staat gar nicht wirksam regulieren kann. Es stellt sich das Problem verstärkt zu beobachtender Etablierung öffentlich kommunizierter privater Sanktionsregimes im Umgang von Unternehmen mit Mitarbeitern oder Kunden, die durch diskriminierende Äußerungen aufgefallen sind. Klassisch fast schon stellt sich in Gestalt des Völkerstrafrechts das Problem, ein Verständnis von Strafständigkeit zu entwickeln, die nicht an einen territorialen Souverän gekoppelt ist.

Was die Staatsfixierung des strafrechtlichen Denkens natürlich für sich in Anspruch nehmen kann, ist die Gefahr einer Regression in friedlose Zustände, die einzuhegen ja gerade der Zweck der Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols war. Den Strafanspruch vom Staat zu lösen hat aber nicht nur eine regressive, sondern auch eine progressive Dimension. Straftaten, jedenfalls solche einer gewissen Schwere, erschüttern das öffentliche Bewusstsein. Wer sagt, das dieses Bewusstsein und das Bewusstsein der Notwendigkeit einer Verfolgung dieser Taten an Staatsgrenzen gebunden ist? Es gibt Taten, deren Unrecht an jedem Ort der Welt gefühlt wird, wie *Kant* in seiner Friedensschrift hervorhebt.³⁰ Und daher gibt es Gründe anzunehmen, dass es Taten gibt, die an jedem Ort der Welt von jedem verfolgt werden dürfen. Bereits bei *Locke* werden bestimmte Rechtsverletzungen (Verbrechen) als solche bezeichnet, bei denen, sozusagen vermittelt über die Person des unmittelbar von der Verletzungshandlung Betroffenen, die Menschheit als ganze verletzt wird,³¹ ein Gedanke, der von *Kant* aufgegriffen und über seine Herkunft aus dem Versuch einer Legitimation eines Naturrechts der Strafe im Tatbestand oder besser den Tatbeständen des Menschlichkeitsverbrechens positiviert wurde, dessen Verselbständigung man als kreativen Kern der Entwicklung des gesamten Völkerstrafrechts betrachten kann.³²

Dass die Institutionalisierung der Straf- und Verfolgungsbefugnis durch den Gesellschaftsvertrag in die Hände des Staates gelegt worden ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieser Institutionalisierung ein Legitimationstransfer zugrunde liegt, der in der Strafbefugnis der Menschheit als solcher, also aller Menschen, also jedes einzelnen Menschen als Repräsentant der Menschheit begründet ist. An diesen Legitimationsgrund vermag die Rekonstruktion der großen Texte der Rechts- und Staatsphilosophie zu erinnern. Sie lassen auch erkennen, wie selbstverständlich die von vielen als logische Unmöglichkeit betrachtete Integration der Strafzwecke („Vereinigungstheorie“) oder die von vielen als anstößig empfundene Verdoppelung des Rechtsgutsbezugs ist. Jede das öffentliche Bewusstsein erschütternde Rechtsverletzung hat zugleich eine individuelle und eine kollektive Dimension, eine Einzelperson wird verletzt und in oder mit ihr „das ganze Menschengeschlecht“ (*Locke*), die Strafe ist zugleich retributiv, Bekräftigung des Rechts als Recht und Bestätigung der interpersonellen ursprünglichen Freiheit und Gleichheit, sie ist zugleich präventiv als Herstellung von Frieden und Sicherheit im Sinne der Erhaltung der ganzen Menschheit, um noch einmal die Formulierungen von *Locke* zu verwenden, der seinerseits die entsprechenden Formulierungen der UN-Charta vorwegnimmt.

Der Theorie des Gesellschaftsvertrags lässt sich im Übrigen eine Begründung der Menschenrechte entnehmen, die sie als normative Elementarpositionen in einer sprachvermittelten Verständigungspraxis ausweist, dies in einer geradezu verblüffenden Vorwegnahme heutiger diskurstheoretischer Begründungen der Menschenrechte.³³ Menschenrechte stehen nicht irgendwo am blauen Himmel oder auf einem Blatt Papier, sie entspringen keineswegs einer Art von Wunschdenken, sondern indem wir uns verständigen, leisten wir – wie gerade *Hobbes* in zumeist wohl überlesenen Passagen eindrucksvoll zeigt³⁴ – jenen ursprünglichen und gleichberechtigenden reziproken Anerkennungsakt, aus dem die normativen Elementarpositionen, Freiheit, Gleichheit und Würde, hervorgehen. Hier zeigt sich ganz allgemein, nicht nur für das Strafrecht, sondern für das Recht insgesamt (denken wir nur an den Begriff der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in Art. 6 Abs. 3 EUV), die Funktion der Rechtsphilosophie, zu einer Aufklärung und Auffrischung des Gehalts wesentlicher, aber in den Routinen des juristischen Sprachgebrauchs vielfach abgeschliffener Begriffe beizutragen.

international criminal law“), siehe auch S. 330 Rn. 873 m.w.N.

³³ Dazu *Günther*, in: Brugger/Kirste/Neumann (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 338.

³⁴ Dazu demnächst *Bung*, in: Bülow u.a. (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, 2016 (im Erscheinen). Für eine nicht-egoistische, auf berechtigender Reziprozität beruhende Hobbes-Interpretation *Lloyd*, *Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes, Cases in the Law of Nature*, 2009, siehe auch *Worship*, *Archiv für Geschichte der Philosophie* 97 (2015), 481.

³⁰ *Kant*, Zum ewigen Frieden, 1795 (Nachdruck 1984), S. 24.

³¹ *Locke*, Über die Regierung, 1689 (Nachdruck 1974), S. 7 ff.

³² Zur Verselbständigung der crimes against humanity *Werle/Jeffberger*, *Principles of International Criminal Law*, 2014, S. 12 Rn. 36 („an improvement that permanently affected

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Ich fasse die Überlegungen zusammen. Strafrecht ist nicht aus sich selbst heraus verständlich und ist, so wie Strafe selbst, allemal keine Selbstverständlichkeit. Strafrecht muss sich, über sich hinausgehend, zu sich selbst verhalten, reflexives Recht sein. Verfassungsrecht oder überhaupt höherrangiges Recht ist eine wichtige Bedingung für die Möglichkeit von Strafrecht als reflexivem Recht. Gleichwohl kann auch die rechtsphilosophische Besinnung für die strafrechtliche Selbstvergewisserung bedeutsam und wichtig sein. Die Rechtsphilosophie erzeugt keine neuen Informationen über oder für das Strafrecht, sondern hilft durch Verflüssigung und Analyse verfestigter oder unklarer Begriffe bei einer Neuorientierung und Neukonfiguration der Grundprobleme. Rechtsphilosophie kann nicht die Probleme des Strafrechts lösen, aber sie kann dazu beitragen, dass das Strafrecht seine Probleme besser versteht. Fünf Probleme des Strafrechts habe ich vorgestellt, die nach meiner Einschätzung die derzeit wichtigsten Felder darstellen, auf denen sich die Kooperation mit der Rechtsphilosophie lohnt. Die fünf Grundprobleme sind: Die Unbestimmtheit der Bestimmtheit, die Unerklärlichkeit der Schuld, die Fragwürdigkeit der Strafzwecke, die Unterbrechung der Zurechnung sowie die Rekonzeptualisierung des Verhältnisses von Strafe und Staat.

Muss am deutschen Strafrechtswesen denn unbedingt die Welt genesen?*

Von Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Erlangen-Nürnberg, Jun.-Prof. Dr. **Elisa Hoven**, Köln

I. Einleitung

Die Regelungen des Strafrechts werden – dies ist in der Diskussion um die im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten verzögerte Europäisierung immer wieder hervorgehoben worden¹ – traditionell als Kernbereich staatlicher Souveränität und Identität betrachtet. Umgekehrt muss dieser Umstand zusammen mit dem völkerrechtlichen Gebot der Nichteinmischung dazu führen, dass für strafrechtliche Regelungen vergleichsweise strikte Grenzen gelten. Denn eine Strafrechtsordnung, die sich ungern supranationalen Vorgaben beugt, muss entsprechenden Respekt für andere Strafrechtsordnungen zeigen. Zwar ist es durchaus überzeugend, dass der effektive Rechtsgüterschutz in einer durch elektronische Kommunikation und rasche Reise- und Transportwege zunehmend zusammenwachsenden Welt mitunter eine Ausweitung des deutschen Strafrechtsregimes fordern muss. Eine Überdehnung des nationalen Strafrechts kann jedoch zu zumindest seltsam anmutenden Konsequenzen führen, die im Einzelfall möglicherweise nicht beabsichtigt sind, sich aber nur schwer vermeiden lassen. Ihre Folgen können in einer Abwägung so gewichtig sein, dass zu ihrer Vermeidung auch auf den originär beabsichtigten ausgedehnten Schutz verzichtet werden sollte.

Der folgende Beitrag soll weniger von Grund auf die teilweise seit Jahren und Jahrzehnten diskutierten Probleme des Strafanwendungsrechts und des Rechtsgüterschutzes beschreiben (vgl. daher nur vergleichsweise knapp unten II.), sondern vor allem anhand (mehr oder weniger) aktueller Beispiele derzeit drohende Schieflagen aufzeigen (vgl. dazu unten III.), die sich durch neuere gesetzgeberische Entwicklungen ergeben haben.

* Der Titel wird hier an die bekannte Wendung aus dem Gedicht von *Emanuel Geibel* vom Genesen der Welt am deutschen Wesen (*Emanuel Geibel*, Deutschlands Beruf, 1861) in dem Bewusstsein angelehnt, dass damit eine Fehldeutung des Gedichts einhergeht, da *Geibel* mit dem „deutschen Wesen“ nicht deutsche Eigenschaften, deutsche Tugenden o.ä., sondern nach einer verbreiteten Auffassung das deutsche Staatswesen (im Sinne einer großdeutschen Lösung) versteht, welche Stabilität in Europa schaffen könnte. Eine entsprechende (und sei es auch Fehl-) Deutung ist aber ja nicht ganz unverbreitet und darf daher hier wohl schlagwortartig für die Überschrift verwendet werden.

¹ Vgl. insbesondere noch aus der Literatur um die Jahrtausendwende – nicht immer affirmativ, sondern teilweise auch nur eine Stimmung beschreibend – *Gärditz*, wistra 1999, 293 (294); *Huff*, EuZW 1999, 33; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 5; auch später noch *Rosenau*, ZIS 2008, 9 (19); *Heger*, Die Europäisierung des Umweltstrafrechts, 2009, S. 16.

II. Determinanten der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Mit dem Schlagwort „Anwendbarkeit deutschen Strafrechts“ wird üblicherweise das Strafanwendungsrecht („internationales Strafrecht“) der §§ 3 ff. StGB assoziiert. In deren Mittelpunkt steht als wichtigstes Kriterium – durchaus dem oben genannten Gedanken der Souveränität der einzelnen Nationalstaaten entsprechend – das Territorialitätsprinzip (§ 3 StGB). Dieses wird durch verschiedene Ausprägungen des aktiven wie passiven Personalitätsprinzips (§ 7 StGB) ergänzt, hier freilich jedoch nur, „wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt“ (Gedanke einer stellvertretenden Strafrechtspflege) sowie für ausgewählte Delikte auch bei Auslandstaten mit besonderem Inlandsbezug nach § 5 StGB oder nach § 6 StGB bei international geschützten Rechtsgütern.

Für die Geltung deutschen Strafrechts spielt neben seiner Anwendbarkeit nach den §§ 3 ff. StGB auch seine tatbestandliche Reichweite eine Rolle, die von dem Schutzgut der jeweiligen Straftatbestände abhängt. Insbesondere im Bereich der Nicht-Individualrechtsgüter ist hier zu prüfen, ob die Straftatbestände möglicherweise gerade nur inländische Rechtsgüter schützen sollen. In einem solchen Fall wäre die Verletzung ausländischer Rechtsgüter (und zwar unabhängig vom Tatort) schon tatbestandlich nicht erfasst. Anschauliche Beispiele sind hier etwa die Aussagedelikte, welche in erster Linie der Wahrheitsfindung vor deutschen Gerichten dienen. Eine Einbeziehung ausländischer Instanzen musste daher durch eine gesetzliche Erweiterung der Strafnormen geschehen: Seit 2008 werden nach § 162 Abs. 1 StGB auch Angaben in einem Verfahren vor einem internationalen Gericht erfasst, das durch einen für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Rechtsakt errichtet worden ist.² Ein ebenso umstrittenes wie prominentes Beispiel war § 299 StGB bis zur Einführung seines Abs. 3 im Jahr 2002. Nach verbreiteter Auffassung sollte die Vorschrift nur den deutschen Wettbewerb schützen, so dass Bestechungshandlungen im Ausland, durch die kein weiterer deutscher Mitbewerber betroffen wurde, nicht tatbestandlich waren.³

² Beispiel hierfür sind etwa EuGH, EuG, GöD, EGMR, IGH, ISGH, IStGH, zudem: ad hoc-Tribunale der UN (z.B. Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda, vgl. *Zöller*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 162 Rn. 9); nicht darunter fallen aber z.B. Aussagen in einem französischen oder englischen Gerichtsverfahren vor dem dortigen jeweiligen nationalen Gerichten. Vgl. statt vieler nur *Kudlich*, in: v. Heintschel/Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, StGB, Stand: Dezember 2015, § 162 Rn. 3 f.

³ So der BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, im Fall „Siemens/Enel“.

III. Aktuelle Problemfälle

Sowohl die Anwendbarkeit als auch die Reichweite des deutschen Strafrechts werfen jeweils für sich – und erst recht in Kombination – schwierige Fragen auf. Im Folgenden sollen vier Bereiche strafbaren Handelns die ungebrochene Bedeutung der Problematik illustrieren. Der Überblick soll zudem zeigen, dass durch gesetzgeberische Entwicklungen immer wieder neue Fragen nach der legitimen Geltung des deutschen Strafrechts entstehen.

Die jeweiligen Konstellationen sollen zunächst kurz beschrieben werden, um den Blick auf die im Einzelfall problematische Auslegung der deutschen Strafbarkeit und ihre denkbaren Lösungsmöglichkeiten zu lenken. In der Summe können diese Beispiele einen Hinweis darauf geben, welche Konstellationen strukturell besonders problemföhllich sind.

1. Online-Glücksspiele auf ausländischen Servern

a) Bereits ein vergleichsweise „altes“ Beispiel trifft im Ausland vorgehaltene, aber von Deutschland aus erreichbare Online-Glücksspiele. Eine hingegen relativ junge, aufgrund der besonderen Bedeutung des Lotteriemonopols im deutschen Glücksspielstrafrecht, besonders brisante Situation sind etwa im Ausland angebotene „Zweitlotterien“. Die Spieler können auf den Ausgang der Ziehung verschiedener „Primärlotterien“ wetten, bei denen originär die Gewinnermittlung stattfindet und die in anderen EU-Mitgliedstaaten lizenziert sind. Die Ziehung der Gewinnzahlen selbst erfolgt hierbei ausschließlich durch den Veranstalter der Primärlotterie, die Gewinnhöhe richtet sich nach den für die jeweilige Ziehung veröffentlichten Gewinnquoten des Primärveranstalters.

b) Neben verschiedenen anderen Fragen⁴ ist hier auch der Aspekt der tatbestandlichen Reichweite angesprochen, wenn man der Frage nach der Wirkung etwaiger ausländischer Spiellizenzen nachgeht.⁵ Noch klarer tritt die im Zusammenhang mit dem Online-Glücksspiel bereits ausführlich diskutierte Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach den allgemeinen Regeln der §§ 3, 9 StGB hervor. Danach muss entweder die Tathandlung im Inland stattgefunden haben oder der Taterfolg im Inland eingetreten sein. Eine inländische Tathandlung scheidet bei einem Serverbetrieb im

Ausland grundsätzlich aus. Es wäre insbesondere verfehlt, einen Handlungsort auch dort anzunehmen, „wo die durch mediale Übertragung transportierte Handlung ihre Wirkung entfaltet“, da der „Radius der Wahrnehmbarkeit einer Handlung [...] nicht Teil ihrer selbst“ ist.⁶ Die Annahme eines Taterfolgs im Inland wurde für die §§ 284 ff. StGB als abstrakte Gefährdungsdelikte⁷ seit jeher kritisch gesehen.⁸ Freilich sind bis in die jüngere Vergangenheit eine Mehrheit der Stimmen im Schrifttum sowie Teile der Rechtsprechung⁹ von einer zumindest grundsätzlichen Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ausgegangen und haben sich dabei auf die (freilich ihrerseits nicht ganz unproblematische¹⁰) Toebe-Entscheidung des BGH zu § 130 StGB berufen,¹¹ in welcher der BGH die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf das (den Holocaust leugnende) in Deutschland abrufbare Angebot auf einem australischen Web-Server bejaht hat.

Der dabei vom BGH einschränkend verlangte „Inlandsbezug“¹² würde sich bei deutschsprachigen Angeboten, die bewusst Verknüpfungen zu deutschen Offline-Lotterie-Angeboten herstellen (also etwa Wetten auf das deutsche „6 aus 49“-Spiel), gewiss begründen lassen. Allerdings sollte diese Referenz heute nicht mehr ausschlaggebend sein. In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der 3. Strafsenat des BGH die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Fall des (strukturell insoweit mit §§ 284, 287 StGB noch besser vergleichbaren) rein abstrakten Gefährdungsdelikts des § 86a

⁴ Etwa: Handelt es sich hier um eine Lotterie oder um ein sonstiges Glücksspiel? Wie ist ggf. das Lotterie-Monopol angesichts der in ihrer Inkohärenz verfassungs- und unionsrechtlich zweifelhaften Regulierungssituation für das Glücksspielrecht zu bewerten und welche strafrechtlichen Folgen hätte eine etwaige Unionsrechtswidrigkeit? Vgl. hierzu und zum Folgenden näher Kudlich/Berberich, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG) 2016, 7.

⁵ Nach aktueller Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 4.2.2016 – C-336/14 [Fall Ince] = ZfWG 2016, 115) ist es jedenfalls bei einer unionsrechtswidrigen Regulierungssituation im Inland mit Unionsrecht unvereinbar, wenn das Fehlen einer entsprechenden Genehmigung zum Anknüpfungspunkt eines Strafvorwurfs gemacht wird, wenn der Veranstalter eine Erlaubnis aus einem anderen Mitgliedsstaat besitzt, vgl. zu dieser Entscheidung Kudlich/Berberich, ZfWG 2016, 126.

⁶ Vgl. hierzu – speziell mit Blick auf Internetsachverhalte – BGH, Beschl. v. 19.8.2014 – 3 StR 88/14 = NSTZ 2015, 81 (82); im Ergebnis auch bereits Heinrich, NSTZ 2000, 533 (534); vgl. auch Steinmetz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 86 Rn. 8 f.

⁷ Vgl. Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 284 Rn. 5.

⁸ Ablehnend etwa Berberich, Das Internet-Glücksspiel, 2004, S. 164 ff.; Klengel/Heckler, CR 2001, 243; zögernd auch Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 284 Rn. 19 („Anwendung deutschen Strafrechts fraglich“); Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 11 ff.; eingehend auch Brenner/Hambach, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.), Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, §§ 3, 9 StGB Rn. 10 ff.

⁹ Vgl. etwa OLG Hamburg, Urt. v. 10.1.2002 – 3 U 218/01 = MMR 2002, 471 (472 f.); OLG Köln, Urt. v. 21.04.2006 – 6 U 145/05 = ZUM 2006, 648 (649 f.); Ambos in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 9 Rn. 19.

¹⁰ Vgl. zur Kritik an BGHSt 46, 212 statt vieler bereits Kudlich, StV 2001, 395.

¹¹ Vgl. BGHSt 46, 212.

¹² Zu dessen Übertragung auf Glücksspielsachverhalte vgl. Krehl, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 284 Rn. 20a m.w.N.

StGB überzeugend abgelehnt.¹³ Der *Senat* argumentiert dabei (überzeugend nicht maßgeblich in den Kategorien unterschiedlicher Gefährdungsdelikte, sondern) mit dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 StGB und dem dort verwendeten Begriff des Erfolgs. Selbst wenn man § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB nicht in enger Auslegung auf Erfolgsdelikte i.S.d. gängigen Abgrenzung zwischen Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten beschränke (welche gerade eine eigenständige Dichotomie gegenüber der Kategorisierung in verschiedene Gefährdungs- und Verletzungsdelikte bildet¹⁴), fordere der Begriff doch jedenfalls „eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltveränderung“. So trete ein „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ nicht automatisch „an dem Ort [ein], an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete umgeschlagen ist oder gar nur umgeschlagen kann“.¹⁵ Selbst wenn man im „Veranstalten“ also kein reines Tätigkeitsdelikt sieht, genügt die Entstehung einer Gefahr für die von § 284 StGB geschützten Rechtsgüter am Ort der Durchführung des Spieles für § 9 Abs. 1 StGB nicht. Eine „Veränderung in der Außenwelt“ tritt vielmehr durch die Schaffung von Rahmenbedingungen für die Abhaltung der Zweitlotterie ein – und somit im Ausland (selbst wenn „vom Inland aus“ teilgenommen werden kann).

c) Kriminalpolitisch ist ein gewisses Interesse an einer Pönalisierung hier zwar (vorbehaltlich des wenig überzeugenden Gesamtkonzepts der deutschen Lotterie-Regulierung) insoweit verständlich, als durch den Betrieb von Glücksspielen auf ausländischen Servern bei einer restriktiven Anwendung deutschen Strafrechts Umgehungen drohen. Andererseits lässt sich kaum differenzieren, ob ein Angebot ausschließlich der Umgehung deutscher Verbote dient oder lediglich eine im Ausland zulässige Spielform darstellt, die über das Internet fast zwangsläufig auch von deutschen Teilnehmern nachgefragt werden kann. Auch droht ein „regulatorischer Overkill“, wenn Online-Glücksspiele durch ein weites Strafanwendungsrecht letztlich von sämtlichen denkbaren nationalen Rechtsordnungen erfasst werden, ohne dass lokale Erlaubnisvorschriften anerkannt werden. Diese negativen Sekundäreffekte dürften letztlich höher zu gewichten sein als die Schutzwürdigkeit deutscher Spieler, zumal wenn diese im Inland ganz legal Spielmöglichkeiten mit deutlich erhöhtem Suchtpotential (etwa beim Automatengeldspiel) ausgesetzt sind.

2. Suizid-Tourismus

a) Im November des vergangenen Jahres ist die neue Vorschrift zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Unterstützung beim Suizid in § 217 StGB n.F. eingeführt worden. Die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift erscheint in hohem Maße zweifelhaft, da das Leben des akut betroffenen Suizidenten

keines Schutzes vor sich selbst bedarf und die Sorge vor einem „suizidfreundlichen Klima“ in der Gesellschaft empirisch deutlich zu wenig abgesichert sein dürfte, um die massiven Beschränkungen des Selbstbestimmungsrechts am Lebensende zu rechtfertigen.¹⁶ Für den Suizidwilligen bedeutet die Neuregelung, dass er praktisch keine sachkundige Hilfe zur Gewährung eines sanften und würdevollen Todes in Anspruch nehmen darf. Nicht auflösbare Wertungswidersprüche liegen etwa zur Regelung des § 1901a BGB auf der Hand, nach der – unter im Wesentlichen nicht überprüfbaren Voraussetzungen errichtete – Patientenverfügungen für Zeitpunkte und Situationen möglich sind, die im Moment der Verfügung noch gar nicht bedacht werden konnten. Gleichwohl ist bis auf weiteres von der Geltung des § 217 StGB auszugehen, da ein Antrag auf einstweilige Anordnung vom BVerfG abgelehnt worden ist.¹⁷ Personen oder Institutionen, die bislang eine Suizidassistenten in Deutschland angeboten haben, dürften sich durch das neue Gesetz an der Fortsetzung ihrer Unterstützung gehindert sehen.¹⁸ Daher liegt die Annahme nicht fern, dass suizidwillige Personen eine Reise in Länder mit liberaleren und autonomiefreundlicheren Regelungen, wie etwa der Schweiz, antreten werden.

b) Der Schweizer Suizidhelfer, der ausschließlich in seinem Heimatland tätig wird, dürfte keine größeren Schwierigkeiten mit dem deutschen Strafrecht haben. Dies sollte selbst für vorbereitende Telefonate aus der Schweiz nach Deutschland gelten. Hier ist bereits fraglich, ob eine telefonische Beratung tatbestandlich als Gewährung einer Gelegenheit eingestuft werden kann. Zum anderen wird – entsprechend der Argumentation zum Glücksspiel – keine Gelegenheit „in Deutschland“ gewährt, sondern es werden Rahmenbedingungen in der Schweiz geschaffen.

Nicht plausibel begründbare Strafbarkeitsrisiken drohen jedoch solchen Personen, welche dem Suizidwilligen bei seiner Reise ins Ausland helfen, da darin eine Unterstützung des schweizerischen Haupttäters gesehen werden könnte. Hier greift die Vorschrift des § 9 Abs. 2 S. 2 StGB ein, nach welcher die Teilnahme an einer im Ausland begangenen Haupttat auch dann verfolgt werden kann, wenn die Haupttat am Tatort selbst nicht unter Strafe steht. Dies droht zu schwer erkläraren Wertungswidersprüchen zu führen, wenn etwa ein Freund des Suizidwilligen (der nicht unter den privilegierten Personenkreis des § 217 Abs. 2 StGB fällt) der lebensmüden Person in Deutschland zwar (sofern er nicht geschäftsmäßig handelt) die Mittel für einen Suizid verschaffen, nicht hingegen die Reise zu einem Schweizer Sterbehilfeverein organisieren dürfte.¹⁹ In seinem Zusammenspiel mit dem Strafanwendungsrecht wird hier die Absurdität der neuen

¹³ Vgl. BGH, Beschl. v. 19.08.2014 – 3 StR 88/14 = NStZ 2015, 81.

¹⁴ Vgl. statt vieler nur Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor § 13 Rn. 25 ff.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 19.8.2014 – 3 StR 88/14 = NStZ 2015, 81 (82).

¹⁶ Eingehend zur Problematik Hoven, ZIS 2016, 1; vgl. zur Neuregelung auch Duttge, NJW 2016, 120.

¹⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15.

¹⁸ Vgl. etwa die Pressemitteilung des Vereins Sterbehilfe Deutschland, Abruf etwa unter:

http://www.sterbehilfedeu.de/sbgf/files/PDF/2015-11-27_Bundesrat_billigt_%A7_217_StGB.pdf (29.2.2016).

¹⁹ Hoven, ZIS 2016, 1 (8).

gesetzlichen Strafvorschrift und ihre Tendenz zur Überkriminalisierung²⁰ deutlich.

c) Die hier drohende und anders als im ersten Beispiel auch nicht zu vermeidende Strafbarkeitsausweitung ist nicht nur dogmatisch überraschend, sondern auch kriminalpolitisch nicht überzeugend. Denn der vom Gesetzgeber vorgeblich verfolgte Zweck des Schutzes vor einem „suizidfreundlichen Klima“ in der deutschen Gesellschaft dürfte kaum erfordern, dass Privatpersonen bestraft werden, die (nicht geschäftsmäßig) suizidwillige Personen unterstützen, welche infolge der restriktiven deutschen Regelung Hilfe im Ausland suchen.²¹

3. Deutsche Organe ausländischer juristischer Personen im Außenwirtschaftsrecht

a) Eine – soweit ersichtlich – bisher noch wenig behandelte Problematik²² speist sich aus der Anwendung eines strengen aktiven Personalitätsprinzips auf das Handeln juristischer Personen. Friktionen entstehen dann, wenn ein deutsches Organ für eine ausländische juristische Person handelt und lediglich das Organ, nicht aber der Verband selbst Adressat der einschlägigen Verhaltensnorm ist.

Als Beispiel kann eine Konstellation aus dem Außenwirtschaftsstrafrecht dienen: Die in dieser Form durch die AWG-Novelle im Jahr 2013²³ eingeführte Vorschrift des § 18 Abs. 1 Nr. 1b AWG stellt unter Strafe, „einem [...] Verfügungsverbot über eingefrorene Gelder und wirtschaftliche Ressourcen [...] eines im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union veröffentlichten unmittelbar geltenden Rechtsaktes der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union“ zuwider zu handeln, „der der Durchführung einer vom Rat der Europäischen Union im Bereich der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme dient“. Ein solches Verbot wird etwa durch die (unmittelbar in jedem Mitgliedstaat geltenden²⁴) Verordnungen (EU)

Nr. 753/2011 des Rates vom 1. August 2011²⁵ und (EU) Nr. 269/2014 des Rates vom 17. März 2014 statuiert.²⁶ Beide Verordnungen bestimmen,²⁷ dass sämtliche Gelder und wirtschaftlichen Ressourcen, die im Eigentum oder Besitz von in Anhang I der Verordnung aufgeführten natürlichen Personen eingefroren sind, in keiner Form bewegt oder transferiert werden dürfen. Ein deutscher Staatsbürger wird nach Art. 17 lit. c) der Verordnung (EU) Nr. 269/2014 unproblematisch vom persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung erfasst. Ein Normkonflikt ergibt sich dann, wenn er als Organ eines Kreditinstituts tätig wird, das selbst seinen Sitz außerhalb eines Mitgliedsstaats der EU hat und daher nicht Adressat der Verordnung ist. Darf er nun daran mitwirken, dass einer natürlichen Person, deren Vermögen als „eingefroren gilt“, im normalen Bankverkehr Gelder überwiesen werden?

b) Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ist hier eindeutig zu bejahen. Dies gilt zwar nicht nach den allgemeinen Regeln der §§ 3 ff. StGB, da in diesen Fällen regelmäßig weder ein Taterfolg im Inland eintritt noch die Tathandlung im Inland vorgenommen wird. Auch das aktive Personalitätsprinzip in seiner allgemeinen Ausgestaltung in § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB ändert daran nichts, da es an der Strafbarkeit am Tatort fehlt. Indes werden diese allgemeinen Regelungen durch § 18 Abs. 10 AWG überlagert. Danach gilt § 18 Abs. 1-9 AWG unabhängig vom Recht des Tatorts auch für Taten, die im Ausland begangen werden, wenn der Täter Deutscher ist. Der Gesetzgeber hat hier also eine strenge Geltung des aktiven Personalitätsprinzips bestimmt.

c) Allerdings sprechen teleologisch gute Gründe dafür, die Reichweite des Tatbestandes insoweit einschränkend zu interpretieren.²⁸ Hierbei ist nämlich zu erwägen, ob der Adressatenkreis in Fällen wie dem vorliegenden gar nicht das Organ als natürliche Person, sondern „nur“ das Kreditinstitut erfasst. Eine solche Konstruktion würde dogmatisch die spontane Intuition „auffangen“, dass an Mitarbeiter innerhalb eines Kreditinstituts unterschiedliche rechtliche Anforderungen bei ihrer Aufgabenwahrnehmung gestellt würden. Es erscheint zumindest ungewöhnlich, dass der Angestellte eines Unternehmens im EU-Ausland bestimmte Tätigkeiten nicht

²⁰ Eindrucksvoll wird diese auch dadurch, dass nach allgemeinen dogmatischen Grundsätzen davon ausgegangen werden müsste, dass den Suizidwilligen, der bei einem Anderen um die Gewährung der Gelegenheit zum Suizid bittet, insoweit eine Anstiftungsstrafbarkeit trifft; glücklicherweise hat hier das BVerfG (Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15) mit einer dogmatisch zwar vielleicht nicht ganz einwandfreien Argumentation, aber mit einem guten Judiz eine – auch historisch-genetisch fundierte (vgl. BT-Drs. 18/5373) – Restriktion des Tatbestandes angenommen.

²¹ In den Fällen, in denen es dann um einen Suizid im Ausland geht, ist offensichtlich, dass den Betroffenen vom Gesetzgeber ein Bärendienst erwiesen worden ist, wenn sie ihr Selbstbestimmungsrecht nur durch eine beschwerliche Reise trotz im Einzelfall gesundheitlich prekärer Verhältnisse und fern der Heimat verwirklichen können.

²² Vgl. aber Kudlich, ZWH 2016, 1.

²³ Vgl. dazu mit Blick auf die Straf- und Ordnungswidrigkeitenvorschriften statt vieler nur Alexander/Winkelbauer, ZWH 2013, 341.

²⁴ Vgl. ABl. EG 2001 Nr. L 199, S. 5, sowie ABl. EG 2014 Nr. L 78, S. 10.

²⁵ Verordnung (EU) Nr. 753/2011 des Rates vom 1. August 2011 über restriktive Maßnahmen gegen bestimmte Personen, Gruppen, Unternehmen und Einrichtungen angesichts der Lage in Afghanistan.

²⁶ Verordnung (EU) Nr. 269/2014 des Rates vom 17. März 2014 (ABl. EG 2014 Nr. L 78, S. 6) über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen.

²⁷ Verordnung (EU) Nr. 753/2011 in ihrem Art. 3 Abs. 1; Verordnung (EU) Nr. 269/2014 in ihrem Art. 2 Abs. 1. Der Einfachheit halber wird im Folgenden jeweils die neuere Verordnung (EU) Nr. 269/2014 zitiert; in der Verordnung (EU) Nr. 753/2011 finden sich – anders nummeriert – ganz ähnliche Regelungen.

²⁸ Vgl. zum Folgenden ausführlich bereits Kudlich, ZWH 2016, 1 (3 ff.).

ausführen darf, „nur weil er Deutscher ist“ – während für die Bank selbst keine Beschränkungen gelten.

Wenn man das so sieht – etwa weil Geld, das bei einem Kreditinstitut „liegt“, eigentlich nur von diesem selbst, nicht von einer Privatperson „eingefroren“ werden kann –, wäre tauglicher Täter einer Tat nach § 18 Abs. 1 Nr. 1b AWG (jedenfalls in seiner Konkretisierung des Blanketts durch die hier in Rede stehende Verordnung) zunächst einmal nicht ein Mitarbeiter bzw. Organ der Bank, sondern nur diese selbst.

Für ein Organ der juristischen Person (dessen Vorliegen anhand seiner Stellung nach dem lokalen Recht zu prüfen wäre) gilt dann zwar § 14 StGB. Indes können danach nur solche persönlichen Merkmale zugerechnet werden, die in der Person der juristischen Person (das heißt hier also: des Kreditinstituts) vorliegen. Fehlt es dieser aber – mangels Subsumierbarkeit unter Art. 17 lit. d) bzw. e) der Verordnung (EU) Nr. 269/2014 bzw. angesichts der fehlenden Anwendbarkeit der Rechtsakte der Europäischen Union auf den Nicht-Mitgliedstaat – an einer tauglichen Tätereigenschaft, so kann diese auch den Organen nicht zugerechnet werden.

Ein ähnliches Ergebnis würde erzielt, wenn man nicht den Adressatenkreis einschränkend interpretiert, sondern das Handlungsobjekt. Denn das „Einfrieren von Geldern“ wird zwar in der Verordnung nicht näher hinsichtlich des „Vorganges“ (sondern nur hinsichtlich des gewünschten Ergebnisses der Verhinderung des Transfers, vgl. Art. 1 lit. f) beschrieben; an verschiedenen Stellen in der Verordnung (EU) Nr. 269/2014 entsteht indes der Eindruck, dass das Einfrieren jedenfalls von Konten einen Organisationsakt der Bank darstellt.²⁹ Ist zumindest bei Buchgeld das Einfrieren aber ein durch das Kreditinstitut durchzuführender Akt, so lässt sich gut vertreten, dass dem Anwendungsbereich der Verordnung nur solche Gelder unterfallen, die auf Konten von Kreditinstituten in EU-Mitgliedstaaten eingefroren sind.

d) Es gibt im vorliegenden Fall mithin zwar – anders als im Beispiel zu §§ 217, 9 Abs. 2 S. 2 StGB unter 2. – dogmatische Wege, eine interessengerechte Lösung zu begründen. Diese steht aber durchaus (noch) auf unsicherem Boden und kann angesichts der bislang fehlenden Diskussion in Wissenschaft und Praxis keinesfalls als „gesichert“ gelten.³⁰ Rechtspolitisch scheint freilich die hier vorgeschlagene restriktive Auslegung angezeigt. Denn das „politische Signal“, das durch eine entsprechende EU-Verordnung mit dem Einfrieren von Konten bestimmter Personen gegeben werden soll, wird durch Transaktionen einer Bank in einem Nicht-EU-Staat nicht etwa schon deshalb in einer der Bundesrepublik Deutschland „zurechenbaren“ Weise „konterkariert“, weil diese Bank ein deutsches Vorstandsmitglied hat.

²⁹ So etwa in Art. 4 Abs. 1 lit. c) („Bezahlung von Gebühren oder Kosten für die routinemäßige Verwahrung oder Verwaltung eingefrorener Gelder“) oder Art. 7 Abs. 1 („Kreditinstitute“ dürfen „Gelder, die von Dritten [...] überwiesen werden, auf den eingefrorenen Konten gut[zuschreiben“) bzw. Abs. 2 („eingefrorene Konten“).

³⁰ Deshalb für den vorliegenden Fall auch zu anderen denkbaren Alternativen einer Strafrechtsvermeidung *Kudlich*, ZWH 2016, 1 (5 f.).

4. Das neue internationale Korruptionsstrafrecht, § 335a StGB

a) Durch die im November letzten Jahres in Kraft getretene Vorschrift des § 335a StGB wurden bislang teilweise im Gesetz zur Bestimmung internationaler Bestechung (Int-BestG) und im EU-Bestechungsgesetz (EUBestG) bestehende Regelungen ins Kernstrafrecht überführt sowie der Anwendungsbereich deutschen Korruptionsstrafrechts erheblich ausgedehnt. Nach § 335a StGB stehen für die Anwendung der §§ 332 und 334 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung) einem Richter auch ein Mitglied eines ausländischen und eines internationalen Gerichts³¹ und einem sonstigen Amtsträger auch Bedienstete ausländischer Staaten oder internationaler Organisationen gleich.

Der Tatbestand des § 335a StGB setzt, anders als seine Vorgängernorm im IntBestG, nicht länger voraus, dass mit der Bestechung ein Auftrag oder ein unbilliger Vorteil „im internationalen geschäftlichen Verkehr“ bezweckt werden muss. Das Verbot der Auslandskorruption stellt sich damit nicht länger als Exklusivvorschrift für den Geschäftsverkehr dar, sondern erfasst jede Form der Bestechung ausländischer Amtsträger.³² Auch der deutsche Tourist macht sich nunmehr nach § 335a StGB strafbar, wenn er im Ausland einen Polizeibeamten „schmiert“.³³ Die zweite wesentliche Ausdehnung der Norm besteht in der Einbeziehung der Nehmerseite. Während das IntBestG ausschließlich den deutschen Geber bestraft, erlaubt § 335a i.V.m. § 332 StGB nunmehr auch die Sanktionierung des ausländischen Amtsträgers.

b) Besondere Relevanz gewinnen die tatbestandlichen Erweiterungen auch hier im Zusammenspiel mit den Bestimmungen des Strafanwendungsrechts. Der Gesetzgeber hat § 335a StGB durch die strafanwendungsrechtliche Regelung des § 5 Nr. 15 lit. a) StGB flankiert, die – im Gegensatz zu § 7 Abs. 2 StGB – keine Strafbarkeit der Handlung am Tatort voraussetzt. Der deutsche Staatsangehörige kann also auch dann wegen § 335a StGB verfolgt werden, wenn sein Verhalten im Ausland gar nicht mit Strafe bedroht ist. Zwar dürfte ein solcher Fall aufgrund der nahezu global geltenden Antikorruptionsgesetze praktisch selten sein. Doch trägt das Bestreben, die Integrität ausländischer Verwaltungen auch gegen deren Willen zu schützen, durchaus „strafrechtsimperialistische“³⁴ Züge.³⁵

³¹ Insoweit ist die Verweisung also weiter als in § 162 StGB, da die internationalen Gerichte nicht näher spezifiziert sind und die ausländischen pauschal übernommen werden. Für Richter und sonstige Bedienstete des Internationalen Strafgerichtshofs ist dies nach § 335a Abs. 2 StGB sogar bei der bloßen Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung der Fall.

³² Freilich dürfte die Konstellation der Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr auch weiterhin einer der Hauptanwendungsfälle der Strafverfolgung sein.

³³ Da § 335a StGB lediglich auf § 334 StGB verweist (und nicht auf § 333 StGB), ist allerdings eine Dienstpflichtverletzung des ausländischen Amtsträgers erforderlich.

³⁴ *Schünemann*, GA 2003, 306; *ders.*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), *Auslandsbestechung*, 2016, S. 25.

³⁵ *Weigend*, in: Hoven/Kubiciel (Fn. 34), S. 109 (117).

Nicht minder weit geht die Sonderregelung in § 5 Nr. 15 lit. d) StGB. Besticht ein dänischer Staatsbürger in Dänemark einen dänischen Verwaltungsbeamten, der neben der dänischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, so soll deutsches Strafrecht anwendbar sein. Vor deutschen Gerichten könnte hier nicht nur der Amtsträger, sondern auch der dänische Vorteilsgeber angeklagt werden. Ein deutsches Interesse an der Bestrafung des dänischen Bürgers wird hier allein über die Staatsangehörigkeit des Nehmers konstruiert. Zwar ist eine solche Verknüpfung, wie § 7 StGB zeigt, grundsätzlich möglich. Doch unterscheidet sich die Konstellation der Auslandskorruption grundlegend von den Fällen des passiven Personalitätsprinzips, da durch die Tat keine Rechtsgüter eines deutschen Opfers verletzt werden (sondern der Amtsträger mit deutscher Staatsangehörigkeit vielmehr aktiv an der Straftat mitwirkt). Auch das insbesondere in § 5 Nr. 1-5 StGB verankerte Schutzprinzip kann für unseren Fall nicht nutzbar gemacht werden, da die Bestechung allein zu Lasten der ausländischen Verwaltung geht. Ein „besonderer Inlandsbezug“ lässt sich hier also weder mit einer diplomatenrechtlichen Schutzfunktion³⁶ noch mit eigenen Integritätsinteressen des deutschen Staates³⁷ begründen.

Darüber hinaus gilt das deutsche Strafrecht nach dem Territorialitätsprinzip bereits dann, wenn der Handlungs- oder Erfolgsort der Tat im Inland lag. Soweit die territoriale Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach §§ 3 ff. StGB zu bejahen ist, sind Bestechungshandlungen gegenüber ausländischen Amtsträgern grundsätzlich in identischer Weise zu verfolgen wie gegenüber inländischen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Bestechung durch einen Deutschen (der etwa einem ausländischen Amtsträger Geld überweist – Tathandlung im Inland) oder auch durch einen Ausländer nur rein zufällig auf deutschem Territorium erfolgt (Russe R trifft in der Lounge des Frankfurter Flughafens den japanischen Amtsträger J und überreicht ihm Geld; R und J hatten beide nur einen zeitlich parallelen Aufenthalt zum Umstieg in Frankfurt, ohne sich dabei länger in Deutschland aufhalten zu wollen).

c) Es mutet insgesamt schlicht seltsam an, eine Bestechung ohne „deutsche Beteiligung“ bei bloß zufälligem Aufenthalt auf deutschem Boden vor deutschen Gerichten zu ahnden. Dogmatisch können solche Konsequenzen freilich nicht vermieden werden. Der Hinweis des Regierungsentwurfs, solchen „Extremsituationen“ könne „im Rahmen der Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung sowie auf prozessualer Ebene Rechnung getragen werden“³⁸, hilft hier wenig weiter. Zum einen ist nur schwer ersichtlich, welcher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund eine Strafbarkeit wegen Auslandsbestechung ausschließen sollte.³⁹ Zum

anderen würde die für Auslandstaaten einschlägige und im Entwurf exemplarisch genannte Vorschrift des § 153c StPO in unserem Beispielsfall mit R und J nicht weiterhelfen, da es sich um eine Inlandstat handelt.⁴⁰ Prozessuale Lösungen sind zwar grundsätzlich denkbar (und möglicherweise Ausdruck von „Klugheit“ in der Rechtsanwendung); sie sind jedoch zugleich Indiz für eine materiell-rechtlich zumindest unglückliche Regelung. Nicht der gerichtlichen Praxis, sondern dem Gesetzgeber obliegt es, der staatlichen Strafgewalt sinnvolle Grenzen zu ziehen.

Dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Auslandskorruption nicht Fälle wie den von J und R vor Augen hatte, dürfte ebenso augenscheinlich sein wie der Umstand, dass durch die Konstruktion exotischer und unwahrscheinlicher Sachverhaltskonstellationen häufig auch für an sich vernünftige Regelungen zweifelhafte Einzelfallkonstellationen gezeichnet werden können. Freilich geht das Problem hier tiefer: Denn in Anbetracht der erheblichen Ausdehnung der Strafbarkeit stellt sich die Frage, welches Rechtsgut durch die korruptive Manipulation ausländischer Verwaltungen eigentlich geschützt werden soll. Durch den Verzicht auf den bisher geltenden Geschäftsbezug lässt sich der Tatbestand nicht länger in all seinen Facetten mit dem Schutz des fairen internationalen Wettbewerbs legitimieren. Dass sich hier der Schutzzweck unter Berufung auf das Zusammenwachsen der globalisierten Welt und auf die Verantwortung Deutschlands innerhalb derselben konstruieren lässt, liegt auf der Hand. Seine auch nur rechtspolitische (um nicht einmal eine strafrechtstheoretische Bewertung vorzunehmen) Überzeugungskraft ist aber geringer, als man ganz spontan meinen möchte. Soweit dahinter der Gedanke steht, dass gleichsam ein „Export deutscher Redlichkeitswerte“ ins Ausland erforderlich sei, ist dies keineswegs selbstverständlich: Soweit es nämlich nicht um Rechtspolitik und die Schaffung von Strafnormen im Inland, sondern um Außenpolitik geht, kann nicht übersehen werden, dass hier immer wieder im Wege einer Abwägung Kompromisse eingegangen werden. Ist die Zusammenarbeit mit einem Staat – etwa im Zusammenhang mit der Lösung der Flüchtlingskrise – politisch angezeigt, werden auch von deutscher Seite mit Blick auf die Grundrechtsgeltung (etwa die Pressefreiheit) in diesem Staat viel weniger Bedenken angemeldet, als wenn derselbe Staat seinerseits in einer Erwartungshaltung, etwa mit Blick auf ein privilegiertes Verhältnis zur Europäischen Union, ist.

Das alles ist nur allzu menschlich und politisch nachvollziehbar. Wenn die eigenen Prinzipien („Welche Erwartungshaltung hat man an die Garantie der Grundrechte weltweit?“) aber letztlich in der Kommunikation der Regierung eines Landes mit anderen Nationen auch stark von der jeweiligen Interessenlage („Wer braucht gerade etwas, wer hat gerade etwas zu bieten?“) abhängt, kann man sich eines gewissen Eindrucks der Bigotterie nicht erwehren, wenn die gleiche

³⁶ Ambos (Fn. 9), Vor § 3 Rn. 60.

³⁷ So ließen sich Angriffe gegen nationale, staatliche Rechtsgüter legitimieren, Böse (Fn. 8), § 5 Rn. 7. Hier ist jedoch allein die dänische und nicht die deutsche Verwaltung betroffen.

³⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 18.3.2015, BT-Drs. 18/4350, S. 24.

³⁹ So auch Weigend (Fn. 35), S. 109 (117).

⁴⁰ Ein Absehen von einer Strafverfolgung wäre hier also z.B. nach § 153c Abs. 1 S. 2 StPO möglich, wenn R und J nicht in der Lounge des Frankfurter Flughafens, sondern über ausländischem Territorium allein in einem deutschen Luftfahrzeug gehandelt hätten.

Regierung ihren Bürgern für den Umgang mit ausländischen Staaten eine gleichbleibende Orientierung an den hohen Standards deutschen Korruptionsstrafrechts auferlegt.

IV. Zusammenfassung und Fazit

Sowohl das Strafanwendungsrecht als auch die Frage der inhaltlichen Reichweite von Straftatbeständen mit Blick auf (zumindest scheinbar) ausländische Rechtsgüter sind altbekannte Fragestellungen. Die mit ihnen verbundenen Probleme gewinnen aber durch neue Phänomene oder aber neue Vorschriften (bei denen sich die Problematik besonders deutlich zeigt) immer wieder und mit einer zunehmenden Tendenz zur Ausweitung deutschen Strafrechts an Bedeutung.

Ein Kernproblem liegt dabei darin, dass letztlich „Werte exportiert“ und mit Hilfe des deutschen Strafrechts auch im Ausland durchgesetzt werden sollen. Nun ist das deutsche Strafrecht als solches ohne Zweifel ein erfolgreicher Exportartikel.⁴¹ Es steht also selbstverständlich jedem ausländischen Gesetzgeber frei, entsprechende Regelungen auch im Geltungsbereich seines nationalen Strafrechts zu formulieren. Diese betreffen dann grundsätzlich auch Deutsche, die in dem Land straffällig werden. Wo aber in einem Land kein vergleichbares Schutzniveau angestrebt wird, erscheint es in hohem Maße fraglich, ob es die Aufgabe des deutschen Strafrechts sein soll, entsprechende Defizite auszugleichen.

Dabei lassen sich Probleme des Strafanwendungsrechts häufig bereits durch eine restriktive Auslegung lösen. Eine Vielzahl von Delikten stellt – in einem weiteren Sinne – eine Form des „Zugänglichmachens“ unter Strafe. Dies gilt für das Angebot von Glücksspielen oder das Online-Stellen sonstiger inkriminierter Inhalte ebenso wie für die Gewährung der Möglichkeit zum Suizid. Setzt man eine „Erreichbarkeit vom Inland aus“ nicht mit einem tatbestandlichen „Erfolg im Inland“ gleich, so werden zumindest originäre Auslandssachverhalte nicht vom Geltungsbereich des deutschen Strafrechts erfasst.

Größere Probleme bereiten die extrem weite Anwendung deutschen Strafrechts auf Teilnehmer (auch bei ausländischer Strafflosigkeit) nach § 9 Abs. 2 S. 2 StGB, ein (über)strenges aktives Personalitätsprinzip (wenn wertungsmäßig eigentlich nicht auf die handelnde Person, sondern auf ihre Institution abgestellt werden sollte) und die Erweiterung von Straftatbeständen auf den Schutz ausländischer Rechtsgüter. In diesen Konstellationen sind oftmals keine einfachen dogmatischen Lösungen für eine überbordende Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht möglich. Eine Entgrenzung des deutschen Strafrechts ist in zweifacher Hinsicht problematisch: Mit Blick auf den ausländischen Staat stellt sie eine Verletzung des Nicht-einmischungsprinzips dar und für den deutschen Bürger vermag sie kein überzeugendes Schutzgut mehr zu formulieren.

⁴¹ Vgl. dazu auch *Kudlich*, in: Streng/Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich* 2012, S. 169 (170 ff.).

§ 23 Abs. 3 StGB: grob unverständiges Strafrecht

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

I. Einleitung

Die Kriminalpolitik der jüngeren Vergangenheit und der Gegenwart wirkt auf das geltende Strafrecht überwiegend expansiv und verschärfend ein. Vor allem seit der Amtsübernahme von Justizminister Heiko Maas verstärkt sich der Eindruck, dass die Politik das Strafrecht als Allzweckwaffe einsetzt zur Bekämpfung sozialer Störungen, für die individuelles menschliches Verhalten als Ursache festgestellt werden kann. Jüngstes Beispiel sind die Spontanreaktionen auf die Ereignisse in der Silvesternacht vor dem Kölner Hauptbahnhof. Das Rechtsgut scheint in der Strafrechtsgesetzgebung keine echte Schrankenwirkung zu entfalten, wofür das neue Antidopinggesetz als Beispiel angeführt sei.¹ Schön wäre es, wenn zur Dämpfung dieses kriminalpolitischen Drangs zur Vielstraferei „Expertendiskurse wenigstens die kommunikative Vernunft der Experten zur Geltung“ bringen könnten.² Eine Rückwärtsbewegung – Entkriminalisierung – gibt es gegenwärtig offenbar nicht, obwohl dem Strafrecht stellenweise gewiss Vereinfachung und Entrümpelung gut tun würde. Als etwas jüngerer Kollege kann man richtig neidisch werden, wenn man liest, wie *Arthur Kreuzer* von den „goldenen Zeiten wohldurchdachter, maßvoller Kriminalpolitik“ der 1960er/1970er Jahre berichtet.³ Kurz danach stellt der *Autor* mit resigniertem Unterton fest: „All das [z.B. Strafrecht als ultima ratio] scheint nicht mehr zu gelten.“⁴ Ansatzpunkte für eine Gegenbewegung finden sich im geltenden StGB vor allem im Besonderen Teil. Beispielsweise könnte auf die Strafbarkeit von Inzest (§ 173 StGB)⁵, Exhibitionismus (§§ 183, 183a StGB)⁶ und Tierpornographie

(§ 184a StGB)⁷ verzichtet werden, ohne dass dies gesellschaftlichen Schaden nach sich ziehen würde. Auch im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, auf dessen hohes dogmatisches und gesetzestechnisches Niveau wir stolz sein dürfen, wird nach einer kritischen Durchsicht Korrekturbedarf zu finden sein. Zugegebenermaßen bestünden die Reparaturmaßnahmen überwiegend in Ergänzung – z.B. im Bereich strafrechtsrelevanter Irrtümer, bei den Garantenstellungen und bei der rechtfertigenden Einwilligung – und Klarstellung, weniger in Rücknahme und Einschränkung. Aber entfernt werden könnten und sollten Vorschriften, die überflüssig, irreführend oder sogar strafrechtsdogmatisch verfehlt sind. Dass es solche Tretminen im Strafgesetzbuch gibt, mag man sich ungern vorstellen und es ist auch tatsächlich die seltene Ausnahme. Eindeutig trifft jedoch zumindest das Urteil dogmatischer Fragwürdigkeit zu auf zwei Vorschriften, die wahrscheinlich deswegen fast niemand – von einigen Rufern in der Wüste abgesehen⁸ – in Frage stellt, weil sie keinen praktischen Schaden anrichten und die Strafrechtspflege – anders wohl die Strafrechtswissenschaft⁹ – nicht mit spürbarem Arbeitsaufwand belasten. Gemeint sind § 23 Abs. 3 StGB¹⁰ und der darauf verweisende § 30 Abs. 1 S. 3 StGB, an denen in der Literatur wenig Anstoß genommen wird, weil praktische Fälle, auf die diese Vorschriften anzuwenden sein könnten, kaum vorkommen.¹¹ Die Verfassungs-

* Der *Autor* ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ *Maas*, NStZ 2015, 305 (307); zur Kritik vgl. *Kreuzer*, in: Gropp u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 1 (18), im Erscheinen.

² *Vogel*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 105 (115).

³ *Kreuzer* (Fn. 1), S. 10.

⁴ *Kreuzer* (Fn. 1), S. 11.

⁵ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 173 Rn. 3; *Frommel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 173 Rn. 13; *M. Heinrich*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 131 (134); *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 457; *Ritscher*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 173 Rn. 7; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 43.

⁶ *Fischer* (Fn. 5), § 183a Rn. 2a; *M. Heinrich* (Fn. 5); *Hörnle* (Fn. 5), S. 462; *Roxin* (Fn. 5), § 2 Rn. 30.

⁷ *Fischer* (Fn. 5), § 184a Rn. 8; *Hörnle*, in: Joecks/Miebach (Fn. 5), § 184a Rn. 2; *dies.* (Fn. 5), S. 433.

⁸ So *Hirsch*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Fn. 2), S. 711 (712), über den konsequenten Objektivisten *Günter Spendel*, einen entschiedenen Gegner der subjektiven Versuchstheorie.

⁹ *Brockhaus*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 23 Rn. 18: „dogmatisches Glasperlenspiel“.

¹⁰ *Hirsch*, in: Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 31 (43).

¹¹ *Bloy*, ZStW 113 (2001), 76; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 364; *Wolters*, Das Unternehmensdelikt, 2001, S. 275 Fn. 705; *Zoll*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 655 (zum polnischen Strafrecht). Zu § 30 Abs. 1 S. 3 StGB ist in Kommentaren wenig zu lesen, obwohl die Kompliziertheit der Norm gewiss Stoff für eine 200-Seiten-Monographie liefert. Die ausführliche Übersicht vor der Kommentierung des § 30 durch *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, S. 2112, enthält keinen Hinweis auf § 30 Abs. 1 S. 3, das alphabetische Stichwortverzeichnis verweist unter „Unverständsklausel“ auf drei Randnummern, in denen zu § 30 Abs. 1 S. 3 nichts Tiefgründiges mitgeteilt wird. Recht ausführlich jetzt *Rogall*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstrukti-

widrigkeit ihrer Existenz¹² wird daher in der Rechtswirklichkeit nicht spürbar. Selbst wenn es Fälle gibt und diese den Strafverfolgungsbehörden sogar bekannt werden¹³, ist die einzige vernünftige Behandlung, die ihnen zuteilwerden kann, die Nichtverfolgung gem. § 153 Abs. 1 StPO oder zumindest § 153b StPO.¹⁴ Schon deswegen,¹⁵ aber auch noch aus einem weiteren Grund ist Absatz 3 des § 23 ein Ärgernis: Denn das Gesetz macht hier eine Aussage, die strafrechtsdogmatisch kaum haltbar ist.¹⁶ Die hier behauptete Strafbarkeit eines untauglichen Versuchs basiert auf einem Vorsatz, dessen Gegenstand keine vollendete objektiv tatbestandsmäßige Tat sein kann. Diesen Eindruck drängen zumindest die Beispielfälle auf, die in Ermangelung geeigneter realer Sachverhalte von der Literatur im Kontext des § 23 Abs. 3 StGB ohne nähere Erörterung der Vorsatzvoraussetzung präsentiert werden.¹⁷

Im Übrigen sollte bei der Bewertung einer Norm wie § 23 Abs. 3 StGB auch der Umstand ins Kalkül gezogen werden, dass über die Brücken-Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB einem aus grobem Unverstand begangenen untauglichen Versuch¹⁸ qualitativ und quantitativ das Format sogar eines vollendeten Verbrechens mit hoher Strafdrohung zugeschrieben werden kann.¹⁹ Die Egalisierung von Versuch und Voll-

endung ist schon bei tauglichen Taten ein Gesetzgebungsexzess, der zumindest durch eine Entsprechungsklausel nach dem Muster des § 13 Abs. 1 („[...] durch ein Tun entspricht“) oder durch Anwendbarkeit des § 23 Abs. 2 StGB abgemildert werden müsste. Vollends inakzeptabel ist die Vollendungsstrafbarkeit beim aus grobem Unverstand begangenen untauglichen Versuch. Soll wirklich mit einer Freiheitsstrafe von fünf bis 15 Jahren bestraft werden können, wer sich unter „Kernenergie“ (§ 307 Abs. 1 StGB) die Explosivkraft eines erhitzten Gemischs aus zerstampften Kirsch- und Pfirsichkernen vorstellt und glaubt, damit Leib, Leben und wertvolle Sachen gefährden zu können? Das ist wohl die unvermeidliche Konsequenz, da nach h.M. beim materiell unvollendeten Unternehmensdelikt nicht nur § 23 Abs. 2 StGB,²⁰ sondern auch § 23 Abs. 3 StGB ausgeschlossen ist²¹ und auch der Vorschlag von *Jakobs*, § 23 Abs. 3 StGB analog auf „Delikte mit vorverlagerter Vollendung“ anzuwenden,²² keine zustimmende Resonanz gefunden hat.²³ Die Konsequenz bliebe indessen aus, wenn eine derartige Tat den Tatbestand der

on, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 859 (873 ff.).

¹² So zutreffend *Botke*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 135 (143).

¹³ Man fragt sich, was das eigentlich für „Anhaltspunkte“ (§ 152 Abs. 2 StPO) sein sollen, die der Staatsanwaltschaft Anlass geben können, den Sachverhalt zu erforschen (§ 160 Abs. 1 StPO). Welcher Staatsanwalt würde gegen den „Tatverdächtigen“, der mit einem Luftgewehr auf ein 1.000 Meter hoch fliegendes Flugzeug schießt, gem. § 112 Abs. 3 StPO einen Haftbefehl beantragen?

¹⁴ *Ellbogen/Wilper*, studere 2014/2, S. 34 (39); *Hirsch* (Fn. 8), S. 725; *ders.* (Fn. 10), S. 42; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 770; *Herzberg/Hoffmann-Holland*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 23 Rn. 58; *Kudlich/Schuh*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 23 Rn. 16.

¹⁵ *Roxin* (Fn. 11), § 29 Rn. 369: „Die Fälle des ‚groben Unverstands‘ bedürfen im Grunde keiner Strafe“.

¹⁶ *Hirsch* (Fn. 8), S. 715.

¹⁷ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 23 Rn. 12, „[...] der den Vorsatz in diesen Fällen verneint, was jedoch mit dem subjektiven Element in § 22 StGB nicht vereinbar ist.“

¹⁸ Die h.M. erstreckt § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB auch auf den untauglichen Versuch, vgl. *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 11 Rn. 44; für die Beschränkung der Unternehmensdelikte auf wirklich gefährliche Versuche *Hirsch* (Fn. 8), S. 727.

¹⁹ *Hillenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1,

12. Aufl. 2007, Vor § 22 Rn. 124. Im Ergebnis richtig ist die ohne Begründung aufgestellte Behauptung, der grob unverständige Versuch falle nicht unter § 11 Abs. 1 Nr. 6; so *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 11 Rn. 113; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 11 Rn. 60. Mit der Behandlung des § 23 Abs. 3 StGB in diesen Kommentaren stehen diese Äußerungen allerdings nicht im Einklang, vgl. *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 23 Rn. 39 ff.; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (a.a.O. – Bd. 1), § 23 Rn. 15 ff. Gar keine Bemerkung zu § 23 Abs. 3 StGB im Kontext des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB findet man bei *Tsambikakis*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 9), § 11 Rn. 56; *Fischer* (Fn. 5), § 11 Rn. 28b; *Hilgendorf*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (a.a.O. – Bd. 1), § 11 Rn. 84; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 11 Rn. 39 ff.; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 11 Rn. 41 f.

²⁰ *Fischer* (Fn. 5), § 11 Rn. 28b; *Hilgendorf* (Fn. 19), § 11 Rn. 84; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 126; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 19), § 11 Rn. 41; *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 11 Rn. 114; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 19), § 11 Rn. 58; *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 40. Lfg., Stand: Februar 2005, § 11 Rn. 42; *Satzger* (Fn. 19), § 11 Rn. 39.

²¹ *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 25/5; *Hillenkamp* (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 124; *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 20), § 40 Rn. 128; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 11 Rn. 45; a.A. *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Fn. 19), § 11 Rn. 42; *Wolters* (Fn. 11), S. 277.

²² *Jakobs* (Fn. 21), 25/85, der aber nicht explizit auf Unternehmensdelikte eingeht, sondern als Beispiel die Urkundenfälschung nennt.

²³ *Hillenkamp* (Fn. 19), § 23 Rn. 75; *Zaczyk* (Fn. 19), § 23 Rn. 22. Auch diese Autoren gehen nicht auf § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB ein.

Vorschrift nicht erfüllen würde. Dazu bedürfte es aber des Nachweises, dass die Tat kein untauglicher Versuch des Freisetzens von Kernenergie ist. Da es sich nach der Überzeugung des *Autors* so verhält, soll hier versucht werden, dieses Ergebnis für den auf grobem Unverstand beruhenden Versuch allgemein zu begründen.

II. Tauglicher und untauglicher Versuch

1. Strafbarkeit gem. § 22, 23 Abs. 3 StGB

Der untaugliche Versuch ist nach überwiegender Ansicht ein strafbarer Versuch im Sinne des § 22 StGB, also eine objektiv und subjektiv tatbestandsmäßige²⁴ Tat.²⁵ Angeblich werde durch den betätigten rechtsfeindlichen Willen in der Allgemeinheit der Eindruck eines Angriffs auf die Rechtsordnung erweckt und dadurch das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in den Rechtsfrieden erschüttert.²⁶ Empirische sozialwissenschaftliche Untersuchungen, die diese Behauptung stützen, sind mir nicht bekannt, werden jedenfalls in den strafrechtsdogmatischen Texten zu dem Thema nicht angegeben. Aus dem Gesetzestext lässt sich die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs allerdings entgegen der h.M. nicht mit jedem Zweifel ausschließender Sicherheit herleiten. Zwar bringt § 23 Abs. 3 StGB unzweideutig den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, untaugliche Versuche den tauglichen Versuchen gleichzustellen.²⁷ Das erkennen selbst *Autoren* an, die den

untauglichen Versuch generell für strafunrechtsuntauglich halten.²⁸ Aber auch ein Gesetzgeber – die im Gesetzgebungsverfahren aktiven Individuen – kann sich irren.²⁹ Und dort, wo er sich nicht geirrt hat, ist es gleichwohl Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, die geltenden Gesetze kritisch zu hinterfragen.³⁰ Aus § 23 Abs. 3 StGB „ergibt“ sich nur, dass der Gesetzgeber diese Vorschrift geschaffen hat und dass sie Bestandteil des geltenden positiven Rechts ist, nicht aber, dass der grob unverständige Versuch „strafwürdig“ ist.³¹ Wie gering die Verbindlichkeit gesetzgeberischer Willensbekundungen geschätzt wird, zeigt z.B. die Debatte um das Erfordernis eines „Absatzerfolgs“ bei der vollendeten Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 StGB.³² Zusätzlich verweist die Literatur zur Begründung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs auf die subjektive Komponente des § 22 StGB „nach seiner Vorstellung“.³³ Auch diese Ableitung ist nicht stichhaltig. Ihr ist entgegenzuhalten, dass § 22 StGB allein die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch regelt, zu den Voraussetzungen eines strafbaren Versuchs im Übrigen aber keine Festle-

²⁴ Nur auf diesen Stufen des Straftaufbaus kann es einen Unterschied zwischen tauglichem und untauglichem Versuch geben.

²⁵ Ebert, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2001, S. 124; Eser/Bosch (Fn. 17), § 22 Rn. 60; Freund, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 211 (216); B. Heinrich, *Jura* 1998, 393; Herzberg, *GA* 2001, 257; Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 24; Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, Rn. 288; Kaspar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2015, Rn. 749; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 183; Heger, in: Matt/Renzikowski (Fn. 19), § 23 Rn. 8; Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 48; Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl. 2004, § 18 Rn. 58; Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, § 35 Rn. 1; Satzger, *Jura* 2013, 1017 (1019); Kudlich/Schuh (Fn. 14), § 22 Rn. 21; Valerius, *JA* 2010, 113.

²⁶ Kaspar (Fn. 25), Rn. 750; Valerius, *JA* 2010, 113.

²⁷ BGHSt, 41, 94 (96); Bloy, *ZStW* 113 (2001), 76 (78); Bottke (Fn. 12), S. 145; Brockhaus (Fn. 9), § 23 Rn. 19; Ellbogen, in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter (Hrsg.), *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag* 2015, 2015, S. 125 (126); Ha, *Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs*, 1991, S. 46; Hilgendorf/Valerius (Fn. 25), § 10 Rn. 24; Jäger (Fn. 25), Rn. 288; Kaspar (Fn. 25), Rn. 752; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 183; Heger (Fn. 27), § 23 Rn. 10; Radtke, *JuS* 1996, 878 (879); Rath, *JuS* 1998, 1106 (1111); Valerius, *JA* 2010, 113;

Zoll, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Fn. 11), S. 655 (658).

²⁸ Hirsch (Fn. 10), S. 35; Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 462; Zaczyk (Fn. 19), § 22 Rn. 34; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S. 149.

²⁹ Bottke (Fn. 12), S. 141; zurückzuweisen ist die Behauptung, dass § 23 Abs. 3 StGB die Strafbarkeit des „normalen“ untauglichen Versuchs „beweise“, so aber Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 86; dazu Wolters (Fn. 11), S. 277. Timpe, *ZStW* 125 (2013), 755 (760), zieht offenbar die Möglichkeit gesetzgeberischer Fehlentscheidung nicht in Erwägung und schlägt daher als Surrogat für den fehlenden strafwürdigkeitsrelevanten Gefährdungserfolg ein „qualitativ anderes Unrecht“ oder einen „Paradigmenwechsel“ vor.

³⁰ Hirsch (Fn. 10), S. 34; Vogel (Fn. 2), S. 114.

³¹ So aber Timpe, *ZStW* 125 (2013), 755.

³² Küper, *JuS* 1975, 633 (635): „Die ‚klarstellende‘ subjektive Zielsetzung Gesetzgebers steht nicht mehr im Einklang mit dem ‚objektiven Sinn‘ der Vorschrift, wie er sich aus dem unmißverständlichen Wortlaut, aber auch – und vor allem – aus dem materiellen Gehalt des Hehlereiunrechts ergibt.“; umfassend Küper/Zopfs, *Strafrecht Besonderer Teil*, 9. Aufl. 2015, Rn. 13-17. Zugegebenermaßen hat § 23 Abs. 3 StGB einen eindeutigen Wortlaut, dem kein abweichender Gesetzgebungswille entgegensteht, während das Merkmal „absetzt“ nach h.M. zum gesetzgeberischen Willen konträr steht.

³³ Ha (Fn. 27), S. 46; B. Heinrich, *Jura* 1998, 393; Herzberg, *GA* 2001, 257; Jäger (Fn. 25), Rn. 288; Kaspar (Fn. 25), Rn. 749; Kühl (Fn. 29), § 15 Rn. 87; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 183; Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 196; Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 48; Rath, *JuS* 1998, 1106 (1111); Roxin, in: Roxin/Stree/Zipf/Jung, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1974, S. 17; Satzger, *Jura* 2013, 1017 (1019); Struensee, *ZStW* 102 (1990), 21 (44).

gung trifft.³⁴ Die „Vorstellungs-Klausel“ fordert den Rechtsanwender auf, bei der Bestimmung des Versuchsbeginns nicht seine eigene Sicht des Sachverhalts zugrunde zu legen (ex post-Wissen: Pistole war ungeladen), sondern das Vorstellungsbild des Täters – insbesondere dessen ex ante-Taterfolgsprognose – als Grundlage der Abgrenzung heranzuziehen.³⁵ Wäre die Perspektive des allwissenden Beobachters oder des ex post urteilenden Richters maßgeblich, könnte eine von vornherein vollendungsuntaugliche Tat niemals die Schwelle des Versuchsbeginns passieren. Denn der mit ex post-Wissen ausgestattete Urteiler wüsste, dass das, was dem unmittelbaren Ansetzen folgt, keine „Verwirklichung des Tatbestandes“ wäre. Diese Objektivierung verhindert § 22 StGB und dennoch ist diese Regelung ohne weiteres mit einem Strafrecht vereinbar, das nur dem tauglichen Versuch Straftatqualität zuerkennt.³⁶ Sie bewahrt z.B. den Täter vor einer Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags, der vorsätzlich oder unvorsätzlich knapp an seinem Opfer vorbeischießt, das er plangemäß erst am folgenden Tag erschießen will. Ohne die Maßgeblichkeit des Täterhorizonts müsste man dieses Verhalten wohl als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes qualifizieren. Dass der Schuss aber noch kein „unmittelbares“ Ansetzen zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes ist, liegt allein daran, dass der Täter eine Vorstellung von seiner Tat hat, die dieses Urteil aus der Perspektive des Rechtsanwenders nicht trägt. Da der objektive Beobachter seinem Urteil über das Handeln des Täters gewissermaßen die Optik des Täters zugrunde legen muss, kann er nicht ernsthaft behaupten, der Täter habe bereits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt. Dagegen besagt § 22 StGB nichts darüber, ob sich ein Täter strafbar macht, der mit einer ungeladenen Pistole in der Hand auf sein Opfer zielt und abdrückt.³⁷ Auch in diesem Fall regelt § 22 StGB allein die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch. Es handelt sich zwar um ein „unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung“ von etwas und nicht bloß die Vorbereitung dieser Verwirklichung. Damit verträgt sich jedoch durchaus die Feststellung, dass die Tat kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des „Tatbestandes“ (Totschlag, Mord) ist. Weiß der Täter, dass die Pistole ungeladen ist und will er sein Opfer erst am nächsten Tag mit einer geladenen Pistole töten, befindet er sich noch im Vorbereitungsstadium. Nicht anders ist es, wenn der Täter die Pistole für geladen hält, aber an dem Opfer vorbeischießen will. Hält der Täter die Pistole für geladen und will er sein Opfer mit dem Schuss hier und jetzt töten, hat er die Schwelle von der Vorbereitung zum Versuch zweifellos überschritten. Ob aber die Tat alle Strafbarkeitsvoraussetzungen des Versuchs erfüllt, ist damit noch nicht gesagt. Eine bejahende Antwort

lässt sich aus § 22 StGB nicht ableiten. Im Gegenteil: Nach der Beurteilung des Tatbeobachters ist das Verhalten des Täters ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung eines Tatbestandes, den es im geltenden Recht nicht gibt.³⁸

Dehnt man den Blick auf den Gesetzestext über den schmalen Bereich der §§ 22, 23 StGB hinweg aus, findet man im StGB sogar Anknüpfungspunkte für eine zugrunde liegende Vorstellung des Gesetzgebers, wonach Untauglichkeit einer tatbestandsmäßigen Versuchsstraftat entgegensteht: in § 314a Abs. 4 StGB gewährt das Gesetz die Privilegierung für tätige Reue nur unter der Voraussetzung, dass die durch die Tat erzeugte „Gefahr abgewendet“ wird. Ist also eine Gefahr gar nicht entstanden bzw. droht sie nicht wirklich³⁹, wovon man in Fällen einer untauglichen Tat wohl ausgehen darf, besteht für den Täter somit auch nicht die Möglichkeit, durch freiwilliges und ernsthaftes Bemühen die Vergünstigungen zu erlangen, die § 314a Abs. 4 StGB verspricht.⁴⁰ Relevant ist das für die echten Unternehmensdelikte der §§ 307 Abs. 1, 309 Abs. 1, 2 StGB, bei denen nach der h.M. die in § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB festgelegte Vollendungsstrafbarkeit auch durch ein von Anfang an untaugliches Unternehmen begründet werden kann.⁴¹ Der Gesetzgeber hat also entweder bewusst für diese Fälle die tätige Reue ausgeschlossen – wofür es sachliche Gründe nicht gibt – oder er ist – entgegen der h.M. – davon ausgegangen, dass eine untaugliche Tat keine tatbestandsmäßige Straftat ist, es einer Regelung über tätige Reue dafür gar nicht bedarf. Das wäre erfreulich – weil es richtig ist –, aber überraschend, zumal die Welt der Rechtswissenschaft von einer derart mutigen Positionierung des Gesetzgebers gegen fast die gesamte Theorie und Praxis des Strafrechts bisher nicht explizit informiert worden ist. Die dritte – plausibelste – Möglichkeit der Erklärung ist, dass das Thema im Gesetzgebungsverfahren überhaupt nicht präsent war. Das erklärt, warum es auch in der Literatur nicht präsent ist.

³⁸ Wenn das „Opfer“ die Handlung des Täters wahrnimmt, könnte man als neutraler Beobachter immerhin ein – nicht mit Strafe bedrohtes – unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes „Bedrohung (§ 241 Abs. 1 StGB)“ bejahen.

³⁹ Was nicht tatsächlich bevorsteht, kann auch nicht abgewendet werden. Dies sieht offenbar Wolters anders, vgl. Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 314a Rn. 4: „zum Ausbleiben des Erfolges wegen untauglichen Versuchs siehe Abs. 4.“

⁴⁰ Das wird in den Kommentierungen des § 314a Abs. 4 StGB nicht angesprochen, vgl. z.B. Krack, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 314a Rn. 5, der – im Ergebnis zutreffend – annimmt, dass diese Vorschrift § 24 Abs. 1 S. 2 und § 24 Abs. 2 S. 2 StGB entspricht, dabei aber nicht in Rechnung stellt, dass dort eine tatsächlich entstandene Gefahrenlage (untauglicher Versuch) nicht vorausgesetzt wird, vgl. z.B. Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 24 Rn. 139, 178.

⁴¹ Satzger (Fn. 19), § 11 Rn. 39.

³⁴ Krehl, NStZ 2014, 449; Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 29; Renzikowski, in: Matt/Renzikowski (Fn. 19), § 18 Rn. 23; Eser/Bosch (Fn. 17), § 22 Rn. 1.

³⁵ Hirsch (Fn. 8), S. 718.

³⁶ Hirsch (Fn. 10), S. 35.

³⁷ Anders die h.M., deren Vertreter davon überzeugt sind, dass derartige Fälle „§ 22 zweifelsfrei unterfallen“, so z.B. Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 52.

2. Ununterscheidbarkeit von tauglichen und untauglichen Versuchen

Für die grundsätzliche Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach dem geltenden Strafgesetzbuch – die hier nicht in Abrede gestellt werden soll – sprechen zwei Erwägungen, die im Gesetzestext der §§ 22 ff. StGB keine Verankerung haben: Der erste Aspekt ist die vollkommene Übereinstimmung des Vorsatzes in allen Versuchsfällen, auch den Fällen des untauglichen Versuchs. Gleich, ob der Versuch tauglich oder untauglich ist, der Vorsatz umfasst immer sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale der korrespondierenden vollendeten Tat.⁴² Das folgt allerdings nicht aus der Erwähnung der „Vorstellung“ in § 22 StGB,⁴³ sondern aus dem Vorsatzbegriff. Aus dem Vorstellungserfordernis des § 22 StGB folgt nicht einmal die Ausgrenzung des fahrlässigen Versuchs.⁴⁴ Fahrlässigkeit – insbesondere bewusste – und Vorstellung i.S.d. § 22 StGB sind ohne weiteres miteinander vereinbar.⁴⁵ Das leuchtet in Fällen des vermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums sofort ein, wenn der in Putativnotwehr handelnde Täter an dem vermeintlichen Angreifer knapp vorbeischießt. Hätte er getroffen, wäre bei Vermeidbarkeit des Irrtums Strafbarkeit wegen vollendeter fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) oder Tötung (§ 222 StGB) begründet. Da der Versuch ein notwendiges Durchgangsstadium der Vollendung ist, muss es auch einen fahrlässigen Versuch geben, für den man ohne weiteres die Definition des § 22 StGB heranziehen kann. In Fällen der „aberratio ictus“⁴⁶ setzt der Täter nach seiner Vorstellung zur Verletzung des Opfers, das er verfehlt vorsätzlich und zur Verletzung des Opfers, das er letztlich trifft, fahrlässig an. Ginge der Schuss ins Leere, hätte der Täter einen vorsätzlichen und einen fahrlässigen Tötungsversuch begangen. Dass fahrlässige Versuche nicht strafbar sind, folgt nach der aktuellen Gesetzeslage nicht aus § 22 StGB, sondern aus § 15 StGB und aus § 23 Abs. 1 StGB.⁴⁷ Wenn ein Gesetz – z.B. § 303 Abs. 3 StGB – anordnet: „der Versuch ist strafbar“, dann gilt § 15 StGB für diesen Versuch selbstverständlich ebenso wie für das korrespondierende vollendete Delikt. Da vollendete fahrlässige Sachbeschädigung straflos ist, ist es natürlich auch die versuchte fahrlässige Sachbeschädigung. Zudem gibt es kein fahrlässi-

ges Verbrechen, sodass § 23 Abs. 1 StGB im Bereich der Fahrlässigkeit keinen Anwendungsfall findet; und bei sämtlichen fahrlässigen Vergehenstatbeständen fehlt es an der erforderlichen ausdrücklichen Versuchsstrafdrohung, vgl. z.B. § 222 StGB.⁴⁸

Allein die Vorsatzgleichheit bei tauglichen und untauglichen Versuchen vermag aber eine rechtliche Gleichbehandlung tauglicher und untauglicher Versuche nicht zu begründen. Denn der Begründung bedarf noch die Unbeachtlichkeit dessen, was tauglichen und untauglichen Versuch unterscheidet und das liegt auf der Ebene des objektiven Versuchstatbestandes: taugliches unmittelbares Ansetzen einerseits und untaugliches unmittelbares Ansetzen andererseits. Demnach gibt es zwischen tauglichem und untauglichem Versuch – wie die Wortwahl suggeriert – auf der objektiven Verwirklichungsebene reale Unterschiede. Für diesen Unterschied kann auch eine abstrakte Definition formuliert werden, die darauf abstellt, dass beim untauglichen Versuch die Gründe für den Fehlschlag bereits bei Tatbeginn unveränderlich vorliegen und deshalb die Tat von vornherein zum Scheitern verurteilt ist.⁴⁹ Beim tauglichen Versuch stellen sich die vollendungshindernden Umstände erst nach Beginn der Tatausführung ein.⁵⁰ Fraglich ist jedoch, wie realitätsnah diese Definition ist. Das menschliche Erkenntnisvermögen reicht nicht hin, in jedem Versuchsfall den in der Theorie darstellbaren Unterschied konkret fallbezogen zu ermitteln.⁵¹ Selbst in dem der Kategorie des tauglichen Versuchs zugeordneten Fall der erfolgreichen Opfergegnwehr nach zunächst vollendungs- tauglichem Tatausführungsbeginn ließe sich eine ex ante-Untauglichkeit erwägen, weil das Opfer vielleicht von vornherein über Abwehrmittel verfügte (dem Täter körperlich überlegen, bewaffnet) und dies eine Basis für Erwartbarkeit der Verhinderung der Tatvollendung war.⁵² Daher hilft auch das Abgrenzungskriterium „Gefährlichkeit des Versuchs“⁵³ nicht weiter. Für die Rechtsgüter eines mit hinreichenden Verteidigungsmitteln ausgerüsteten Angegriffenen ist der Versuch eines schwächeren Angreifers von vornherein nicht wirklich gefährlich. Auch wenn sich das Scheitern des Tatvollendungsversuchs erst später herausstellt, ist er jedenfalls von vornherein „zum Scheitern verurteilt“. Umgekehrt ver-

⁴² Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (86); Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 31; Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 36.

⁴³ So – unzutreffend – Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 74.

⁴⁴ So aber Fischer (Fn. 5), § 22 Rn. 8a; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 29; Rath, JuS 1998, 1006 (1011).

⁴⁵ Schief – wenngleich nicht unzutreffend – daher die Bemerkung, „in der Terminologie des StGB“ gebe es keinen fahrlässigen Versuch; so Kudlich/Schuh (Fn. 14), § 22 Rn. 11. Der Text des StGB spricht weder vom vorsätzlichen noch vom fahrlässigen Versuch, sondern nur vom „Versuch“, schließt also die Möglichkeit eines fahrlässigen Versuchs nicht einmal qua Umkehrschluss aus. Anders § 15 Abs. 1 des Österreichischen Strafgesetzbuchs.

⁴⁶ Ebert (Fn. 25), S. 149; Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 84 ff.

⁴⁷ Freund (Fn. 25).

⁴⁸ Stilistische Variante derselben Regelung in § 15 Abs. 1 östStGB: „Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.“ (Hervorhebung d. Verf.)

⁴⁹ B. Heinrich, Jura 1998, 393 (394); Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 179; Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 180; Mitsch, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 25), S. 539 (544).

⁵⁰ Zaczyk (Fn. 19), § 22 Rn. 34.

⁵¹ Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 50.

⁵² Timpe, ZStW 125 (2013), 755: „Jeder Versuch ist in irgendeiner Hinsicht untauglich“.

⁵³ Darauf abstellend Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (80); Dicke, JuS 1968, 157 (158); Hirsch (Fn. 8) S. 719; ders., in: Prittwitz/Baumann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 253 (256); ders. (Fn. 10), S. 33.

mag auch niemand mit 100 %iger Gewissheit vorherzusagen, dass der Tötungsversuch mit der ungeladenen Pistole „von vornherein zum Scheitern verurteilt“ sei⁵⁴, dieser Versuch also „ungefährlich“ ist. Es hat gewiss schon Herzinfarkte gegeben, deren Auslöser weniger erschreckend wirkte als die Bedrohung mit einer Handfeuerwaffe.⁵⁵ Man müsste die Fallbeschreibung also zumindest dahingehend modifizieren, dass der Täter sein Opfer von hinten attackiert, um als Strafrechtslehrer die Möglichkeit dieser vom Vorsatz erheblich abweichenden Todesursache eindeutig ausschließen zu können. Selbst in dem anscheinend klarsten Fall eines von vornherein untauglichen Versuchs – Tötungsversuch an einem soeben Verstorbenen – könnten zumindest Vertreter der Mindermeinung zum Thema „*aberratio ictus*“⁵⁶ einwenden, so untauglich sei der Versuch nun auch wieder nicht gewesen, wenn in der Nähe des Toten eine noch lebende Person stand, die durch einen fehlgegangenen Schuss hätte getötet werden können.⁵⁷ Eine sichere Abgrenzung von tauglichen und untauglichen Versuchen mag in vielen Fällen möglich sein, dennoch wird es genügend Fälle geben, wo sie nicht möglich ist.⁵⁸ Daher würde eine Regelung, die den untauglichen Versuch generell straflos stellt, nicht in jedem, aber in manchem Einzelfall schwer oder gar nicht lösbare Abgrenzungsprobleme erzeugen. Im Zweifel müsste gemäß „*in dubio pro reo*“ von Untauglichkeit ausgegangen und frei gesprochen werden.⁵⁹

Vermeiden oder zumindest mildern ließe sich die Problematik der Ununterscheidbarkeit durch eine beschränkte und klar definierte Straflosigkeit eindeutiger Fälle des untauglichen Versuchs. Denkbar wäre etwa die Ausgrenzung der Fälle, in denen das Tatobjekt, auf dessen Verletzung der Tätersvorsatz gerichtet ist, überhaupt nicht existiert.⁶⁰ Straflos wäre danach z.B. der mit Tötungsvorsatz abgefeuerte Schuss auf eine Schaufensterpuppe, der Abtreibungsversuch an einer nicht schwangeren Frau oder der mit Diebstahlsvorsatz ausgeführte Griff in eine Handtasche, die entgegen der Vorstellung des Täters nichts Stehlenswertes enthält. Aber auch dieses auf den ersten Blick präzise Differenzierungen ermöglichende Regelungsmodell wäre wohl nicht in der Lage, jeden Zweifelsfall zu vermeiden: So könnte man darüber streiten, ob der untaugliche Diebstahlsversuch nicht nur dann straflos

bleibt, wenn der vom Täter beehrte Gegenstand physisch inexistent ist, sondern auch dann, wenn er zwar existiert, aber nicht fremd – weil dem Täter selbst gehörend oder herrenlos – ist. Vor allem aber gäbe es keine Antwort auf die Frage, mit welcher materiellen Berechtigung eine bestimmte Kategorie von untauglichen Versuchen aus der Strafbarkeit genommen wird und die anderen untauglichen Versuche strafbar sein sollen.⁶¹ Warum soll wegen versuchten Totschlags strafbar sein, wer mit einer ungeladenen Schusswaffe zu töten versucht, während straflos bleibt, wer mit einer geladenen Schusswaffe auf einen soeben Verstorbenen schießt? Von der üblichen leerformelhaften⁶² Pseudobegründung, die auf den „rechtserlöschenden Eindruck“ abstellt, kann man die Abgrenzungsleistung nicht erwarten.⁶³ „Nicht jeder untaugliche Versuch weckt in der Allgemeinheit das Bedürfnis nach strafrechtlicher Sanktion“ heißt es in einem didaktischen Beitrag zum Thema.⁶⁴ Ich würde vom *Autor* gern erfahren, woher er das weiß und mit welchen Messmethoden er den Grad der Rechtserlöschung zu ermitteln vorschlägt, der die maßgebliche Trennlinie festlegt.⁶⁵ In der Kriminologie gibt es meines Wissens keine Untersuchungen zur Erschütterung des allgemeinen Rechtsvertrauens durch untaugliche Versuche.⁶⁶ Die Lehrbuchkapitel über die „Kriminalitätsfurcht“ als individual- und sozialpsychologisches Phänomen geben weder Auskunft zu untauglichen Taten, die das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in den Rechtsfrieden erschüttern, noch zu Taten, deren „Möchtegern Täter“ von den Rechtsgenossen angeblich „belächelt oder bemitleidet“ werden.⁶⁷ Selbst wenn letzteres zutrifft: warum ist die Tat, die niemand ernst nimmt, dann überhaupt eine Straftat? Aber auch ohne jede empirische Erkenntnisse über die Erschütterbarkeit der Rechtsgenossen durch untaugliche Taten lässt sich die „Eindruckstheorie“ als strafrechtdogmatische Seifenblase entlarven: In einer Gesellschaft, die ausnahmslos aus Schurken und Übeltätern besteht, gäbe es tatsächlich nichts, was durch den Eindruck manifestierter Rechtsfeindlichkeit erschüttert werden könnte. Und dennoch gibt es auch in einer solchen verwahrlosten und abgestumpften Gemeinschaft – so sie noch eine Organisation namens „Staat“ ihr eigen nennt – Gründe für ein Strafrecht, das vollendete und tauglich versuchte Taten pönalisiert. Diese Gründe sind aber andere als die, die in der deut-

⁵⁴ So z.B. *Valerius*, JA 2010, 113.

⁵⁵ *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, 2006, S. 116 Beispiel 2.

⁵⁶ In erster Linie *Ingeborg Puppe*, vgl. *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 5), § 16 Rn. 95 ff.

⁵⁷ Wer die Tötung infolge abirrenden Schusses als vollendeten vorsätzlichen Totschlag bewertet, muss konsequenterweise im Falle unterbliebener Abirrung die Tötung des „richtigen“ Opfers stets als von einer versuchten Tötung des sich in der Nähe aufhaltenden Menschen begleitet ansehen.

⁵⁸ Vgl. *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 50: „[...] die Annahme eines tauglichen Versuchs liegt näher.“ (*Hervorhebung im Original*).

⁵⁹ *Herzberg*, GA 2001, 257 (260); *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 51.

⁶⁰ *Rath*, JuS 1998, 1106 (1112).

⁶¹ *Hillenkamp* (Fn. 19), § 22 Rn. 185.

⁶² *Hirsch* (Fn. 8), S. 715. ?

⁶³ *Hirsch* (Fn. 8), S. 714 ff.; *ders.* (Fn. 10), S. 32.

⁶⁴ *Valerius*, JA 2010, 113 (116).

⁶⁵ *Kühl*, JuS 1980, 506 (507), zur Leistungsfähigkeit der „Eindruckstheorie“ bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch: „Wonach sollte beurteilt werden, ab wann ein bestimmtes Handeln einen rechtserlöschenden Eindruck hervorrufen konnte?“

⁶⁶ Dass es derartiger empirischer Aufklärung nicht bedürfe, da es ja lediglich auf die „*Eignung* der Tat, einen derartigen Eindruck hervorzurufen“ ankomme, wie *Radtke*, JuS 1996, 878 (880) darlegt, leuchtet mir nicht ein. Ähnlich *Rath*, JuS 1998, 1006 (1008): „Auch ist unklar, wie eine solche Eignung zu ermitteln sein soll.“

⁶⁷ *Valerius*, JA 2010, 113 (116).

schen Strafrechtslehre unter der Flagge „Eindruckstheorie“ segeln, z.B. die objektive Gefährdung des gegen vollendete Taten geschützten Rechtsgutes.

III. Wahndelikt und „irrealer Versuch“

Über die Straflosigkeit zweier Tatmuster im Umfeld des untauglichen Versuchs besteht allgemeiner Konsens. Wahndelikt und irrealer – oder „abergläubischer“ – Versuch sind Taten, die die Voraussetzungen einer (versuchten) Straftat nicht erfüllen.⁶⁸ Der Grund der Straflosigkeit ist das Fehlen eines Tatvorsatzes. Der Täter will zwar eine Tat begehen und hat auch eine Vorstellung von dieser Tat. Aber das, was er sich vorstellt, ist kein tatbestandsmäßiges Verhalten, denn es erfüllt nicht den objektiven Tatbestand einer Straftat. Für die Tat, die der Täter sich vorstellt und vielleicht sogar vollständig begeht, gibt es im geltenden Recht keinen Straftatbestand, unter den diese Tat subsumiert werden könnte.⁶⁹ Die „Untreue“, die der fremd gehende Ehemann sich nicht nur vorstellt, sondern wirklich begeht, ist nun einmal keine unter § 266 StGB subsumierbare Tat.⁷⁰ Das ist prinzipiell sehr einfach, vor allem, wenn es anhand derartiger Beispiel erklärt wird – was im universitären Strafrechtsunterricht zumindest am Anfang vernünftig ist. Schwierig ist indessen die exakte strafrechtliche Würdigung in konkreten Grenzfällen, z.B. beim „Rechtsirrtum im Vorfeld des Straftatbestandes“.⁷¹ Ist es versuchte Strafvereitelung, wenn der Täter sich zutreffend einen Ordnungswidrigkeitensachverhalt als Vortat vorstellt, aber glaubt es sei eine Straftat (Rechtsirrtum bezüglich Vortat)?⁷² Ist es versuchte Strafvereitelung, wenn der Täter sich unzutreffend (tatsächlich ist die Vortat keine Straftat) einen Straftatsachverhalt als Vortat vorstellt, aber glaubt die Tat sei eine Ordnungswidrigkeit (Doppelirrtum)?⁷³ Wie lautet die Lösung, wenn der Täter annimmt, der Tatbestand des § 258 StGB erfasse auch die Vereitelung der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (Rechtsirrtum bezüglich § 258 StGB)? Man sieht, dass es sich nicht um ein Versuchsproblem, sondern um ein Vorsatzproblem handelt. Die Frage stellt sich in gleicher Weise bei Taten, die objektiv komplett tatbestandsmäßig, also vollendet sind.

Nicht weniger schwierig ist die Abgrenzungsthematik bei den sog. „irrealen“ oder „abergläubischen“ Versuchen.⁷⁴ Vor allem ist nicht einzusehen, warum „irreale“ oder „abergläubische“ Vorstellungsinhalte strafrechtlich anders behandelt werden sollen als „grober Unverstand“.⁷⁵ Die Floskeln, mit denen die Literatur an die im Ergebnis zutreffende Straflosigkeits-Intuition und das Straflosigkeits-Evidenzerlebnis des

Betrachters appelliert⁷⁶, sind dogmatisch allesamt unbrauchbar.⁷⁷ Trifft es etwa nicht zu, dass der Täter, der mit einem Luftgewehr ein in über 1.000 m Höhe fliegendes Flugzeug abschießen will,⁷⁸ an eine „reale Wirkung“ glaubt, „die nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht nachweisbar ist“⁷⁹? Offenbar werden der Kategorie des irrealen Versuches nur Fälle zugeordnet, in denen es letztlich um die ewige (unbeantwortbare) Menschheitsfrage geht: „Gibt es Gott oder gibt es ihn nicht?“ Dass es ihn nicht gibt, wissen wir genauso wenig wie umgekehrt. Deswegen ist es anmaßend, einen strafrechtsdogmatisch relevanten Unterschied zwischen dem „Totbeten“ und dem Luftgewehrschuss auf das hochfliegende Flugzeug zu behaupten. Das einzige dogmatisch einwandfreie Ergebnis garantierende Kriterium ist der Vorsatz, genauer: der Vorsatzinhalt.⁸⁰ Es kommt also letztendlich auf den objektiven Tatbestand an, dessen Verwirklichung – d. h. einen den Tatbestand verwirklichenden Sachverhalt – sich der Täter vorstellen muss, anderenfalls er keinen Vorsatz hat. Hat der Täter die Vorstellung einer Tat, die alle objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt, begeht er einen strafbaren Versuch. Dabei ist es egal, ob das Zustandekommen dieser Vorstellung durch groben Unverstand oder gar Aberglauben unterstützt worden ist. Umgekehrt begeht keinen strafbaren Versuch, wessen Vorstellung nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale einer Straftat umfasst. Auch hier ist es gleichgültig, ob die Lücke im Vorsatzsachverhalt auf grobem Unverstand oder anderen psychischen Defekten beruht. Anders als der Verbotsirrtum (§ 17 S. 1 StGB) büßt der Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) seine Beachtlichkeit nicht deswegen ein, weil der Täter aus grobem Unverstand nicht die Vorstellung hat, eine objektiv tatbestandsmäßige Tat zu begehen.⁸¹

Dass es dem Täter in den Fällen des groben Unverstands oder des Aberglaubens an der Vorstellung einer objektiv tatbestandsmäßigen Tat fehlt, weil das, was der Täter sich vorstellt, nicht objektiv tatbestandsmäßig ist, ist sehr wahrscheinlich.⁸² Die h.M. erkennt das nur für den abergläubischen Fall an und meint, die Beschreibung des § 23 Abs. 3 StGB beziehe sich auf andere – nicht realitätsentrückte, aber-

⁶⁸ Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 203.

⁶⁹ Eser/Bosch (Fn. 17), § 22 Rn. 79.

⁷⁰ Valerius, JA 2010, 113 (Beispiel 2).

⁷¹ Burkhardt, JZ 1981, 681 (686).

⁷² BGHSt 15, 210 (211).

⁷³ Eser/Bosch (Fn. 17), § 22 Rn. 92.

⁷⁴ Hilgendorf/Valerius (Fn. 25), § 10 Rn. 26; Otto (Fn. 25), § 18 Rn. 61.

⁷⁵ Konsequent daher für Anwendung des § 23 Abs. 3 StGB auf Fälle des hiesigen Themenkreises Otto (Fn. 25) § 18 Rn. 63. Ebenso Ellbogen/Wilper, studere 2014/2, S. 34 (37).

⁷⁶ „Glaube an das Eingreifen übernatürlicher Mächte“, vgl. Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (86). Welcher Erdenbürger wollte sich anmaßen, die Nichtexistenz „übernatürlicher Mächte“ beweisen zu können?

⁷⁷ Satzger, Jura 2013, 1017 (1020).

⁷⁸ Beispiel für – nach § 23 Abs. 3 StGB für strafbar gehaltenen – Versuch, vgl. Ellbogen/Wilper, studere 2014/2, 34 (36): Absturz eines Flugzeugs infolge eines Steinwurfs.

⁷⁹ Definition nach Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 203 für den „irrealen Versuch“.

⁸⁰ Zutreffend Hirsch (Fn. 10), S. 44: „[...] da sich ein z.B. auf Totbeten gerichteter Vorsatz schwerlich als Tötungsvorsatz einstufen lässt.“

⁸¹ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 16 Rn. 11.

⁸² Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (30); ebenso Herzberg, GA 2001, 257 (268), ausschließlich in Bezug auf den „abergläubischen Versuch“.

gläubische und deshalb strafbare – Fälle.⁸³ Indessen muss in jedem Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob das Vorstellungsbild des Täters dem gesetzlichen Bild des objektiven Tatbestands entspricht. Dazu ist erforderlich, dass Klarheit über den erforderlichen Inhalt des Tatvorsatzes – also die erforderlichen Komponenten des objektiven gesetzlichen Tatbildes – besteht. Daran fehlt es bei merkmalsarmen Tatbeschreibungen wie der des § 212 Abs. 1 StGB schon deswegen, weil überhaupt keine Klarheit über die Erfordernisse des objektiven Tatbestandes besteht. Die Aussage „Das Gesetz allein bestimmt die Grenzen der Strafbarkeit“⁸⁴ ist eine aus Art. 103 Abs. 2 GG abgeleitete Forderung an den Gesetzgeber, die der Gesetzgeber aber nicht ausnahmslos erfüllt, insbesondere nicht bei § 212 StGB. Die gegenwärtige Regelung des Totschlags ist die vom Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG am weitesten abweichende Strafvorschrift überhaupt.⁸⁵ Kein Verbrechenstatbestand ist unbestimmter als § 212 StGB, was durch Strafbarkeitsausdehnungsvorschriften des Allgemeinen Teils (z.B. in §§ 13, 25 Abs. 2 StGB⁸⁶) noch verschlimmert wird. Kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG im geltenden Recht ist gravierender als der des § 212 StGB. Deshalb verwundert ein wenig, dass § 211 StGB, aber nicht § 212 StGB als Beispiel für eine „Tendenz zu unbestimmten Formulierungen des inkriminierten Verhaltens“ (im nationalsozialistischen Strafrecht) erwähnt wird⁸⁷ und in der aktuellen Diskussion über die Reform der Tötungsdelikte die ersatzlose

Abschaffung des § 211 StGB vorgeschlagen wurde.⁸⁸ Da das Strafrecht von einem extrem weiten Kausalitätsbegriff ausgeht, kann „tötet“ iSd § 212 I StGB nicht jede Verursachung des Todes eines anderen Menschen sein. Daher sind wir uns seit langem einig, dass Alois Schickelgruber (später: Hitler) durch die Zeugung seines Sohnes Adolf den objektiven Tatbestand des Totschlags, Mordes oder Völkermordes nicht erfüllt hat, obwohl der Zeugungsakt eine Ursache der später vom Sohn begangenen Untaten ist.⁸⁹ Um die dogmatische Domestizierung dieser erforderlichen Eingrenzung bemüht sich seit Jahrzehnten die Lehre, die dabei vor allem gern den missverständlichen Ausdruck „objektive Zurechnung“ – inzwischen inflationär – verwendet.⁹⁰ Die Vorstellung des Täters von einer Todesverursachung, die außerhalb des von dieser Lehre abgesteckten Bereichs liegt, ist kein Vorsatz bezüglich einer tatbestandsmäßigen Tötung und kann deshalb auch nicht Grundlage eines strafbaren Totschlagsversuchs sein.⁹¹

IV. Der Vorsatz beim Versuch „aus grobem Unverstand“

Die h.M. sieht in der Vereinbarkeit von Tatvorsatz und grobem Unverstand i.S.d. § 23 Abs. 3 StGB offenbar kein Problem. Das verwundert nicht, wenn man sieht, dass Schlüssel zur Lösung der Probleme der „Strafgrund des Versuchs“ sein soll, über dessen – d. h. das Kriterium des „rechtserschütternden Eindrucks“ – straftatsystematische Einordnung aber weder Klarheit noch Konsens besteht.⁹² Die h.M. geht davon aus, dass es sich bei all den kuriosen Sachverhalten, von denen ausgedachte Täter eine „Tatvorstellung“ i.S.d. § 22 StGB haben, um die Beschreibung vollendeter objektiv tatbestandsmäßiger Taten handele. Es sei also ein objektiv tatbestandsmäßiger Totschlag, wenn der Täter aus einem Luftgewehr auf ein in 1.300 m Höhe fliegendes Flugzeug ein Projektil abfeuert und dieses daraufhin vom Himmel stürzt.⁹³ Es sei objektiv tatbestandsmäßiger Schwangerschaftsabbruch, wenn eine Frau, die glaubt, sie sei auf Grund eines Kusses des X schwanger, daraufhin „einen ordentlichen Schluck Rizinusöl“ zu sich nimmt und kurz danach eine Fehlgeburt hat.⁹⁴ Es sei objektiv tatbestandsmäßiger Totschlag, wenn A mittels Beschwörungsformeln aus dem 7. Buch Moses dem Teufel die Tötung des Ehemannes befiehlt und dieser wenig später an einem Herzinfarkt verstirbt.⁹⁵ Diese einem Lehr-

⁸³ Auch *Hirsch* (Fn. 10), S. 44, anerkennt Vorsatzmangel als Strafflosigkeitsgrund allein beim „abergläubischen“ Versuch, während bei Fällen des § 23 Abs. 3 StGB der Strafbarkeit die fehlende „konkrete objektive Gefährlichkeit des Ansetzens zur Tat“ entgegenstehe.

⁸⁴ *Valerius*, JA 2010, 113.

⁸⁵ Das bestätigt eindrucksvoll *Kuhlen*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Fn. 11), S. 669 (675), der zu *Reinhard Merckels* (in: *Putzke/Hardtung/Hörnle* [Hrsg.], *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 194) „Geschäftsmann-Fall“ die Auffassung vertritt, an § 212 StGB führe kein Weg vorbei, wenn der die Heizung abschaltende Geschäftsmann Aschenbrenner von der Anwesenheit des Obdachlosen Olmütz Kenntnis hat und mit seinem Erfrierungstod rechnet. Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses weckt die geringfügig abgewandelte Situation, in der die mit einer Zeitschaltuhr verbundene sich selbst abschaltende Heizung vom Geschäftsmann trotz Vorhersicht des Erfrierungstodes nicht manuell wieder eingeschaltet wird: mangels todesverursachenden Handelns kein Aktivtotschlag, mangels Garantenstellung (§ 13 Abs. 1 StGB) kein Totschlag durch Unterlassen.

⁸⁶ Extremfall Kombination von §§ 212, 13, 23 Abs. 3, 25 Abs. 2 StGB: Vater und Mutter schreiten einvernehmlich nicht dagegen ein, dass ihr 13-jähriger Sohn versucht, mit einem Luftgewehr ein Flugzeug abzuschießen. Die Eltern rechnen aus grobem Unverstand mit einem für die Insassen tödlichen Flugzeugabsturz.

⁸⁷ *Gropp*, in: *Sinn/Gropp/Nagy* (Hrsg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, 2011, S. 99 (114).

⁸⁸ *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NSZ 2014, 9.

⁸⁹ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 221.

⁹⁰ *Ebert* (Fn. 25), S. 48 ff.; *Fischer* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 24 ff.; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 25), § 4 Rn. 43 ff.; *Struensee*, ZStW 102 (1990), 21 (43).

⁹¹ Richtig gesehen von *Herzberg*, GA 2001, 257 (268), aber leider nur auf Fälle des „abergläubischen Versuchs“ bezogen.

⁹² *Radtke*, JuS 1996, 878 (880).

⁹³ Nach *Otto* (Fn. 25), § 18 Rn. 57 Fall 3; *Roxin* (Fn. 11), § 29 Rn. 364.

⁹⁴ Nach *Otto* (Fn. 25), § 18 Rn. 57 Fall 4; bei *Jäger* (Fn. 25), Rn. 289; *Roxin* (Fn. 11), § 29 Rn. 363, Kamillenteestatt Rizinusöl.

⁹⁵ Nach *Otto* (Fn. 25), § 18 Rn. 57 Fall 5.

buch zum Strafrecht Allgemeiner Teil entnommenen Beispiele sind dort ohne objektive Vollendungskomponente gebildet, weil es ja beim Versuch allein auf den Vollendungsvorsatz ankommt und dieser nach Ansicht des Lehrbuchverfassers wohl gegeben ist, wenn der Täter sich nur den tatbestandsmäßigen Erfolg (Flugzeug ist abgestürzt, Leibesfrucht ist tot, Ehemann ist tot) vorstellt. Aber es fällt doch auf, dass in diesem Vorstellungsbild von der angeblich vollendeten Tat ein wichtiges Stück fehlt: Es fehlen die Sachverhaltselemente, die der vorgestellten Tat im (Durchgangs-)Stadium vor Erfolgseintritt bereits die erforderliche – ex ante sichtbare⁹⁶ – Vollendungstauglichkeit verleihen. Die Vorstellung vom Luftgewehr, vom Rizinusöl und von den Bibelsprüchen erfüllt diese Voraussetzung nicht. Zwar dichtet der grobe Unverstand der untauglichen Handlung und dem untauglichen Werkzeug die Eigenschaft „Tauglichkeit“ an. Aber diese Eigenschaft „hängt in der Luft“, sie hat in dem Gegenstand der Vorstellung keine Verankerung, ihr fehlt also die physikalische Substanz. Der Täter eines grob unverständigen Versuchs ist ein Spaziergänger, der glaubt, wie Jesus Christus auf dem See Genezareth das andere Ufer eines Flusses trockenen Fußes zu erreichen, ohne dass dieser Glaube durch die Vorstellung von einem Steg, einer Fähre oder einem Ruderboot getragen wird. Der Grund für die lückenhafte Beschreibung der Fälle liegt auf der Hand: würde man nämlich versuchen, die jeweilige Tatvorstellung des Täters unmodifiziert und ohne Ergänzung in eine vollendete Straftat umzuwandeln, entstünden sinnlose Aussagen, die jeder sofort als Ausgeburat kranker Phantasie erkennen würde: das Flugzeug stürzt infolge des Luftgewehrschusses ab, die Leibesfrucht stirbt infolge der Wirkung des Rizinusöls, der Ehemann wird tatsächlich „vom Teufel geholt“, der Spaziergänger wandelt auf der Wasseroberfläche und geht nicht unter.

Soll diese Behandlung der Fälle eine strafrechtsdogmatisch korrekte sein, muss folgendes geschehen: Die Elemente der vorgestellten Sachverhalte, die unmöglich mit dem Vollendungserfolg in einen Ursachenzusammenhang gebracht werden können (Luftgewehr, Rizinusöl, Teufel), müssen also entweder aus dem Vorstellungsbild entfernt oder verändert werden, damit das Bild einer objektiv tatbestandsmäßigen vollendeten Tat entsteht. Die Frage ist, ob das möglich ist. Eliminiert man die Tatsache „Luftgewehr“ aus dem Tatbild des Täters, entfällt gewiss die Unsinnigkeit, die der Zuschreibung dieser Tatsache als Flugzeugabsturzursache anhaftet. Andererseits ist die Tatvorstellung dann unvollständig, da ohne vorgestelltes Tatwerkzeug überhaupt keine Vorstellung einer absturzverursachenden Handlung möglich ist. Zwischen der Handlung des Täters und dem vorgestellten Erfolg klafft eine (Zurechnungs-)Lücke. Der Täter agiert nicht mit bloßen Händen, sondern benutzt ein Tatwerkzeug und stellt sich dessen Erfolgstauglichkeit vor. Ohne Tatwerkzeug ist eine Erklärung des Absturzes nicht möglich. Ersatzloses Wegdenken des total ungeeigneten Gegenstandes ist also keine Lösung. Notwendig ist deshalb das Hinzudenken einer Eigenschaft, die die Erwartung des Erfolgseintritts keineswegs als hirnrissige Spinnerei, sondern als durchaus verständige Prog-

nose eines als Handlungswirkung nachvollziehbaren Erfolges erscheinen lässt. Die h.M. geht vermutlich so vor, denn eine andere Erklärung für die Annahme eines strafbarkeitstauglichen Tatvorsatzes gibt es nicht. Die Beschreibung der Tatvorstellung des Täters in dem Luftgewehr-Beispiel lautet also komplett etwa folgendermaßen: Der Täter schießt mit einem Luftgewehr, dem er die Feuerkraft einer Flugabwehrrakete zuschreibt, auf ein in 1.300 Meter Höhe fliegendes Flugzeug. Dem Abfeuern einer Boden-Luft-Rakete die Tauglichkeit als Ursache eines Flugzeugabsturzes zuzumessen, ist keine Gedankenakrobatik, die einem Hirn entspringt, das nur groben Unverstand erzeugen kann. Im Gegenteil: die Annahme eines derartigen Ursachenzusammenhangs ist sehr verständig.⁹⁷ Der Gesetzgeber würde sehr vernünftig handeln, bezöge er einen solchen Sachverhaltsausschnitt in die Beschreibung des § 316c StGB zugrunde liegenden Tatbildes ein.⁹⁸ Grob unverständlich ist es aber, einem harmlosen Luftgewehr diese physikalische Wirkungsmächtigkeit zuzutrauen.⁹⁹ Die alles entscheidende Frage lautet deshalb: Entspricht das Vorstellungsbild des Täters, in dem einer vollkommen vollendungsuntauglichen Handlung, insbesondere einem untauglichen Tatwerkzeug, eine vollendungstaugliche Wirkung – also objektive Zurechenbarkeit des eingetretenen Erfolges – zugeschrieben wird, dem gesetzlichen Bild einer objektiv tatbestandsmäßigen Tat? Kann man aus einem Luftgewehr mit der Feuerkraft eine Flugabwehrrakete das Bild einer vollendeten objektiv tatbestandsmäßigen Tat herstellen? Die Antwort liegt wohl auf der Hand: kein Gesetzgeber würde einen solchen Unsinn in Erwägung ziehen. Aber anscheinend steckt in § 212 StGB doch auch das Modell eines Luftgewehrs, mit dem man Flugzeuge vom Himmel schießen kann. Diese Information geben uns viele Strafrechtslehrbücher.

V. Der objektive Tatbestand einer Tat mit „grob unverständiger“ Tätervorstellung

1. Vorsatz und objektiver Tatbestand

Der Vorsatz der versuchten Straftat unterliegt den gleichen inhaltlichen Anforderungen wie der Vorsatz der vollendeten Straftat.¹⁰⁰ Eine vollendete Straftat erfüllt alle Merkmale des objektiven Tatbestandes eines Strafgesetzes. Der Vorsatz muss die objektive Tatbestandsmäßigkeit der Tat umfassen.¹⁰¹ Das gilt auch für den Vorsatz der Versuchstat.¹⁰² Im Fall einer vollendeten Vorsatztat ist also erforderlich, dass

⁹⁷ Heinrich, Jura 1998, 393 (396); Hillenkamp (Fn. 19), § 23 Rn. 64.

⁹⁸ Was er durch das Merkmal „Schußwaffen“ in § 316c Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 StGB in etwas abstrakterer Form auch getan hat.

⁹⁹ Vgl. Ellbogen/Wilper, studere 2014/2, S. 34 (36): zutreffende Vorstellung des Täters von anerkannten Kausalzusammenhängen.

¹⁰⁰ Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (86); Brockhaus (Fn. 9), § 22 Rn. 16; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 35; Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (22).

¹⁰¹ Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (23).

¹⁰² Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (30).

⁹⁶ Hirsch (Fn. 10), S. 38.

sich der Vorsatz auf alle Tatsachen bezieht, durch die der objektive Tatbestand dieser Tat erfüllt wird. Da der objektive Tatbestand eines Strafgesetzes, das die Herbeiführung eines Flugzeugabsturzes unter Strafdrohung stellt, nicht mittels eines Luftgewehrs verwirklicht werden kann, ist in Bezug auf eine dieses Gesetz verletzende objektiv-tatbestandsmäßige Vollendungsstat ein Vorsatz, der einen wirklich absturzverursachenden Luftgewehrschuss umfasst, nicht möglich. Daher ist fraglich, wie es möglich sein soll, dass ein strafbarer Versuch der absturzverursachenden Tat auf einen Vorsatz gestützt wird, der die Benutzung eines Luftgewehrs umfasst. Denn der Vorsatz des Versuchsdelikts muss den gleichen Inhalt haben wie der Vorsatz des vollendeten Delikts. Inhalt des Vorsatzes eines Versuchstäters ist eine vollendete objektiv tatbestandsmäßige Tat. Möglich ist Versuchsstrafbarkeit auf der Grundlage eines Vorsatzes mit diesem Inhalt nur unter der Voraussetzung, dass die Art des verwendeten Tatwerkzeugs vorsatzunerheblich ist. Ausreichend ist die Vorstellung, dass das eigene Verhalten des Täters „irgendwie“ den tatbestandsmäßigen Erfolg, z.B. den Absturz des Flugzeugs, verursachen wird. Das heißt, dass im Falle eines mittels Boden-Luft-Rakete vorsätzlich verursachten Flugzeugabsturzes der Vorsatz die Zugehörigkeit des verwendeten Werkzeugs zu der Waffengattung nicht zu umfassen braucht. Es ist vollkommen egal, welches Tatwerkzeug sich der Täter vorstellt, Hauptsache er nimmt an, damit den Vollendungserfolg herbeiführen zu können. Daher schadet es dem Vorsatz auch nicht, wenn der tatsächlich eine Boden-Luft-Rakete verwendende Täter glaubt, bei dem verwendeten Tatwerkzeug handele es sich um ein Luftgewehr oder einen anderen Gegenstand, dessen Tauglichkeit noch ferner liegt als die eines Luftgewehrs (z.B. eine Steinschleuder, ein Blasrohr oder einen Schneeball). Entscheidend und ausreichend ist vielmehr, dass der Täter dem verwendeten Werkzeug die Kraft zutraut, ein Flugzeug zum Absturz zu bringen.

Tatsächlich aber reicht ein solcher Vorsatz, der sich auf ein Werkzeug bezieht, das die erforderliche und vorgestellte Kraft wirklich nicht hat, allenfalls dann aus, wenn das anzuwendende Strafgesetz im objektiven Tatbestand nicht explizit auf ein derartiges Werkzeug abstellt. Gehört zum Flugzeugabschusstatbestand ein objektives Tatbestandsmerkmal „Boden-Luft-Rakete“, dann kann die Tätervorstellung, mit einem Luftgewehr ein Flugzeug abzuschießen, keinen Vorsatz begründen und auf der Grundlage dieser Strafvorschrift weder vollendete¹⁰³ noch versuchte Straftat sein. § 23 Abs. 3 StGB vermag daran nichts zu ändern. Dass die h.M. im Flugzeugabschuss-Beispiel dennoch einen strafbaren Versuch annimmt, liegt daran, dass eine merkmalsarme Strafvorschrift wie § 212 Abs. 1 StGB den objektiven Tatbestand nicht durch einen gesetzlichen *numerus clausus* bestimmter Tötungswerkzeuge begrenzt, sondern in ihrer Offenheit den

Täter einlädt, sich mit abenteuerlichsten Tötungsphantasien selbst einen Tatbestand zu basteln. Abgesehen davon, dass nicht der Täter, sondern der Gesetzgeber festzulegen hat, welches Verhalten tatbestandsmäßig ist, ist dieser dem Täter eröffnete Gestaltungsspielraum nicht unbegrenzt. Vor dem Hintergrund der mannigfachen Tatbestandseingrenzungsversuche der Lehre von der „objektiven Zurechnung“ kann das nicht zweifelhaft sein. Von den Erfindern der oben zitierten Lehrbuchbeispiele wird das offenbar nicht beachtet. Anders ist die Bejahung einer Strafbarkeit nicht zu erklären. Sogar entschiedene Gegner der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nehmen dieses Strafbarkeitsdefizit nicht wahr, wenn die Vorstellung des Täters, mit einem dafür ungeeigneten ungefährlichen Mittel die Tat vollenden zu können, als „Vorsatz“ bezeichnet wird.¹⁰⁴

2. Tatbestände mit spezifiziertem Handlungsmerkmal

Der Gesetzgeber kann die Strafbarkeit von untauglichen Versuchen, bei denen der Täter aus grobem Unverstand einer evident untauglichen Handlung objektive Tatbestandsmäßigkeit unterschiebt, durch restriktive Gestaltung des objektiven Tatbestandes einschränken. Verlangt der Gesetzestext wie der frühere § 229 StGB¹⁰⁵ oder §§ 224 Abs. 1 Nr. 1, 314, 330a StGB die Verwendung von „Gift“, kann die Verwendung von Zucker jedenfalls dann kein Fall des § 23 Abs. 3 StGB sein, wenn der Täter nicht nur erkennt, dass die verwendete Substanz Zucker ist, sondern auch weiß, dass Zucker kein Gift ist. Enthielte der frühere § 229 StGB nicht noch die Alternative „oder andere Stoffe [...]“, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind“, enthielten §§ 224 Abs. 1 Nr. 1, 314 Abs. 1 StGB nicht die Alternative „gesundheitsschädliche Stoffe“, stünde fest, dass dieser Täter mangels Giftbeibringungs- oder Vergiftungsvorsatz überhaupt keinen Tatvorsatz hat. Vor dem Maßstab des § 330a Abs. 1 StGB wäre über § 23 Abs. 3 StGB allenfalls unter der Voraussetzung zu reden, dass der Täter Zucker für einen Stoff hält, der Gift enthält oder Gift hervorbringen kann. Indem der Gesetzgeber als tatbestandsmäßiges Mittel mit Gesundheitszerstörungspotential allein Gift berücksichtigt, schließt er zugleich die Tatbestandsmäßigkeit von Mitteln aus, die zwar ebenfalls zur Gesundheitszerstörung geeignet sind, diese Wirkung aber nicht aus den spezifischen chemischen, biologischen und physikalischen Eigenschaften gewinnen, die für giftige Stoffe wesentlich sind.¹⁰⁶ Also kann auch die Vorstellung, nicht Gift, aber einen anderen ebenso gesundheitsschädigenden Stoff zu verwenden, keinen Tatvorsatz begründen. Die Verurteilung des Täters mit der Begründung, die Verwendung eines Stof-

¹⁰⁴ So Hirsch (Fn. 8), S. 720.

¹⁰⁵ „Wer einem anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, [...]“; zur Abschaffung des § 229 StGB a.F. durch das 6. StrRG Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 52; Schumacher, in: Schlüchter (Hrsg.), Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, S. 35.

¹⁰⁶ Fischer (Fn. 5), § 314 Rn. 3.

¹⁰³ Hat der Täter tatsächlich mit einer Boden-Luft-Rakete das Flugzeug abgeschossen, die Waffe aber für ein Luftgewehr gehalten, fehlt der Vorsatz gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dass eine derartige Fehlvorstellung grob unverständig sein dürfte, steht der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht entgegen.

fes mit giftgleicher Schadenszufügungskraft sei ebenso strafwürdig, wäre ein klarer Fall unzulässiger Analogie.

Durch die Hinzufügung der generalklauselartig gefassten zweiten Alternative öffnet der Gesetzgeber den Tatbestand scheinbar für Tätervorstellungen, in denen vollkommen harmlosen Substanzen giftgleiche Gefährlichkeit angedichtet wird. Indessen trägt dieser Schein: Ungeachtet der definitiven Fassung handelt es sich in Wahrheit doch um eine abschließende Aufzählung konkreter realer Substanzen, die nach dem aktuellen wissenschaftsbasierten Kenntnisstand die definitionsgemäße Eigenschaft haben. Die Phantasie des Täters kann diesen Katalog, der zwar nicht im Gesetzestext abgebildet, ihm aber vorgelagert ist, nicht erweitern. Tatsächlich hätte der Gesetzgeber bei der Formulierung des früheren § 229 StGB oder des geltenden § 330a StGB auch so vorgehen können, dass er nach dem Muster einer abschließenden Positivliste, wie sie z.B. in §§ 29 ff. i.V.m. § 1 BtMG (Ace-
torphin, Brolamfetamin, Furethidin ...) oder in §§ 328 Abs. 1, 2, 330 d Abs. 1 Nr. 2 StGB i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 2 AtomG (Plutonium 239, Plutonium 241 usw.) verwendet wird, jede einzelne Substanz entweder unmittelbar in den Tatbestandstext aufnimmt oder im Wege der Verweisung als Teile eines Anhangs in den Tatbestand inkorporiert. Bei §§ 29 ff. BtMG begründet die irrige Annahme, ein Haarfärbemittel sei Haschisch, einen untauglichen Versuch.¹⁰⁷ Demgegenüber ist die Annahme, das zutreffend als Haarfärbemittel erkannte Material sei ein Betäubungsmittel, ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum, der keinen Vorsatz und somit auch keine Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs begründet.

Der Verzicht auf eine Enumeration der Tatmittel und die Ersetzung der Einzelaufzählung durch eine Eignungsklausel dient der Verschlankung des Gesetzestextes sowie der automatischen Selbstanpassung der Strafnorm an die Entwicklung neuer Stoffe mit tatbestandsrelevanter Eigenschaft bzw. an den Wissenszuwachs über derartige Stoffe. Diese Gesetzestechnik verdeckt, aber beseitigt nicht die gegenständliche Beschränktheit des Tatbestandstextes. Tatbestandsmäßig sind allein die Stoffe, die zur Zeit der Tat wirklich existieren und die gesetzlich umschriebene Schädigungseignung haben. Stoffe, die die relevante Eigenschaft nicht haben, werden vom Tatbestand nicht erfasst. Somit geht jede gedankliche Hinzufügung von Stoffen im Wege einer irrumsbehafteten Eigenschaftszuschreibung am objektiven Tatbestand vorbei und kann somit kein Tatvorsatz sein. Wenn der Gesetzgeber von der Begrenzung des Tatbestandes durch Aufnahme eines Katalogs tauglicher Erfolgsursachen in den Gesetzestext zwecks Vermeidung von Strafbarkeitslücken abgesehen hat, ändert dies nichts daran, dass die Begrenzung existiert. Der Gesetzesanwender ist aufgerufen, diese Grenzen zu erkennen und bei der Behandlung des konkreten Falles zu beachten. Nichts anderes als das sind die Bemühungen um eine Konkretisierung der Kriterien für die „objektive Zurechnung des Erfolges“.

¹⁰⁷ Beispiel nach Kotz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 2013, Vor § 29 BtMG Rn 122.

3. Unspezifische Verursachungstatbestände

Wenn über § 23 Abs. 3 StGB gesprochen oder geschrieben wird, steht das einfache Erfolgsverursachungsdelikt im Mittelpunkt sowie allein auf weiter Flur.¹⁰⁸ Die Lehrbuchbeispiele drehen sich vorrangig um § 212 StGB und § 218 StGB. Daher ist nicht klar zu erkennen, ob die Anwendbarkeit des § 23 Abs. 3 StGB auf Tatbestände ohne Erfolgskomponente überhaupt wahrgenommen bzw. in Rechnung gestellt wird.¹⁰⁹ Eben das ist aber geboten. Denn der Text des § 23 Abs. 3 StGB stellt nicht auf „Erfolg“ oder „Eintritt des Erfolges“, sondern auf „Vollendung“ ab. Dass eine Tat „nicht zur Vollendung führen“ kann, hat außer der Erfolgsuntauglichkeit auch noch andere Gründe. Passt z.B. bei einem Tätigkeitsdelikt der Handlungsvollzug nicht zu dem gesetzlich beschriebenen Handlungsmerkmal, ist die Tat nicht vollendet.¹¹⁰ Glaubt z.B. der Täter, eine individuelle „Giftbeibringung“ im Sinne des früheren § 229 StGB sei ein „Verbreiten“ oder „Freisetzen“ i.S.d. § 330 a Abs. 1 StGB, helfen bei der Subsumtion unter § 23 Abs. 3 StGB Formeln wie „völlig abwegige Vorstellung von gemeinhin bekannten Ursachenzusammenhängen“¹¹¹, „Verkennung von naturgesetzlichen Zusammenhängen“¹¹² oder „den Wirkungszusammenhang von Tat-
handlung, Mittel und angestrebtem Erfolg gänzlich verkennt“¹¹³ überhaupt nicht weiter.¹¹⁴ Wer meint, mit dem Verstreuen der Asche des Verstorbenen daran „beschimpfenden Unfug“ (§ 168 Abs. 1 StGB) zu verüben, dem wird man die Einschlägigkeit des § 23 Abs. 3 StGB nicht mit seiner himelschreienden Unkenntnis von einfachsten naturgesetzlichen Kausalitätsgegebenheiten erklären können. Ebenfalls ein Kandidat für § 23 Abs. 3 StGB (i.V.m. § 154 StGB) wäre die wahrheitswidrige Beteuerung eines Fußballspielers gegenüber dem Referee, er habe den Ball soeben mit dem Kopf

¹⁰⁸ Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (86): „Die Bezogenheit des Vorsatzes auch auf den Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg [...]“ (Hervorhebung im Original).

¹⁰⁹ Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (83), leitet sogar die allgemeine Erörterung des Versuchsunrechts ein mit den Worten: „Der Versuch ist zwar durch das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolges definiert [...]“. Welcher sehr weite Erfolgsbegriff dem zugrunde liegt, ist nicht zu erkennen.

¹¹⁰ Zutreffend weist Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (81), darauf hin, dass der untaugliche Versuch bei sämtlichen Straftatbeständen mit Versuchsstrafdrohung möglich ist.

¹¹¹ BGHSt 41, 94 (95); Heinrich, Jura 1998, 393 (396); Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 263.

¹¹² Eser/Bosch (Fn. 17), § 23 Rn. 17.

¹¹³ Fischer (Fn. 5), § 23 Rn. 7.

¹¹⁴ Im Übrigen: ist „ungeeignet“ eigentlich steigerungsfähig? Besteht ein qualitativer oder quantitativer Unterschied zwischen „ungeeignet“ und „völlig ungeeignet“ (Radtke, JuS 1996, 878 [882])? Gemeint ist wohl der unterschiedliche Grad an Erkennbarkeit der mangelnden Eignung: völlige Ungeeignetheit ist leichter zu erkennen – insbesondere für den Laien – als schlichte Ungeeignetheit, z.B. Schlafmittel als Tötungsmittel einerseits (nicht grob unverständig) und Kamillentee als Abtreibungsmittel andererseits (grob unverständig), vgl. Heinrich, Jura 1998, 393 (396).

und ohne unerlaubte Zuhilfenahme der Hand in das gegnerische Tor befördert.¹¹⁵ Fehlvorstellungen über naturgesetzliche Kausalzusammenhänge sind bei der Beurteilung des Verhaltens vor dem Maßstab eines Delikts ohne Erfolgskomponente offensichtlich die falsche Kategorie. Worauf es ankommt, ist stets die Vorstellung von Tatsachen, die geeignet sind, den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes zu erfüllen. Das gilt für alle Arten von Delikten, auch für schlichte Verursachungsdelikte wie den Totschlag. Damit überhaupt ein untauglicher Versuch vorliegt, muss sich der Täter Tatsachen vorstellen, die sich unter den objektiven Tatbestand subsumieren lassen. Die h.M. nimmt an, Vorstellungsinhalt könne beim versuchten Totschlag alles sein, solange ihm der Täter das Potential zuschreibt, den Tod eines anderen Menschen zu verursachen. Damit unterstellt sie den Urhebern des § 212 StGB einen Gesetzesgestaltungs willen, der selbst die harmlosesten Stoffe als Tötungsmittel in den Text des Totschlagstatbestandes einbeziehen würde, wenn dieser Tatbestand eine kasuistisch-enumera tive Gestalt erhalten sollte. Das ist abwegig. Strafgesetze sind so auszulegen, dass das Ergebnis der Auslegung einem vernünftigen, verständigen und auf sparsamen Einsatz des Strafrechts (ultima ratio) bedachten Gesetzgeber gut zu Gesicht stünde. Man kann es auch „verfassungskonforme Auslegung“ nennen. Dieses Kriterium führt dazu, dass in den oben skizzierten Lehrbuchfällen zum „grob unverständigen Versuch“ der Vorsatz des Täters auf ein Geschehen gerichtet ist, das kein Gesetzgeber der Welt zum Inhalt eines Totschlagstatbestandes machen würde, das also nicht objektiv tatbestandsmäßig ist. Beim grob unverständigen Versuch glaubt der Täter, der für einen verständigen Gesetzgeber vollkommen uninteressante Gegenstand habe die Eigenschaften, die ihn für einen verständigen Gesetzgeber zu einem ernst zu nehmenden Gegenstand eines strafbewehrten Verbots werden lässt. Diese Eigenschaftsvorstellung begründet aber keinen Vorsatz, sondern ein vorsatzloses Unrechtsbewusstsein. Unrechtsbewusstsein ohne Vorsatz ist aber kein untauglicher Versuch, sondern ein Wahndelikt.

Allgemein anerkannt ist das übrigens in Bezug auf den berühmten „Erbonkel-Fall“: Neffe N schlägt seinem Onkel O vor, statt über die A-Straße über die B-Straße zur Arbeit zu gehen. N hofft, O werde auf der B-Straße von einem Auto angefahren werden. So geschieht es tatsächlich. In anderen Varianten des Falles wird der Onkel beim Waldspaziergang

vom Blitz erschlagen¹¹⁶ oder beim Flugzeugabsturz getötet.¹¹⁷ Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes wird mit unterschiedlichen Begründungen, im Ergebnis aber einhellig, verneint.¹¹⁸ Damit entfällt auch ein strafbarer Versuch, wenn dem Onkel tatsächlich nichts passiert. Dies wird allerdings in der Literatur genauso wenig thematisiert wie die Frage, was wohl abwegiger ist: den Tod des Onkels dadurch zu verursachen, dass man ihm einen Waldspaziergang bei aufkommendem Gewitter vorschlägt oder dadurch, dass man mit einem Luftgewehr auf ein in 1.000m Höhe fliegendes Flugzeug schießt, in dem der Onkel als Passagier sitzt. Immerhin scheint es nicht ganz unmöglich zu sein, seinen Onkel in den Tod zu schicken, indem man ihm eine bestimmte Route durch den Großstadtdschungel oder den Spaziergang im Wald schmackhaft macht. Der Abschuss des Flugzeugs mit dem Luftgewehr aber ist absolut unmöglich. Dennoch soll letzteres eine Straftat sein, ersteres hingegen nicht. Nach *Tonio Walter* handelt der Neffe nicht sorgfaltpflichtwidrig. Handelt der Luftgewehrschütze sorgfaltpflichtwidrig bzw. hat er den Vorsatz sorgfaltpflichtwidrig zu handeln?

VI. Der objektive Tatbestand aus der Perspektive eines „verständigen“ Gesetzgebers

Eine Tatbeschreibung, die – wie der Wortlaut des § 212 Abs. 1 StGB – die tatbestandsmäßige Handlung nicht beschreibt, ist unvollständig. Da aus dem Strafrecht übergeordneten – verfassungsrechtlichen – Gründen nicht jede beliebige Handlung eine „Tötung“ sein kann, selbst wenn sie Ursache eines Todeserfolges ist, muss der objektive Tatbestand begrenzende Merkmale enthalten. Es gibt todesursächliche Handlungen, die „Tötung“ sind und es gibt todesursächliche Handlungen, die nicht „Tötung“ sind. Der Gesetzgeber, dessen Aufgabe es schon wegen Art. 103 Abs. 2 GG ist, die Grenzziehung im objektiven Tatbestand halbwegs nachvollziehbar zu verankern,¹¹⁹ hat diese Aufgabe jedenfalls bei § 212 StGB nicht einmal ansatzweise erfüllt. Also ist die Aufgabe der – von der Strafrechtswissenschaft unterstützten – Rechtsanwendung zugefallen. Das Gericht hat in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob eine Handlung, die den Tod eines anderen Menschen verursacht hat bzw. mit der der Täter den Tod eines anderen Menschen verursachen wollte, vollendete oder versuchte Tötung ist. Der Täter selbst ist für die Ausfüllung und Konkretisierung des Gesetzesbegriffs

¹¹⁵ Die Literatur enthält keine Angaben zu der Frage, ob ein derartiger Fall von § 23 Abs. 3 StGB erfasst ist oder nicht. Da es nicht um die Untauglichkeit des Täter-Subjekts geht (nach *Zaczyk* [Fn. 19], § 22 Rn. 39, § 23 Rn. 19; *Roxin* [Fn. 11], § 29 Rn. 367 kein Fall des § 23 Abs. 3 StGB, sondern strafloses Wahndelikt), ist fraglich, ob der Fußballschiedsrichter ein „Gegenstand an dem“ oder ein „Mittel, mit dem“ die Tat begangen werden soll, ist. Wenn keine der beiden Alternativen greift, handelt es sich nach der h.M. um einen Versuch ohne die Absehens- oder Milderungsmöglichkeiten des § 23 Abs. 3 StGB. Dieses Ergebnis wäre inakzeptabel.

¹¹⁶ *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 241; *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 44.

¹¹⁷ *Freund* (Fn. 46), § 2 Rn. 13; *B. Heinrich* (Fn. 116), Rn. 241; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, § 23 Rn. 68.

¹¹⁸ *T. Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 40: keine Sorgfaltpflichtwidrigkeit; *B. Heinrich* (Fn. 116), Rn. 242: nicht Werk des Täters, sondern Werk des Zufalls; *Kühl* (Fn. 29), § 4 Rn. 92: eigenverantwortliche Eingehung des Risikos; *Murmann* (Fn. 117), § 23 Rn. 69: keine rechtlich missbilligte Gefahrschaffung; *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 47: keine rechtlich erhebliche Tötungsgefahr geschaffen.

¹¹⁹ *Loos*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 25), S. 469 (479).

„Tötung“ nicht zuständig. Seine Vorstellung, eine beliebige Handlung werde den Tod eines anderen Menschen verursachen, verleiht dieser Handlung nicht die rechtliche Qualität einer „Tötung“.¹²⁰ Die Vorstellung allein ist in einem Tatstrafrecht ohnehin kein tauglicher Gegenstand strafrechtlicher Sanktionierung („Gedankenverbrechen“, „Gesinnungsstrafrecht“).¹²¹ Die rechtliche Qualität einer Handlung als „Tötung“ hat allein der Gesetzgeber zu bestimmen, der sich dessen aber – wie gesehen – enthalten hat. Also muss das Gericht das tatbestandliche Vakuum durch gesetzestextergänzende Auslegung füllen, indem es die zu beurteilende Handlung dem mutmaßlichen Rechtssetzungswillen des Gesetzgebers gegenüberstellt. Handlungen, die ein verständiger, die verfassungsrechtlichen Strafrechtsgrenzen respektierender Gesetzgeber nicht als tatbestandsmäßige Ausführungsformen einer „Tötung“ in einen kasuistisch ausdifferenzierten Totschlagstatbestand aufnehmen würde, sind keine Tötung.

Als Maßstab kann z.B. ein Text herangezogen werden, der zwar schon über 200 Jahre alt ist¹²², aber dennoch recht prägnant zum Ausdruck bringt, worauf es bei der Definition der Tötungshandlung ankommt: „[...] solche Handlungen unternimmt, woraus, nach dem gewöhnlichen allgemein, oder ihm besonders bekannten Laufe der Dinge, der Tod desselben erfolgen musste, und ihn dadurch wirklich tödtet [...]“ Dieser Auszug aus § 806 im 20. Titel des preußischen ALR von 1794 definiert die Tötung zutreffend aus einer ex ante-Perspektive und legt mit dem „allgemein bekannten Laufe der Dinge“ den Maßstab des zur Tatzeit aktuellen Allgemeinwissens zugrunde. Spezielles Expertenwissen dehnt die Verantwortung desjenigen aus, der es hat und die Tat dennoch begeht.¹²³ Umgekehrt fallen Taten, die nach dem gewöhnlichen allgemein bekannten Lauf der Dinge nicht zwangsläufig den Tod herbeiführen, aus dem Tatbestand heraus. Wir wissen, dass der Schuss mit einem Luftgewehr auf ein hochfliegendes Flugzeug nach dem Lauf der Dinge den Tod der Menschen in dem Flugzeug nicht zur Folge haben wird. Ein verständiger Gesetzgeber, der strafbewehrten Verhaltensnormen zum Schutz menschlichen Lebens vor Vernichtung durch menschliches Fehlverhalten zwecks Schaffung eines hohen Maßes an Orientierungssicherheit auch für Laien zur Verdeutlichung des Handlungsunwertes einer „Tötung“ detailfreudig (z.B. durch Aufzählung von geeigneten Tötungsinstrumenten wie Messer, Beil, Gift, Sprengstoff, Schusswaffen ...) einen lebensnahen und anschaulichen Wortlaut verleiht, wird nicht auf Beispiele wie

den Schuss mit einem Luftgewehr auf ein hochfliegendes Flugzeug zurückgreifen. Er wird erst recht keinen abstrakten Lebensgefährdungstatbestand durch Rückgriff auf derartig abwegige Phantasiegebilde formulieren. Und es wird kein Gesetzgeber und kein Rechtsanwender jemals auf die Idee kommen, den ohne Tötungsvorsatz abgefeuerten Schuss mit einem Luftgewehr auf ein hochfliegendes Flugzeug als fahrlässige, weil in Relation zum Bedürfnis nach der Erhaltung von Menschenleben sorgfaltpflichtwidrige, Handlung zu bewerten. Wenn Grundvoraussetzung jeden strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens die Vorhersehbarkeit eines verhaltensbedingten Unrechtserfolges ist¹²⁴, dann können Handlungen, bei denen vorhersehbar ist, dass sie einen solchen Erfolg nicht herbeiführen werden, weil das naturwissenschaftlich gar nicht möglich ist, den Tatbestand einer Strafnorm nicht ausfüllen. Eine Handlung, die – ohne Vorsatz ausgeführt – kein Fahrlässigkeitsunrecht begründet, kann mit Vorsatz ausgeführt folglich kein Vorsatzunrecht begründen.¹²⁵ Sie taugt deshalb nicht zu einem strafbaren Versuch.

Dass die h.M. entgegen diesen von niemandem bestrittenen Grundbedingungen rationalen Strafrechts beim untauglichen Versuch aus grobem Unverstand zum entgegengesetzten Ergebnis kommt, kann wohl nur daran liegen, dass der Gegenstand des Tatvorsatzes falsch definiert wird. Das irrumsbedingte „Wissen und Wollen“ des Täters richtet sich in den Schulbeispielen des grob unverständigen Versuchs nicht auf eine verbotene – und deswegen objektiv tatbestandsmäßige – Handlung, sondern auf den Grund für das Verbotensein einer Handlung. Allerdings geht diese Vorstellung des Täters ins Leere, weil der angenommene Verbots- und Bestrafungsgrund eine andere Art von Handlung trägt, jedenfalls nicht die, die der Täter ausgeführt hat. Wenn der Täter meint, mit einem Stoff, den er zutreffend als Zucker erkannt hat, einen gesunden Menschen töten zu können, weil er Zucker lebensgefährliche Wirkung zuschreibt, dann stellt er sich nicht den Inhalt einer Tötungsverbotsvorschrift („Strafbar ist, wer einem anderen Zucker beibringt“), sondern die ratio legis einer derartigen Tötungsverbotsvorschrift – die z.B. zur Verwendung von Gift oder Schusswaffen passt – vor. Das ist kein Vorsatz, sondern Unrechtsbewusstsein, wie es in umgekehrter – unrechtsnegierender – Erscheinung dem § 17 StGB zugrunde liegt. Die Annahme, der Gesetzgeber habe wegen des irrtümlich vorgestellten Tötungspotentials einen Grund, die Verwendung eines Gegenstandes zwecks Rechtsgüterschutzes zu pönalisieren, ist in Bezug auf das Schießen mit einem Luftgewehr auf ein hochfliegendes Flugzeug die irrtümliche Annahme eines Verbotsgrundes. Diese kann strafrechtsdogmatisch aber keine andere Rechtsnatur haben als die irrije Annahme eines – objektiv nicht existierenden – Verbotes. Die Fehlvorstellung begründet somit keinen untauglichen Versuch, sondern ein strafloses Wahndelikt. Der Unterschied zwischen den Fehlvorstellungen lässt sich im geltenden Strafrecht an Strafvorschriften darlegen, in denen Tatbestandsmerkmale wie „Gift“ (§ 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB) und „Waffe“ (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB) enthalten sind. Der

¹²⁰ Hirsch (Fn. 8) S. 721.

¹²¹ Hirsch (Fn. 8), S. 722.

¹²² Wie modern der Text der Sache nach ist, zeigt z.B. ein Vergleich mit der Definition des Begriffs „Risiko“ bei *Kindhäuser*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 25), S. 397 (399): „Ein Risiko ist ein Komplex von Bedingungen, der nach einschlägigen Kausalgesetzen die Prognose eines Schadenseintritts mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erlaubt“; vgl. auch Hirsch (Fn. 8), S. 717: „Beginn einer wirklichen, nämlich die konkrete Möglichkeit der Tötungsverwirklichung beinhaltende Handlung“.

¹²³ Hirsch (Fn. 10), S. 39.

¹²⁴ Freund (Fn. 25), S. 213.

¹²⁵ Freund (Fn. 25), S. 214.

Gesetzgeber hat diese Tatobjekte aufgegriffen, weil sie für die Gesundheit des Opfers besonders gefährlich sind. Das ist der Grund für die Pönalisierung. Wegen der Immanenz der Gefährlichkeit wäre es überflüssig, in den Gesetzestext zusätzlich das Adjektiv „gefährlich“ aufzunehmen. Demzufolge bezieht sich der Tatvorsatz nur auf „Gift“ und „Waffe“, dagegen nicht auf „gefährlich“. Die Vorstellung, dass Gift gefährlich ist, ist zur Bejahung des Tatvorsatzes nicht notwendig, weil sie in der Vorstellung, dass das zur Tat benutzte Mittel „Gift“ ist, eingeschlossen ist. Umgekehrt schließt die Fehlvorstellung, die Waffe oder das Gift sei ungefährlich, nicht gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB den Vorsatz aus. Sie kann aber gegebenenfalls als Verbotsirrtum (§ 17 StGB) relevant sein, weil sie dem Täter den Blick dafür verstellt, dass der Gesetzgeber einen Grund hat, den Umgang mit Gift oder mit einer Waffe bei Strafe zu verbieten. Hält der Täter umgekehrt seine Handlung mit einem objektiv ungefährlichen Tatwerkzeug, das – wie er zutreffend erkannt hat – weder Gift noch Waffe ist, für verboten, weil er es für gefährlich erachtet, stellt er sich zwar einen Verbots- und Pönalisierungsgrund vor, aber keine Handlung, die wirklich tatbestandsmäßig ist. Er hat also keinen Vorsatz, seine Unrechtsvorstellung ist die subjektive Komponente¹²⁶ eines Wahndelikts. So verhält es sich in den Fällen des § 23 Abs. 3 StGB, die deshalb keine strafbaren Versuche sind.¹²⁷

VII. Schluss

Die in der Einleitung skizzierte und eingehendere Beschäftigung mit dem Thema inspirierende zunächst grobe Einschätzung des *Autors*, dass § 23 Abs. 3 StGB eine verfehltete Vorschrift ist, deren Abschaffung man dem Gesetzgeber empfehlen sollte, hat sich im Zuge der Manuskriptverfassung zu der Überzeugung verdichtet, dass die in dieser Vorschrift enthaltene Aussage strafrechtsdogmatisch unhaltbar ist. Die Sachverhalte, die das Strafrechtlerhirn erfinden muss, um diesem merkwürdigen Gesetzestext überhaupt so etwas wie lebensnahe Anschaulichkeit einzuhauchen, bilden Taten ab, denen das unverzichtbare Element eines auf Verwirklichung des objektiven Tatbestandes gerichteten Vorsatzes fehlt. Daher sind diese Taten keine strafbaren Versuche. § 23 Abs. 3 StGB gehört abgeschafft. Wir Strafrechtswissenschaftler sollten das einfach anerkennen, unsere Dogmatik ernst nehmen – anstatt sie zu „kränken“¹²⁸ – und nicht uns krampfhaft bemühen, mit nichtssagenden, leerformelhaften Floskeln der Norm eine scheinbare Rationalität zuzuschreiben, die ihr substantiell abgeht.¹²⁹

¹²⁶ Die objektive Komponente des Wahndelikts besteht darin, dass der Täter nicht zur Verwirklichung eines Tatbestandes (§ 22 StGB) ansetzt.

¹²⁷ Hirsch (Fn. 53), S. 257; ders. (Fn. 10), S. 42.

¹²⁸ Botke (Fn. 12), S. 148.

¹²⁹ Vogel (Fn. 2), S. 108: „Strafgesetze sollen rational begründet werden, und die Begründung soll rational nachprüfbar und nachvollziehbar sein.“

Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

I. Eingrenzung des Problems

Als ich im Jahre 2003 auf einem Symposium in Barcelona zum ersten Mal öffentlich die Ansicht vertrat, dass die Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung als Ersatz für die wirkliche Einwilligung des unzureichend aufgeklärten Patienten das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet und seinen strafrechtlichen Schutz de facto paralyisiert, hielt man mir sofort die folgende Frage entgegen: Wie wollen Sie ohne das Institut der hypothetischen Einwilligung den Fall lösen, dass der Patient sich nachträglich mit der Behandlung des Arztes zufrieden erklärt? Schließlich hat auch in diesem Fall der Arzt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet und eine nachträgliche Genehmigung eines strafbaren Eingriffs kennt das Strafrecht aus wohl erwogenen Gründen nicht. Brauchen wir also nicht das Institut der hypothetischen Einwilligung, um zu verhindern, dass auch in diesem Fall der Arzt wegen Körperverletzung bestraft wird, obwohl der Patient sich in keiner Weise in seinen Rechten verletzt fühlt? Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden. Der erste ist der, dass der Patient deshalb mit dem Ergebnis der Behandlung zufrieden ist, weil sich das Risiko, über das der Arzt ihn nicht aufgeklärt hat, nicht realisiert hat. Hier ist der Eingriff bereits durch die wirklich erteilte Einwilligung des Patienten gedeckt. Diese wird ja wegen des Aufklärungsmangels nicht vollständig unwirksam, sondern nur mangelhaft. Mit dem Eingriff als solchen hat der Patient sich ja einverstanden erklärt und das Risiko, mit dem er sich mangels Aufklärung darüber nicht einverstanden erklären konnte, hat sich im Eingriff nicht realisiert.¹

Schwieriger ist der Fall zu lösen, dass sich das Risiko, über das der Patient nicht aufgeklärt wurde, zwar im Erfolg tatsächlich realisiert hat, der Patient aber im Nachhinein die Risikoabwägung des Arztes akzeptiert und das Risiko auf sich nimmt. Eine Rechtfertigung durch nachträgliche Genehmigung kennt das Strafrecht, wie gesagt, nicht.² Ein Grund dafür ist das an der Verfolgung einer Straftat bestehende öffentliche Interesse, über das auch der Verletzte nicht disponieren kann. Ein zweiter Grund liegt darin, dass auch der Straftäter nicht auf Gedeih und Verderb dem Willen des

Verletzten ausgeliefert werden soll, von gewissen dadurch drohenden Nebeneffekten, wie beispielsweise einem Freikauf des Straftäters oder gar einer Erpressung durch den Verletzten ganz zu schweigen.³ Und doch kennt das Strafrecht für einige Delikte eine Institution, die in ihren strafprozessualen Wirkungen der nachträglichen Genehmigung ziemlich nahe kommt, das Antragserfordernis. Es gilt nach § 230 StGB gerade für diejenigen Delikte, die bei unzureichender Aufklärung durch einen behandelnden Arzt in Betracht kommen, nämlich die fahrlässige Körperverletzung bei einem fahrlässigen Aufklärungsmangel und im schlimmsten Fall die vorsätzliche Körperverletzung bei einem vorsätzlichen Aufklärungsmangel. Hier werden nun tatsächlich was die Strafverfolgung betrifft Wohl und Wehe des Täters in die Hand des Verletzten gelegt, der im Übrigen auch noch frei bleibt, seine Rechte im Zivilrechtsweg geltend zu machen. Ist der Patient im Ergebnis mit der Heilbehandlung und ihren verwirklichten Risiken einverstanden, so wird er keinen Strafantrag stellen und die Staatsanwaltschaft wird in einem solchen Fall auch das öffentliche Interesse nicht bejahen, es sei denn, sie habe den Verdacht unlauterer Machenschaften zwischen Patient und Arzt, etwa den eines Freikaufs.

Das tatsächliche Problem, das mit Hilfe des Instituts der hypothetischen Einwilligung gelöst werden soll, beschränkt sich also auf die folgende Fallkonstellation: Der Patient ist über ein nach den allgemeinen Regeln der Aufklärungspflicht relevantes Risiko nicht oder nicht richtig und vollständig aufgeklärt worden. Dieses Risiko hat sich bei der Heilbehandlung realisiert und der Patient ist nachträglich nicht damit einverstanden, fühlt sich also in seinem Selbstbestimmungsrecht verletzt.

II. Das Selbstbestimmungsrecht und der hypothetische Wille

Nach *Rosenau* offenbart der Vorwurf, dass die Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten untergrabe und dem Arzt die Möglichkeit verschaffe, seinen Patienten jede Behandlung aufzudrängen, die mit der *lex artis* (noch gerade) vereinbar sei, einen „fundamentalen Irrtum.“ „Der Tatbestand des § 223 StGB hat das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit vor Augen und darf nicht in einen Tatbestand zum Schutz der Selbstbestimmung umgedeutet werden.“⁴ Aber der Schutz eines Individualinteresses ist von dem Schutz des Rechts, über dieses Interesse zu verfügen, nicht zu trennen, es sei denn man unterwirft das Interesse einer fremdbestimmten Vernunftthoheit.

¹ *Kuhlen*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431 (436 ff.); *ders.*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331 (342); *Widmaier*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. 1, 2011, S. 439 (445 ff.); *Duttge*, in: Hoyer/Müller/Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 179 (190 f.).

² Auf nichts anderes als eine nachträgliche Genehmigung läuft der Vorschlag von *Zabel* (GA 2015, 219 [233]) hinaus, der Patient könne nach dem Heileingriff erklären, dass seine Einwilligung trotz seines Irrtums wirksam sei.

³ *Rönnau*, JuS 2014, 882 (884); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6).

⁴ *Rosenau*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 683 (696); *Beulke*, medstra 2015, 67 (69).

Das gilt auch für das Interesse an der körperlichen Unversehrtheit.⁵

Manche Autoren bestreiten, dass die Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet, sie realisiere es vielmehr, weil man ja bestrebt ist, den hypothetischen Willen dieses individuellen Patienten zu ermitteln und ihn nicht irgendeiner Vernunfttheorie, etwa der medizinischen *lex artis* oder anderen fremdbestimmten Entscheidungsregeln, zu unterwerfen.⁶ Aber selbst wenn es möglich wäre, eine eindeutige und, wie man sich heute ausdrückt, belastbare Aussage darüber zu treffen, wie sich der Patient in einer Konfliktsituation entschieden hätte, wenn man ihn pflichtschuldigst gefragt hätte, wird dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht dadurch Rechnung getragen, dass man ihm die auf diese Weise ermittelte Entscheidung als von ihm getroffen unterstellt. Es macht nämlich unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung einen wesentlichen Unterschied, ob jemand sich einem Risiko oder einem Übel aus eigener Entscheidung, aus welchen Gründen auch immer, unterzieht, oder ob ihm dieses Risiko oder dieses Übel von einem anderen aufgezwungen oder unterschoben wird. Der Patient, der gegen den Arzt, der ihn hintergangen hat, etwa ein Privatklageverfahren wegen Körperverletzung angestrengt hat, dürfte sich kaum in seinem Selbstbestimmungsrecht respektiert fühlen, wenn der Richter ihm erklärt, dass dieses nicht verletzt sei, weil er, der Richter, genau wisse, dass er auch bei richtiger Aufklärung in den Heileingriff eingewilligt hätte.⁷

Aber was weiß der Richter hier eigentlich. Er weiß, dass der Patient tatsächlich nicht in das Behandlungsrisiko eingewilligt hat, weil der Arzt ihn nicht darüber aufgeklärt hat. Die Behauptung, dass er bei richtiger Aufklärung in dieses Risiko eingewilligt hätte, ist reine Spekulation. Der Richter wählt nach objektiv erkennbaren Kriterien eine fiktive Willensentscheidung des Patienten aus, die er dann seiner Beurteilung über die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Verhaltens zugrunde legt. *Rosenau* hält das für unbedenklich, weil man ja auch sonst auf subjektive Tatsachen nur mit Hilfe objektiver Indizien schließen muss und auch kann.⁸ Aber es ist etwas ganz anderes, aus objektiven Indizien auf einen subjektiven Sachverhalt zu schließen, von dem man dann annimmt, dass er wahr ist, als anhand objektiver Indizien einen subjektiven Sachverhalt zugrunde zu legen, von dem man genau weiß, dass er nicht wahr ist.

⁵ *Puppe*, GA 2003, 764 (765); *Tag*, ZStW 126 (2015), 523 (525); *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (30) m.w.N.

⁶ *Kuhlen*, JR 2004, 227; *ders.* (Fn. 1 – FS Müller-Dietz), S. 442; *Rönnau*, JZ 2004, 801 (803 f.); *Beulke*, medstra 2015, 67 (74).

⁷ Vgl. z.B. BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2, mit Bespr. *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 18 ff. In diesem Fall war allerdings das Selbstbestimmungsrecht des Patienten möglicherweise tatsächlich nicht verletzt, weil er schon von anderen Ärzten über die Risiken des Heileingriffs aufgeklärt worden war.

⁸ *Rosenau* (Fn. 4), S. 692.

Aber damit fangen die Probleme der hypothetischen Einwilligung erst an. Niemand kann eine wahrheitsfähige Aussage darüber machen, wie er selbst oder ein anderer sich in einer Konfliktsituation entschieden hätte, in der er in Wirklichkeit nicht gestanden hat. Eine solche Aussage ist ihrer logischen Form nach ein irrealer Konditionalsatz, also ein Satz, der ein Bedingungsverhältnis zwischen zwei Gliedsätzen behauptet und zugleich behauptet, dass der erste falsch ist. Ein solcher Satz ist rein logisch betrachtet stets wahr, gleichgültig wie das Hinterglied lautet. Unter der Voraussetzung, dass der Patient tatsächlich nicht richtig aufgeklärt worden ist, ist also rein logisch betrachtet sowohl der Satz wahr, dass er dem Heileingriff auch dann zugestimmt hätte, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre, als auch der Satz, dass er nicht zugestimmt hätte, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre. Einen Sinn hat ein solcher Satz nur als Paraphrase auf allgemeine Gesetze, die nicht nur die wirklichen Ereignisse, sondern auch die fiktiven bestimmen müssten.⁹ Solche allgemeinen Sätze kennen wir für menschliches Verhalten nicht und wir wissen trotz aller experimentellen Hirnforschung nach wie vor nicht, ob solche strikten Gesetze für menschliches Verhalten gelten oder nicht.¹⁰ Die Anhänger der hypothetischen Einwilligung weisen dies als theoretische Besserwisserie zurück, indem sie darauf hinweisen, dass im täglichen Leben sehr oft Behauptungen dieser Form aufgestellt werden, beispielsweise der Satz, Ailton hätte im Jahr 2003 seinen Vertrag mit Werder Bremen verlängert, wenn der Verein ihm mehr Geld angeboten hätte als Schalke 04.¹¹ An Fußballstammtischen oder politischen Stammtischen werden dergleichen Behauptungen gerne aufgestellt und auch für bare Münze genommen. Aber im Gerichtssaal sollten andere Wahrheitsmaßstäbe gelten als an einem Fußballstammtisch. Freilich ist mit logischen Argumenten in der heutigen Rechtswissenschaft wenig auszurichten. Man kann sie ja einfach bestreiten.¹² Weit überzeugender ist das Argument, dass es mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 GG, und der Menschenwürde, Art. 1 GG, unvereinbar ist, an die Stelle der einer Person von Rechts wegen zustehenden Willensentscheidung von Rechts wegen Spekulationen darüber zu setzen, wie sich die Person entschieden hätte, wenn man ihr pflichtgemäß die Gelegenheit gegeben hätte.

Allerdings nimmt auch die Rechtsprechung solche irrealen Konditionalsätze manchmal für bare Münze und entscheidet die „Hätte“-Frage dadurch, dass sie den Patienten einfach fragt, wie er sich denn entschieden hätte, wenn der

⁹ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Vor § 13 Rn. 91 mit Fn. 93, Rn. 126 ff.; *dies.* (Fn. 7), § 2 Rn. 49, § 11 Rn. 12 f., § 19; *dies.*, JR 2004, 470 (471).

¹⁰ Zustimmend *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (28 f.); *Duttge* (Fn. 1), S. 189; *Hefendehl*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 465 (471).

¹¹ *Kuhlen*, JR 2004, 227 (228); *Sowada*, NSTZ 2012, 1 (6).

¹² *Beulke*, medstra 2015, 67 (74).

Arzt ihn richtig und vollständig aufgeklärt hätte.¹³ In der ersten Entscheidung, die einen Arzt aufgrund einer hypothetischen Einwilligung des Patienten freigesprochen hat, hat der BGH den Patienten allerdings nicht danach gefragt, sondern selbst Indizien dafür angeführt, dass der Patient auch bei vollständiger Aufklärung zugestimmt hätte.¹⁴ Aber ganz abgesehen von allen erkenntnistheoretischen Einwänden gegen solche Aussagen und solche Beweismethoden lehrt uns alle unsere eigene Erfahrung, dass wir uns, wenn wir tatsächlich in eine bestimmte Entscheidungssituation geraten sind, oft anders verhalten, als wir zuvor glaubten, dass wir uns verhalten würden. Hinzu kommt, dass die Antwort unseres Patienten auf die „Hätte“-Frage oft von Faktoren beeinflusst werden kann, die erst nach der Entscheidungssituation eingetreten sind, zum Beispiel davon, ob der Eingriff gut oder schief gegangen ist,¹⁵ oder auch davon, wie sich der Arzt dem Patienten gegenüber allgemein verhalten hat.

Nehmen wir zum Beispiel den Bohrer-Fall, in dem der BGH die Erklärung des Patienten, er hätte auf keinen Fall in den Eingriff eingewilligt, für bare Münze genommen und darauf die Verurteilung des Arztes gestützt hatte.¹⁶ Dem angeklagten Arzt war bei einer Bohrung des Schulterblatts des Patienten die Bohrspitze abgebrochen. Nach einem kurzen vergeblichen Versuch, sie zu entfernen, ließ er die Bohrspitze einfach im Schulterblatt stecken und verschloss die Operationswunde. Als ihm dann später klar wurde, dass diese Bohrspitze auf jedem Röntgenbild der Schulter des Patienten deutlich zu sehen sein würde, entschloss er sich, sie durch einen weiteren operativen Eingriff zu entfernen. Um dem Patienten sein Versagen in der ersten Operation nicht eingestehen zu müssen, erklärte er ihm, er müsse auf der anderen Seite der Schulter noch eine Kapselraffung vornehmen, womit sich der Patient einverstanden erklärte. Verständlicherweise war der Patient auf diesen Arzt nicht mehr gut zu sprechen, als er die Wahrheit erfuhr. Schließlich hatte der ihn dreist getäuscht und sogar versucht ihn zu betrügen, denn er wollte ihm ja die angebliche Kapselraffung wohl in Rechnung stellen. Außerdem müsste man, um die „Hätte“-Frage überhaupt beantworten zu können eine ganze Menge von fiktiven Umständen hinzu erfinden. In welcher Art und Weise hätte der Arzt den Patienten gefragt? Hätte er ihm seinen Fehler reuevoll eingestanden und ihn um Verständnis gebeten, hätte er ihm erklären können, dass die Entfernung der Bohrspitze, wenn auch nicht unbedingt medizinisch indiziert, so doch auch im Eigeninteresse des Patienten war? Je nachdem, wie man diese Nebenumstände fingiert, wird man mehr oder weniger plausible Gründe sowohl für die Bejahung als auch für die Verneinung der „Hätte“-Frage finden können.

Der VI. Zivilsenat des BGH, der für Arztrecht zuständig ist und die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung gewissermaßen erfunden hat, hat denn auch niemals auf der Beantwortung dieser Frage bestanden, sondern ein fein austariertes System von Beweislastregeln dazu entwickelt. Danach braucht der Patient im Arzthaftungsprozess lediglich plausibel zu machen, dass er im Falle richtiger Aufklärung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt gestanden hätte. Danach obliegt es dem Arzt zu beweisen, dass er sich gleichwohl für den Eingriff entschieden hätte.¹⁷ An dieser Beweis Anforderung scheitert der Arzt praktisch immer.¹⁸ Im Strafprozess steht der Weg, Interessenkonflikte durch Beweislastregeln zu entscheiden, nicht offen. Hier gilt für jede Frage, die als entscheidungsrelevant angesehen wird, der Grundsatz, dass sie im Zweifelsfall so zu beantworten ist, wie es für den Angeklagten am günstigsten ist. Der Richter darf sich also im Strafprozess auch nicht an Plausibilitäts Erwägungen orientieren. Er muss aus der Erkenntnis, dass die „Hätte“-Frage prinzipiell nicht beantwortbar ist, wenn ein entscheidungsrelevanter Aufklärungsmangel besteht, die Konsequenz ziehen, sie stets zu Gunsten des angeklagten Arztes zu beantworten. Es ist also bei ehrlicher und konsequenter Handhabung des Zweifelsgrundsatzes im Strafprozess stets davon auszugehen, dass der Patient auch dann in den Heileingriff eingewilligt hätte, wenn er richtig und vollständig aufgeklärt worden wäre. Der Arzt kann also dem Patienten durch vorsätzlich unvollständige Aufklärung ungestraft jeden Heileingriff aufzwingen, der sich noch im Rahmen der *lex artis* hält.¹⁹ Wird die Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung nicht gewissermaßen von außen auf Heileingriffe im Rahmen der *lex artis* eingeschränkt, so gilt sie auch für Außenseitermethoden.²⁰ Wohin es führt, wenn man die „Hätte“-Frage auch auf andere Rechtfertigungsgründe erstreckt, beispielsweise prozessuale, hat der Fall Jalloh erschreckend gezeigt.²¹

Auch der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung wird durch die Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung gegenstandslos. Das Rechtsinstitut der mutmaßlichen Einwilligung erlaubt es einem Arzt, sich dann an der hypothetischen Einwilligung des Patienten zu orientieren und sich darauf zu berufen, wenn er die wirkliche Einwilligung des Patienten aus tatsächlichen Gründen nicht einholen kann, beispielsweise weil der Patient nicht bei Bewusstsein oder aus anderen Gründen entscheidungsunfähig ist, und die Wiederherstellung seiner Entscheidungsfähigkeit, falls sie denn überhaupt ohne medizinischen Eingriff eintreten würde, nicht

¹³ BGH JR 2004, 469; vgl. auch BGH JR 2004, 251 (252).

¹⁴ BGHR § 223 Abs. I Heileingriff 2, mit Bespr. Puppe (Fn. 7), § 11 Rn. 18 ff.

¹⁵ Sternberg-Lieben, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 299 (302); Sowada, NStZ 2012, 1 (6); Conrad/Koranyi, JuS 2013, 979 (983); vgl. dazu BGH JR 1996, 69 (71 f.).

¹⁶ BGH JR 2004, 469 mit Anm. Puppe.

¹⁷ Wagner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 874.

¹⁸ Wagner (Fn. 17), § 823 Rn. 874; Sowada, NStZ 2012, 1 (7).

¹⁹ Puppe, GA 2003, 764 (769); Otto, Jura 2004, 679 (685); Duttge (Fn. 1), S. 188; Swoboda, ZIS 2013, 18 (22 f.); Tag, ZStW 126 (2015), 523 (538 f.).

²⁰ So BGH NJW 2013, 1688.

²¹ BGHSt 59, 292 (303), mit Bespr. Puppe (Fn. 7), § 11 Rn. 25 ff.

abgewartet werden kann. Diese Einschränkungen entfallen natürlich restlos, wenn sich der Arzt auch dann mit einer hypothetischen Einwilligung des Patienten entlasten kann, wenn sie nicht gegeben sind.²² *Kuhlen*, der dies erkannt hat, will dem die Spitze dadurch nehmen, dass er einen Arzt, der sich ohne Not auf eine hypothetischen Einwilligung des Patienten beruft, wegen Versuchs bestrafen will, weil dieser doch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet hat, also ein Handlungsunwert gegeben ist, auch wenn der Erfolgsunwert entfällt.²³ Diese Rechnung geht nicht auf. Der Versuch ist nicht irgendein Handlungsunwert, sondern die Ausführung des Vorsatzes, den Tatbestand zu verwirklichen, ohne dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind, also die genaue Widerspiegelung des objektiven Unrechts im Bewusstsein des Täters. Eine Strafbarkeit des Arztes wegen Versuchs kommt also nur dann in Betracht, wenn er erstens den Patienten vorsätzlich getäuscht oder unvollständig aufgeklärt hat und zweitens nicht ernsthaft (sondern höchstens vage) darauf vertraut hat, dass der Patient auch dann in den Eingriff eingewilligt hätte, wenn er ihn richtig aufgeklärt hätte.²⁴ Angesichts der Erkenntnis, dass Behauptungen über den hypothetischen Willen des Patienten ohnehin keine Tatsachen, sondern nur Spekulationen sind, kann der angeklagte Arzt ein solches Vertrauen jederzeit unwiderleglich behaupten, es sei denn, der Patient habe sich die Aufklärung anderweitig verschafft und dem Arzt ungefragt erklärt, dass er in dieses Risiko oder diese Operationserweiterung nicht einwillinge.

III. Zur systematischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht

Aber sind nicht alle Einwände gegen die Anerkennung eines hypothetischen Patientenwillens als strafrechtlicher Rechtfertigungs- oder Haftungsausschließungsgrund buchstäblich Schnee vom vorigen Jahrtausend, nachdem der VI. Zivilsenat des BGH die hypothetische Einwilligung als Haftungsausschließungsgrund anerkannt hat und der Gesetzgeber sie als Einwendung des angeklagten Arztes durch das Patientenrechtsgesetz in § 630h Abs. 2 BGB übernommen hat? Kann das Strafrecht strenger sein als das Zivilrecht?²⁵ Um die Frage zu klären, inwieweit das Zivilrecht in diesem Bereich für

das Strafrecht bindend ist, gilt es zunächst die systematische Stellung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht und im Zivilrecht zu klären. Manche Verfechter der hypothetischen Einwilligung betrachten diese als ein neues Institut, das gewissermaßen frei im deliktssystematischen Raum schwebend einem fairen Ausgleich der Risiken zwischen Arzt und Patienten dienen soll. Es soll die nach der Ansicht vieler Strafrechtler überzogenen Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Arztes dadurch ausgleichen, dass der Arzt für seinen nach dieser Pflichtbestimmung bestehenden Aufklärungsfehler strafrechtlich nicht eintreten muss.²⁶ Nun ging es bei den Fällen, in denen Ärzte aufgrund einer hypothetischen Einwilligung der Patienten freigesprochen wurden, soweit bisher bekannt, nicht um geringe, sondern um ganz massive Aufklärungsfehler, wenn nicht gar bewusste Täuschungen.²⁷ Wenn die Aufklärungspflichten der Ärzte überzogen sind, so muss man sie eben auf ein angemessenes Maß zurückschneiden, auch wenn das unbequem und in der Praxis schwer durchsetzbar ist.²⁸ Man darf die Folgen überzogener Aufklärungspflichten nicht dadurch korrigieren, dass man den strafrechtlichen Schutz der ärztlichen Aufklärungspflicht generell durch Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung beseitigt.

In welchem systematischen Zusammenhang stellt sich also im Strafrecht die Frage, ob ein unzureichend aufgeklärter Patient bei richtiger Aufklärung in den Heileingriff eingewilligt hätte? Für *Kuhlen*, den wichtigsten Protagonisten der Lehre von der hypothetischen Einwilligung, macht es keinen Unterschied, ob diese bei der objektiven Zurechnung oder bei der Rechtfertigung systematisch eingeordnet wird.²⁹ „Richtig ist freilich in der Tat, dass der Erfolg ganz ebenso auf der definitiv pflichtwidrigen, weil objektiv nicht gerechtfertigten Handlung beruhen muss, wie auf der prima facie pflichtwidrigen, weil mit einem tatbestandlich missbilligten Risiko verbundenen Handlung.“³⁰ In beiden Zusammenhängen stelle sich die Frage, ob der Täter den Erfolg durch rechtmäßiges Alternativverhalten vermieden hätte, und diese sei eben mit nein zu beantworten, wenn der Patient in den Heileingriff auch dann eingewilligt hätte, wenn er richtig und vollständig aufgeklärt worden wäre. *Kuhlen* stellt also einen Zurechnungszusammenhang her zwischen dem Aufklärungsmangel und der Durchführung des Heileingriffs.³¹ Aber ehe man die Frage nach der Vermeidbarkeit durch das sog. rechtmäßige

²² *Haas*, GA 2015, 147 (151, 157); *Rönnau*, JuS 2014, 882 (884); *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (26); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (7). *Beulke*, medstra 2015, 67 (74), sieht allerdings keinen Unterschied zwischen beiden Situationen, weil in jedem Fall der hypothetische Wille des Patienten erforscht werde,

²³ *Kuhlen*, JR 2004, 227 (229).

²⁴ *Puppe*, JR 2004, 470 (471); *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (28); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (8); siehe dazu BGH NStZ-RR 2007, 340 (341); BGH NStZ 2012, 205 (206). Das gilt entgegen *Beulke*, medstra 2015, 67 (75), also gerade dann, wenn sich der Arzt eine mangelhafte Einwilligung durch Täuschung des Patienten erschlichen hat.

²⁵ Verneinend der Beitrag von *Kuhlen*, ZStW 126 (2015), 693 (694); *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor § 32 Rn. 53 m.w.N.; *Beulke*, medstra 2015, 67 (73).

²⁶ *Zabel*, GA 2015, 219 (220); *Rosenau* (Fn. 4), S. 698.

²⁷ BGH JR 2004, 251 f.; BGH NStZ 1996, 34. Dasselbe gilt für einige Fälle, in denen der BGH den Freispruch des Instanzgerichts aufgehoben hat, BGH NStZ 2012, 205; BGH NStZ-RR 2007, 340.

²⁸ *Saliger*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Fn. 14), S. 257 (269 ff.); *Sternberg-Lieben* (Fn. 14), S. 306 ff.; *Tag*, ZStW 126 (2015), 523 (543 ff.).

²⁹ *Kuhlen*, JR 2004, 227 (229); dagegen *Duttge* (Fn. 1), S. 190.

³⁰ *Kuhlen*, JR 2004, 227 (228); vgl. auch *Rosenau* (Fn. 4), S. 694 f.; dagegen *Duttge* (Fn. 1), S. 190.

³¹ *Kuhlen* (Fn. 1 – FS Müller-Dietz), S. 436; *ders.*, JR 2004, 227 (228); *ders.* (Fn. 1 – FS Roxin), S. 337, 339 ff.

Alternativverhalten stellt, sollte man sich darüber vergewissern, was denn vermieden werden soll. Vermieden werden soll nicht, dass derjenige medizinische Heileingriff stattfindet, den der Arzt ohne wirksame Einwilligung durchgeführt hat, sondern dass ein medizinischer Heileingriff ohne Einwilligung des Patienten stattfindet. Dieses Resultat lässt sich auf zweierlei Weise verhindern: Entweder wird der Heileingriff dem Willen des Patienten angepasst oder der Wille des Patienten passt sich dem vom Arzt vorgeschlagenen Heileingriff an. Beide Alternativen sind unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung des Patienten gleichwertig. Hätte aber der Arzt den Patienten richtig und vollständig aufgeklärt, so wäre eine dieser beiden Alternativen eingetreten, der Unrechtserfolg also vermieden worden.³² Dies soll keine Anerkennung der Lehre von der Vermeidbarkeit durch rechtmäßiges Alternativverhalten sein, aber auf die grundsätzlichen Fehler und Mängel, an denen diese Lehre leidet, kann hier nicht eingegangen werden.³³

In der ersten Entscheidung, in der der BGH in Strafsachen das Institut der hypothetischen Einwilligung eingeführt hat, um damit den Freispruch des angeklagten Arztes zu begründen, führt er die Frage, wie sich der Patient bei richtiger und vollständiger Aufklärung entschieden hätte, mit folgenden Worten ein: „Dennoch muss es beim Freispruch verbleiben, weil die Strafkammer mit fehlerfreier Begründung die Auffassung vertreten hat, dass diese Pflichtwidrigkeit für die Körperverletzung nicht ursächlich gewesen sei. Sie stützt dies auf die Erwägung, dass der Nebenkkläger in dem Angeklagten endlich einen Arzt gefunden habe, der seinem dringlichen Wunsch nachgekommen sei, die störende Fehlstellung der Beine operativ zu korrigieren, dass er ein weitgehend bedingungsloses Vertrauen in das ärztliche Können und die operative Kunst des Angeklagten gehabt habe und dass er deshalb in die Operation auch dann eingewilligt hätte, wenn er über alle damit verbundenen Risiken aufgeklärt worden wäre.“³⁴ Systematisch wird also der Aufklärungsfehler wie ein ärztlicher Kunstfehler behandelt und demgemäß das Erfordernis der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung für die Durchführung der ärztlichen Heilbehandlung geprüft, die als der zu vermeidende Körperverletzungserfolg behandelt wird.

Der Aufklärungsmangel kann insofern kausal für die Heilbehandlung als Körperverletzungserfolg werden, als er kausal für die Einwilligung des Patienten ist und diese inso-

fern kausal für die vom Arzt durchgeführte Heilbehandlung, als dieser sie ganz ohne Einwilligung nicht durchgeführt hätte. Aber die Bedeutung der Einwilligung im Recht besteht nicht darin, dass sie den Heileingriff verursacht, sondern darin, dass sie ihn rechtfertigt. Deshalb ist es von vornherein systematisch verfehlt, die Lehre von der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung für die Rechtsgutsverletzung auf den Aufklärungsfehler anzuwenden.³⁵ Indem man dann auf dieses angebliche Kausalitätsproblem die Lehre von der *conditio sine qua non* anwendet,³⁶ kommt man zu der irrealen Frage, ob der Heileingriff auch vonstattengegangen wäre, wenn der Arzt den Aufklärungsfehler nicht begangen hätte. Also denkt man sich „hypothetisch“ eine richtige Aufklärung des Arztes hinzu und kann dann darüber spekulieren, ob der Patient sicher, oder möglicherweise, oder nicht ausschließbar, dem Eingriff zugestimmt hätte, so dass es aufgrund einer, wenn auch inhaltlich anderen Einwilligung zu genau dem gleichen Heileingriff gekommen wäre. Deshalb sei eben der Aufklärungsmangel für den Eingriff selbst nicht kausal. Vernachlässigt wird bei dieser Kausalitätsprüfung allerdings der Unterschied zwischen dem wirklich stattgehabten, inhaltlich nicht durch eine Einwilligung gedeckten Heileingriff und einem durch die Einwilligung gedeckten, die der Patient bei richtiger Aufklärung (sicher, vielleicht oder nicht ausschließbar) erteilt hätte, eben der hypothetischen Einwilligung.

Nun kann man die Prüfung der Kausalität des Einwilligungsmangels oder, wie *Kuhlen* sich ausdrücken würde, des Beruhens des weiteren Geschehens auf dem Einwilligungsmangel allerdings auch noch anders ansetzen, nämlich so, dass man die Frage stellt, ob der Aufklärungsmangel die wirkliche Einwilligung des Patienten verursacht hat. Prüft man nun nach der sattsam bekannten Wegdenk- und Zudenkmethode, indem man sich fragt, ob der Patient eingewilligt hätte, wenn der Arzt ihn vollständig aufgeklärt hätte, so kommt man in der Tat wieder genau zu der Frage, von der die Lehre von der hypothetischen Einwilligung die Verantwortlichkeit des Arztes abhängig macht, eben der „Hätte“-Frage.

³² *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (25); vgl. auch *Schlehofer*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 953 (970), der auch darauf hinweist, dass die tatbestandsmäßige Handlung des Arztes nicht die unvollständige Aufklärung ist, sondern der Heileingriff nach unvollständiger Aufklärung, a.a.O., S. 969. Dessen Unterlassen wäre also das rechtmäßige Alternativverhalten gewesen.

³³ Siehe dazu *Puppe*, JZ 2008, 488 (492 ff.); *dies.*, GA 2015, 203 (209 ff.), insbesondere bei psychischen Kausalverläufen BGHSt 13, 13.

³⁴ BGHR § 223 Abs. 1 Einwilligung 2, mit Bespr. *Puppe* (Fn. 7), § 11 Rn. 18 ff.

³⁵ *Puppe*, GA 2003, 764 (770); *dies.* (Fn. 7), § 11 Rn. 23 f.; *Duttge* (Fn. 1), S. 185 f.; *Gropp*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik* (Fn. 1), S. 197 (206 f.); *Schlehofer* (Fn. 32), S. 953 (969 f.); *Haas*, GA 2015, 147 (155); *Sternberg-Lieben* (Fn. 14), S. 301 f.; *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (21, 24, 27); *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 168a mit Fn. 834; *Jäger*, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, 2006, S. 25 f.; *Gaede*, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 2015, S. 25 f. Daran, dass der Zusammenhang zwischen dem durch den Aufklärungsfehler verursachten inhaltlichen Mangel der Einwilligung und dem Heileingriff kein Kausalzusammenhang ist, ändert sich, entgegen *Hefendehl* (Fn. 10), S. 474 ff., auch nichts, wenn man statt eines dreistufigen einen zweistufigen Verbrechensaufbau zugrunde legt, also die Rechtfertigungsbedingungen in die Tatbestandsbeschreibungen integriert.

³⁶ Grundsätzlich kritisch zu dieser Methode, Kausalität zu bestimmen und im Einzelfall festzustellen, *Puppe*, GA 2010, 551; *dies.* (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 90 ff.

Aber wie der BGH schon sehr früh in einer treffenden Entscheidung ausgeführt hat, verliert der wirkliche Kausalverlauf sein Dasein nicht dadurch, dass an seine Stelle unter anderen Umständen ein anderer getreten wäre, aber nicht getreten ist.³⁷ Alle möglichen Spekulationen über die „Hätte“-Frage ändern nichts an der schlichten Tatsache, dass der über ein Risiko oder eine mögliche Operationserweiterung nicht aufgeklärte Patient über dieses Risiko oder diese mögliche Operationserweiterung nicht entschieden, geschweige denn sich positiv dazu erklärt hat. Anderes würde höchstens dann gelten, wenn der Patient sich die für eine solche Entscheidung notwendigen Informationen anderweitig verschafft hätte.³⁸ Im Übrigen bleibt es bei dem rein tatsächlichen Befund, dass die vom Patienten tatsächlich getroffene Entscheidung und die von ihm erklärte Einwilligung dieses Risiko und diese Operationserweiterung nicht decken.

IV. Zur systematischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht

Eigentlich sollte es einigermaßen erstaunen, dass es ausgerechnet ein Zivilgericht war, dass das Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung erfunden hat, um die Haftung von Ärzten für eine Heilbehandlung abzulehnen, die von der wirklichen Einwilligung des Patienten deshalb nicht gedeckt ist, weil diese auf einem ärztlichen Aufklärungsmangel beruht. Welcher Zivilrechtler würde einen zustimmungspflichtigen oder auch genehmigungspflichtigen Rechtsakt auch ohne die erforderliche Zustimmung für wirksam erklären mit der Begründung, dass der Zustimmungsberechtigte wohl zugestimmt hätte, wenn man ihn pflichtgemäß darum ersucht hätte? Eine systematische Begründung für die Relevanz der Frage, ob der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung mit dem Eingriff einverstanden gewesen wäre, sucht man aber in den einschlägigen Entscheidungen vergebens. Diese „Hätte“-Frage wird vielmehr ganz unvermittelt aufgeworfen und zunächst einmal für relevant erklärt.³⁹ Es gibt allerdings in einer Entscheidung eine Formulierung, die darauf hindeutet, dass es eben nicht um eine Rechtfertigung oder Haftungseinschränkung aufgrund einer hypothetischen Einwilligung geht, sondern um einen Kausalzusammenhang zwischen dem Aufklärungsmangel, also dem Irrtum des Patienten, und der wirklichen Einwilligung.⁴⁰ Wie soeben dargelegt, ist die Feststellung eines solchen Kausalzusammenhangs deshalb nicht erforderlich, weil der Irrtum des Patienten die Einwilligung nicht verursacht, sondern ihren Inhalt bestimmt. Außerdem

hängt die Kausalität des Irrtums für die wirkliche Einwilligung auch nicht von der „Hätte“-Frage ab, denn der wirkliche Kausalprozess, der zu dem Entschluss des Patienten geführt hat, sich mit dem Eingriff an sich einverstanden zu erklären, verliert sein Dasein nicht dadurch, dass unter anderen Voraussetzungen sicher oder möglicherweise oder nicht abschließbar ein anderer Kausalprozess an seine Stelle getreten wäre, der zu dem gleichen Ergebnis geführt hätte, der aber tatsächlich gar nicht stattgefunden hat.⁴¹ Es bleibt uns also nichts anderes übrig, als uns selbst auf die Suche nach einer Begründung dafür zu begeben, dass die Haftung des Arztes für ein Risiko, das sich durch seinen Eingriff realisiert hat, aber mangels Aufklärung von der Einwilligung des Patienten nicht gedeckt war, davon abhängig sein soll, ob der Patient sich bei der gebotenen vollständigen Aufklärung auch mit der Übernahme dieses Risikos einverstanden erklärt hätte.

Der einzige Anknüpfungspunkt, der sich für die „Hätte“-Frage anbietet, ist § 249 BGB, die sog. haftungsausfüllende Kausalität. Aber dies ist in Wahrheit gar keine Frage von Kausalität, es ist der allgemeine Gedanke, dass demjenigen, der von einem Unrecht betroffen ist, sein Recht dadurch gewährt wird, dass er in den Zustand versetzt wird, in dem er sich befunden hätte, wenn das Unrecht nicht geschehen wäre. Mit Kausalität im strengen Sinne hat das nichts zu tun, aber es wirft umso entschiedener die Frage auf, was geschehen wäre, wenn statt des fehlerhaften Verhaltens ein korrektes stattgefunden hätte, also unsere „Hätte“-Frage. Nun weiß jeder Deliktsrechtler, dass diese Rechnung nicht aufgeht, man denke an die Fälle des Vorhandenseins einer Ersatzursache, wo nach dieser Regel dem Betroffenen ein doppeltes Insolvenzrisiko aufgebürdet würde. Man denke an die Fälle, in denen der Geschädigte gegen diesen Schaden versichert ist. Man denke an die sog. Schadensliquidation im Drittinteresse. So unausweichlich, wie es nach dem Wortlaut des § 249 BGB den Anschein hat, ist also die Beantwortung der „Hätte“-Frage auch im Schadensersatzrecht nicht. Deshalb hatte der *VI. Zivilsenat* des BGH auch die Möglichkeit, hier mit Beweislastregeln zu arbeiten.

Die wichtigste Erkenntnis für den Strafrechtler, die sich aus dieser Erklärung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung ergibt, ist die, dass es den Strafrechtler nichts angeht. Die vom *VI. Zivilsenat* entwickelte Lehre von der Maßgeblichkeit der hypothetischen Einwilligung für die Haftung des Arztes ist also für das Strafrecht in keiner Weise bindend oder präjudiziell. Dasselbe gilt denn auch für § 630h Abs. 2 BGB.

Eine Anregung könnte die Rechtsprechung des *VI. Zivilsenats* allerdings für die Lösung des Problems geben, wie man die angeblich so ausufernde Aufklärungspflicht des Arztes sinnvoll einschränken könnte. Was der *VI. Zivilsenat* als Beweislastregeln formuliert hat, könnte man auch als Schutzzweck der Norm erfassen. Der *VI. Senat* hat eine Beweislastumkehr zulasten des Arztes unter der Voraussetzung vorgesehen, dass der Patient darlegen kann, dass er bei richtiger und vollständiger Aufklärung über die Risiken des Eingriffs oder die gegebenenfalls notwendigen Erweiterungen

³⁷ BGHSt 13, 13; jetzt leider anders BGH NSTz 2010, 88; beide mit Bespr. *Puppe* (Fn. 7), Rn. 43 ff.

³⁸ Im Fall BGHR § 223 Abs. 1 Einwilligung 2 war das wohl tatsächlich der Fall. Der Patient hatte schon zwei andere Ärzte konsultiert, die die von ihm verlangte Operation gerade wegen der Risiken abgelehnt hatten, die sich dann später realisierten.

³⁹ Vgl. z.B. BGHZ 90, 103 (111); BGH NJW 1980, 133 (134).

⁴⁰ In BGH NJW 1980, 133 (134), ist von der „Ursächlichkeit des Aufklärungsmangels für den Einwilligungentschluss“ die Rede.

⁴¹ BGHSt 13, 13 (14).

des Eingriffs sich in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden hätte, ob er nun in diesen Eingriff einwilligen soll oder nicht. Dieses Kriterium ist auch sinnvoll als Bestimmung des Schutzzwecks der Norm, die die Aufklärungspflicht des Arztes begründet. Den Arzt treffen verschiedenartige Aufklärungspflichten, beispielsweise auch darüber, wie sich der Patient nach dem Heileingriff verhalten soll oder wie der Heilungsprozess voraussichtlich im Einzelnen verlaufen wird. Nicht alle Aufklärungspflichten des Arztes dienen also dem Zweck, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bei Erteilung der Einwilligung gegen Irrtümer zu schützen. Diesen Zweck haben nur Aufklärungspflichten über solche Tatsachen, insbesondere Risiken oder mögliche Erweiterungen des Eingriffs, bei deren Kenntnis sich der Patient in jenem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden hätte. Auf diese Weise lässt sich im Strafrecht das gleiche Ergebnis erreichen, dass der *VI. Zivilsenat* im Zivilrecht anstrebt, während die Eins-zu-Eins-Übernahme der hypothetischen Einwilligung als Haftungsausschlussgrund im Strafrecht nach dem Zweifelsgrundsatz zur Paralisierung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten führen würde.

Aus dem Schutzzweck einer vom Arzt gegebenenfalls verletzten Aufklärungspflicht fallen demnach solche Fehlinformationen, die nicht unmittelbar das Körperinteresse des Patienten betreffen, beispielsweise die Information über die Kosten der Behandlung oder über die Frage, ob die Versicherung des Patienten diese übernimmt. Fehlinformationen, die das Körperinteresse des Patienten betreffen, sind nur dann vom Schutzzweck der Aufklärungsnorm nicht erfasst, wenn sie für die vom Patienten zu treffende Entscheidung irrelevant sind. Diese Einschränkung des Schutzzwecks der Aufklärungsnormen dient der Vorbeugung gegen Versuche von Patienten, bei Verdacht auf einen Behandlungsfehler ihren Schaden über einen erheblich leichter beweisbaren Aufklärungsmangel geltend zu machen, was das Anliegen des *VI. Zivilsenats* bei der Einführung der hypothetischen Einwilligung war.⁴² Im Übrigen ist der Schutzzweck der Aufklärungspflicht bei allen Informationen betroffen, die für die Entscheidung des Patienten, sich dem Eingriff zu unterziehen, im Hinblick auf sein Körperinteresse eine Rolle spielen. Der Grund für die Einwilligungsbedürftigkeit eines ärztlichen Heileingriffs liegt darin, dass der Patient seine erhoffte gesundheitliche Wiederherstellung zunächst mit einem Opfer an Gesundheit erkaufen muss.⁴³ Wird er bei dieser Entscheidung irregeleitet, so ist sein Selbstbestimmungsrecht über seinen Körper, also das Rechtsgut des § 223 StGB, betroffen. Deshalb ist *Gaede* zu widersprechen, wenn er den Schutzzweck der Aufklärungspflicht auf die Eigenschaften des Heileingriffs als solchen beschränken will und insbesondere die Aufklärung über die Diagnose, die Heilungsaussichten und über Behandlungsalternativen davon ausnehmen will.⁴⁴ Die

Diagnose ist der Grund dafür, dass der Patient sich dafür entscheidet, zunächst ein Opfer an Körperintegrität zu bringen und nur, wenn er etwa vorhandene Behandlungsalternativen kennt, kann er darüber entscheiden, welches Opfer er bringt.⁴⁵

Der Siegeszug der Lehre von der hypothetischen Einwilligung, zumal im Strafrecht, ist ein in seinen praktischen Rechtsfolgen dramatisches Beispiel dafür, wie tief die Rechtsanwendung in die Irre gehen kann, wenn sie die Ermittlung des systematischen Standorts eines Rechtsproblems vernachlässigt und versucht, einen Gedankengang, der in einem ganz anderen systematischen Zusammenhang entwickelt wurde, eins zu eins auf dieses Problem zu übertragen.

⁴² *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Rn. 154 f.; vgl. *Wagner* (Fn. 16), § 823 Rn. 810; BGHZ 90, 103 (111 ff.); *Zabel*, GA 2015, 219 (223).

⁴³ *Puppe*, GA 2003, 764.

⁴⁴ *Gaede* (Fn. 34), S. 65 f. Im sog. Surgibone-Fall (BGH NSStZ 1996, 34) hatte auch der BGH den Arzt nicht für ver-

pflichtet gehalten, den Patienten über Alternativen zu den vom Arzt bevorzugten Behandlungsalternativen aufzuklären.

⁴⁵ *Kuhlen*, GA 2015, 709 (710), Rezension zu *Gaede* (Fn. 34).

Rumpelstilzchen einmal umgekehrt: Wie aus Gold Asche wird

Besprechung von BGH, Beschl. v. 30.6.2015 – 5 StR 71/15*

Von Prof. Dr. Stephan Stübinger, Hagen

Seit nunmehr einem Jahrzehnt bietet die „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ (ZIS) ein willkommenes Forum für das, was Juristen – Strafrechtler zumal – am liebsten tun: das Streiten um dogmatische Probleme und Problemchen. Die Meinungsverschiedenheit liegt dem Juristenstand und macht ihn so beliebt bei den Mitmenschen. Dieser Umstand wird nicht selten mit dem bekannten Spruch: „Zwei Juristen – drei Meinungen“ quittiert. Der Gegenstand der meisten Streitigkeiten ist leicht einzusehen und auch für Laien gut nachvollziehbar. Die Gründe für viele dieser Meinungsstreite sind bis zu ihren Wurzeln zu verfolgen; sie liegen nicht selten in den unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen Grundansichten der Juristen. Auch wenn die Rede von (straf-)rechtlichen „Schulen“ heute eher verpönt ist, so sind doch einige differierende Annahmen über die Grundlagen des (Straf-)Rechts auszumachen, die so manchen Streit veranlassen, aber auch verständlich machen. Zumindest in einigen der Standardkontroversen scheint es um das Große und Ganze des eigenen Rechtsverständnisses zu gehen.

Einige Streitgegenstände muten hingegen kleinkariert und beinahe etwas skurril an; sie dürften bei Nicht-Juristen zumindest auf den ersten Blick eher auf Unverständnis stoßen. So ist es beispielsweise nicht ganz einfach, jemandem begreiflich zu machen, dass für Juristen die Gleichung „Gold = Asche“ gelten soll. Auch Gold könne unter Umständen Asche sein oder als solche bezeichnet werden. Wie soll das möglich sein? Zunächst klingt dies nach einer märchenhaften Umwandlung oder nach typisch juristischer Auslegungskunst, die so manch Selbstverständliches in kaum Begreifbares umzuwandeln vermag. Es erinnert jedenfalls ein wenig an die Umkehrung eines berühmten Märchens: Die bekannte Märchenfigur Rumpelstilzchen verfügte bekanntlich über die wundersame Fähigkeit, aus Stroh Gold zu spinnen. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat sich nun in seinem Beschluss vom 30.6.2015 an einer umgekehrten Operation versucht; darin lässt er Gold zu Asche werden. Zugegeben: ganz so simpel wie die Formel hier eingeführt wurde, drückt sich der BGH natürlich nicht aus. Es geht nicht um eine einfache oder gar generelle Gleichsetzung von Gold und Asche. Dabei handelt es sich nicht um Hexenwerk oder verunglückte Alchemie, sondern um die Subsumtion des Goldes unter das gesetzliche Tatbestandsmerkmal „Asche“, das sich seit 1953 in § 168 StGB findet. Dieser in Theorie und Praxis (der BGH-Rechtsprechung) eher selten vorkommende Straftatbestand hat die „Störung der Totenruhe“ zum Gegenstand. Die Gleichung „Gold = Asche“ muss daher weiter entfaltet werden, um sie irgendwie verständlich machen zu können.

* BGH NJW 2015, 2901. Soweit nichts anderes angegeben wird beziehen sich die im Text zitierten Seitenzahlen auf diese Fundstelle.

I. Der Weg zum bisherigen Meinungsstand

Mit der besagten Gleichsetzung von Gold und Asche steht der BGH keineswegs allein; er setzt sich vielmehr an die Spitze der bislang schon in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinung. Dem BGH-Beschluss sind insbesondere drei Entscheidungen diverser Oberlandesgerichte vorausgegangen, die in dieser Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt sind und seitdem auch die rechtswissenschaftliche Literatur zu diesem Thema spalten. Den Anfang machte 2008 das Urteil des OLG Bamberg, das – entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung des Amtsgerichts Hof – wohl zuerst zu dem rechtskräftigen Ergebnis kam, dass zur „Asche eines verstorbenen Menschen“ auch dessen vormals implantiertes Zahngold gehöre.¹ Zur Unterstützung verweisen die Bamberger Richter u.a. auf die eigenen Lese Früchte, die sie der Lektüre von „Meyers Enzyklopädisches Lexikon sowie Duden, Wörterbuch der deutschen Sprache, jew. Stichwort: Asche“² verdanken. Daraus ergebe sich, dass der „Begriff ‚Asche‘ schon nach seinem allgemeinen sprachlichen Verständnis generell die bei einer Verbrennung verbleibenden Rückstände und damit grundsätzlich alles, was von verbranntem Material übrig bleibt“³, umfasse. Außerdem beruft sich das OLG Bamberg auf Stimmen aus der damaligen Kommentarliteratur; zitiert werden: „Dippel, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 168 Rdnr. 28; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 168 Rdnr. 4; Hörnle, in: MünchKommStGB, § 168 Rdnr. 11“⁴. Tatsächlich findet sich jedoch nur bei Lenckner ein ausdrücklicher Hinweis auf das Zahngold, denn zur Asche sollen „auch die mit einem Körper fest verbundenen fremden Bestandteile, die nicht verbrennbar sind (zB Goldzähne)“ gehören.⁵ Demgegenüber stimmt Dippel zwar einerseits der Kommentierung von Lenckner zu, andererseits behauptet er aber auch, dass sich die Tathandlung „der Sache nach gegen die aschegefüllte Urne richten“ dürfte,⁶ in die das Zahngold aber nicht notwendig bzw. sogar regelmäßig gerade nicht gelangt (dazu unten III. 1.). Tatjana Hörnle hat sich inzwischen sogar ausdrücklich zu der entgegengesetzten Ansicht bekannt; sie meldet darüber hinaus

¹ OLG Bamberg, Urt. v. 29.1.2008 – 2 Ss 125/07 = NJW 2008, 1543 (1544); siehe auch die Darstellung und Erläuterung der Entscheidung von Jahn, JuS 2008, 457, sowie die zustimmende Wiedergabe von Kudlich, JA 2008, 391 (393).

² OLG Bamberg NJW 2008, 1543 (1544), Hervorhebung im Original.

³ OLG Bamberg NJW 2008, 1543 (1544).

⁴ OLG Bamberg NJW 2008, 1543 (1544), Hervorhebung im Original.

⁵ Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 168 StGB Rn. 3 (dieser Hinweis findet sich seit der 23. Aufl. 1988 an dieser Stelle).

⁶ Dippel, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 168 Rn. 28.

sogar Zweifel an, ob „die Menschenwürde des Verstorbenen auch nach der Verbrennung des Körpers im Umgang mit der Asche noch zu beachten ist“, weshalb die diesbezügliche „Ergänzung von § 168 um das Tatbestandsmerkmal ‚Asche‘ [...] nicht zum Schutz der Menschenwürde geboten“ gewesen sei.⁷

Die Einschätzung des Bamberger OLG hat dann 2009 aber auch das LG Nürnberg-Fürth geteilt,⁸ das indes noch im gleichen Jahr vom OLG in Nürnberg in diesem Punkt berichtet worden ist. Die Nürnberger Oberlandesrichter kamen nämlich zu dem entgegengesetzten Ergebnis und urteilten, dass das Zahngold keine Asche im Sinne des § 168 StGB sei; dabei legten sie insbesondere ein anderes „allgemeines Sprachverständnis“ zu Grunde, nach dem Asche nur „einen pulverigen staubartigen Verbrennungsrückstand“ bezeichne.⁹ Dem ist – zumindest im Ergebnis – ein Teil der (Kommentar-)Literatur gefolgt.¹⁰ Widerspruch hat diese Rechtsansicht hingegen nicht nur von der Mehrheitsmeinung im Schrifttum¹¹ sondern auch vom Hanseatischen Oberlandesgericht¹² und nun schließlich auch vom BGH erfahren. Bevor die von den benannten Meinungen vorgebrachten Pro- und Contra-Argumente diskutiert werden (unten IV.), sollen zunächst einmal der dem BGH-Beschluss zu Grunde liegende Sachverhalt (II.) und sodann einige (auch außerstraf-)rechtliche Aspekte der vorliegenden Problematik dargestellt werden (III.).

II. Sachverhalt¹³

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall ging es um mehrere Angestellte eines Krematoriums, die für die Bedienung der Einäscherungsanlage zuständig waren. Zu deren Aufgaben zählte auch, die Verbrennungsrückstände mit Hilfe einer kleinen Handgardenharke nach Metallteilen, insbesondere künstlichen Gelenken, aber auch Zahngold, Schmuckresten und sonstigen Wertmetallen, zu durchsuchen. Diese Gegenstände sollten aus der Asche sortiert und in einem Behälter gesammelt werden, um später von den Friedhof-Betreibern zu karitativen Zwecken veräußert werden zu können. Stattdessen entnahmen die Angeklagten jedoch wiederholt (das vorinstanzliche Landgericht ging bei einer Angeklagten von 110 Fällen aus) Zahngold aus den Verbrennungsrückständen und veräußerten es selbst. Dabei wurden insgesamt Vermögensvorteile in Höhe von mehr als 300.000 € erlangt. Der BGH sieht in dem Entwenden von Zahngold den Tatbestand der Störung der Totenruhe (§ 168 StGB) erfüllt. Zur Begründung heißt es u.a.: „Insbesondere handelt es sich bei Zahngold um ‚Asche‘ im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB“ (S. 2902).

III. Rechtliche Vorfragen

Bevor die vom BGH angenommene Strafbarkeit gem. § 168 StGB näher geprüft werden kann, sollen zunächst andere Rechtsfragen gestellt und beantwortet werden.

1. Warum eigentlich nicht Diebstahl?

Bei der geschilderten Entnahme von Zahngold aus den Verbrennungsrückständen, die bei der Einäscherung von Leichen entstehen, dürfte eine „Störung der Totenruhe“ nicht der erste Tatbestand sein, der einem einfällt. Wenn es um eine womöglich unbefugte Ansichnahme von Gegenständen geht, wird sonst wohl auch eher selten von einer Art „Ruhestörung“ gesprochen. Nach einem allgemeinen – noch ganz umgangssprachlich genommenen – Verständnis kommt wohl eher ein „Diebstahl“ in Betracht, da hier jemand etwas an sich nimmt, was ihm nicht gehört. Strafbar ist ein Diebstahl gem. § 242 StGB aber nur, wenn es sich um die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache handelt. Das Zahngold besitzt als festes Implantat zu Lebzeiten seines Trägers nach h.M. keine Sacheigenschaft. Es wird vielmehr mit der Implantierung zu einem Körperbestandteil; der lebende menschliche Körper und seine Teile sollen indes – nach heute fast einhelliger Auffassung – nicht als Sachen gelten, da es ganz unangemessen ist, ein (Rechts-)Subjekt als Sache und damit als Objekt zu bezeichnen. Mit dem Tod wird die Leiche, d.h. der Körper des verstorbenen Menschen, nach vorherrschender Ansicht jedoch zu einer – herrenlosen¹⁴ – Sache;¹⁵ das implantierte

⁷ Hörnle, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 168 Rn. 11.

⁸ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 17.2.2009 – 10 Ns 802 Js 21506/2006 (juris), Rn. 442 ff.

⁹ OLG Nürnberg, Beschl. v. 20.11.2009 – 1 St OLG Ss 163/09 = NJW 2010, 2071 (2073).

¹⁰ Hörnle (Fn. 7), § 168 Rn. 11; Tag, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 168 Rn. 6; Stübinger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2016 (im Erscheinen), § 168 Rn. 7; gegen den BGH jetzt auch Groß, jurisPR-StrafR 17/2015 Anm. 4.

¹¹ Stoffers, NJW 2012, 1607 f.; Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 168 StGB Rn. 3; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 168 StGB Rn. 2; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 168 Rn. 7; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2015, § 168 Rn. 2; Kuhli, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 168 Rn. 7; Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 168 Rn. 7; ders., in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 44 Rn. 56.

¹² OLG Hamburg, Beschl. v. 19.12.2011 – 2 Ws 123/11 = NJW 2012, 1601.

¹³ Vgl. außer der Darstellung in NJW 2015, 2901 f. noch die etwas ausführlichere Sachverhaltswiedergabe bei juris. Er findet sich nunmehr auch didaktisch aufbereitet bei Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2. Aufl. 2016 (im Erscheinen), Fall 22.

¹⁴ A.A. aber z.B. Peuster, Eigentumsverhältnisse an Leichen und ihre transplantationsrechtliche Relevanz, 1971, S. 70 ff.

Zahngold bleibt ein Teil davon, wie auch der BGH betont (S. 2903 Rn. 11 m.N.).¹⁶ Mit der Kremierung wird der vormals feste Zusammenhang zwischen den Implantaten und dem verbrannten Körper jedoch gelöst. Auf diese Weise wird das Zahngold als eigenständiger körperlicher Gegenstand eine bewegliche Sache im Sinne der genannten Strafvorschrift. Fremd wäre das Zahngold jedoch nur, wenn es (zumindest auch) im Eigentum eines anderen stünde.¹⁷ Daher stellt sich die Frage, ob jemand Eigentümer des Zahngolds ist. Teilweise wird vertreten, dass künstliche Körperteile durch die – rechtmäßige oder rechtswidrige – Trennung vom Leichnam in das Eigentum der Erben übergehen.¹⁸ Dies dürfte dann wohl auch im Fall einer Entnahme von Zahngold aus der Asche gelten.¹⁹ Dann würde das Zahngold gleichsam im Moment der Wegnahme zum Erbeigentum. Damit wäre das Zahngold zugleich eine fremde bewegliche Sache. Dafür spricht vordergründig das „Interesse eines umfassenden Rechtsschutzes“,²⁰ der im vorliegenden Fall etwa zu einer Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 StGB führen könnte und das Ausweichen auf andere Tatbestände wohl etwas unwahrscheinlicher oder gar entbehrlich machen würde. Immerhin wäre der goldene Ehering oder eine Goldkette, die sich am Körper des Toten befunden haben, aber nicht als Körperteile angesehen werden können, sondern als Teil des

Erbes im Eigentum der Erben stehen, durchaus taugliches Diebstahlsubjekt.²¹

Gegen die genannte quasi-erbrechtliche Lösung spricht jedoch die Überlegung, dass hier lediglich interesseshalber aus einem – mitunter sogar rechtswidrigen – Akt eine zuvor noch nicht bestehende Rechtsposition quasi ex nihilo konstruiert wird; aus einem Unrecht des einen ein Recht eines anderen (der Erben) entstehen zu lassen, ist indes ein fragwürdiges Unterfangen. Mangels Rechtsfähigkeit des Toten besteht vor bzw. ohne eine entsprechende Trennungshandlung nämlich kein Eigentum an dessen Implantaten; ohne eine Entnahme aus der Asche würden sie als herrenlose Sachen gegebenenfalls mit dieser beigesetzt werden können. Da die (natürlichen und künstlichen) Körperteile eines Menschen auf Grund der fehlenden Sachqualität zu dessen Lebzeiten nicht als dessen Eigentum angesehen werden, können die Implantate auch nicht zu der Erbmasse gerechnet werden. Daher lehnt die h.M. die skizzierte Konstruktion zu Recht ab und geht stattdessen davon aus, dass es sich bei den durch die Verbrennung freigesetzten Wertstoffen, namentlich also dem Zahngold, um herrenlose Sachen handelt, an denen lediglich ein Aneignungsrecht (der Erben oder der Totenfürsorgeberechtigten) besteht.²² Nach dieser zutreffenden Ansicht stellt das Zahngold im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt der Entnahme daher keine fremde Sache dar, weshalb ein vollendeter Diebstahl gem. § 242 StGB aus diesem Grund ausscheiden muss. Die Frage, ob ein (untauglicher) Versuch eines Diebstahls²³ oder ein strafloses Wahndelikt²⁴ bei bestimmten Fehlvorstellungen über die Eigentumslage vorliegen könnte, kann und soll hier ebenso wenig behandelt werden wie die eventuelle Strafbarkeit wegen Verwahrungsbruchs gem. § 133 StGB, da beides auch nicht Gegenstand der hier zu besprechenden BGH-Entscheidung gewesen ist und daher keine hinreichenden Angaben für eine entsprechende Prüfung vorliegen.

m.w.N., der die Leiche ohne weiteres für (beschränkt) eigen-tumsfähig hält (S. 90 ff.).

¹⁵ Vgl. statt vieler nur *Kretschmer*, Der Grab- und Leichen-frevel als strafwürdige Missetat, 2002, S. 364 ff.; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 242 Rn. 13/12 jeweils m.N. auch zu Gegenmeinungen.

¹⁶ Insofern ausdrücklich a.A. aber *Kesel*, Die Religionsdelikte und ihre Behandlung im künftigen Strafrecht, 1968, S. 113; *Rudolphi/Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 58. Lfg., Stand: September 2003, § 168 Rn. 5 (der von ihnen zur Unterstützung zitierte *Stentenbach* möchte in seiner Kölner Dissertation [Der strafrechtliche Schutz der Leiche, 1992, S. 14 ff., 83 ff.] zwar einige Implantate – namentlich Herzschrittmacher – nicht als Körperteile anerkennen, nimmt davon aber ausdrücklich „Goldzähne“ aus: a.a.O., S. 16); wohl auch *Heger* (Fn. 11), § 168 Rn. 2, der jedoch Zahngold nicht als Beispiel nennt; siehe auch *Gropp*, JR 1985, 182 m.N. in Fn. 26, der die Ansicht, Implantate seien keine „Leichenteile“ im Sinne des § 168 StGB a.F. sogar als (damals) „h.M.“ bezeichnet.

¹⁷ Zu dieser Standarddefinition für die „Fremdheit“ einer Sache siehe z.B. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2015, § 2 Rn. 9.

¹⁸ So etwa *Stresemann*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 90 Rn. 32.

¹⁹ *Leipold*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 6. Aufl. 2013, § 1922 Rn. 113.

²⁰ So ausdrücklich *Leipold* (Fn. 19), § 1922 Rn. 113.

2. Umgang mit der Asche: im „rechtsfreien Raum“?

Eine weitere Frage zur Vorklärung betrifft den generellen Umgang mit den Verbrennungsrückständen. Dies lenkt den Blick auf das Bestattungsrecht, das in Deutschland – mit Ausnahme der Regelungen über „Kriegsgräber und Gräber anderer Opfer des Krieges und Opfer von Gewaltherrschaft“,

²¹ Siehe dazu ebenso *Groß*, jurisPR-StrafR 17/2015 Anm. 4.

²² Vgl. OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1603); *Gottwald*, NJW 2012, 2231 (2232); *Roth*, NJW-Spezial 2015, 231; *Hönings*, in: Spranger/Pasic/Kriebel (Hrsg.), Handbuch des Feuerbestattungswesens, 2014, S. 314 jeweils m.w.N.; siehe auch schon *Dotterweich*, JR 1953, 174 f.; *Weimar*, JR 1979, 363 f.; *Görgens*, JR 1980, 141.

²³ Vgl. dazu OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1604), bzgl. der möglichen Fehlvorstellung, das entwendete Zahngold stehe im Eigentum des Friedhofsbetreibers.

²⁴ Siehe etwa die Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 17.2.2009 – 10 Ns 802 Js 21506/2006 (juris), insb. Rn. 418 ff. im Fall der irrigen Annahme, das Zahngold gehöre noch dem Toten; siehe zur Abgrenzung zwischen Wahndelikt und untauglichem Versuch in solchen Konstellationen auch die Andeutungen von *Jahn*, JuS 2008, 457 (458).

die gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 10 GG zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes gehören – Sache der Bundesländer ist.²⁵ In den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen der Länder finden sich allerlei Vorschriften, wie im Fall einer Feuerbestattung mit der Asche zu verfahren ist. Dabei geht es jedoch meist nur um den Umgang mit der Asche, soweit sie bereits in eine Urne gefüllt worden ist. So ist z.B. gem. § 20 Abs. 3 S. 1 Friedhofs- und Bestattungsgesetz/Hessen geregelt, dass die „Aschenreste“ grundsätzlich in ein „amtlich zu verschließendes Behältnis aufzunehmen und in einer Urnenhalle, einem Urnenhain, einer Urnenwand, einer Urnengrabstelle oder in einem Grab beizusetzen“ sind.²⁶ Bislang ungeregt ist hingegen das Verfahren bis zur Urnenbefüllung geblieben. In das beizusetzende Behältnis gelangt keineswegs alles, was nach dem Feuer übrig bleibt. Da die Verbrennungsrückstände zunächst noch recht grob sind, müssen sie vor der Aufnahme in eine Urne noch in einer sog. „Knochen- oder Aschemühle“ zerkleinert werden.²⁷ Vor diesem Mahlvorgang werden die metallischen Gegenstände aussortiert. Dabei bleibt es meist den Betreibern der Feuerbestattungsanlagen überlassen, wie mit jenen (künstlichen) Körperbestandteilen umgegangen wird, die – wie das Zahngold oder auch künstliche Gelenke – beim Einäscherungsvorgang nicht verbrennen, da die Verbrennungstemperatur in den Öfen (ca. 850-900°C) nicht den Schmelzpunkt von Gold (1.064°C) erreicht. So hat sich vielerorts eine Praxis etabliert, wonach die werthaltigen Gegenstände (manuell und/oder mit Hilfe von Abscheidevorrichtungen) aussortiert und nicht in die Urne beigegeben werden.²⁸ Die aussortierten Wertstoffe werden vielmehr veräußert. Die dadurch erzielten Erlöse, die bundesweit auf „etwa 35 Millionen Euro im Jahr“ geschätzt werden,²⁹ sollen dann z.B. karitativen Zwecken oder der Senkung der Betriebskosten dienen bzw. in die Erhaltung der Friedhofsanlagen investiert werden, was wiederum zur Mäßigung der Friedhofsgebühren genutzt werden könne. Dies hat vor einigen Jahren zu einigem „Rauschen im Blätterwald“ gesorgt, nachdem diese Praxis publik geworden ist.³⁰ Zuvor scheint

sich kaum jemand dafür interessiert zu haben. Auch die Entscheidung des BGH lässt nicht erkennen, dass sie zur Kenntnis der Richter genommen worden ist. Der Senat geht vielmehr davon aus, dass die „Verbrennungsreste in ihrer Gesamtheit [...] grundsätzlich vollständig in einer amtlich zu verschließenden und entsprechend zu kennzeichnenden Urne zu sammeln sind“, obwohl in dem oben wiedergegebenen Sachverhalt, der dem Beschluss zu Grunde liegt, ausdrücklich erwähnt wird, dass das Zahngold von den Bediensteten planmäßig „in einen Sammelbehälter einzuwerfen“ war und „durch das Krematorium veräußert“ werden sollte (S. 2903 Rn. 13).

Diese Praxis birgt freilich einige rechtliche Probleme: falls die nicht verbrannten Körperbestandteile bestattungsrechtlich als Asche angesehen werden sollten, so müssten sie als solche auch dem generell bestehenden Bestattungszwang unterliegen, d.h. sie müssten in die Urne gegeben und beigegeben werden. Ein solches Vorgehen wird in manchen Städten durchaus praktiziert.³¹ Teilweise wird dies – u.a. auch im Hinblick auf die Gleichbehandlung mit Erdbestattungen, bei denen die Leichen ohne vorherige Entnahme von Implantaten bestattet werden müssen, aber auch aus allgemeinen (ethischen) Überlegungen heraus – von einigen auch postuliert.³² Demgegenüber wird nicht zuletzt unter Verweis auf ökonomische Belange und dem Aspekt der Rohstoffknappheit für eine Rückführung werthafter Gegenstände in den Wirtschaftskreislauf plädiert.³³ Falls der Verstorbene diesbezüglich eine entsprechende Verfügung getroffen hat, muss diesem Wunsch jedenfalls entsprochen werden. Solange die Beigabe von Zahngold und anderen durch die Kremierung nicht tangierter Wertstoffe bestattungsrechtlich aber nicht ausdrücklich gesetzlich geboten ist, muss die Aussortierung aus der Asche insofern als zulässig angesehen werden. Das Bestattungsrecht lässt insofern die Unterscheidung zwischen beisetzungspflichtiger Asche und den – veräußerungsfähigen – (Wert-)Gegenständen zu, die aussortiert werden können und nicht dem Beisetzungszwang unterliegen.

Zivilrechtlich wird zumindest nach der oben skizzierten (herrschenden) Meinung ebenfalls zwischen der Asche und den darin befindlichen Metallresten unterschieden werden müssen. Danach werden durch die Einäscherung gerade die vormals fest mit dem Körper verbundenen Implantate wieder

²⁵ Dazu *Spranger*, in: *Spranger/Pasic/Kriebel* (Fn. 22), S. 90 ff.

²⁶ Zu trendigen Beisetzungsalternativen vgl. etwa *Spranger*, *GewArch Beilage WiVerw* Nr. 01/2015, 19.

²⁷ Zum Ablauf einer Kremation und Urnenbefüllung vgl. die Beiträge von *Pasic/Kriebel* und *Thimet/Hannemann-Heiter*, in: *Spranger/Pasic/Kriebel* (Fn. 22), S. 70, S. 221.

²⁸ Siehe dazu und zum Folgenden *Hönings* (Fn. 22), S. 308 ff.; *Hönings/Spranger*, in: *Preuß/Hönings/Spranger* (Hrsg.), *Facetten der Pietät*, 2015, S. 403 ff.

²⁹ *Weber*, *FAZ* v. 21.5.2012, im Internet abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/krematorien-am-ende-bleiben-rauch-asche-und-zahngold-11759161.html> (28.3.2016).

³⁰ Vgl. etwa den Artikel im *Focus* v. 30.6.2012 unter: http://www.focus.de/panorama/welt/gesellschaft-staedte-nutz-en-zahngold-von-toten-als-einnahmequelle_aid_775191.html (28.3.2016) und die Berichte von *Willner*, *Westdeutsche Allgemeine Zeitung* v. 5.7.2012, im Internet abrufbar unter:

<http://www.derwesten.de/staedte/dortmund/dortmund-verdient-geld-mit-dem-zahngold-von-verstorbenen-id6842617.html>

(28.3.2016) und *Fischer*, *Westdeutsche Allgemeine Zeitung* v. 12.7.2012, im Internet abrufbar unter:

<http://www.derwesten.de/region/rhein-ruhr/staedte-verkaufen-das-zahngold-von-toten-id6875504.html> (28.3.2016).

³¹ Vgl. *Schröder*, *Frankfurter Rundschau* v. 18.9.2012, unter: <http://www.fr-online.de/mainz/altmetall-bei-bestattungen-in-mainz-wird-alles-beerdigt,11181020,17281736.html> (28.3.2016); siehe auch den in Fn. 30 genannten *Focus*-Artikel.

³² Vgl. etwa *Preuß*, in: *Preuß/Hönings/Spranger* (Fn. 28), S. 292 ff.

³³ Siehe zu dieser Diskussion *Hönings/Spranger* (Fn. 28), S. 411 f.

freigesetzt und zu eigenständigen – herrenlosen – Sachen, die – grundsätzlich im Unterschied zur Asche – auch verkehrsfähig werden. Prinzipiell kann an herrenlosen Sachen gem. § 958 Abs. 1 BGB durch Eigenbesitznahme (im Sinne von § 872 BGB) Eigentum erworben werden. Tatsächlich mögen auch einige Betreiber von Krematorien der Ansicht gewesen sein, durch die von ihnen betriebene Aussortierung und bloße Inbesitznahme der Implantate Eigentum daran zu erwerben.³⁴ Da jedoch wie bereits erwähnt, vorrangige Aneignungsrechte (der Erben³⁵ oder der Totenfürsorgeberechtigten³⁶) an diesen Gegenständen bestehen, so ist dieser „Jedermanns-Erwerb“ nach § 958 Abs. 2 BGB gesperrt.³⁷ Einige (kommunale) Feuerbestattungsbetriebe stellen daher die Einäscherung unter die fragwürdige Bedingung einer vorherigen Abtretung des Aneignungsrechts, um sich das Zahngold und die anderen unverbrannten Wertstoffe aneignen zu können.³⁸ Das Aussortieren des Zahngoldes aus der Asche kann zivilrechtlich daher jedenfalls auch dazu dienen, die Aneignungsrechte der daran Berechtigten zu befriedigen.

IV. Strafrechtliche Bewertung – § 168 StGB

Sowohl das Bestattungsrecht als auch das Zivilrecht setzen somit die Unterscheidbarkeit von Asche und Zahngold voraus. Auch die Bediensteten in dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatten offenbar wenig Mühe, das Zahngold von der Asche zu unterscheiden. Sie haben es vielmehr aus derselben entnommen, um es später – Achtung: *Wortspiel!* – zu „Asche“ (umgangssprachlich für Geld) machen zu können. Es fragt sich daher, weshalb die BGH-Richter keinen Unterschied zu erkennen vermögen und stattdessen Gold zur Asche erklären. Der *Senat* macht es sich dabei keineswegs einfach und ist um eine ausführliche Begründung seiner Ansicht bemüht. Hierfür zieht er beinahe alle Register der juristischen Interpretationskunst.

³⁴ Vgl. etwa die in der Entscheidung des OLG Hamburg (NJW 2012, 1601 [1603 f.]) wiedergegebene Einlassung der „Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts“.

³⁵ *Görgens*, JR 1980, 141 f.; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 38 f.; *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, Vor § 90 Rn. 11; ebenso LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 17.2.2009 – 10 Ns 802 Js 21506/2006 – (juris), Rn. 415 ff.

³⁶ So etwa *Gottwald*, NJW 2012, 2231 (2232 f.); *Roth*, NJW-Spezial 2015, 231; *Oechsler*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 958 Rn. 12.

³⁷ OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1603 f. m.w.N.); vgl. dazu auch die Entscheidung des BAG v. 21.8.2014 – 8 AZR 655/13 = NJW 2015, 429 (432 Rn. 34).

³⁸ Siehe dazu Bericht von *Willner*, Westdeutsche Allgemeine Zeitung v. 5.7.2012, im Internet abrufbar unter <http://www.derwesten.de/staedte/dortmund/dortmund-verdient-geld-mit-dem-zahngold-von-verstorbenen-id6842617.html> (28.3.2016); treffend kritisch dazu *Hönings* (Fn. 22), S. 316 f.; *Hönings/Spranger* (Fn. 28), S. 417 f.

1. Zum Wortlaut: Was ist Asche?

Am Anfang steht dabei die passende Deutung des Merkmals „Asche“ im Sinne des § 168 StGB. Zunächst prüft der BGH im Wege der grammatischen Auslegung, ob gegen die Subsumtion von Zahngold unter das Merkmal „Asche“ der allgemeine Sprachgebrauch sprechen könnte. Da sich nach Durchsicht von vier ausgewählten Wörterbüchern bzw. Lexika erweise, dass der Asche-„Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch nicht eindeutig definiert“ sei, könne insofern keine fixe Wortlautgrenze ausgemacht werden. Daher dürfe auch ein weites Begriffsverständnis zu Grunde gelegt werden, wonach „kremiertes Zahngold durch das Tatbestandsmerkmal umfasst“ werde (S. 2902 Rn. 5). Insofern wendet sich der BGH ausdrücklich gegen die Argumentation des OLG Nürnberg, das nach Einsicht in andere (und zahlenmäßig sogar mehr) Wörterbücher durchaus einen „allgemeinen Sprachgebrauch der Gegenwart“ für das Wort „Asche“ ausfindig gemacht zu haben glaubte; danach handele es sich stets um einen „pulverigen staubartigen Verbrennungsrückstand“, weshalb „Gegenstände, die das Feuer unversehrt überstanden haben und zusammen mit den Resten des verbrannten Materials am Ort der Verbrennung zurückgeblieben sind, keine Asche“ seien. Eine darüber hinausgehende Verwendung des Wortes „Asche“ überschreite die Grenze grammatischer Auslegungsmöglichkeiten und könne nach Ansicht der Nürnberger Richter letztlich zu einem Verstoß gegen das Analogieverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG führen.³⁹ Dies mag womöglich ein etwas großkalibriger Schuss mit normativen Kanonen auf grammatische bzw. semantische Spatzen gewesen sein. Wer den Bedeutungsumfang eines einzelnen Wortes bemessen möchte, kann wohl nie ganz sicher sein, dass andere dasselbe Wort nicht anders verwenden. Nach dem allgemeinen Credo der allgemeinen Sprachwissenschaft herrscht insoweit die Arbitrarität des Zeichens;⁴⁰ Asche ist, was als Asche bezeichnet wird. Einer entsprechenden Etikettierung sind dann keine Grenzen gesetzt. Schon zur Rechtslage des § 168 RStGB in seiner Fassung von 1871, in der noch nicht von Asche die Rede war, hielt namentlich *Josef Kohler* „eine extensive Interpretation“ für „nicht ausgeschlossen“, die „unter Leichen [...] auch die Leichenasche versteht“.⁴¹ Demnach sollten schon damals die Ausdrücke „Leiche“ und „Asche“ so flexibel gehandhabt werden können, dass sie gleichsam synonym gesetzt werden und zum Gesetzestext passen können. Es werden mit der konkreten Verwendung eines Begriffes aber nicht nur Grammatik und Semantik auf-

³⁹ OLG Nürnberg NJW 2010, 2071 (2073 f.); kritisch gegen einen solchen „Zugriff der Gerichte auf Wörterbücher“ *Kudlich/Christensen*, JR 2011, 146 (147).

⁴⁰ Vgl. dazu *Stübinger*, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozeß im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag, 2015, S. 49 m.N.

⁴¹ *Kohler*, Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, 1890, S. 222; siehe auch *Crusen*, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, 1890, S. 33, 75, der – kritisch – auf die damals vereinzelt geäußerte Meinung hinweist, nach der die Aschenreste „schon durch das geltende Recht geschützt seien“ (S. 75 Fn. 2).

gerufen, sondern zudem noch die (Sprach-)Pragmatik, mit der entscheidend auf den Kontext abgestellt wird, in dem ein Wort konkret verwendet wird.

Hier bleibt insbesondere fraglich, warum es trotz einer tatsächlichen (von den Angeklagten ja faktisch gehandhabten) Differenzierungsmöglichkeit zwischen dem entnommenen Zahngold und der Asche dennoch zu einer semantischen Verschmelzung von beidem kommen soll. Das Wort „Asche“ mag in mancher Hinsicht als Einheit für alles stehen, was an einem bestimmten Ort nach einem Verbrennungsvorgang übrig bleibt; wer wollte jemanden daran hindern, dies zu behaupten. Ob damit freilich das gemeint ist, was von dem Tatbestandsmerkmal „Asche“ im Sinne des § 168 StGB bezeichnet wird, ist damit jedoch noch nicht entschieden. Ganz konsequent lässt sich die vorgeschlagene Worteinheit von Gold und Asche denn auch nicht durchhalten. Schließlich muss auch der BGH davon sprechen, dass die Angeklagten das Zahngold und andere Wertmetalle „aus den Verbrennungsrückständen“ entnommen haben. Dies lässt sich aber wohl kaum in die an sich vorgeschlagene Diktion übersetzen, nach der es eigentlich heißen müsste, sie haben Asche *aus* der Asche entnommen. Wenn sämtliche Verbrennungsrückstände die Gesamtheit des mit dem Wort „Asche“ zu bezeichnenden Gegenstandes bilden sollen, dann müsste nämlich davon die Rede sein, dass die Angeklagten durch die Entnahme des Zahngoldes lediglich eine kleine Teilmenge der Asche weggenommen haben. § 168 Abs. 1 StGB nennt jedoch nur *die* „Asche eines verstorbenen Menschen“ als Tatobjekt; während bzgl. nicht kremierter Toter neben der „Körper“ auch die „Teile der Körper“ benannt werden, kann im Hinblick auf die Asche letztlich der Sache nach nur der Schutz der aschegefüllten Urne, die beigesetzt werden soll, gemeint sein.⁴² Solange der (bestattungs-)rechtlich nicht abschließend geregelte Vorgang der Urnenbefüllung noch nicht abgeschlossen ist (dazu oben III. 2.), kann die völlig amorphe und unsortiert daliegende Masse der Verbrennungsrückstände, zu der z.B. auch die metallischen Haltegriffe des Sarges gehören können, zumindest nicht vor einer (Teil-)Wegnahme (eventuell aber vor der zweiten Tathandlung, dem „beschimpfenden Unfug“⁴³) geschützt sein. In die letztlich beigesetzte Urne gelangen nie wirklich alle Verbrennungsrückstände. Die „vom Winde verwehten“ oder mit anderer (Leichen-)Asche vermischten Teile, sowie die vom Verbrennungstisch gefegten oder an der Knochenmühle haften gebliebenen Aschereste können ebenso wenig unter den strafrechtlichen Schutz des § 168 StGB fallen, wie die aussortierten Metallgegenstände, soweit sie nicht in die Urne gelangen. Die oben geschilderte Praxis der Aussortierung dient u.a. gerade dazu, eine beisetzungsfähige Form von Asche zu bereiten. Insofern geht es

nicht nur um Worte, sondern um eine realistische Beschreibung realer Vorgänge: Die Verbrennung verwandelt zu Asche, was zuvor getrennt war (Sarg und Leichnam), und was zuvor verbunden war, wird wieder getrennt; der menschliche Körper wird Asche, das Gold bleibt Gold und kommt nach der Einäscherung des Körpers wieder als solches, d.h. als eigene Substanz zum Vorschein. Während der skizzierten Prozedur des u.U. mehrmaligen Sortierens und Zermahlens der Verbrennungsrückstände erlebt der zu Asche gewordene Mensch noch einmal ganz unruhige Zeiten. Ehe dies nicht geschehen ist, ist der Tote gleichsam noch nicht „zur Ruhe“ gekommen und von einer „Störung der Totenruhe“ kann insofern noch nicht die Rede sein.

2. Historische Auslegung

Der Streit ums Wort scheint freilich ohnehin eher müßig. Es fragt sich allerdings, weshalb bei der vom BGH konstatierten Vagheit, einer weiten Auslegung der Vorzug gegeben werden soll. Der BGH benutzt das Wortlautargument primär nur zur Abwehr des vom OLG Nürnberg angedeuteten Vorwurfs der möglichen Verfassungswidrigkeit einer weiten Auslegung. Tragfähiger sollen andere Interpretationsmethoden sein. Daher wendet sich der *Senat* sogleich dem „Wille[n] des historischen Gesetzgebers“ zu (S. 2902 Rn. 6). Explizit findet jedoch der BGH nichts Genaueres über die hier zu beurteilende Fallkonstellation; sie wurde vom Gesetzgeber wohl nicht ausdrücklich bedacht. Daher muss sich das Gericht mit recht allgemeinen Ausführungen zur Gesetzgebungsgeschichte begnügen. Die Aufnahme der Asche als Tatobjekt des § 168 StGB erfolgte – in Anlehnung an frühere Forderungen im Schrifttum und einiger Reformentwürfe – schließlich erst im Jahr 1953 und sollte die Asche dem Leichnam gleichstellen. Aus den spärlichen Informationen zur Gesetzgebungsgeschichte folge immerhin, dass die „Verbrennungsreste eines menschlichen Körpers [...] historisch in ihrer Gesamtheit als schützenswert anerkannt“ seien (S. 2903 Rn. 8). Dabei wird dem historischen Gesetzgeber lediglich jene Auffassung untergeschoben, die durch Berufung auf dessen „Willen“ erst begründet werden soll.

Soweit es bei der genannten Reform tatsächlich nur um eine Gleichstellung des strafrechtlichen Schutzes von Asche und Körper(teile)n gehen sollte, so schießt die vom BGH favorisierte Ansicht sogar über dieses Ziel hinaus. Von dem alles umfassenden Begriff der Asche müssten nämlich auch jene Gegenstände geschluckt werden, die – wie z.B. goldene Ehe- oder Ohrringe bzw. andere nicht verbrannte Schmuckstücke – nicht als Körperteile angesehen werden, sondern u.U. als Erbstücke längst im Eigentum der Erben sind und von den Krematorien i.d.R. an die Hinterbliebenen zurückgegeben werden.⁴⁴ Nach Maßgabe der BGH-Entscheidung könnte „die Asche eines verstorbenen Menschen“ dann zum Teil auch aus dem Eigentum eines anderen bestehen. Wenn

⁴² Vgl. Stübinger (Fn. 10), § 168 Rn. 7; ebenso bereits Herzog, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 168 Rn. 7; im Grundsatz zustimmend Dippel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 168 Rn. 40.

⁴³ Siehe zu dieser nicht unproblematischen Tathandlung Stübinger (Fn. 10), § 168 Rn. 12 ff.

⁴⁴ Siehe etwa den Bericht von Willner, Westdeutsche Allgemeine Zeitung v. 5.7.2012, im Internet abrufbar unter: <http://www.derwesten.de/staedte/dortmund/dortmund-verdient-geld-mit-dem-zahngold-von-verstorbenen-id6842617.html> (28.3.2016).

die genannten Schmuckstücke etwa nach der Kremierung ebenfalls in die Masse der Verbrennungsrückstände eingehen sollten, dann könnte deren Wegnahme nicht nur ggf. als Diebstahl (da sie fremde Sachen sind), sondern zudem noch als Störung der Totenruhe gem. § 168 StGB bestraft werden. Nimmt ein Krematoriums-Bediensteter die genannten Gegenstände hingegen vor der Einäscherung weg, dann scheidet der letztgenannte Tatbestand aus, weil es sich dann nicht um „Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen“ handelt, die weggenommen werden.

3. Systematik und Teleologie

Ob eine vermeintliche Unrechtsvermehrung geboten erscheint oder vom Tatbestand gemeint sein kann, lässt sich nur im Hinblick auf den Sinn und Zweck dieser Strafvorschrift beurteilen. Auch der BGH schwenkt in seiner Argumentation alsbald auf „systematische und teleologische Erwägungen für eine Einbeziehung kremierten Zahngoldes in den Begriff der Asche iSd § 168 StGB“ über (S. 2903 Rn. 9). Dazu zählt zunächst die Schutzgutbestimmung. Der BGH belässt es insofern bei der Bestätigung der seit der „Kannibalen-Entscheidung“ (BGHSt 50, 80) von ihm geteilten Meinung: „Schutzgüter des § 168 I StGB sind jedenfalls das Pietätsgefühl der Allgemeinheit sowie der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten“ (S. 2903 Rn. 10). Jedenfalls mit dem Wort „jedenfalls“ scheint sich der *Senat* eine vermeintlich kritikfreie Rechtsgutsbehauptung erschleichen und eine Auseinandersetzung mit den zahlreichen Gegenmeinungen ersparen zu wollen. Insbesondere ein allgemeines Pietätsempfinden, das außer für § 168 StGB auch noch für § 167a StGB geltend gemacht wird, kann keineswegs als von allen anerkanntes Schutzgut gelten. Es steht vielmehr seit langem in der Kritik.⁴⁵ Auch im Übrigen ist die Benennung eines Rechtsguts im Rahmen des § 168 StGB umstritten. Wahlweise (oder: wahllos) werden neben den vom BGH genannten Schutzaspekten oder auch an deren Stelle auch noch das Pietätsgefühl der Angehörigen,⁴⁶ der „Schutz des Gefühls der individuellen Unvergänglichkeit“⁴⁷, das postmortal weiter wirkende Selbstbestimmungsrecht und damit die Würde und Rechtssubjektivität der Person⁴⁸ und schließlich auch der im 11. Abschnitt des StGB auch sonst sehr beliebte „öffentliche

Frieden“⁴⁹ behandelt. Andere sehen überhaupt keine hinreichende Begründungsmöglichkeit.⁵⁰

Aber selbst wenn man einmal probeweise annimmt, dass es so etwas wie das „Pietätsgefühl der Allgemeinheit“ geben könnte und dies dazu führen würde, es auch als strafrechtlich schutzwürdiges Interesse zu akzeptieren, ist damit noch längst nicht ausgemacht, dass es durch die Wegnahme von Zahngold aus der Asche eines verstorbenen Menschen tatsächlich strafrechtsrelevant betroffen ist. Zur Klärung dieser Frage muss etwas genauer nach dem Regelungsinhalt der Strafnorm geschaut werden: Die Asche soll ebenso wie die anderen in § 168 Abs. 1 StGB genannten Tatobjekte („Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen“) vor der unbefugten Wegnahme aus dem „Gewahrsam des Berechtigten“ geschützt werden; außerdem ist durch die zweite Tathandlungsvariante noch ein Schutz vor der Verübung von „beschimpfendem Unfug“ an den genannten Objekten intendiert (was hier nicht weiter thematisiert werden soll). Die Rede von dem „Gewahrsam des Berechtigten“ suggeriert, dass es um eine eigenständige Rechtsposition einer oder mehrerer berechtigter Personen geht. Im Grunde handelt es sich dabei aber nicht um deren Schutz. Es soll nicht der Gewahrsam an den genannten Objekten vor einem Wechsel in die Hände Unberechtigter geschützt werden, es geht vielmehr um ein vom (Selbstbestimmungs-)Recht des Verstorbenen abgeleitetes Recht auf würdevolle Behandlung nach dem Tod. Berechtig im Sinne dieser Norm sind diejenigen Personen, die dafür zu sorgen haben, dass der verstorbene Mensch im Rahmen der individuell verfügbaren und/oder bestattungsrechtlich vorgeschriebenen Bestimmungen seine „letzte Ruhe“ findet. Das Recht zur Totenfürsorge ist daher eigentlich eine (ablehnbare) Pflicht,⁵¹ die in der Regel⁵² den Angehörigen obliegt (vgl. z.B. § 13 Friedhofs- und Bestattungsgesetz/Hessen). Den Totenfürsorgeberechtigten wird dabei neben den Betreibern eines Krematoriums (Mit-)Gewahrsam zugeschrieben,⁵³ obwohl sie nach der Übergabe des Leichnams an die „indust-

⁴⁵ Vgl. dazu *Stübinger* (Fn. 10), § 167a Rn. 1 m.w.N.; siehe auch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 367 f.; *Spranger* (Fn. 25), S. 304 f.; *Hönings/Spranger* (Fn. 28), S. 350 f.

⁴⁶ OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.11.1974 – 2 Ws 239/74 = NJW 1975, 271 (272), das den Schutz des „Pietätgefühls der Hinterbliebenen“ sogar zu einem „ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal“ erklärt; OLG München, Beschl. v. 31.5.1976 – 1 Ws 1540/75 = NJW 1976, 1805 (1806); *Roxin*, JuS 1976, 506.

⁴⁷ So mit großem Begründungsaufwand *Kretschmer* (Fn. 15), S. 278 ff., 299 ff.

⁴⁸ *Stübinger* (Fn. 10), § 168 Rn. 2 m.w.N.

⁴⁹ *Rudolphi/Rogall* (Fn. 16), § 168 Rn. 2; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 64 Rn. 1; *Schmitz*, Straftaten gegen Religion und Weltanschauung §§ 166-168, 1982, S. 105 ff; *Hilgendorf* (Fn. 11 – BT), § 44 Rn. 51, 55; siehe auch *Fischer* (Fn. 11), § 168 Rn. 2.

⁵⁰ Siehe etwa die skeptischen Überlegungen von *Hörnle* (Fn. 45), S. 367 ff.

⁵¹ Dazu schon *Blume*, AcP 112 (1914), 367 (396); *Glaser*, ZStW 33 (1912), 844; vgl. zu der „Pflicht zur Totenfürsorge“ allgemein *Bieler*, JR 1976, 224 (226 f.); *Spranger*, MedR 1999, 210 (211 f.); *ders.*, NVwZ 1999, 856 (858).

⁵² Zu möglichen Ausnahmen siehe z.B. *Stübinger* (Fn. 10), § 168 Rn. 8 ff. m.w.N.

⁵³ Vgl. OLG Bamberg NJW 2008, 1543; OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (1606). Dies müsste im Übrigen dazu führen, dass sich nach Ansicht der h.M. auch die Betreiber der Krematorien nach § 168 Abs. 1 StGB strafbar machen können, wenn sie gegen den Willen der (mit-)berechtigten Angehörigen, das Zahngold entnehmen, um es zu veräußern, da sie dann den Mit-Gewahrsam von anderen Berechtigten brechen.

rieartigen Einrichtungen“⁵⁴ zur Feuerbestattung faktisch keinen Zugriff mehr darauf haben. Im Unterschied zum Gewahrsamsbegriff des § 242 StGB ist der des § 168 StGB nämlich stärker normativ geprägt und wird eher als Obhutsverhältnis verstanden und nicht als primär faktische Sachherrschaft.⁵⁵ Der Schutz vor Wegnahme der in § 168 Abs. 1 StGB genannten Überreste eines verstorbenen Menschen dient daher dazu, deren Zuführung zu der von dem Verstorbenen selbst oder den Totenfürsorgeberechtigten verfügbaren Bestattung bzw. Beisetzung zu gewährleisten. Nach einer Feuerbestattung beigesetzt wird nur das mit den Ascheresten befüllte Behältnis. In den vom BGH und von dem Oberlandesgericht in Hamburg entschiedenen Fällen war die Beigabe des Zahngoldes in die Urne überhaupt nicht vorgesehen, dessen Aussortierung vielmehr durch die (satzungsgemäßen) Verfügungen der Betreiber der Krematorien geboten. Der Entnahme-Akt als solcher sollte insoweit sowieso – weisungsgemäß – erfolgen.

Die Entnahme von Metallgegenständen als solche scheint das allgemeine Pietätsempfinden dabei ebenso wenig zu scheren wie der im Übrigen wenig zimperliche Umgang mit den Verbrennungsrückständen. Das entsprechende Hantieren an der Asche muss daher als sozialadäquat angesehen werden, auch wenn sich die Sozialadäquanz wohl nicht zuletzt aus einer verbreiteten Unkenntnis der genauen Vorgänge in einem Krematorium speisen mag.⁵⁶ In seinen rein objektiven Erscheinungsformen werden die geschilderten Handlungsweisen des Aussortierens und Zermahlens als Praxis der Aschenaufbereitung in einem Krematorium jedenfalls nur selten beanstandet. Die Separierung von Zahngold und Asche wird insofern nicht als pietätlos bezeichnet werden können. Die Entnahme von unverbrannten Wertgegenständen kann schließlich sogar zivilrechtlich geboten sein, wenn es der Befriedigung der daran bestehenden Aneignungsrechte der Erben oder Totenfürsorgeberechtigten dient; anders als durch eine solche Aussortierung lässt sich ihr – von der h.M. zugestanden – Recht, sich die durch die Verbrennung freigegebenen Gegenstände anzueignen, überhaupt nicht realisieren (vgl. dazu oben III. 2.).

Ein im Hinblick auf ein als allgemein unterstelltes Pietätsempfinden möglicherweise unrechtsbegründendes Moment kann insofern nicht in einer unangemessenen und vermeintlich pietätlosen Behandlung selbst liegen. Der Wechsel

des Gewahrsams von den Berechtigten (Totenfürsorgeberechtigten und Krematorienbetreibern als Mit-Gewahrsams-Inhaber) zu Unberechtigten (Mitarbeitern des Krematoriums) kann ebenfalls nicht als entscheidendes Unrechtsmoment gesehen werden, da der pietätsrelevante Schutzzweck nicht dem Gewahrsam als solchem dient. Daher könnte ein unrechtsbegründendes Moment allenfalls in der subjektiven Ausrichtung der Entnahme gesehen werden können. Es ist jedoch fraglich, ob sich der subjektive Handlungssinn auf die „Störung der Totenruhe“ beziehen lässt. Das eigentliche Ziel der Zahngoldentnahme dürfte allein die widerrechtliche Aneignung von Wertgegenständen sein. Dass dies mangels Fremdheit der Sache nicht unter den Straftatbestand eines (vollendeten) Diebstahls fällt, wird den meisten Laien unbekannt sein. Wie oben (Fn. 22, 23) bereits erwähnt, sind die Angeklagten in einigen Fällen tatsächlich von der Fremdheit des Zahngoldes ausgegangen. Dass sie durch die Entnahme des Zahngoldes aus den Verbrennungsrückständen zugleich die Totenruhe stören könnten, dürfte für sie ferngelegen haben, da sie insofern objektiv taten, was ihnen an sich vom Arbeitgeber geboten wurde, nur eben mit anderer Zielrichtung.

Das eine solche (zivil-)rechtswidrige Aneignung herrenloser Sachen – auch über eine mögliche Strafbarkeit wegen Verwahrungsbruchs oder u.U. wegen eines untauglichen Diebstahlsversuchs hinaus – strafwürdig ist, lässt sich sicher leicht nachlegen und dürfte plausibel gemacht werden können. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, ein entsprechendes Verhalten aus offenbar kriminalpolitischen Motiven heraus als Wegnahme von Asche unter den Tatbestand des § 168 Abs. 1 StGB zu subsumieren. Es ist allein die Aufgabe des Gesetzgebers, die Strafbarkeit einer Handlungsweise in eine Strafbarkeit zu wandeln.⁵⁷

V. Fazit

Die Entscheidung des BGH, wonach die Entnahme von Zahngold als Wegnahme von Asche im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB anzusehen sei, erweist sich als nicht haltbar. Das verkehrte „Rumpelstilzchen“-Kunststück, aus Gold Asche zu spinnen, kann als (Wort-)Zaubertrick entlarvt werden. Die Auffassung des BGH passt schon nicht zu der zwar durchaus nicht unproblematischen, aber bestattungsrechtlich bislang zumindest zulässigen Praxis der Aussonderung und Verwertung des Zahngoldes, die eine Differenzierung von Gold und Asche gerade voraussetzt. Sie passt ebenso wenig zu der zivilrechtlich notwendigen Unterscheidung von Asche und aneignungsfähigem Zahngold. Ein Begriff von Asche, der entgegen der sowohl tatsächlich leicht möglichen als auch (zivil- und bestattungs-)rechtlich durchführbaren Unterscheidung auch das in ihr liegende Zahngold umfassen soll, ist darüber hinaus auch nicht mit der Zwecksetzung des § 168 StGB zu begründen. Selbst wenn man mit dem BGH das „Pietätsempfinden der Allgemeinheit“ als Schutzgut dieser Norm annehmen möchte, so kann die Entnahme von Wertgegenständen, die nicht der Bestattungspflicht unterliegen und auch nicht der Urne zur Beisetzung hinzugefügt werden,

⁵⁴ Kretschmer (Fn. 15), S. 334.

⁵⁵ Vgl. Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 761 f. Näher dazu Stellpflug, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams, 1996, S. 13 ff.; Steffen, Zur Strafbarkeit der klinischen Sektion gem. § 168 StGB, 1996, S. 52 ff.

⁵⁶ In dem vom OLG Nürnberg entschiedenen Fall hatten die „für den Betrieb des Krematoriums verantwortlichen Amtsträger der Stadt“ nicht einmal Kenntnis über den genauen Ablauf der Aschesortierung und gingen irrig davon aus, „dass das Zahngold entweder ‚verdampft‘ oder sich so intensiv mit der Schlacke verbindet, dass es letztlich an dem Metallabscheider vorbei in die Urne gelangt.“ (vgl. die Sachverhaltsdarstellung NJW 2010, 2071).

⁵⁷ Ebenso Groß, jurisPR-StrafR 17/2015 Anm. 4.

objektiv nicht als pietätlos gelten. Die Wegnahme des Zahngoldes stört als solches nicht die Totenruhe und offenbart nur durch die Aneignungsabsicht ein subjektives Unrechtsmoment, das durchaus strafwürdig erscheint, aber nicht von § 168 Abs. 1 StGB erfasst wird. Es bedürfte einer eigenen Strafnorm für die Aneignung von nicht-fremden, aber aneignungsfähigen Sachen.

Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen Korruptionstatbestände

Von Prof. Dr. Bernd Heinrich, Tübingen

I. Einführung und Problemstellung

Am 1.9.2014 war es endlich soweit: Nach zähem Ringen ist die für dringend erforderlich gehaltene Änderung (und Verschärfung) des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung in Kraft getreten, die ausweislich der Überschrift des § 108e StGB n.F. nunmehr „Bestechung und Bestechlichkeit von Mandatsträgern“ heißt.¹ Die begriffliche Umbenennung der „Abgeordnetenbestechung“ in „Mandatsträgerbestechung“ soll dabei dem Umstand Rechnung tragen, dass nicht nur die Abgeordneten des Bundestages und der Landtage, sondern auch die kommunalen Mandatsträger mit einbezogen sind. Denn es ist umstritten, ob letztere begrifflich als „Abgeordnete“ angesehen werden können, da nach überwiegender Ansicht die kommunalen Vertretungskörperschaften jedenfalls keine Parlamente im klassischen Sinne darstellen (und ihre Mitglieder daher jedenfalls unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht als „Abgeordnete“ zu bezeichnen sind, weshalb auch die bisherige Überschrift des § 108e StGB a.F. durchaus problematisch war).²

Die durch den neuen § 108e StGB vorgenommenen Änderungen wurden teils gelobt,³ überwiegend aber kritisch gesehen,⁴ teilweise auch arg gescholten.⁵ Um zu prüfen, ob und inwieweit diese Kritik berechtigt ist oder ob der neue § 108e StGB jedenfalls als Schritt in die richtige Richtung begrüßt werden kann, ist es erforderlich, sich einerseits kurz mit der Geschichte dieses Tatbestandes auseinanderzusetzen (vgl. hierzu unten II.), andererseits aber auch die internationalen Vorgaben zu beachten, die mit der Vorschrift umgesetzt werden sollten (vgl. hierzu unten III.). Dabei wird ersichtlich, dass die nunmehr geltende Vorschrift einen Kompromiss darstellt zwischen den beiden Extrempositionen einer grundsätzlichen Gleichstellung von Amts- und Mandatsträgern einerseits und der völligen Straffreistellung von Mandatsträgern andererseits. Während Letzteres dem „Zeitgeist“ widerspricht, der auf eine immer weiter gehende „Bekämpfung“ der Korruption mit strafrechtlichen Mitteln drängt und dabei insbesondere auch und gerade die politischen Entscheidungs-

träger mit ins Boot nehmen will, wird hinsichtlich einer vorbehaltlosen Gleichstellung von Amts- und Mandatsträgern immer wieder das verfassungsrechtlich garantierte „freie“ Mandat der Abgeordneten, niedergelegt in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, ins Feld geführt („[Die Abgeordneten] sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“). Um dieses Spannungsfeld aufzulösen, soll im zentralen Teil des Beitrags der Versuch unternommen werden, die rechtlichen und tatsächlichen Unterschiede dieser beiden Personengruppen herauszuarbeiten (vgl. hierzu unten IV.). Dabei wird sich zeigen, dass es aus mehreren Gründen erforderlich ist, zwischen den beiden Personengruppen zu differenzieren.

II. Historie

Ein kurzer Blick auf die Geschichte der Abgeordnetenbestechung soll diesem Beitrag vorangestellt werden.⁶ Dabei lassen sich im Wesentlichen drei Phasen der Entwicklung ausmachen: Die Regelung im Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches, die Regelung durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953, die bis 1994 Gültigkeit hatte, sowie die Rechtslage in den Jahren 1994 bis 2014.

Das im Jahre 1871 in Kraft getretene Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches enthielt in § 109 StGB a.F. eine Regelung, die mit leichten Änderungen bis 1953 galt.⁷ Die Abgeordnetenbestechung war hier Teil einer allgemeinen Strafnorm über die „Wahlbestechung“. Diese stellte den Kauf oder Verkauf von Wahlstimmen unter Strafe, beschränkte sich jedoch nicht auf Abgeordnete, sondern galt allgemein.⁸ Meh-

¹ Geändert durch Art. 1 Nr. 4 des 48. Strafrechtsänderungsgesetzes v. 23.4.2014 = BGBl. I 2014, S. 410; vgl. hierzu auch die Materialien BT-Drs. 18/476; BR-Drs. 64/14.

² Vgl. hierzu Epp, Die Abgeordnetenbestechung: § 108e StGB, 1997, S. 241 f.; ferner BVerwG NVwZ-RR 1991, 157 (158); Schnell, ZRP 2011, 4 (5 f.).

³ Anders/Mavany, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 108e Rn. 2; Francuski, HRRS 2014, 220; Trips-Hebert, JR 2015, 372.

⁴ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 108e Rn. 7; Fritz, NJW-Spezial 2014, 184; Hoven, NSStZ 2015, 553 (555); Michalke, CB 2014, 215 (220); kritisch zum Gesetzgebungsverfahren Jäckle, ZRP 2014, 121 f.

⁵ Fischer, Die Zeit 27/2014, S. 8 („Dieses Gesetz ist ein Witz“).

⁶ Vgl. ausführlich zur Geschichte der Abgeordnetenbestechung Becker, Korruptionsbekämpfung im parlamentarischen Bereich unter besonderer Berücksichtigung des § 108e StGB sowie der Verhaltensregeln des Bundestages, 1998, S. 8 ff.; Deiters, in: v. Alemann (Hrsg.), Dimensionen politischer Korruption, 2005, S. 425 (434 ff.); Epp (Fn. 2), S. 35 ff.; Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013, S. 26 ff.; Heisz, Die Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB – Schließung einer Regelungslücke?, 1998, S. 4 ff.; Richter, Lobbyismus und Abgeordnetenbestechung, Legitimität und Grenzen der Einflußnahme von Lobbyisten auf Abgeordnete, 1997, S. 33 ff.; Möhrenschrager, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 217; Peek, ZStW 120 (2008), 785 (805 ff.); Schaller, Strafrechtliche Probleme der Abgeordnetenbestechung, 2002, S. 4 ff.; Schlüchter, in: Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 713 (726 f.); Stünker, in: Derra (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht, Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, 2006, S. 589 (590 f.)

⁷ RGBl. 1871, S. 127.

⁸ Die Norm lautete: „Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird [...] bestraft“.

rere Gesetzentwürfe in der Weimarer Republik hatten dann allesamt eine Ausweitung des Tatbestandes zum Ziel und forderten eine Annäherung an die Bestechungsdelikte der §§ 331 ff. StGB, die jedoch nicht erfolgte. Eine entsprechende Ausweitung der Strafbarkeit wurde dann auch in der Nachkriegszeit durchweg gefordert, insbesondere hervorgerufen durch konkrete Bestechungsvorwürfe anlässlich der Entscheidung über die Bundeshauptstadt 1948/49. Paradoerweise führte die im Jahre 1953 vorgenommene gesetzliche Änderung⁹ dann aber zu einer Einschränkung statt zu einer Erweiterung der Strafbarkeit. So waren im neuen § 108b StGB a.F. nur noch Wahlen und Abstimmungen zur Volksvertretung, nicht aber solche innerhalb der Volksvertretung erfasst. Obwohl sämtliche Beteiligten an sich eine Strafverschärfung befürworteten, kapitulierte man wohl vor der (seinerzeitigen) „Unlösbarkeit“ des Problems, diese Strafverschärfung in adäquater Weise im Gesetz zu verankern.¹⁰

In den Jahren 1953 bis 1994 wurden daraufhin vielfältige Gesetzentwürfe vorgelegt, die (wiederum) allesamt darauf zielten, eine Ausweitung der Strafbarkeit zu erreichen, da die gesetzliche Regelung ab 1953 als noch unbefriedigender empfunden wurde als die vorhergegangene.¹¹ Auffallend war jedoch auch in jener Phase, dass die Entwürfe stets die besondere Funktion der Parlamentarier im Blick hatten und daher kein Entwurf die vollständige Gleichstellung der Mandatsträger mit den Amtsträgern forderte.

Erneut waren es dann Bestechungsvorwürfe im Zusammenhang mit der Wahl der neuen Bundeshauptstadt im Jahre 1990/91, die schließlich zu einer Reform in Bezug auf die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung durch die Schaffung eines neuen § 108e StGB durch das 28. Strafrechtsänderungsgesetz vom 13.1.1994¹² führte.¹³

⁹ Drittes Strafrechtsänderungsgesetz v. 4.8.1953, BGBl. I 1953, S. 735; vgl. zu den Materialien BT-Drs. I/1307 (Regierungsentwurf); BT-Drs. I/2319 (Antrag der Fraktion der CDU/CSU); BT-Drs. I/4250 (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses); zum Ganzen *Dreher*, JZ 1953, 425.

¹⁰ Vgl. *Hartmann* (Fn. 6), S. 36 ff., 41.

¹¹ Vgl. die Änderungsvorschläge in BT-Drs. II/2310 (Entwurf der Fraktion der FDP); BT-Drs. IV/650 (Entwurf der Bundesregierung, Empfehlungen der „Großen Strafrechtskommission“, sog. „E 1962“, hier §§ 404, 409); BT-Drs. V/32 (Entwurf der Bundesregierung); BT-Drs. 7/1883 (Entwurf der Fraktion der CDU/CSU).

¹² BGBl. I 1994, S. 84; vgl. zu den Materialien BT-Drs. 12/1630 (Entwurf der SPD-Fraktion); BT-Drs. 12/1739 (Entwurf der Gruppe Bündnis 90/Die Grünen); zu diesen Entwürfen *Altpeter*, DRiZ 1993, 365; ferner BT-Drs. 12/5927 (Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP); BT-Drs. 12/6092 (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses); vgl. schließlich auch aus der Debatte BT-Prot. 12/16422-16428; BR-Prot. 664/93, S. 628, 645.

¹³ Die Norm lautete: „§ 108e Abgeordnetenbestechung: (1) Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände

Auch diese Norm erwies sich jedoch als untauglich, die Bestechlichkeit von Amts- und Mandatsträgern ausreichend zu erfassen. In den 20 Jahren ihrer Geltung gab es lediglich einige unbedeutende Verfahren, die zudem ausschließlich Mandatsträger kommunaler Parlamente betrafen.¹⁴ In ungewohnter Deutlichkeit sah sich denn auch der BGH in einem Urteil aus dem Jahre 2006 dazu veranlasst, vom Gesetzgeber Nachbesserungen des damals geltenden § 108e StGB zu verlangen.¹⁵ „Die gesetzliche Regelung der Abgeordnetenbestechung führt nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers dazu, weite Teile von als strafwürdig empfundenen Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände straflos zu stellen. Der Senat sieht hier gesetzgeberischen Handlungsbedarf: In allen anderen Bereichen des öffentlichen und privaten Lebens hat das gewandelte öffentliche Verständnis einer besonderen Sozialschädlichkeit von Korruption zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit von korruptivem Verhalten geführt [...]. Diese Entwicklung ist bislang an dem Tatbestand der Abgeordnetenbestechung vorbeigegangen [...]. Der Straftatbestand des § 108e StGB wird deshalb vielfach als praktisch bedeutungslose ‚symbolische Gesetzgebung‘ angesehen, die mit der Überschrift nur auf den ersten Blick – und namentlich der Öffentlichkeit – vortäuscht, daß die Abgeordneten unter dem Gesichtspunkt der Bestechungsdelikte den Amtsträgern wenigstens annähernd gleichgestellt werden [...]. Indes zeigen gerade Fälle wie der vorliegende, daß die Tatbestandsfassung nicht ausreicht, um alle strafwürdigen korruptiven Verhaltensweisen – insbesondere auf kommunaler Ebene – zu erfassen“.

Die Kritik an § 108e StGB war vielfältig. So wurde bemängelt, dass von der Strafvorschrift nur Wahlen und Abstimmungen innerhalb des Plenums und in den Ausschüssen

eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.“

¹⁴ Soweit ersichtlich, beschränkt sich die Rechtsprechung auf die Entscheidungen LG Düsseldorf, Urte. v. 30.3.2007 – I-10/04 (unveröffentlicht, zitiert nach juris; aufgehoben durch BGH NStZ-RR 2009, 12); LG Köln, Urte. v. 7.8.2008 – 114 Js 105/03-106-16/06 (Vorinstanz zu BGHSt 54, 37; zu diesem Verfahren bereits BGH wistra 2006, 419); LG Neuruppin, Urte. v. 2.4.2007 – 13 Kls 365 Js 30366/06 (16/06, unveröffentlicht, zitiert nach www.jurion.de); LG Wuppertal, Urte. v. 9.10.2009 – 22 Kls 835 Js 19/01-23/01 (unveröffentlicht, zitiert nach juris); vgl. auch LG Köln, Beschl. v. 12.2.2003 – 114 Qs 5/03 (unveröffentlicht, zitiert nach juris); AG Lahr, Urte. v. 27.3.2007 – 3 Cs 12 Js 4493/05-AK 308/06 (unveröffentlicht, zitiert nach juris); erst im Jahre 2015 hatte der BGH, nachdem die Norm bereits aufgehoben war, die Möglichkeit, sich mit § 108e StGB a.F. zu beschäftigen; vgl. BGH NStZ 2015, 451; hierzu *Becker*, NStZ 2015, 454.

¹⁵ BGHSt 51, 44.

der Volksvertretung, nicht aber ein Verhalten z.B. in den Fraktionen und Arbeitskreisen des Parlaments erfasst seien.¹⁶ Daher könnten Verhaltensweisen gerade dort, wo die „eigentliche Meinungsbildung“ stattfindet und zumeist die entscheidenden Weichenstellungen für parlamentarische Entscheidungen vorgenommen würden, dem Tatbestand nicht unterfallen.¹⁷ Auch galt § 108e StGB a.F. ausdrücklich gerade nur für „Wahlen und Abstimmungen“ in den genannten Volksvertretungen und erfasste insoweit auch nur die dortige Stimmabgabe. Damit aber blieben die darüber hinaus gehenden Tätigkeiten eines Abgeordneten (wie z.B. Redebeiträge oder sonstige Beiträge zur Meinungsbildung) außer Betracht. Dies wurde als unzureichend empfunden, da die Volksvertreter auch und gerade im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen zahlreiche Möglichkeiten hätten, auf die politische Willensbildung und den Inhalt der Gesetzesvorschläge Einfluss zu nehmen.¹⁸

¹⁶ Vgl. *van Aaken*, ZaöRV 2005, 407 (425); *Barton*, NJW 1994, 1098 (1099 f.); *Bauer/Gmel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 108e Rn. 3, 6, 9; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 108e Rn. 4; *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, Eine Untersuchung möglicher Regelungsinstrumente unter vergleichender Berücksichtigung der Besonderheiten der drei Staatsgewalten, 2010, S. 203; *Kerner/Rixen*, GA 1996, 355 (387); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 108e Rn. 2; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2013, § 86 Rn. 32; *Müller*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2011, § 108e Rn. 13; *Richter* (Fn. 6), S. 45, 60; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 108e Rn. 10; *Vahlenkamp/Knauf*, Korruption, Ein unscharfes Phänomen als Gegenstand zielgerichteter Prävention, 1995, S. 289; *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 108e Rn. 2; anders allerdings *Bannenberg/Schaupensteiner*, Korruption in Deutschland, Portrait einer Wachstumsbranche, 3. Aufl. 2007, S. 220; *Schaupensteiner*, Kriminalistik 1994, 514 (523); *ders.*, Wachstumsbranche Korruption, 2002, S. 88.

¹⁷ Vgl. hierzu BT-Drs. 16/8979, S. 5 und 17/1412, S. 5 (Gesetzentwürfe der Fraktion Die Linke).

¹⁸ Vgl. *van Aaken*, ZaöRV 2005, 407 (425 f.); v. *Arnim*, NVwZ 2006, 249 (252); *ders.*, DÖV 2007, 897 (906); *Bannenberg*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse, 2002, S. 13; *Landfried*, Parteifinzen und politische Macht, Eine vergleichende Studie zur Bundesrepublik Deutschland, zu Italien und den USA, 2. Aufl. 1994, S. 334, 351 f.; *Saliger/Sinner*, NJW 2005, 1073 (1076); *Schaupensteiner*, Kriminalistik 1994, 514 (523); *Stein*, Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, 2009, S. 619, 660; *Überhofen*, Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, Ein Rechtsvergleich und Reformbemühungen zum Deutschen Recht, 1999, S. 189, 195; *Weigend*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.),

Neben dem zu eng geratenen Anwendungsbereich wurde ferner die Vagheit des „Kaufbegriffs“ in § 108e StGB a.F. kritisiert. Denn die Anknüpfung an die zivilrechtliche Kategorie des „Kaufes“ sei nicht geeignet, das Unrecht der Tat abschließend zu beschreiben, zumal sich die Auslegung des Begriffs gerade auch nicht nach zivilrechtlichen Kategorien richte.¹⁹ Dadurch sei der Begriff aber nicht geeignet, politisch adäquates Verhalten von strafbarem Verhalten zu trennen. Ferner hatte das Abstellen auf den „Kauf“ oder „Verkauf“ einer Stimme nach überwiegender Ansicht zur Folge, dass die Gewährung eines immateriellen Vorteils als Gegenleistung für ein bestimmtes Verhalten bei einer Wahl oder Abstimmung nicht erfasst wurde.²⁰ Gerade in bestimmten Kreisen werde aber z.B. eine angebotene Mitgliedschaft in einer angesehenen Vereinigung wie dem „Rotary-Club“ oder eine besondere Ehrung oder Auszeichnung durchaus als erstrebenswerter „Vorteil“ angesehen, der einen Abgeordneten in die Versuchung bringen könnte, im Interesse des Anbietenden zu entscheiden.²¹ Schließlich wurde auch kritisiert, dass nach der a.F. des § 108e StGB das Kaufen und Verkaufen einer Wahlstimme regelmäßig vor der Wahl oder Abstimmung veranlasst werden musste. Eine nachträgliche „Belohnung“ war daher – im Gegensatz zum allgemeinen Korruptionsstrafrecht der §§ 331 ff. StGB – von der Strafvorschrift nicht erfasst.²² Dies aber könne zu einer Umgehung der Strafbarkeit führen, insbesondere wenn eine vorherige Absprache im Gegensatz zum späteren Geldfluss (der regelmäßig nach der Wahl oder Abstimmung erfolge) nicht nachweisbar sei.

Auch wurde aus der sich aus § 108e StGB a.F. ergebenden Bedingung, dass eine Stimme gerade „für“ eine Wahl oder Abstimmung in einer der genannten Volksvertretungen

Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 747 (753); *Wolf*, ZParl 2008, 493 (495); vgl. auch BT-Drs. 16/6726 und 17/5933 (Gesetzentwürfe der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen).

¹⁹ Vgl. hierzu *Barton*, NJW 1994, 1098 (1099); *Bauer/Gmel*, (Fn. 16), § 108e Rn. 10; *Richter* (Fn. 6), S. 41 ff., 65; *Überhofen* (Fn. 18), S. 194; *Wohlers* (Fn. 16), § 108e Rn. 6; selbst der Gesetzgeber wollte den „Kauf“ oder „Verkauf“ nicht streng zivilrechtsakzessorisch verstehen, vgl. BT-Drs. 12/5927, S. 5, 7.

²⁰ Vgl. *Bauer/Gmel* (Fn. 16), § 108e Rn. 10; *Eser* (Fn. 16), § 108e Rn. 8; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 16), § 86 Rn. 33; *Richter* (Fn. 6), S. 62; *Rosenau* (Fn. 16), § 108e Rn. 13; *Wohlers* (Fn. 16), § 108e Rn. 6; a.M. allerdings *Epp* (Fn. 2), S. 297 ff.; *Müller* (Fn. 16), § 108e Rn. 17.

²¹ Vgl. hierzu *van Aaken*, ZaöRV 2005, 407 (428); *Sanchez-Hermisolla*, Kriminalistik 2003, 74 (77).

²² Vgl. *van Aaken*, ZaöRV 2005, 407 (427); v. *Arnim*, NVwZ 2006, 249 (252); *Bannenberg/Schaupensteiner* (Fn. 16), S. 220; *Barton*, NJW 1994, 1098 (1099); *Bauer/Gmel* (Fn. 16), § 108e Rn. 3; *Becker* (Fn. 6), S. 182; *Botke*, ZRP 1998, 215 (220); *Müller* (Fn. 16), § 108e Rn. 7; *Schaller* (Fn. 6), S. 87 ff., 159; *Überhofen* (Fn. 18), S. 196, 198; *Vahlenkamp/Knauf* (Fn. 16), S. 289; *Wiehen*, in: v. Alemann (Fn. 6), S. 397 (411).

gekauft oder verkauft werden musste, gefolgert, dass ein Beziehungsverhältnis im Sinne eines Kausalzusammenhangs zwischen dem (Ver-)Kauf der Stimme und der Wahl festgestellt werden müsse, der aber in der Praxis kaum nachzuweisen sei.²³ Zudem müsse – so die damalige Kritik – auch und gerade im Bereich der Abgeordnetenbestechung das „Anfüttern“ und die allgemeine „Klimapflege“, ebenso wie bei den allgemeinen Korruptionsdelikten der §§ 331, 333 StGB, unter Strafe gestellt werden, um Beraterverträge, Nebentätigkeiten oder Honorarvereinbarungen erfassen zu können, die zumeist dem Zweck dienen würden, den Abgeordneten an sich zu binden, damit dieser im entscheidenden Moment nicht mehr frei, sondern eben im Interesse des Auftraggebers entscheide.²⁴

Eher allgemeiner Art war schließlich die Kritik an der unterschiedlichen Behandlung von Amtsträgern und Mandatsträgern.²⁵ Gerade infolge der Machtfülle der Mandatsträger, die über die Schaffung generell-abstrakter Regelungen einen weitaus größeren Wirkungskreis hätten als die einzelnen Amtsträger, die meist nur über Einzelfälle entschieden, sei eine Privilegierung der Mandatsträger kriminalpolitisch unschlüssig. Denn an die Integrität des Zustandekommens von Gesetzen müsse ein mindestens ebenso strenger Maßstab angelegt werden wie an die spätere Anwendung derselben. Auch wurde darauf hingewiesen, dass die Regelung zu kaum nachvollziehbaren Systemwidrigkeiten im internationalen Geschäftsverkehr führen würde. So war nämlich nach dem damals geltenden Art. 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (IntBestG)²⁶ die Bestechung ausländischer Mandatsträger im Zusammenhang mit dem internationalen Geschäftsverkehr in vielen Fällen strafbar, die Bestechung nationaler Mandatsträger hingegen nicht.²⁷ Alles

in allem wurde gegen die Vorschrift vorgebracht, dass es sich im Wesentlichen lediglich um „symbolische“ Gesetzgebung handle, der Tatbestand nur eine Alibifunktion erfülle und letztlich nie zur Anwendung komme.²⁸ Die Norm hätte daher im Ergebnis eher verschleiern und kontraproduktiv gewirkt, da sie suggeriert habe, es gebe einen (in Wirklichkeit eben gerade nicht bestehenden) strafrechtlichen Schutz der Redlichkeit parlamentarischer Prozesse.²⁹ Schließlich wurde auch noch zutreffend auf die Unvereinbarkeit des § 108e StGB a.F. mit internationalen Abkommen, insbesondere dem von Deutschland damals (und eben deshalb) noch nicht ratifizierten Strafrechtsübereinkommen des Europarates gegen Korruption sowie dem UN-Übereinkommen gegen Korruption, hingewiesen.³⁰

Trotz dieser offenkundigen Schwächen einigte man sich über lange Zeit wohl stillschweigend darauf, dass man auch weiterhin vor der „Unlösbarkeit“ des Problems kapitulieren müsse. Eine Vielzahl von Reformentwürfen³¹ verschwand in

S. 435 f.; *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334 (354); *Gänßle*, NSTZ 1999, 543 (544); *Heinrich*, in: Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät/Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, 2003, S. 118; *Käßner* (Fn. 16), S. 200; *Korte*, wistra 1999, 81 (87); *Nagel*, Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung, 2007, S. 159, 161; *Peek*, ZStW 120 (2008), 785 (804 f.); *Schaller* (Fn. 6), S. 47; *Schmitz* (Fn. 25), S. 378 f.; *Stünker* (Fn. 6), S. 592; *Wiehen* (Fn. 22), S. 397 (410); *Wolf*, NJW 2006, 2735 (2737); *ders.*, ZRP 2007, 44 (46); *ders.*, ZRP 2009, 186; *Zieschang*, NJW 1999, 105 (107); vgl. auch BT-Drs. 16/6726 und 17/5933 (Gesetzentwürfe der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen); BT-Drs. 16/8979 und 17/1412 (Gesetzentwürfe der Fraktion Die Linke).

²⁸ BGHSt 51, 44 (60); *van Aacken*, ZaöRV 2005, 407 (429); v. *Arnim*, DÖV 2007, 897 (906 f.); *Bannenberg/Schaupensteiner* (Fn. 16), S. 220; *Barton*, NJW 1994, 1098 (1100); *Heisz* (Fn. 6), S. 115; *Käßner* (Fn. 16), S. 50; *Pohl*, ZParl 1995, 385 (390); *Saliger/Sinner*, NJW 2005, 1073 (1076); *Streit*, MIP 2007, 28 (33); *Stein* (Fn. 18), S. 619 ff.

²⁹ BT-Drs. 16/8979 und 17/1412 (Gesetzentwürfe der Fraktion Die Linke).

³⁰ Vgl. zur Unvereinbarkeit der damaligen Regelung des § 108e StGB a.F. mit den genannten Übereinkommen auch BT-Drs. 16/6726 und 17/5933 (Gesetzentwürfe der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen); vgl. hierzu noch ausführlich unten III.

³¹ In der 16. Legislaturperiode wurde von der Bundesregierung ein Gesetzentwurf vorgelegt (BT-Drs. 16/6558), nach dem die Korruptionsdelikte wesentlich umgestaltet werden sollten. Dieser enthielt allerdings keinen Vorschlag zur Regelung zur Abgeordnetenbestechung, wohl auch deshalb, weil für die „Entscheidung in eigener Sache“ nicht ein Vorschlag der Bundesregierung vorgelegt werden, sondern ein solcher aus der Mitte des Bundestages erfolgen sollte (vgl. hierzu auch den Bericht der Bundesregierung in BT-Drs. 17/2372, S. 7 f.; hierzu *Peek*, ZStW 120 [2008], 785 [810]); in der Folgezeit finden sich dann zwei wortgleiche Gesetzentwürfe

²³ Vgl. hierzu *Deiters* (Fn. 6), S. 425; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2005, § 87 Rn. 20; *Stein* (Fn. 18), S. 619, 660.

²⁴ *van Aaken*, ZaöRV 2005, 407 (426); *Barton*, NJW 1994, 1098 (1099); *Bauer/Gmel* (Fn. 16), § 108e Rn. 2; *Eser* (Fn. 16), § 108e Rn. 8; *Müller* (Fn. 16), § 108e Rn. 7, 20 f.; vgl. allerdings in diesem Zusammenhang auch § 44a Abs. 2 S. 2 AbgG.

²⁵ So *Deiters* (Fn. 6), S. 425 f.; *Heisz* (Fn. 6), S. 113, 128 ff., 145; *Monsau*, Vereinte Nationen und Korruptionsbekämpfung, 2010, S. 46 Fn. 168; *Sanchez-Hermisolla*, Kriminalistik 2003, 74 (77); *Schaupensteiner* (Fn. 16), S. 88 ff.; *Schmitz*, in: Joerden/Scheffler/Sinn/Wolf (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 367 (378 f.); *Vahlenkamp/Knauf* (Fn. 16), S. 397.

²⁶ Inzwischen aufgehoben durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015 = BGBl. I 2015, S. 2025; die Vorschrift wurde durch dieses Gesetz im Wesentlichen ersetzt durch den neuen § 335a StGB.

²⁷ Darauf hinweisend *van Aacken*, ZaöRV 2005, 407 (428 f.); v. *Arnim*, NVwZ 2006, 249 (252); *ders.*, DÖV 2007, 897 (907); *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Hrsg.), Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn.1; *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697 (729); *Deiters* (Fn. 6),

der Folgezeit in der Mottenkiste der erst „irgendwann“ einmal durchzuführenden Reformvorhaben. Erst die bereits angesprochenen internationalen Verpflichtungen nötigten letztlich den Gesetzgeber im Jahre 2014 doch noch zum Handeln.

III. Internationale Verpflichtungen zur Schaffung eines effektiven Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung

Zunehmend beschäftigten sich in den vergangenen Jahren internationale Abkommen (auch) mit der Strafbarkeit von Abgeordneten und Mandatsträgern. So erlangte im europäischen Bereich u.a. das Erste Protokoll vom 27.9.1996 zu dem Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26.7.1995³² sowie das Übereinkommen vom 26.5.1997 über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind (Bestechungsübereinkommen)³³ im Hinblick auf die Abgeordneten eine gewisse Bedeutung. Nach dem jeweiligen Art. 4 wird den Mitgliedstaaten auferlegt, Bestechung und Bestechlichkeit in Bezug auf Abgeordnete des Europäischen Parlaments in gleicher Weise zu bestrafen wie bei Abgeordneten nationaler Parlamente. Diese Verpflichtung wurde vom deutschen Gesetzgeber dadurch erfüllt, dass er die Abgeordneten des Europäischen Parlaments durch die Einfügung des neuen § 108e StGB durch das 28. Strafrechtsänderungsgesetz vom 13.1.1994³⁴ den Abgeordneten nationaler Parlamente gleich stellte. Ferner wird in Art. 6 Abs. 1 lit. b des Protokolls (ebenso wie in Art. 7 Abs. 1 lit. b des Bestechungsübereinkommens) verlangt, den Fall unter Strafe zu stellen, dass ein nationaler Abgeordneter des Europäischen Parlaments eine Stimme (im Sinne des § 108e StGB) verkauft. Schließlich findet sich in Art. 6 Abs. 1 lit. c des Protokolls (ebenso wie in Art. 7 Abs. 1 lit. c des Bestechungsübereinkommens) die Verpflichtung, die Strafbarkeit des Kaufs einer Stimme eines nationalen Abgeordneten des Europäischen Parlaments zu regeln. Da hierfür die allgemeinen Regelungen des deutschen Strafanwendungsrechts (insbesondere § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) nicht ausreichten, erließ der deutsche Gesetzgeber eine entsprechende Regelung in § 3 des Gesetzes zu dem Protokoll vom 27.9.1996 zum Überein-

kommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz – EU-BestG) aus dem Jahre 1998 (konkret wurde hier § 5 Nr. 14a StGB neu in das Gesetz eingefügt).³⁵

Am 17.12.1997 wurde das OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr unterzeichnet, welches am 15.2.1999 in Kraft trat.³⁶ Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens verpflichtet die Staaten zur Schaffung eines Straftatbestandes im Hinblick auf die Bestechung ausländischer Amtsträger, wobei nach Art. 1 Abs. 4 lit. a des Übereinkommens unter einem Amtsträger auch derjenige zu verstehen ist, der „in einem anderen Staat durch [...] Wahl ein Amt im Bereich der Gesetzgebung [...] innehat“. Nach dem Übereinkommen soll dabei bestraft werden, wer einem ausländischen Amtsträger oder einem Dritten vorsätzlich einen ungerechtfertigten geldwerten oder sonstigen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, damit der Amtsträger im Zusammenhang mit der Ausübung von Dienstpflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt, mit der der Täter im internationalen Geschäftsverkehr einen Auftrag oder einen sonstigen unbilligen Vorteil erlangt oder behält. Da § 108e StGB a.F. diesen sehr weiten Anforderungen nicht genügte, erließ der deutsche Gesetzgeber eine entsprechende Regelung in Art. 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (IntBestG) vom 10.9.1998.³⁷ Die Vorschrift wurde durch eine Regelung über die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts in Art. 2 § 3 Nr. 2 IntBestG ergänzt. Die Vorschrift des Art. 2 § 2 IntBestG war dabei erkennbar an den Straftatbestand der Bestechung in § 334 StGB angelehnt, galt aber einerseits nur für künftig vorzunehmende Handlungen oder Unterlassungen des Besto-

der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen aus der 16. und 17. Legislaturperiode (BT-Drs. 16/6726 und BT-Drs. 17/5933; vgl. zu diesen Entwürfen u.a. *Peek*, ZStW 120 [2008], 785 [821 f.]; *Schmitz* [Fn. 25], S. 380 f.), zwei wortgleiche Gesetzentwürfe der Fraktion Die Linke aus der 16. und 17. Legislaturperiode (BT-Drs. 16/8979 und BT-Drs. 17/1412; vgl. zu diesen Entwürfen *Schmitz* [Fn. 25], S. 381 f.; *Schnell*, ZRP 2011, 4), ein in der 15. Wahlperiode erarbeiteter, dann aber nicht eingebrachter Entwurf der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen (vgl. hierzu *Stünker* [Fn. 6], S. 597 ff.) sowie ein Gesetzentwurf der Fraktion der SPD aus der 17. Legislaturperiode (BT-Drs. 17/8613).

³² Das Protokoll findet sich in ABl. EG 1996 Nr. C 313 v. 23.10.1996, S. 1 ff.; das Übereinkommen ist abgedruckt in ABl. EG 1995 Nr. 316 v. 27.11.1995, S. 49 ff.

³³ ABl. EG 1997 Nr. C 195 v. 25.6.1997, S. 1 ff.

³⁴ BGBl. I 1994, S. 84.

³⁵ BGBl. II 1998, S. 2340; die Vorschriften des EU-BestG wurden inzwischen aufgehoben durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015 = BGBl. I 2015, S. 2025; sie wurden durch das genannte Gesetz v. 20.11.2015 im Wesentlichen ersetzt durch den neuen § 335a StGB.

³⁶ Das Übereinkommen ist abgedruckt in BT-Drs. 13/10428 und BR-Drs. 269/98.

³⁷ BGBl. II 1998, S. 2327; die Vorschrift mit der Überschrift „Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem geschäftlichen Verkehr“ lautete: (1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Auftrag oder einen unbilligen Vorteil im internationalen geschäftlichen Verkehr zu verschaffen oder zu sichern, einem Mitglied eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates oder einem Mitglied einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation einen Vorteil für dieses oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß es eine mit seinem Mandat oder seinen Aufgaben zusammenhängende Handlung oder Unterlassung künftig vornimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar; die Vorschriften des IntBestG wurden inzwischen aufgehoben durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015 = BGBl. I 2015, S. 2025; sie wurden durch das genannte Gesetz v. 20.11.2015 im Wesentlichen ersetzt durch den neuen § 335a StGB.

chenen und andererseits auch nur für Handlungen und Unterlassungen im internationalen geschäftlichen Verkehr. Die Regelung hatte zur Konsequenz, dass in der Folgezeit die Bestechung ausländischer Parlamentarier im Zusammenhang mit dem internationalen Geschäftsverkehr strafbar war, die Bestechung nationaler Abgeordneter hingegen nicht.³⁸

Während die Bundesrepublik hinsichtlich der genannten Abkommen ihren internationalen Verpflichtungen nach ganz herrschender Ansicht bereits früh nachgekommen war, ergaben sich im Hinblick auf zwei weitere Abkommen ernsthafte Probleme, die letztlich zu der Erkenntnis führten, dass die frühere Regelung des § 108e StGB a.F. nicht ausreichte und insoweit eine Änderung angezeigt war.

Am 27.1.1999 wurde von den Mitgliedstaaten des Europarates und weiteren Staaten, die an der Ausarbeitung des Übereinkommens mitgewirkt hatten, das „Strafrechtsübereinkommen des Europarates gegen Korruption“ unterzeichnet, welches am 1.7.2002 in Kraft trat.³⁹ Ergänzend dazu beschloss das Ministerkomitee in seiner 102. Sitzung am 4.5.1998 die Einrichtung einer Kommission GRECO (französisch: Groupe d'États contre la corruption, englisch: Group of States against Corruption), um dadurch einen Überwachungsmechanismus zu schaffen, mit dem die Umsetzung und Anwendung der Konvention und der übrigen Instrumente auf dem Gebiet der Korruptionsbekämpfung gesichert werden sollte und auch weiterhin soll.⁴⁰ Das Übereinkommen überlässt in Art. 1 lit. a⁴¹ die Definition des Begriffs „Amtsträger“ zwar dem nationalen Recht. Dennoch ergibt sich aus Art. 4, 6 und 10 recht eindeutig, dass auch die Bestechung

und Bestechlichkeit von Mitgliedern inländischer (Art. 4⁴²) und ausländischer (Art. 6⁴³) öffentlich-rechtlicher Vertretungskörperschaften bzw. von Mitgliedern internationaler parlamentarischer Versammlungen (Art. 10⁴⁴) in die Strafbarkeit mit einzubeziehen sind, da hier jeweils auf die in Art. 2⁴⁵ und Art. 3⁴⁶ des Übereinkommens vorgesehenen, für

⁴² Die Vorschrift des Art. 4 mit der Überschrift „Bestechung und Bestechlichkeit von Mitgliedern inländischer öffentlich-rechtlicher Vertretungskörperschaften“ lautet: „Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um die in den Artikeln 2 und 3 genannten Handlungen, wenn ein Mitglied einer inländischen öffentlich-rechtlichen Vertretungskörperschaft, die Gesetzgebungs- oder Verwaltungsbefugnisse ausübt, beteiligt ist, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben“.

⁴³ Die Vorschrift des Art. 6 mit der Überschrift „Bestechung und Bestechlichkeit von Mitgliedern ausländischer öffentlich-rechtlicher Vertretungskörperschaften“ lautet: „Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um die in den Artikeln 2 und 3 genannten Handlungen, wenn ein Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Vertretungskörperschaft eines anderen Staates, die Gesetzgebungs- oder Verwaltungsbefugnisse ausübt, beteiligt ist, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben“.

⁴⁴ Die Vorschrift des Art. 10 mit der Überschrift „Bestechung und Bestechlichkeit von Mitgliedern internationaler parlamentarischer Versammlungen“ lautet: „Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um die in Artikel 4 genannten Handlungen, wenn ein Mitglied einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen oder supranationalen Organisation, der die Vertragspartei angehört, beteiligt ist, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben“.

⁴⁵ Die Norm des Art. 2 mit der Überschrift „Bestechung inländischer Amtsträger“ lautet: „Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich begangen, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben: das unmittelbare oder mittelbare Versprechen, Anbieten oder Gewähren eines ungerechtfertigten Vorteils an einen Amtsträger dieser Vertragspartei für diesen selbst oder für einen Dritten als Gegenleistung dafür, dass er bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben eine Handlung vornimmt oder unterlässt“.

⁴⁶ Die Norm des Art. 3 mit der Überschrift „Bestechlichkeit inländischer Amtsträger“ lautet: „Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich begangen, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben: das unmittelbare oder mittelbare Fordern oder Annehmen eines ungerechtfertigten Vorteils oder das Annehmen des Angebots oder Versprechens eines solchen Vorteils durch einen Amtsträger dieser Vertragspartei für ihn selbst oder einen Dritten als Gegenleistung dafür, dass er bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben eine Handlung vornimmt oder unterlässt“.

³⁸ Vgl. hierzu nur *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697 (729); *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334 (354); *Gänßle*, NStZ 1999, 543 (544); *Heinrich* (Fn. 27 – Keller-Gedächtnisschrift), S. 118; *Korte*, wistra 1999, 81 (87); *Möhrenschlager* (Fn. 6), S. 228; *Peek*, ZStW 120 (2008), 785 (804 f.); *Schmitz* (Fn. 25), S. 378 f.; *Zieschang*, NJW 1999, 105 (107).

³⁹ European Treaty Series (ETS) Nr. 173 (vgl. auch das Zusatzprotokoll ETS Nr. 191 mit Regelungen über die Strafbarkeit der Bestechung von in- und ausländischen Schiedsrichtern sowie Geschworenen und Schöffen); vgl. hierzu BT-Drs. 13/11309, S. 5 (Bericht der Bundesregierung über die Tätigkeit des Europarates für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1997); *Korte*, wistra 1999, 81 (83); *Möhrenschlager*, JZ 1996, 822 (831); kritisch zu den Bestrebungen des Europarates *König*, JR 1997, 397 (404); Deutschland hatte das Übereinkommen bereits am 27.1.1999 gezeichnet, aber bis zur Änderung des § 108e StGB im Jahre 2014 nicht ratifiziert. Eine Ratifizierung soll nunmehr alsbald erfolgen.

⁴⁰ Vgl. hierzu *Hauck*, wistra 2010, 255.

⁴¹ Die Vorschrift des Art. 1 mit der Überschrift „Begriffsbestimmungen“ lautet: „Im Sinne dieses Übereinkommens a) wird der Ausdruck „Amtsträger“ entsprechend der Bestimmung des Begriffs „Beamter“, „Bediensteter im öffentlichen Dienst“, „Bürgermeister“, „Minister“ oder „Richter“ im innerstaatlichen Recht des Staates, in dem die betreffende Person die entsprechenden Aufgaben wahrnimmt, und so, wie er in dessen Strafrecht verwendet wird, ausgelegt; [...]“.

Amtsträger geltenden Regelungen verwiesen wird. Die Regelungen gehen dabei – jedenfalls vom Wortlaut her – weit über diejenigen der Europäischen Union und der OECD hinaus. So wird über Art. 4 auch eine Strafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit von inländischen Abgeordneten gefordert, Art. 6 fordert (im Gegensatz zum OECD-Übereinkommen hinsichtlich ausländischer Abgeordneter und über Art. 10 auch hinsichtlich Mitgliedern einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation) nicht nur eine Bestrafung der aktiven, sondern auch der passiven Bestechung und beschränkt den Anwendungsbereich nicht mehr auf den internationalen geschäftlichen Verkehr. Allerdings fordert das Übereinkommen keine schematische Gleichstellung von Amtsträgern und Abgeordneten. Im Gegenteil ergibt sich aus den Sonderregelungen der Art. 4, 6 und 10, dass die Mitglieder einer öffentlich-rechtlichen Vertretungskörperschaft oder einer parlamentarischen Versammlung durchaus einen Sonderstatus genießen und die Strafbarkeit wegen einer der in Art. 2 und 3 genannten Handlungen eigenständig normiert werden kann.

Zu beachten ist allerdings die Regelung des Art. 37 Abs. 1 des Übereinkommens, der den Staaten das Recht gibt, zu einzelnen Artikeln (genannt werden hier insbesondere auch die Art. 4, 6, 10) „Vorbehalte“ zu erklären.⁴⁷ Nach Art. 37 Abs. 4 des Übereinkommens darf ein Staat jedoch „in Anwendung der Absätze 1, 2 und 3 nicht zu mehr als fünf der in jenen Absätzen erwähnten Bestimmungen Vorbehalte erklären. Weitere Vorbehalte sind nicht zulässig. Gleichartige Vorbehalte zu den Artikeln 4, 6 und 10 werden als ein einziger Vorbehalt betrachtet.“ Nach Art. 38 des Übereinkommens sind „[...] Vorbehalte nach Artikel 37 [...] vom Tag des Inkrafttretens dieses Übereinkommens für den betreffenden Staat an drei Jahre lang gültig. Diese [...] Vorbehalte können jedoch für Zeitabschnitte derselben Dauer erneuert werden.“ Infolge dieser durch das Übereinkommen selbst vorgesehenen Möglichkeit der Einlegung eines Vorbehalts wird teilweise davon ausgegangen, dass das Übereinkommen des Europarates trotz seiner vom Wortlaut her strengeren Voraussetzungen insgesamt in seinen zwingenden Vorgaben sogar hinter dem OECD-Übereinkommen zurückbleibt,⁴⁸ wobei es sicherlich politisch das falsche Signal gewesen wäre, durch die ausdrückliche Einlegung eines entsprechenden Vorbehalts die Abgeordnetenbestechung explizit auszunehmen⁴⁹ (zumal eine solche Herausnahme auch den nachfolgend skizzierten und insoweit zwingenden Regelungen des UN-Übereinkommens gegen Korruption nicht entsprechen würde).

⁴⁷ Die Norm des Art. 37 Abs. 1 lautet: „Jeder Staat kann sich bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde das Recht vorbehalten, die in den Artikeln 4, 6 bis 8, 10 und 12 genannten Handlungen oder die in Artikel 5 genannten Straftaten der Bestechlichkeit insgesamt oder teilweise nicht nach seinem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben“.

⁴⁸ Möhrenschrager (Fn. 6), S. 229.

⁴⁹ Möhrenschrager (Fn. 6), S. 230 f.

Schließlich enthält auch das eben genannte, von der Generalversammlung als Resolution 58/4 in ihrer Plenartagung am 31.10.2003 angenommene, auf der Konferenz von Merida vom 9.-11.12.2003 unterzeichnete und am 14.12.2005 in Kraft getretene „UN-Übereinkommen gegen Korruption“ Vorschriften über die Abgeordnetenbestechung.⁵⁰ Entscheidend ist es hierbei, dass in diesem Übereinkommen sowohl verbindliche als auch unverbindliche Vorschriften enthalten sind, wobei bei den verbindlichen Vorschriften der Staat bestimmte Maßnahmen „zu treffen hat“ („shall adopt“), während bei den unverbindlichen Vorgaben nur Maßnahmen „in Erwägung zu ziehen“ sind („shall consider“).

Nach Art. 2 lit. a (i) der Konvention wird der Begriff des Amtsträgers definiert als „jede Person, die in einem Vertragsstaat durch Ernennung oder Wahl, befristet oder unbefristet, bezahlt oder unbezahlt und unabhängig von ihrem Dienstrang ein Amt im Bereich der Gesetzgebung, Exekutive, Verwaltung oder Justiz innehat“.⁵¹ Durch diese weite Begriffsbestimmung sind auch Mandatsträger in jeder Form (d.h. auch Abgeordnete kommunaler Parlamente) vom Amtsträgerbegriff erfasst. In den folgenden Artikeln sind dann die Verpflichtungen der Staaten im Einzelnen aufgezählt. So regelt Art. 15 die „Bestechung inländischer Amtsträger“⁵² und Art. 16 die „Bestechung von ausländischen Amtsträgern und Amtsträgern internationaler Organisationen“⁵³. Diese Vor-

⁵⁰ United Nations Convention against Corruption (UNCAC), Doc. A/58/422; eine Übersetzung ins Deutsche findet sich in BGBl. II 2014, S. 762 (763 ff.); Deutschland hat das Übereinkommen am 9.12.2003 gezeichnet, aber ebenfalls lange Zeit nicht ratifiziert; eine Ratifizierung erfolgte erst am 12.11.2014, nach der Änderung des Straftatbestandes des § 108e StGB; das Übereinkommen ist in Deutschland am 12.12.2014 in Kraft getreten; vgl. BGBl. II 2014, S. 762; BGBl. II 2015, S. 140; zu diesem Übereinkommen auch Hofmann/Pfaff, Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption, 2006.

⁵¹ Der Originaltext lautet: Art. 2 Use of Terms „For the purposes of this Convention: (a) “Public official” shall mean: (i) any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a State Party, whether appointed or elected, whether permanent or temporary, whether paid or unpaid, irrespective of that person’s seniority“.

⁵² Art. 15 lautet: „Jeder Vertragsstaat trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich begangen, als Straftaten zu umschreiben: a) das unmittelbare oder mittelbare Versprechen, Anbieten oder Gewähren eines ungerechtfertigten Vorteils an einen Amtsträger für diesen selbst oder für eine andere Person oder Stelle als Gegenleistung dafür, dass er in Ausübung seiner Dienstpflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt; b) das unmittelbare oder mittelbare Fordern oder Annehmen eines ungerechtfertigten Vorteils durch einen Amtsträger für sich selbst oder für eine andere Person oder Stelle als Gegenleistung dafür, dass er in Ausübung seiner Dienstpflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt“.

⁵³ Art. 16 lautet: „1. Jeder Vertragsstaat trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen, um fol-

schriften sind nach der hier verwendeten Terminologie („trifft“/„shall adopt“ statt „zieht in Erwägung“/„shall consider“) mit Ausnahme des Art. 16 Nr. 2 des Abkommens für die Staaten verbindlich. Damit enthält das UN-Übereinkommen – was die zwingenden Verpflichtungen angeht – jedenfalls weitergehende Anforderungen als das Übereinkommen des Europarates, die das deutsche Recht auf Grund der restriktiven Fassung des § 108e StGB a.F. nicht erfüllen konnte. Im Hinblick auf die Mandatsträger fällt allerdings auf, dass in Art. 15 der Konvention stets davon die Rede ist, dass der Täter in Ausübung seiner „Dienstpflichten“ eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen habe. Nach überwiegendem Verständnis in Deutschland übt aber ein Mandatsträger, insbesondere ein Abgeordneter, weder einen „Dienst“ aus (sondern nimmt vielmehr ein „freies Mandat“ wahr), noch hat er irgendwelche „Dienstpflichten“ zu erfüllen. Dennoch wurde überwiegend davon ausgegangen, dass die Regelung des § 108e StGB a.F. mit dem Übereinkommen nicht vereinbar war. Im Gegensatz zum Übereinkommen des Europarates besteht im Rahmen des UN-Übereinkommens im Übrigen auch nicht die Möglichkeit, einen entsprechenden Vorbehalt zu erklären, sodass das Übereinkommen nach der Ratifizierung nunmehr in vollem Umfang verbindlich ist.

IV. Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern

Wie bereits aufgezeigt – und aus der Darstellung der Entstehungsgeschichte des heutigen § 108e StGB ersichtlich –, stellt die nunmehr geltende Vorschrift einen Kompromiss dar zwischen den beiden Extrempositionen einer grundsätzlichen Gleichstellung von Amts- und Mandatsträgern und der völligen Straffreistellung Letzterer. Während die UN-Konvention von einer grundsätzlichen Gleichstellung der beiden Personengruppen auszugehen scheint, wird insbesondere aus deutscher Sicht immer wieder auf die unterschiedliche Stellung und die unterschiedlichen Funktionen hingewiesen, welche durch die beiden Personengruppen wahrgenommen werden.

gende Handlungen, wenn vorsätzlich begangen, als Straftat zu umschreiben: das unmittelbare oder mittelbare Versprechen, Anbieten oder Gewähren eines ungerechtfertigten Vorteils an einen ausländischen Amtsträger oder einen Amtsträger einer internationalen Organisation für diesen selbst oder für eine andere Person oder Stelle als Gegenleistung dafür, dass der Amtsträger in Ausübung seiner Dienstpflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt, um im Zusammenhang mit Tätigkeiten im internationalen Geschäftsverkehr einen Auftrag oder einen sonstigen ungerechtfertigten Vorteil zu erlangen oder zu behalten. 2. Jeder Vertragsstaat zieht in Erwägung, die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen zu treffen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich begangen, als Straftat zu umschreiben: die unmittelbare oder mittelbare Forderung oder Annahme eines ungerechtfertigten Vorteils durch einen ausländischen Amtsträger oder einen Amtsträger einer internationalen Organisation für sich selbst oder für eine andere Person oder Stelle als Gegenleistung dafür, dass der Amtsträger in Ausübung seiner Dienstpflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt“.

Um das genannte Spannungsfeld aufzulösen, soll im folgenden Teil des Beitrags nun der Versuch unternommen werden, die rechtlichen und tatsächlichen Unterschiede dieser beiden Personengruppen herauszuarbeiten. Sofern wesentliche Unterschiede festgestellt werden, ist ferner zu untersuchen, ob eine Gleich- oder Ungleichbehandlung im Ermessen des Gesetzgebers liegt, dem hier ein gewisser Spielraum zukommt, oder ob aus verfassungsrechtlicher Sicht gewisse Vorgaben zwingend zu beachten sind. Sind Unterschiede feststellbar, die eine Ungleichbehandlung ermöglichen oder (aus verfassungsrechtlichen Gründen) erfordern, ist anschließend zu überlegen, ob diese im Hinblick auf die Mandatsträger zu einer Privilegierung oder möglicherweise sogar zu einer Erweiterung der Strafdrohung führen dürfen oder (wiederum aus verfassungsrechtlichen Gründen) führen müssen. Zudem ist auch stets zu beachten, ob nicht bei der Ausgestaltung des Tatbestandes oder hinsichtlich der Strafdrohung in Bezug auf die der verschiedenen Mandate Differenzierungen vorgenommen werden müssen oder ob solche zumindest denkbar sind. Dieser Aspekt ist insbesondere im Hinblick auf die Bundes- und Landtagsabgeordneten einerseits und die kommunalen Mandatsträger andererseits zu prüfen.

1. Internationale Vorgaben

Im Hinblick auf die internationalen Vorgaben lässt sich feststellen, dass jedenfalls das Übereinkommen des Europarates keine schematische Gleichstellung von Amtsträgern und Mandatsträgern fordert. Wie gesehen,⁵⁴ folgt aus der Tatsache, dass in Art. 4, 6 und 10 des Übereinkommens gerade Sonderregelungen für Mitglieder einer öffentlich-rechtlichen Vertretungskörperschaft oder einer parlamentarischen Versammlung getroffen wurden, dass diese sehr wohl einen Sonderstatus genießen können, woraus sich jedenfalls eine Regelung der Strafbarkeit in einer eigenen Strafnorm durchaus rechtfertigen lässt.⁵⁵ Durch die umfängliche Verweisung auf die Art. 2 und 3 in Art. 4 und 6 (sowie den Verweis auf Art. 4 in Art. 10) des Abkommens findet jedoch andererseits – jedenfalls was die Reichweite der Pflichten angeht – eine faktische Gleichstellung der beiden Personengruppen statt. Danach muss jede Vertragspartei – unabhängig davon, ob es sich um einen Amtsträger oder einen Mandatsträger handelt – die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen treffen, um die in Art. 2 und 3 genannten Handlungen, wenn sie vorsätzlich begangen werden, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben. Allerdings ist, wie oben ebenfalls bereits angesprochen wurde,⁵⁶ zu beachten, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf diese Regelung einen Vorbehalt einlegen könnten, was aber politisch sicherlich das falsche Signal wäre.

Wesentlich strikter ist hingegen die Regelung des Art. 2 lit. a (i) des UN-Übereinkommens, wonach die Definition des Amtsträgers sämtliche Personen erfasst, die im Bereich der Gesetzgebung, Exekutive, Verwaltung oder Justiz tätig sind. Daraus könnte man nun folgern, dass eine schematische

⁵⁴ Vgl. oben III.

⁵⁵ So auch Möhrenschrager (Fn. 6), S. 231.

⁵⁶ Vgl. oben III.

Gleichstellung von Amtsträgern und Mandatsträgern zwingend erforderlich ist. Dennoch wird man auch hier zu dem Ergebnis gelangen können, dass die zu treffende nationale Regelung nicht notwendigerweise eine umfängliche und schematische Gleichstellung dieser beiden Personengruppen vorzusehen hat. Entscheidend ist vielmehr, dass der *ratio legis* des Übereinkommens gefolgt wird, die eine effektive Bekämpfung der Korruption auch im parlamentarischen Bereich – unter Berücksichtigung der hier bestehenden Besonderheiten – fordert.⁵⁷

2. Gesteigerte Einflussmöglichkeiten der Mandatsträger

Für eine weitgehende Gleichstellung der beiden Personengruppen (oder sogar: für eine schärfere Bestrafung der Mandatsträger) wurde angeführt, dass eine Privilegierung der Mandatsträger letztlich kriminalpolitisch untunlich sei.⁵⁸ Dies folge insbesondere unter der Berücksichtigung der Machtfülle der Mandatsträger, die insbesondere über die Schaffung generell-abstrakter Regelungen schließlich einen weitaus größeren Wirkungskreis hätten als die einzelnen Amtsträger, da letztere meist nur mit Einzelfällen befasst seien. Insoweit müsse gerade an die Integrität des Zustandekommens von Gesetzen ein mindestens ebenso strenger Maßstab angelegt werden, wie an deren spätere Anwendung. So wird im Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke aus dem Jahre 2008 ausgeführt: „Die Gemeinwohlbindung, die gleichermaßen Grundlage der Arbeit der Legislative wie der Exekutive ist, führt zu der Notwendigkeit einer grundsätzlichen Gleichbehandlung der Vertreterinnen und Vertreter beider Staatsgewalten: Wenn bereits die Bestechlichkeit eines Amtsträgers bestraft wird, die ‚nur‘ eine widerrechtliche Bevorzugung Einzelner zum Gegenstand hat, so muss erst recht die Bestechlichkeit eines Abgeordneten bestraft werden, bei der das Interesse der Allgemeinheit zugunsten der Sonderinteressen einer Gruppe bei der für eine Vielzahl von Fällen und auf Dauer angelegten Rechtsetzung unmittelbar geschädigt wird.“⁵⁹ Insbesondere mit Blick auf die internationalen Entwicklungen werde deutlich, dass andere Länder diesen Schritt längst vollzogen hätten und es sei unangebracht, wenn sich Deutschland dieser Gleichstellung verweigere.⁶⁰

⁵⁷ Vgl. *Möhrenschlager* (Fn. 6), S. 231.

⁵⁸ In diese Richtung argumentieren *Deiters* (Fn. 6), S. 425 f.; *Heisz* (Fn. 6), S. 113, 128 ff., 145; *Monsau* (Fn. 25), S. 46 Fn. 168; *Sanchez-Hermisolla*, *Kriminalistik* 2003, 74 (77); *Schaupensteiner* (Fn. 16), S. 88 ff.; *Vahlenkamp/Knauf* (Fn. 16), S. 397.

⁵⁹ BT-Drs. 16/8979, S. 5 und 17/1412, S. 5 (Gesetzentwürfe der Fraktion Die Linke); ferner *Heisz* (Fn. 6), S. 129.

⁶⁰ In der Tat kann rechtsvergleichend festgestellt werden, dass in den meisten Ländern eine Gleichstellung von Amtsträgern und Abgeordneten erfolgt ist, vgl. *Eser/Überhofen/Huber*, *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, 1997; *Möhrenschlager* (Fn. 6), S. 223 ff.; *Schmitz* (Fn. 25), S. 372 f.; vgl. auch *Überhofen* (Fn. 18), S. 1 ff.

3. Das „freie“ Mandat, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Gegen eine solche Gleichstellung lässt sich jedoch eine Vielzahl von Gründen anführen. Als Erstes ist dabei auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zu verweisen. Hiernach sind jedenfalls die Bundestagsabgeordneten „Vertreter des ganzen Volkes“.⁶¹ Sie sind „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“.⁶² Aus dieser Vorschrift ergibt sich der verfassungsrechtlich anerkannte Grundsatz des „freien Mandats“, welches dem Abgeordneten Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit garantiert und ihn vor jeglichem Versuch der Fremdbestimmung schützen will. Zwar gilt Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich nur für Bundestagsabgeordnete, die meisten Landesverfassungen enthalten jedoch vergleichbare Vorschriften. Daher wird man Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zu den Grundnormen der parlamentarischen Demokratie zu zählen haben. Dies hat zur Folge, dass die hier getroffenen Regelungen auch auf andere Volksvertretungen, insbesondere auch auf kommunale Parlamente, übertragbar sind. Dies ist allerdings nicht unbestritten, da kommunale Vertretungen eben gerade keine Parlamente im Rechtssinne darstellen würden.⁶³ So führte das BVerwG aus:⁶⁴ „[...] dass Art. 38 I 2 GG allein die Abgeordnetenstellung im Bundestag regelt und nicht für sonstige Mandate, etwa der Kommunalvertretungen, gilt. Für die Rechtsstellung des gewählten Kommunalvertreters ist eine dem Art. 38 I 2 GG entsprechende Vorschrift gerade nicht anzutreffen (BVerfGE 78, 344 (348) [...]). Deshalb kann im Streitfall auf die in der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. insbes. BVerfGE 80, 188 [...]) zu Art. 38 I 2 GG entwickelten Grundsätze des Parlamentsrechts nicht ohne weiteres zurückgegriffen werden. Abgesehen davon [sind] kommunale Vertretungskörperschaften als Verwaltungsorgane keine Parlamente im Rechtssinne und [...] kommunale Mandatsträger zugleich Amtsträger der Exekutive [...], so daß die Regeln des Parlamentsrechts (z.B. die über den Immunitätsschutz) nicht unmittelbar auf Kommunalvertretungen übertragen werden können [...]“. Abgesehen davon, dass die Ansicht des BVerwG im Hinblick auf die neueste Rechtsprechung des BGH zur Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger überholt ist,⁶⁵ hatte diese Entscheidung eine ganz spezielle Thematik im Rahmen des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zum Gegenstand (nämlich das Recht, Anträge im Ausschuss mündlich statt schriftlich begründen zu dürfen). Die Entscheidung befasste sich daher nicht mit der Grundfrage, ob der in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG niedergelegte Grundsatz des „freien Mandats“ als solcher zu den Grundelementen der parlamentarischen Demokratie gehört und daher auch für kommunale Mandatsträger (möglicherweise mit anderen Ausprägungen im Einzelnen) gilt.

⁶¹ Grundlegend hierzu BVerfGE 112, 118 (134); 118, 277 (324 ff.).

⁶² Grundlegend hierzu BVerfGE 40, 296 (314, 316); 76, 256 (341); 118, 277 (324).

⁶³ BVerwG NVwZ-RR 1991, 157 (158); so auch *Schnell*, ZRP 2011, 4 (5 f.).

⁶⁴ BVerwG NVwZ-RR 1991, 157 (158).

⁶⁵ BGHSt 51, 44 (49 ff.); BGH NSTz 2007, 36.

Andererseits muss jedoch Folgendes beachtet werden: Zwar verbietet die Formulierung „Vertreter des ganzen Volkes“ nicht eine einseitige Wahrnehmung von Interessen bestimmter Bevölkerungsgruppen, da auf Grund der unterschiedlichen Zusammensetzung der Parlamente idealtypisch vorausgesetzt wird, dass im Parlament auf diese Weise das gesamte Volk repräsentiert wird, die Mandatsträger als Gesamtheit also „das ganze Volk vertreten“. Es wäre mit dem Grundsatz des freien Mandats aber unvereinbar, wenn die Mandatsträger einseitig die Interessen derer vertreten würden, von denen sie finanzielle oder sonstige Vorteile erhalten oder wenn sie gar zu diesen Interessengruppen in einer (finanziellen) Abhängigkeit stünden. Insoweit soll das „freie Mandat“ gerade auch die Unabhängigkeit des Mandatsträgers von Interessengruppen und deren finanzieller Einflussnahme sichern.⁶⁶ Zudem ist fraglich, ob man noch von einer Gewissensentscheidung des Mandatsträgers sprechen kann, wenn er sich durch die vorherige Annahme oder das Versprechen von Vorteilen dazu verpflichtet fühlt, seine Stimme in einem bestimmten Sinne abzugeben. Mit der Formulierung „nur ihrem Gewissen unterworfen“ soll vielmehr gerade die Unabhängigkeit der Entscheidung des Mandatsträgers gewährleistet werden. Dieser Entscheidung soll eine politische Meinungsbildung zu Grunde liegen, die der Mandatsträger frei vollziehen können muss. Dem würde es widersprechen, wenn er sich infolge einer einmal abgegebenen Zusage (möglicherweise sogar verbunden mit einer gewissen finanziellen Abhängigkeit) in der Folgezeit verpflichtet fühlt, seine Entscheidung nach den Vorgaben seines „Geldgebers“ zu fällen. Insoweit ist das „freie Mandat“ durchaus zweischneidig: Es soll dem Mandatsträger eine gewisse Unabhängigkeit sichern, die gerade darin besteht, Partikularinteressen wahrnehmen zu dürfen, aber nicht zu müssen. Damit wäre es einerseits nicht vereinbar, ihm zu verbieten, gerade diese Partikularinteressen wahrzunehmen, andererseits wäre es aber mit dem genannten Grundsatz unvereinbar, wenn der Mandatsträger von den Vertretern dieser Partikularinteressen abhängig wäre. Letzteres ist aber der Fall, wenn er sich durch eine abgeschlossene (Unrechts-)Vereinbarung dazu verpflichtet (fühlt), im Sinne seines „Geldgebers“ tätig zu werden. Er wäre dann jedenfalls faktisch „an Aufträge und Weisungen“ gebunden, was dem Grundgedanken des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG widersprechen würde. Der allgemeine Grundsatz des freien Mandats kann also den Mandatsträger nicht dazu berechtigen, sich in „freier“ Entscheidung (und unter dem Eindruck zu erwartender Vorteile) in die Abhängigkeit von Vertretern von Partikularinteressen zu begeben, die ihn durch (zumeist: finanzielle) Zuwendungen an sich binden.

Dagegen ist ein solches „freies Mandat“ dem Status der Amtsträger grundsätzlich fremd. So wurde bereits in BT-Drs. 12/5927, S. 5 ausgeführt: „In dem Bereich des öffentlichen Dienstes ist es generell verboten, einen persönlichen Vorteil für eine Diensthandlung oder im Zusammenhang mit einer dienstlichen Tätigkeit anzunehmen oder zu gewähren. Der Amtsträger soll seine Entscheidung im Rahmen der

maßgeblichen Rechtsvorschriften stets unparteiisch und frei von unsachlichen Einflüssen treffen. Beim Träger eines Abgeordnetenmandats fehlt es hingegen bereits an einem genau umgrenzten Pflichtenkreis, wie er für den Amtsträger existiert. Bei der Ausübung von Stimmrechten im Parlament spielen auch politische Gesichtspunkte und Rücksichtnahmen eine Rolle. Es ist nicht zu beanstanden, wenn bei der Stimmabgabe politische Zwecke mitverfolgt werden, die den eigenen Interessen des Stimmberechtigten entgegenkommen. Bei zahlreichen Abgeordneten ist die Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlichen Gruppe von wesentlicher Bedeutung für ihre Aufstellung als Kandidat. Von dem Abgeordneten erwartet die gesellschaftliche Gruppe dann auch, dass er sich für ihre Belange einsetzt. Bei Abstimmungen in politischen Fragen widersprechen an den Abgeordneten gerichtete Versprechungen und Erwartungen nicht schon deshalb den Spielregeln der Demokratie, weil sie zugleich auch auf eine Verbesserung der Lebensverhältnisse des Abstimmenden oder der von ihm vertretenen politischen Gruppen hinauslaufen. Die Interessenwahrnehmung auch innerhalb des Parlaments ist Bestandteil des politischen Kräftespiels.“⁶⁷

4. Grundsätzliche Unterschiede der beiden Rechtsverhältnisse

Während das Beamtenverhältnis – als Idealtypus des Amtswalters – gekennzeichnet ist durch die Begründung eines meist lebenslangen öffentlichen Dienst- und Treueverhältnisses, ist das Abgeordnetenverhältnis in aller Regel auf Zeit angelegt und begründet – unter Rückgriff auf Art. 38 Abs. 1 GG – ein solches Dienst- und Treueverhältnis gerade nicht. Während die Mandatsträger (wofür hier stellvertretend die Bundestagsabgeordneten, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, zu nennen sind) als Vertreter des ganzen Volkes an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen sind, schuldet der Beamte (außer in denjenigen Fällen, in denen kraft Gesetz eine Weisungsfreiheit besteht) Treue und Gehorsam und hat die von seinem Vorgesetzten getroffenen Anweisungen zu befolgen (= Weisungsgebundenheit).

5. Recht zur parteiischen Interessenswahrnehmung

Mandatsträger haben zwar (so wiederum Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) als „Vertreter des ganzen Volkes“ den Auftrag, sich bei ihrer Entscheidung am Gemeinwohl zu orientieren. Dies schließt aber nicht aus (und soll es auch nicht ausschließen), dass sie (so unstreitig jedenfalls bei den Bundestags- und Landtagsabgeordneten) insbesondere auch die Interessen ihres Wahlkreises vertreten. Auch ist es zulässig, dass Mandatsträger die Partikularinteressen derjenigen Interessengruppen vertreten, aus denen sich ihre Wählerschicht hauptsächlich zusammensetzt. Berücksichtigt man diese beiden Elemente, dann ist eine gewisse Form von Lobbyismus sogar durchaus erwünscht.⁶⁸ Gerade durch die unterschiedliche politische Zusammensetzung der Parlamente, die auch unter-

⁶⁶ BVerfGE 118, 277; in diese Richtung auch *Stünker* (Fn. 6), S. 605.

⁶⁷ Vgl. zu dieser Argumentation auch BT-Drs. 12/5927, S. 5.

⁶⁸ Vgl. hierzu *Schmitz* (Fn. 25), S. 374 f.; *Zieschang*, NJW 1999, 105 (107).

schiedliche Interessengruppen vertreten, wird ein repräsentativer Querschnitt der Gesamtinteressen der Bevölkerung hergestellt und garantiert. Dies unterscheidet den Mandatsträger grundsätzlich vom Amtsträger, der sein Amt in aller Regel alleine ausübt und bei Vollzug der Gesetze stets Einzelfallentscheidungen zu treffen hat, die nicht erst mit Entscheidungen anderer Amtsträger zusammen einen repräsentativen Querschnitt für den jeweils betreffenden Fall ergeben.

6. Unterschiedlichkeit der Arbeitsweisen

Insofern unterscheiden sich auch die Arbeitsweisen von Amtsträgern und Mandatsträgern grundsätzlich. Die Mandatsträger müssen zur Erfüllung ihrer Aufgaben den Dialog mit anderen Mandatsträgern, Politikern der eigenen aber auch fremden Parteien, vor allem aber auch den Interessensgruppen und Einzelpersonen in ihrem Wahlkreis suchen.⁶⁹ Eben dieser Dialog und Interessensausgleich ist dem Amtsträger, insbesondere demjenigen, der in der Leistungsverwaltung tätig ist, gerade untersagt. Auch umgekehrt ist es gerade ein Recht des Bürgers, in seinem Wahlkreis Einfluss auf „seinen“ Abgeordneten zu nehmen, um zu versuchen, seine Anliegen und Interessen, vermittelt durch „seinen“ Repräsentanten, durchzusetzen. Insofern sind auch Einladungen zu Vereins-sitzungen oder öffentlichen Veranstaltungen möglich und erwünscht. Gegenüber einem Amtsträger, der dem Betroffenen gegenüber eine Entscheidung zu treffen hat (z.B. den Erlass eines Leistungsbescheides oder einer Untersagungsverfügung) ist eine solche Einflussnahme hingegen unzulässig.

7. Begründung des Statusverhältnisses

Ein Beamter wird regelmäßig durch einen öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt in ein zumeist lebenslanges Beamtenverhältnis berufen. Die sonstigen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes werden auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages tätig, wobei beide Personengruppen bei ihrer Tätigkeit in ein Dienst- und Treueverhältnis eingebunden sind. Die Tätigkeit eines Mandatsträgers wird hingegen geprägt durch das „freie Mandat“, welches ihm durch den Willen des Volkes mittels Wahlen auf Zeit übertragen wird.

8. Zulässigkeit der Entgegennahme finanzieller Zuwendungen

Der Mandatsträger ist grundsätzlich berechtigt, finanzielle Zuwendungen von außen entgegenzunehmen, wenn dabei bestimmte Spielregeln eingehalten werden. Dies folgt schon daraus, dass die Entgegennahme von Parteispenden grundsätzlich zulässig (und umgekehrt die Abgabe von Spenden erwünscht) ist.⁷⁰ Ein Amtsträger hingegen ist in aller Regel⁷¹

nicht berechtigt, Spenden für sich bzw. für die Behörde oder öffentlich-rechtliche Institution, in der er tätig ist, entgegenzunehmen. Gerade der Charakter des öffentlichen Dienstes duldet es nicht, dass den dort beschäftigten Amtsträgern oder den jeweiligen Behörden besondere Vorteile aus dem Anlass ihrer Amtstätigkeit zufließen.

9. Zulässigkeit der Ausübung von Nebentätigkeiten

Der Mandatsträger ist grundsätzlich berechtigt, eine Nebentätigkeit auszuüben, was regelmäßig damit verbunden ist, dass er hierdurch auch finanzielle Zuwendungen erhält.⁷² Schon von daher kommt es bei ihm notwendigerweise zu einer gewissen Verknüpfung zwischen seiner Mandatsausübung und seiner (sonstigen) Berufstätigkeit. Dies wird besonders deutlich, wenn man die Personengruppe der kommunalen Mandatsträger betrachtet, bei denen die Mandatsausübung zumeist ehrenamtlich und gerade neben der eigentlichen Berufstätigkeit ausgeübt wird (und auch werden muss). Die Möglichkeit der Ausübung einer weiteren Tätigkeit ist aber auch bei den Mitgliedern der anderen Vertretungskörperschaften (Bundestag, Landtage, Europäisches Parlament) zu beachten. Dagegen stellt bei den Amtsträgern die Ausübung einer Nebentätigkeit meist die Ausnahme dar. Eine solche ist zudem regelmäßig anzeige-, in manchen Fällen sogar genehmigungspflichtig.

10. Erlass und Vollzug von Gesetzen

Zu den wesentlichen Aufgaben des Amtsträgers zählt der Vollzug von Gesetzen oder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Daseinsvorsorge. Dagegen werden die Mandatsträger in aller Regel rechtssetzend tätig, d.h. sie sind im politischen System gestaltend tätig, indem sie Impulse aus gesellschaftlichen Veränderungen aufnehmen und hierfür Lösungen erarbeiten oder aber indem sie auf der Grundlage ihrer persönlichen politischen Überzeugung selbst Veränderungen anstreben.⁷³

11. Gesetzesbindung

Der Amtsträger unterliegt bei der Anwendung von Gesetzen einer strikten Gesetzesbindung. Er hat grundsätzlich nur im Rahmen dieser Gesetze einen gewissen Entscheidungsspielraum. Dabei muss er seine Entscheidungen frei von politischem und medialem Druck und auch frei von Einflussnahmen Dritter und von privaten Verpflichtungen, insbesondere aber auch frei von finanziellen Erwägungen treffen. Der Mandatsträger hingegen unterliegt einer solchen strikten Gesetzesbindung gerade nicht. So sind die Bundestagsabgeordneten, wie bereits mehrfach betont, auf der Grundlage des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG an Aufträge und Weisungen gerade nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Bei den von ihnen zu treffenden Entscheidungen spielen vielmehr oft politische Gesichtspunkte eine wesentliche Rolle, wobei

falls dann (aber auch nur insoweit) zulässig, als das hierfür vorgesehene Verfahren eingehalten wurde.

⁶⁹ Vgl. hierzu *Schmitz* (Fn. 25), S. 375.

⁷⁰ BVerfGE 8, 51 (68); 20, 56 (102); 52, 63 (89); 85, 264 (287 ff.).

⁷¹ Vgl. hierzu aber die seit geraumer Zeit diskutierte Problematik der Einwerbung von Drittmitteln im Hochschulbereich durch verbeamtete Professoren. Diese Drittmiteleinwerbung, die teilweise nach Landesrecht sogar zu den Pflichtaufgaben des Hochschullehrers gehört, ist nach BGHSt 47, 295 jeden-

⁷² BVerfGE 40, 296 (318 f.); 118, 277 (323).

⁷³ Vgl. hierzu auch *Schmitz* (Fn. 25), S. 367.

die Mandatsträger zur Interessenvertretung ausdrücklich be-rechtigt sind.

12. Austauschbarkeit des Handelnden

Die strenge Gesetzesbindung und die Pflicht zur Unpartei-lichkeit machen die Tätigkeit des Amtsträgers (oder auch des Richters) durch jeden anderen Amtsträger (oder Richter) „ersetzbar“. Diese Austauschbarkeit des Amtsträgers kommt gerade auch im Begriff des „Amtes“ zum Ausdruck, welches unabhängig vom jeweiligen Amtsträger ausgeführt werden muss und welches dementsprechend eine eigene Identität aufweist. So existieren für Amtsgeschäfte auch regelmäßige Vertretungsregeln, da davon ausgegangen werden kann und muss, dass jeder Amtsträger beim Vollzug der Gesetze die gleichen Maßstäbe anzulegen hat und daher – bis auf wenige Fälle, in denen dem Betreffenden ein weiter Ermessensspiel-raum zukommt – im Hinblick auf die zu treffende Einzelfall-regelung auch zu denselben Entscheidungen gelangen wird. Eben diese Austauschbarkeit ist dem politischen Mandat fremd. So kann sich ein Mandatsträger bei der Wahrnehmung seines Mandats gerade nicht vertreten lassen. Vielmehr gilt hier der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit, der einer Aus-tauschbarkeit gerade entgegensteht.

13. Zeitliche Dauer des Verhältnisses

Im Gegensatz zu den Amtsträgern, die zumeist auch auf Grund ihres Beamtenstatus ihren Beruf dauerhaft ausüben und insoweit auch nicht auf eine (Wieder-)Wahl angewiesen sind, steht der Mandatsträger stets im Blickfeld politischer Interessen. Dies macht es möglich, wenn nicht gar wahr-scheinlich, dass Strafanzeigen und Ermittlungsverfahren auch zu politischen Zwecken gegen einen Mandatsträger miss-braucht werden. Ein Mandatsträger, der kurz vor der Wahl mit dem Vorwurf korrupten Verhaltens konfrontiert und gegen den ein Ermittlungsverfahren durchgeführt wird, wird es bei einer Wahl ungleich schwerer haben, als ein Kandidat, der sich einem solchen Vorwurf nicht ausgesetzt sieht. Da zur Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens bereits ein Anfangs-verdacht ausreicht, der bei einer sehr weitgehenden Strafvor-schrift schnell konstruiert werden kann, besteht durchaus die Gefahr, dass ein Strafverfahren insbesondere von politischen Gegnern in Wahlkampfzeiten zu politischen Zwecken in-strumentalisiert wird. Diese Gefahr besteht bei Amtsträgern in weit geringerem Umfang. Auch bei ihnen können eine Strafanzeige und ein im Anschluss stattfindendes Ermitt-lungsverfahren zwar Wirkungen zeigen, diese betreffen aber jedenfalls nicht die zeitliche Dauer ihres Dienstverhältnisses. Auch kommt es infolge einer rechtskräftig festgestellten Verfehlung nur selten zu einer Entfernung aus dem Dienst-verhältnis.

14. Persönliche Haftung für Verfehlungen

Der Amtsträger trägt für die Rechtmäßigkeit der Diensthand-lung die volle persönliche Verantwortung, die durch umfas-sende gesetzliche Regelungen strafrechtlich (§§ 331 ff. StGB), disziplinarrechtlich (§ 77 Abs. 1, 3 BBG in Verbin-dung mit dem Bundesdisziplinargesetz sowie durch entspre-

chende landesrechtliche Regelungen) und haftungsrechtlich (§ 48 BeamStG, § 75 BBG u.a.) abgesichert ist. Vergleichba-re Regelungen und Pflichten sind den Mandatsträgern fremd. Die wenigen normierten und sanktionsbewehrten Pflichten (vgl. § 108e StGB, §§ 44a, 44b AbgG, Verhaltensregeln der Mitglieder des deutschen Bundestages⁷⁴) betreffen in der Regel nur die Pflicht zur Wahrnehmung des Mandats, die Teilnahme an Sitzungen, die Pflicht zur Anzeige von Neben-tätigkeiten, gewisse Verschwiegenheitspflichten und die Pflicht zur Wahrung der Ordnung im Deutschen Bundestag. Diese Regelungen sind aber mit dem klassischen Disziplinar-recht der Beamten nicht zu vergleichen.⁷⁵ Es bleibt dem Ge-setzgeber zwar unbenommen, entsprechend strengere Rege-lungen für die Mandatsträger einzuführen. Die Tatsache, dass dies jedoch bisher nicht geschehen ist, zeigt nachdrücklich, dass jedenfalls derzeit von einem unterschiedlichen Pflich-tenkreis der beiden Personengruppen ausgegangen wird. Aus den zuvor genannten Gründen wird deutlich, dass diese un-terschiedlichen Regelungen durchaus auch sachlich begrün-det werden können.

V. Notwendigkeit der Differenzierung zwischen verschie-den Mandatsträgern

Nachdem aufgezeigt wurde, dass es durchaus beträchtliche Unterschiede zwischen den Personengruppen der Amts- und der Mandatsträger gibt, die für eine unterschiedliche Behand-lung jedenfalls einen sachlichen Grund liefern würden, soll nun noch ein Blick darauf geworfen werden, ob nicht auch Unterschiede innerhalb der Gruppe der Mandatsträger festzu-stellen sind, die es erforderlich machen, weitergehend zu differenzieren. Dabei lässt sich als erstes feststellen, dass die oben⁷⁶ angeführten Unterschiede zwischen den Amts- und den Mandatsträgern grundsätzlich für alle Mandatsträger gelten, gleichgültig ob es sich um Abgeordnete des Europäi-schen Parlaments, des Bundestages, der Landtage oder um Mandatsträger in den Gemeinden oder Gemeindeverbänden handelt. Auch gilt der (für Bundestagsabgeordnete in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG normierte) Grundsatz des „freien Mandats“, als wesentliches Element unserer repräsentativen Demokra-tie, nach der hier vertretenen (allerdings umstrittenen) An-sicht für sämtliche Mandatsträger, unabhängig davon, ob es sich um Bundes- oder Landtagsabgeordnete oder kommunale Mandatsträger handelt.⁷⁷

Dennoch sind im Einzelnen Unterschiede zwischen den verschiedenen Gruppen der Mandatsträger auszumachen. Als wesentlicher Unterschied lässt sich zunächst feststellen, dass es sich bei den kommunalen Mandatsträgern regelmäßig um ehrenamtlich tätige Personen handeln wird, die neben der Mandatstätigkeit anderweitig berufstätig sind, die also ihren Lebensunterhalt nicht ausschließlich durch Einkünfte, die aus

⁷⁴ Vgl. zu diesen Verhaltensregeln ausführlich *Herbertz*, Verhaltensregeln für die Mitglieder des Deutschen Bundesta-ges, 1998.

⁷⁵ Vgl. hierzu auch BVerfGE 118, 277 (375 f.).

⁷⁶ Vgl. oben IV.

⁷⁷ Vgl. hierzu oben IV. 3.; anders wohl *Schnell*, ZRP 2011, 4 (5).

ihrem Mandat fließen, bestreiten können.⁷⁸ Als weiterer Unterschied sind die „örtliche Nähe“ und die sich dadurch ergebenden besonderen Konfliktlagen zu nennen. So wird sich ein kommunaler Abgeordneter, der im Rahmen seiner Tätigkeit eher mit lokalen Projekten zu tun haben wird, ganz anderen Situationen, Ansprüchen und Forderungen ausgesetzt sehen als ein Bundestagsabgeordneter oder gar ein Abgeordneter des Europäischen Parlaments. Trotz dieser Unterschiede, die bei der Auslegung von Straftatbeständen im Einzelfall zu berücksichtigen sind, erscheint die Rechtsposition allerdings nicht als derart gravierend unterschiedlich, dass von einem grundsätzlich unterschiedlichen Kreis von Rechten und Pflichten ausgegangen werden muss.

VI. Folgen aus der unterschiedlichen Rechtsstellung der beiden Personengruppen

Da somit wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Personengruppen der Amtsträger und der Mandatsträger festgestellt wurden, muss als Nächstes untersucht werden, ob eine rechtliche Gleich- oder Ungleichbehandlung, insbesondere auch – aber nicht nur – im Hinblick auf die Strafbarkeit wegen Korruptionstaten im Ermessen des Gesetzgebers liegt, dem hier ein gewisser Spielraum zukommt, oder ob aus verfassungsrechtlicher Sicht gewisse Vorgaben zwingend zu beachten sind. Können Unterschiede im Rechtsverhältnis der Amts- und der Mandatsträger festgestellt werden, die eine Ungleichbehandlung ermöglichen oder sogar erfordern, so ist weiter zu prüfen, ob diese im Hinblick auf die Mandatsträger zu einer Privilegierung oder zu einer Erweiterung der Strafdrohung führen dürfen oder – aus verfassungsrechtlichen Gründen – sogar führen müssen.

Bereits mehrfach wurde für die Begründung des unterschiedlichen Status und der unterschiedlichen Aufgabenbereiche von Mandatsträgern im Vergleich zu Amtsträgern auf die Vorschrift des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG abgestellt. Das „freie Mandat“, welches nach der hier vertretenen Ansicht⁷⁹ als allgemeiner Grundsatz der parlamentarischen Demokratie für alle Parlamentarier – also auch für die kommunalen Mandatsträger – gilt, soll den Mandatsträger in erster Linie davor schützen, in eine Pflichtenstellung zu geraten, die ihm eine freie politische Entscheidung unmöglich macht. Darüber hinaus soll durch diesen Grundsatz aber auch klargestellt werden, dass jede Form der Einflussnahme zu verhindern ist, die dazu führen könnte, dass der Mandatsträger nunmehr in erster Linie nach Aufträgen und infolge Weisungen anderer entscheidet. Ein solches „freies Mandat“ hat der in aller Regel (und aus guten Gründen) weisungsgebundene Amtsträger hingegen gerade nicht. Daraus folgt, dass Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG – als eine der Grundnormen der parlamentarischen Demokratie – eine unterschiedliche Behandlung der beiden Personengruppen nicht nur ermöglicht, sondern eine solche geradezu fordert. Insbesondere wird deutlich, dass bei der Auferlegung gerade auch strafrechtlich sanktionierter Pflichten stets mit Blick auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geprüft werden muss, ob der Grundsatz des freien Mandats gewahrt bleibt.

⁷⁸ Vgl. hierzu bereits oben IV. 8.

⁷⁹ Vgl. oben IV. 3.

Zwar kann sich aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durchaus auch die Notwendigkeit ergeben, Einflussnahmen auf einen Mandatsträger, die das freie Mandat beeinträchtigen können, im Notfall mit strafrechtlichen Mitteln zu sanktionieren. Dennoch gebietet Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG letztlich, aus den genannten Gründen, jedenfalls eine Privilegierung der Mandatsträger im Vergleich zu den Amtsträgern, die beim Vollzug der Gesetze zumeist keinen eigenen (zumal keinen politischen) Spielraum besitzen, weisungsgebunden sind und insofern gerade kein „freies Mandat“ ausüben.

VII. Fazit

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass es auch im Lichte des Korruptionsstrafrechts aus mehreren Gründen erforderlich ist, zwischen Amtsträgern und Mandatsträgern zu differenzieren. Während sich die Letztgenannten auf den Grundsatz des freien Mandats nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG berufen können, aus welchem folgt, dass sie „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden“ sind, ist eine solche Weisungsgebundenheit der Amtsträger, deren Aufgabe es ist, in zumeist hierarchisch strukturierten Behörden Gesetze lediglich zu vollziehen, gerade wesentlicher Inhalt ihrer Tätigkeit. Aufgabe der Mandatsträger ist es dabei, bei der Gestaltung der Gesetze mitzuwirken, insoweit also „kreativ“ tätig zu sein. Da es dabei in aller Regel nicht nur eine „richtige Lösung“ gibt, sondern sich die Gesetzgebung gerade dadurch auszeichnet, dass meist auch politische Richtungsentscheidungen getroffen werden, die – je nach Zusammensetzung des Parlaments – auch durchaus unterschiedlich ausfallen können, wird den Mandatsträgern bei ihrer Entscheidung ein gewisser Gestaltungsspielraum zugebilligt. Interessensgruppen und Einzelpersonen sollen hierauf auch gerade Einfluss ausüben können, die Mandatsträger können und sollen bei ihren Entscheidungen die Interessen der verschiedenen Akteure berücksichtigen. Dabei sollte zwar nicht so weit gegangen werden, den Mandatsträgern zu gestatten, sich die zu treffenden Entscheidungen „abkaufen“ zu lassen. Denn auch in diesem Fall wäre allenfalls noch die Entscheidung „frei“, an wen der jeweilige Abgeordnete seine Entscheidung „verkauft“, nicht aber das sich daran anschließende Wirken (wer sich gleichsam vertraglich verpflichtet, bei der Entscheidung im Parlament in einer bestimmten Weise abzustimmen, ist bei dieser Abstimmung nicht mehr „frei“ und insoweit an Aufträge und Weisungen seines Vertragspartners jedenfalls faktisch gebunden). Eine demokratische Willensbildung erfordert indes, dass der Mandatsträger als Repräsentant seiner Wähler – und insoweit auch als Repräsentant derjenigen Interessensgruppe, die im Wesentlichen seine Wählerschaft ausmacht – auch eine gewisse Interessenspolitik betreiben kann. Dies unterscheidet ihn grundsätzlich vom Amtsträger, dessen Aufgabe es ist, Gesetze auszuführen und der dabei in aller Regel gerade keinen eigenen Entscheidungsspielraum besitzt. Da es insoweit für ihn meist nur eine „richtige“ Entscheidung gibt, ist er als Amtsträger auch ersetzbar. Eine Einflussnahme auf seine Entscheidung hat ebenso zu unterbleiben wie sein passives Gestatten der Einflussnahme durch Dritte. Werden ihm Vorteile, die im Zusammenhang mit seiner Diensthandlung stehen, angeboten oder gewährt oder

richten sich diese Vorteile gerade auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Diensthandlung, liegt daher eine unzulässige Einflussnahme vor oder wird eine solche zumindest vermutet, sodass eine Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB angezeigt erscheint. Anders ist dies beim Mandatsträger, dem nicht nur zulässigerweise – im Wege der Partei- und Wahlkampfspenden – Vorteile unmittelbar oder mittelbar zukommen dürfen, sondern dessen Verhalten durch Einzelne oder Interessengruppen gerade beeinflusst werden soll. Dies darf zwar nicht dazu führen, dass politische Entscheidungen schlicht „gekauft“ werden dürfen, die Grenzziehung vom (gerade noch) Zulässigen zur (strafbaren) Korruption hat beim Mandatsträger im Vergleich zum Amtsträger infolge dieser gravierenden Unterschiede in der Rechtsstellung jedoch anders zu erfolgen. Dies rechtfertigt jedenfalls eine unterschiedliche Fassung des § 108e StGB im Vergleich zu den §§ 331 ff. StGB.

Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB

Von Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln

Das Verbot der geschäftsmäßigen Selbsttötungsförderung war und ist ethisch, kriminalpolitisch und verfassungsrechtlich umstritten. Dabei verfolgt der Tatbestand ein (verfassungsrechtlich) zulässiges Ziel: den Schutz Lebensmüder vor nicht hinreichend durchdachten Sterbeverlangen. Gemessen an diesem Ziel ist die Vorschrift jedoch einerseits zu eng, andererseits zu weit. Während § 217 Abs. 2 StGB Personen von Strafe freistellt, die für das Entstehen und die Ausführung eines nicht hinreichend durchdachten Sterbewunsches verantwortlich sein können, wird die Unterstützung von Selbsttötungen kriminalisiert, an deren Vollzugsreife kein begründeter Zweifel bestehen kann. Gleichwohl muss der Straftatbestand nicht als verfassungswidrig verworfen werden, da er teleologisch interpretiert und sein Anwendungsbereich reduziert werden kann.

I. Einleitung

Nach der Einführung einer Vorschrift über die Patientenverfügung in das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum gerechtfertigten Behandlungsabbruch erscheint die Einführung des § 217 StGB als Rückschritt.¹ Tatsächlich schränkt der Straftatbestand nicht nur die Handlungs- und Berufsausübungsfreiheit von Sterbehilfe leistenden Personen ein. Er beschneidet auch das vom GG und der EMRK garantierte Recht auf selbstbestimmtes Sterben² und bewegt sich damit in einem verfassungsrechtlich heiklen Terrain.³ Wie wir sehen werden, lässt sich § 217 StGB jedoch eine Zwecksetzung zuweisen, die dem Selbstbestimmungsrecht angemessen Rechnung trägt (II.). Dieses Ziel wird zwar in nicht wenigen Fällen verfehlt. Gleichwohl ist § 217 StGB nicht verfassungswidrig.⁴ Denn mittels einer teleologischen Interpretation lässt sich der Anwendungsbe-

reich des Straftatbestandes auf einen zulässigen Kriminalisierungskern begrenzen (III.).

II. Verfassungswidrige und verfassungskonforme Zielsetzungen

Im Dezember 2015 ist das Verbot der geschäftsmäßigen Selbsttötungsförderung in Kraft getreten. Damit endet eine intensive rechtspolitische Debatte, die um vier recht unterschiedliche Regelungsvorschläge kreiste. Verabschiedet und in Kraft getreten ist schließlich der Entwurf einer großen Gruppe von Bundestagsabgeordneten um den Parlamentarier Michael Brand. Danach macht sich strafbar, wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt. Ausgenommen sind nach Abs. 2 nicht geschäftsmäßig handelnde Angehörige oder andere dem Suizidwilligen nahestehende Personen.

Hat der Gesetzgeber entschieden, beginnt in der Regel ein rechtsdogmatischer Diskurs, der um die Einbettung des Tatbestandes in das geltende Recht und die Auslegung seiner Merkmale kreist.⁵ Im vorliegenden Fall ist dies anders: Die rechtspolitische Debatte schwelt wegen mehrerer Verfassungsbeschwerden weiter. Tatsächlich lassen sich nicht alle Ziele, die in der Diskussion um ein Verbot der Suizidbeihilfe genannt wurden, mit dem Grundgesetz vereinbaren.

1. Verfassungswidrige Zielsetzungen

a) Erzwungene Würde: Der Sensburg-Entwurf

Dies gilt vor allem für den Entwurf eines Gesetzes über die Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung, der jegliche Anstiftung und Beihilfe zum Suizid unter Strafe stellen wollte.⁶ Im Gegensatz zu sämtlichen anderen Modellen sieht dieser Vorschlag keine Ausnahmen vom Verbot der Suizidunterstützung vor. Lediglich in Extremsituationen, in denen keine Schmerztherapie mehr helfe, solle „mangels Schuld“ von einer Bestrafung abgesehen werden können.⁷ Der Gesetzentwurf unterbreitet für diesen weitreichenden und im Ergebnis drastischen Schritt keine Begründung, sondern trägt ein Bekenntnis vor: Man wolle, heißt es, „an dem festhalten, was der Grundsatz der Unantastbarkeit der Würde des Menschen gebietet“ und treffe eine „klare Wertentscheidung“. Grundsätzlich solle Suizidassistenten verboten und nur in „extremen Ausnahmefällen [...] entschuldet [sic!] sein.“⁸ Ob die Menschenwürde tatsächlich unantastbar ist,⁹ bleibt unerörtert.

¹ Vgl. Gaede, JuS 2016, 385 (386 f.): Im Kern repressive Linie, die „allein eine bestimmte Moralvorstellung rechtlich verbindlich“ mache. Hoven, ZIS 2016, 1 (9): Das Gesetz weise rechtlich und politisch in die falsche Richtung. Schärfer Will, vorgänge 4/2015, 52: Akt staatlicher Repression gegen die Selbstbestimmung am Lebensende.

² Hilgendorf, JZ 2014, 545 (550); Lindner, NJW 2013, 136 f.; Roxin, NSStZ 2016, 185 (186); Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 23 f.

³ Ähnlich vorsichtige Einschätzung bei Hoven, ZIS 2016, 1 (8): „verfassungsrechtlich problematisch“; prononcierter hingegen Hilgendorf, JZ 2014, 545 (552): „verfassungsrechtlich zweifelhaft“; in der Formulierung schärfer Oğlakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 10.9.2015, § 217 Rn. 12.1: Es sei „keineswegs fernliegend“ von einer „Verfassungswidrigkeit der Strafvorschrift auszugehen.“

⁴ So aber Gaede, JuS 2016, 385 (387); Will, vorgänge 4/2015, 52 (56 ff.). In diese Richtung auch Saliger (Fn. 2), S. 160 ff. (unverhältnismäßiger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht).

⁵ Vgl. dazu Kölbel, in: Kodalle/Rosa (Hrsg.), Rasender Stillstand, 2008, S. 69 (75).

⁶ Entwurf von Sensburg u.a. = BT-Drs. 18/5376, S. 1.

⁷ BT-Drs. 18/5376, S. 1.

⁸ BT-Drs. 18/5376, S. 2. Mit der Menschenwürde argumentiert auch Hillgruber, ZfL 2015, 80 (92). Dagegen Gärditz, ZfL 2015, 114.

⁹ Zur Abwägungsgebundenheit von Würdeanspruch und Verletzungsurteil Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz,

Ebenso wenig wird die Frage aufgeworfen, wie sich die Erzwingbarkeit der (vermeintlichen) Unantastbarkeit der Menschenwürde mit der Legalität des Suizids und des tödlichen Behandlungsabbruchs vereinbaren lässt. Die passive Sterbehilfe wollten die Entwurfsverfasser jedenfalls straffrei lassen.¹⁰ Auch an eine Kriminalisierung desjenigen, der sich selbst zu töten versucht, ist nicht gedacht, obgleich gerade derjenige, der Hand an sich legt, in der Logik der Entwurfsverfasser die Menschenwürde ganz unmittelbar antastet.

Diesen Widersprüchen und Begründungslücken will sich der Gesetzentwurf mit einer griffigen Formulierung entziehen: Der Gesetzentwurf wolle „eine Begleitung bis in den Tod fördern und nicht die Beförderung in den Tod.“¹¹ Die Formel unterläuft die Komplexität der rechtlichen und ethischen Probleme und vermochte auch die Mehrheit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages nicht zu überzeugen. Dies zu Recht: Denn die Gesetzesverfasser stützen den Tatbestand mit seinem weiten Anwendungsbereich auf eine verfassungsrechtliche und rechtsethische Position, die in der Wissenschaft hoch umstritten ist und die sich gewiss nicht mit den Wertüberzeugungen eines Großteils der Bevölkerung deckt. Nach dieser Position soll Art. 1 Abs. 1 GG den Gesetzgeber dazu anhalten, den Bereich geschützter Autonomie zu begrenzen, da zwischen Selbsttötung und Autonomie ein Widerspruch bestehe. Die Vorstellung von einer autonomen Entscheidung, aus dem Leben zu scheiden, sei „generell fragwürdig“, heißt es.¹² Dahinter steckt die (von Kant inspirierte) Position, der Einzelne habe eine, in seiner Menschenwürde gründende sittliche Pflicht zu leben.¹³ Nach einer (vorzugswürdigen) anderen Auffassung in der Rechtsphilosophie

ist der Einzelne hingegen allenfalls dazu verpflichtet, sein Leben vernünftig zu gestalten, nicht aber, überhaupt zu leben.¹⁴ Herdegen leitet denn auch aus der Menschenwürde ein Recht auf „Sterben in Würde“ sowie das Recht ab, in selbstverantwortlicher Entschließung aus dem Leben zu scheiden.¹⁵ Die rechtsethische Frage, ob die Menschenwürde ein selbstbestimmtes Sterben verbietet oder – umgekehrt – garantiert, ist offenkundig umstritten. Daher kann der Gesetzgeber nicht die Minderheitenmeinung strafrechtlich erzwingen,¹⁶ ohne gegen das Gebot weltanschaulicher Neutralität zu verstoßen.¹⁷

b) Normschutz durch Lebenspflicht?

Häufig ist in der Debatte auch ein Argument verwendet worden, das die Mehrheit des Deutschen Ethikrates in folgende Worte kleidet: Eine Suizidbeihilfe, die „keine individuelle Hilfe in tragischen Ausnahmesituationen, sondern eine Art Normalfall“ wäre, schwäche den „gesellschaftlichen Respekt vor dem Leben [...]“.¹⁸ Aufgerufen wird damit das Dammbruchargument, das die vormalig herrschende Meinung zur Fundierung des § 216 StGB herangezogen hat. Danach sollen die Verbote der Tötung auf Verlangen und der geschäftsmäßigen Suizidförderung die „Ehrfrucht vor dem Leben“ oder moderner: das „gesellschaftliche Interesse am unversehrten Bestand des Tötungstabus“ schützen.¹⁹ Zwar lässt sich die Gefahr einer – fortschreitenden – Erosion des Tötungstabus bzw. des Respektes vor dem menschlichen Leben an seinen Rändern nicht leugnen. Jedoch rechtfertigt die Stabilisierung des Tötungstabus es nicht, einem anderen Menschen eine Lebenspflicht, gar einem Leidenden eine Duldungspflicht aufzuerlegen. Genau dies ist aber die Konsequenz, wenn zu dem Verbot der Tötung auf Verlangen ein umfassendes Verbot der Suizidbeihilfe tritt, die in ihrer Summe den leidenden Einzelnen nur den Ausweg eines einsamen und mit einfachen (häufig: unnötig grausamen) Mitteln begangenen Suizid lassen.²⁰ Derart weitreichende Verbote lassen sich nicht rechtfertigen, schon gar nicht mit dem Interesse Dritter oder der Gesellschaft an der Stabilisierung eines (vorgeblich vorhan-

Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 44 ff., insb. Rn. 49.

¹⁰ BT-Drs. 18/5376, S. 2.

¹¹ BT-Drs. 18/5376, S. 2.

¹² BT-Drs. 18/5376, S. 7. Nachrangig wird auf die Gefahr hingewiesen, dass ein Sterbehelfer seine (strafbare) Tötung auf Verlangen als (straflose) Beihilfe zum Suizid tarne. Auch das überzeugt nicht: Zum einen ist es unverhältnismäßig, jeden nur denkbaren Missbrauch von Freiheit als Anlass für eine Aufhebung der Freiheit zu nehmen. Zum anderen wäre darzutun, weshalb eine (verschleierte) Tötung auf Verlangen strafwürdiges Unrecht darstellt, denn der von den Gesetzesverfassern ausgemachte (scheinbare) Widerspruch lässt sich auch nach der anderen Richtung hin auflösen: die Entkriminalisierung der Tötung auf Verlangen. Wenn also ein Straftatbestand (§ 217 StGB) damit begründet wird, dass das Vorliegen eines anderen (§ 216 StGB) in der Praxis gelegentlich nicht nachgewiesen werden kann, hängt die Legitimation des ersten von der Legitimation des zweiten ab.

¹³ Köhler, Jahrbuch für Recht und Ethik 14 (2006), 436; Kahlo, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 731 (733 ff.). Kritik dazu bei Kubiciel, JZ 2009, 600 (604 f.); Pawlik, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 407 (418).

¹⁴ Jakobs, GA 2003, 65.

¹⁵ Siehe dagegen statt vieler Herdegen (Fn. 9), Art. 1 Abs. 1 Rn. 89.

¹⁶ Vgl. Kubiciel, NStZ 2013, 382 (384), zu dem Parallelproblem des ungeklärten rechtsethischen Status des Embryos und den Auswirkungen auf die Legitimation des Straftatbestandes § 3a ESchG.

¹⁷ Fateh-Moghadam, vorgänge 2-3/2015, 53 (55 ff.).

¹⁸ Deutscher Ethikrat, Zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft: Deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention, Ad hoc-Empfehlung, 2014, S. 3.

¹⁹ Nachweise dazu und zu ähnlichen Positionen bei Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 187.

²⁰ Zu dieser Konsequenz bereits Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (116); Roxin, GA 2013, 313; ebenso Duttge, NJW 2016, 120 (123); Hoven, ZIS 2016, 1 (8); Gaede, JuS 2016, 385 (387).

denen²¹) Tabus. Das Leben des Einzelnen dient allein der personalen Entfaltung, nicht der Erreichung überindividueller Zwecke wie dem Erhalt der Achtung des Rechtswertes Leben.²²

2. Verfassungskonformität einer paternalistischen Schutzrichtung

a) Gesetzesbegründung

Der zum Gesetz gewordene Entwurf wählt denn auch eine andere Begründungslinie für die Einschränkung der Handlungs- und Berufsausübungsfreiheit von sterbehilfeleistenden Personen und des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben. Seine Verfasser begreifen § 217 StGB nicht als *Einschränkung* der Autonomie am Lebensende, sondern – umgekehrt – als Tatbestand zum *Schutz* der Selbstbestimmung älterer und kranker Menschen.²³ Da letztere auf Hilfe anderer angewiesen seien, könnten sie sich dem Erwartungsdruck ausgesetzt sehen, Sterbehilfeangebote wahrzunehmen. Daher müssten alte und kranke Menschen nicht nur im Interesse des Lebens-, sondern auch des Autonomieschutzes vor Beeinflussungen ihrer Willensbildung geschützt und vor der Umsetzung eines nicht hinreichend durchdachten Suizids bewahrt werden. Auf diese Weise wird die paternalistische Zielsetzung, den Einzelnen vor der Umsetzung eines nicht hinreichend durchdachten Tötungsverlangens zu bewahren, mit dem Autonomieschutz verbunden.²⁴

b) Zulässigkeit dieser Zielsetzung

Der Tatbestand enthält folglich ein abstraktes Gefährdungsdeldikt, das den Einzelnen vor der Umsetzung nicht hinreichend durchdachter Sterbewünsche schützen soll. Dies ist eine kriminalpolitisch und verfassungsrechtlich angemessene Zielsetzung. Untersuchungen zeigen, dass die Mehrzahl von Suizidenten schlüssen krankheitsbedingt entsteht – entweder als selbst „krankhafter“, d.h. ein aus psychischen Gründen unfreier, Willensentschluss oder in Folge einer schweren körperlichen Erkrankung, die den (in strafrechtlicher Hinsicht „freien“) Entschluss zu sterben auslöst.²⁵ Während die Förderung einer unfreien Selbsttötung als Totschlag in mittelbarer

Täterschaft oder als fahrlässige Tötung schon de lege lata strafbar ist, darf der krankheitsbedingte Suizid der zweiten Kategorie bislang straffrei gefördert werden. Dabei lässt sich bezweifeln, dass der in einer solchen Situation entstandene Wille, das eigene Leben zu beenden (oder beenden zu lassen), in einem anspruchsvolleren Sinn autonom gebildet worden ist.²⁶ Denn die Entscheidung, aus dem Leben zu scheiden, trifft der Einzelne in aller Regel in einer Lebenssituation, in der vielfältiger Druck – von innen und außen – auf ihn wirkt und seine Autonomie einschränken kann: die Last einer Krankheit, das Leiden an Perspektivlosigkeit, der Kummer um fehlende Zuwendung, nicht selten auch die Empfindung, anderen zu Last zu fallen.²⁷ Zwar lässt sich auch in anderen Fällen an der Autonomie einer Willensbildung zweifeln, ohne dass das (Straf-)Recht an Verfügungen über eigene Rechte strengere Anforderungen knüpfte als die generellen Einwilligung- bzw. Einverständnisvoraussetzungen. Doch folgt daraus nicht, dass der Strafgesetzgeber dem Grundsatz „in dubio pro libertate“ auch bei Verfügungen über das eigene Leben Rechnung tragen müsste.²⁸ Denn der Gesetzgeber ist umso eher berechtigt, ein subjektives Recht vor der (abstrakten) Gefahr eines voreiligen Verzichts zu schützen, je bedeutender es für seinen Inhaber ist.²⁹ Da das Leben von fundamentaler Bedeutung und seine Aufgabe irreversibel ist und weil ein Todeswunsch im Regelfall in einer Lebenssituation entsteht, deren Umstände eher gegen als für die Annahme einer autonomen Entscheidung sprechen,³⁰ ist es zulässig, den Sterbewilligen vor der Gefahr einer nicht hinreichend durchdachten Entscheidung zu schützen,³¹ zumal ihm eine geschäftsmäßig handelnde und damit eigene Interessen verfolgende Person Hilfe leistet.³²

²⁶ Freund/Timm, GA 2012, 491 (492 f.).

²⁷ Näher dazu Feldmann, Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlung am Suizid, 2009, S. 198 ff.; ders., GA 2012, 498 (513 f.); Kubiciel (Fn. 19), S. 204 ff.; Müller, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 2010, S. 122 ff., jeweils m.w.N.

²⁸ In diese Richtung aber Oğlakcioğlu (Fn. 3), § 217 Rn. 1.

²⁹ Jäger, JZ 2015, 875 (882); Kubiciel (Fn. 19), S. 203; Pawlik (Fn. 13), S. 414.

³⁰ Treffend Höffe, FAZ v. 5.6.2010, S. 8: Wer sterben möchte, tue dies in aller Regel in einer Situation, in welcher nur „unter großen Vorbehalten von einem Akt der Freiheit, vorgenommen von einem sich souverän entscheidenden Individuum mit einem abgeklärten und in sich gefestigten Willen, die Rede sein kann.“

³¹ So Jakobs, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafrecht, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 459 (467); ders., Tötung auf Verlangen, 1998, S. 19 ff., 22 f., 29; Feldmann, GA 2012, 498 (509, 513); Freund/Timm, GA 2012, 491 (492); Engländer (Fn. 24), S. 587 ff.; Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdeldikt, 2010, S. 299; Kubiciel, JZ 2009, 600 (602 ff.); ders., JA 2011, 86 (90); ders. (Fn. 19), S. 194 ff.; Müller (Fn. 25), S. 102 ff.; Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 497 ff.; Pawlik (Fn. 13), S. 415 f.; Schroth, GA 2006, 549 (563); Tenthoff, Die Strafbarkeit

²¹ Kritisch dazu Fischer, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 557 (560); bei Kubiciel (Fn. 19), S. 188.

²² Dazu Kubiciel, JZ 2009, 600 (602 ff.); ders., JA 2011, 86 (90); Pawlik, in: Becker/Roth (Hrsg.), Das Recht der Älteren, 2013, S. 217 ff.; jüngst auch Hoven, ZIS 2016, 1 (4).

²³ Dazu und zum Folgenden BT-Drs. 18/5373, S. 8, 10 f.

²⁴ Vergleichbare Vorschläge bereits von Engländer, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2015, S. 583 (591 f.); Kubiciel, JZ 2009, 600 (607 f.); ders., ZRP 2015, 194 (197 f.).

²⁵ Dazu Feldmann, GA 2012, 498 (513); Pawlik (Fn. 13), S. 416, jeweils m.w.N.

Tatsächlich tut dies das Recht schon seit langem, indem es die Einwilligung in eine lebensgefährliche Körperverletzung für sittenwidrig erachtet (§ 228 StGB), einen Suizidversuch als „Unglücksfall“ im Sinne des § 323c StGB bewertet und die Tötung auf Verlangen grundsätzlich verbietet.³³ Schon diese Straftatbestände verdeutlichen, dass die (Straf-)Rechtsordnung keiner antipaternalistischen Linie folgt,³⁴ sondern einem, die deutsche Gesellschafts- und Rechtsordnung insgesamt kennzeichnenden Mittelweg.

Kennzeichnend für diesen Mittelweg ist, dass das (Straf-)Recht weder religiös-weltanschauliche Wahrheitsansprüche noch Konzeptionen des Guten oder der Sittlichkeit³⁵ erzwingt,³⁶ sich aber auch nicht mit der Abgrenzung äußerer Freiheitsphären und der „Absonderung des Menschen vom Menschen“ (Karl Marx) begnügt.³⁷ Das Recht versucht vielmehr, zwischen zwei Prinzipien zu vermitteln, die unsere Gesellschaft prägen: Freiheit und Solidarität.³⁸ Dem entspricht die Medizinethik, die anerkennt, dass die Patientenautonomie nicht per se Vorrang gegenüber dem Patientenwohl genießt, sondern beide Topoi falltypenbezogen zu gewichten sind.³⁹ Wenn aber Suizidwünsche in aller Regel auf Gründen beruhen oder in Situationen entstehen, die eher gegen als für eine autonome Entstehung sprechen, ist es „Ausdruck einer buchstäblich existenziellen Solidarität“, wenn die Rechtsgemeinschaft nach Gründen dafür fragt, „weshalb das allgemein Gute des Weiterlebens“ ausnahmsweise „ein solches Übel darstelle, dass ihm der Tod vorzuziehen sei.“⁴⁰ Vor der Ver-

fassung kann ein paternalistisch begründeter § 217 StGB daher ebenso Bestand haben wie § 216 StGB.⁴¹

c) Systemwidrigkeit?

Das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidförderung schützt den Einzelnen ebenso wie das Verbot der Tötung auf Verlangen vor der Gefahr einer nicht hinreichend autonomen existenziellen Entscheidung. Schon diese teleologische Nähe zeigt, dass die Kriminalisierung der Suizidförderung kein (systemwidriges) Novum darstellt.⁴² Vielmehr sind beide Formen der Sterbehilfe bei normativer Betrachtung gleichzustellen: Wer die Hilfe eines Dritten zum Sterben benötigt, kann sich die tödliche Spritze entweder von diesem präparieren oder sogar setzen lassen: In beiden Fällen ist es aber *sein* Selbsttötungsplan, den der Helfer umsetzen hilft.⁴³ Dass der Lebensmüde im letztgenannten Fall selbst den so genannten Point of no Return überschreitet,⁴⁴ ist phänomenologisch zutreffend, aber normativ irrelevant. Denn angesichts der großen Zahl von unfreien und krankheitsbedingten Selbsttötungen kann ein eigenhändig vollzogener Suizid nicht per se als durchdachter gelten als das gegenüber einem Arzt oder Dritten geäußerte Tötungsverlangen. Wer einen Suizid fördert, begründet mithin eine ähnliche große Gefahr für das Leben wie derjenige, der dem Verlangen nach Tötung entspricht. Hier wie dort lässt sich aus dem Verlangen des Lebensmüden nicht mit hinreichender Sicherheit auf die Durchdachtheit des Sterbewunsches schließen. Wer dem Lebensmüden gleichwohl hilft, verwirklicht eigenes, nicht bloß abgeleitetes Unrecht.⁴⁵ Dass es an einer strafbaren Haupttat

der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 2008, S. 125, 181. A.A. Henking, JR 2015, 174 (183); Hoven, ZIS 2016, 1 (3); Roxin, NSTz 2016, 185 (186); Saliger (Fn. 2), S. 76 f., 141.

³² Vgl. zu den Gefahren durch die Einschaltung Dritter Höfling, in: Kment (Hrsg.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Öffentlichem Recht, Festschrift für Jarass, 2015, S. 195 (203).

³³ Duttge, NJW 2016, 120 (121); Kubiciel (Fn. 19), S. 198.

³⁴ Historisch Gutmann, ZRG GA 122 (2005), 174.

³⁵ Dagegen Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, Selbstbestimmung im Sterben, Fürsorge zum Leben, 2014, S. 26; Fateh-Moghadam, vorgänge 2-3/2015, 53 (55 ff.); Neumann, medstra 2015, 16 (17).

³⁶ Siehe aber oben I. 1. a).

³⁷ Dagegen Kubiciel, in: Kubiciel u.a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafbuch, 2014, S. 393 (408 ff.).

³⁸ Kubiciel, ARSP 98 (2012), 431. Daher können paternalistische Straftatbestände nicht pauschal als Instrumente „absolutistischer Staatsstrukturen“ (ab-)qualifiziert werden, so aber Gkoutis, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 98.

³⁹ Beauchamp/Childress, Principles of Biomedical Ethics, 6. Aufl. 2009, S. 99. Folglich ist die alleinige Betonung der Selbstbestimmung am Lebensende durch die Sterbehilfebefürworter ebenso einseitig wie die Anrufung der Heiligkeit des Lebens bzw. des (absoluten) Lebensschutzes durch die Sterbehilfegegner.

⁴⁰ Treffend Pawlik (Fn. 13), S. 416.

⁴¹ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Schutzes eines Suizidenten vor einer unfreien oder undurchdachten Lebensaufgabe Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 194; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 88; Kämpfer, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, 2005, S. 361 f.; Lindner, JZ 2006, 373 (378); Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2004, S. 202 f.; Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 59. Siehe auch BVerfGE 60, 123 (132).

⁴² So aber Hoven, ZIS 2016, 1 (7); Gaede, JuS 2016, 385 (387); Saliger, medstra 2015, 132 (134); Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (111); Will, vorgänge 4/2015, 52 f.

⁴³ Engländer (Fn. 24), S. 591 f.; Jakobs, Tötung auf Verlangen, 1998, S. 15 ff.; Kubiciel, JZ 2009, 600 (601); Pawlik (Fn. 13), S. 414; Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 1997, S. 114.

⁴⁴ Saliger (Fn. 2), S. 140. I.E. wie hier Hoven, ZIS 2016, 1 (3 f.).

⁴⁵ Gegen diese Konstruktion Merkel, Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung am 23. September 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, S. 3, im Internet abrufbar unter <http://www.bundestag.de/blob/388404/ad20696aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf> (4.4.2016); Sie beruhe auf der Fiktion einer Unfreiheit jedes Suizids. Jedoch ist eine solche Fiktion konstruktiv nicht notwendig, sondern lediglich die – durchaus faktengesättigte – Annahme, dass Suizidver-

(Selbsttötung) als Anknüpfungspunkt für eine akzessorische Teilnehmerstrafbarkeit fehlt⁴⁶ ist folglich irrelevant. Die §§ 216 f. StGB stufen keine Teilnahme zu einer Haupttat hoch, sondern kriminalisieren eigenständiges Unrecht.

III. Zweck-Mittel-Relation

1. Ordnungswidrigkeit anstatt Straftat?

Roxin hat unlängst die Auffassung vertreten und begründet, die Kriminalisierung sei unverhältnismäßig, da es an einer Rechtsgutsverletzung bzw. konkreten Rechtsgutsgefährdung fehle.⁴⁷ Der Gesetzgeber hätte der Ahndung als Ordnungswidrigkeit den Vorzug vor einer Pönalisierung geben sollen. Indes existiert keine Regel, der zufolge abstrakte Rechtsgutsverletzungen grundsätzlich nur als Ordnungswidrigkeit einzustufen wären. Im Gegenteil: Das StGB und Nebenstrafrecht kennen eine Vielzahl strafbewehrter Normen, die Personen oder Institutionen vor abstrakten Gefahren abschirmen. Dass ausgerechnet der Schutz des Lebens vor der Gefahr einer voreiligen Aufgabe nicht Metier des Kernstrafrechts sein soll, ist wenig plausibel. Denn mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Suizidförderung schützt § 217 StGB das Leben des Einzelnen zugleich als „elementaren Wert unseres Gemeinschaftslebens“.⁴⁸ Jedenfalls bewegt sich der Gesetzgeber klar innerhalb seines Ermessensspielraumes, der ihm bei der Wahl zwischen Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht zusteht.⁴⁹

2. Prozeduraler Paternalismus – ein gleich geeignetes, aber weniger einschneidendes Mittel?

Wer sich das Ziel setzt, eine Person bei einer existenziellen Entscheidung vor sich selbst zu schützen, muss sorgsam auf die Angemessenheit der Mittel achten. Grundsätzlich sind zwei Wege denkbar, auf denen der paternalistische Schutz gewährleistet werden kann: Zunächst könnte man daran denken, angesichts der typischen Ursachen (Alter, Krankheit, Leiden etc.), die einen Mensch nach seinem Tod verlangen lassen, Dritten die Unterstützung fremder Selbsttötungspläne

zu untersagen.⁵⁰ Kritiker monieren, diesem Ansatz liege die „grundlegend falsche Prämisse“ zugrunde, „dass die Entscheidung über Leben und Tod einer objektiven Überprüfung und Bewertung zugänglich sei.“⁵¹ Nicht jeder Todeswunsch eines alten, kranken oder einsamen Menschen sei voreilig, undurchdacht und daher keiner Unterstützung wert. Daher favorisieren sie einen sogenannten prozeduralen Paternalismus als weniger eingriffsintensives Mittel. In einem Verfahren soll geprüft werden, ob der Sterbewillige aufgrund von pathologischen Störungen, auf Druck anderer oder aus einer spontanen Stimmung heraus handelt.⁵² Pawlik hält solchen Konzeptionen entgegen, es sei „naiv anzunehmen, dass prozedurale Autonomiekonzeptionen in der Praxis tatsächlich so inhaltsneutral funktionieren, wie sie in der Theorie erscheinen.“⁵³ Tatsächlich lässt sich nur mithilfe objektiver Kriterien bewerten, ob eine pathologische Störung vorliegt und ob ein Sterbewunsch hinreichend reflektiert worden ist. Denn die eigenen Gründe, die man für einen Sterbewunsch nennt, müssen in dem Prüfverfahren anderen gegenüber darstell- und vermittelbar sein.⁵⁴ Nicht jeder individuelle Grund, den ein Lebensmüder für sein Verlangen nennt, wird die Ärzte, Notare, Mitglieder von Prüfungskommissionen etc. von der hinreichenden Reflektiertheit des Todesverlangens überzeugen. Vielmehr setzt die Vermittlung eines Sterbewunsches eine gemeinsame Verständigungsbasis, d.h. etwas Objektives, voraus. Im Verfahren zur Prüfung der Durchdachtheit des Sterbeverlangens müssen daher unvermeidlich jene materiellen Bewertungskriterien angewendet werden, deren Berechtigung die Vertreter des prozeduralen Paternalismus zuvor scharf kritisiert haben. Wenn es nämlich keinen objektiven Konsens darüber geben darf, was als hinreichender Grund zu sterben gilt und was nicht, fehlt dem prozeduralen Paternalismus der Maßstab. Ein Verfahren ohne inhaltliche Prüfung verzögerte lediglich die Umsetzung des Sterbewunsches. Die Durchführung einer solchen Prozedur wäre folglich ein – auch und gerade für den Lebensmüden – sinnloser Eingriff. Kurzum: In reiner Form ist der prozedurale Paternalismus zum Schutz des Einzelnen vor sich selbst ungeeignet; wird das Verfahren hingegen materiell angereichert, löst sich die Frontstellung zwischen dem prozeduralen und dem materiellen Paternalismus auf.

3. Überschießende Weite des Tatbestandes

Den prozeduralen Paternalismus zu verwerfen heißt noch nicht, die außerordentliche Weite des § 217 StGB zu akzeptieren. Denn der Tatbestand kriminalisiert zum einen Sterbeverlangen, an deren Durchdachtheit nicht gezweifelt werden kann bzw. darf (a). Zum anderen erfasst der Wortlaut Handlungen im weiten Vorfeld des Suizids, bei denen es an dem

langen in einer großen Zahl von Fällen im Zustand der Unfreiheit entstehen oder jedenfalls in einer Situation, die an der Autonomie zweifeln lässt. Auf eine solche reale Gefahr mit einem Verbot der Selbsttötungsförderung zu reagieren, ist jedenfalls dann nicht unverhältnismäßig, wenn – wie hier vorgeschlagen – eine Tatbestandsreduktion möglich ist.

⁴⁶ Statt vieler Hoven, ZIS 2016, 1 (7); Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (111).

⁴⁷ Roxin, NSTz 2016, 185 (188), mit dem zusätzlichen Argument, der Sterbehelfer entspreche nicht dem „Bild des gesellschaftsschädlichen Kriminellen“. Ganz abgesehen davon, dass dieses Bild recht verschwommen ist, lässt sich das moderne Strafrecht nicht mehr als spezialpräventives Instrument zum Schutz vor „gesellschaftsschädlichen Kriminellen“ konzipieren. Siehe dazu Kubiciel (Fn. 19), S. 144 ff.

⁴⁸ Dazu im Zusammenhang mit der Abgrenzung von OWiG und Straftat BVerfGE 27, 18 (29 f.).

⁴⁹ Deutlich BVerfGE 51 60 (74): Die exakte Grenzlinie zwischen Straftat und OWiG festzulegen sei Sache des Gesetzgebers. Siehe ferner BVerfGE 27, 18 (30).

⁵⁰ Näher dazu Kubiciel (Fn. 19), S. 210 ff.

⁵¹ So Hoven, ZIS 2016, 1 (5 f.) m.w.N.

⁵² Mit Unterschied im Detail v. Hirsch/Neumann, GA 2007, 671 (678 ff.); Hoven, ZIS 2016, 1 (6); Lorenz, Sterbehilfe, 2008, S. 78 ff.

⁵³ Pawlik (Fn. 13), S. 415.

⁵⁴ Pawlik (Fn. 13), S. 415.

deliktstypischen Zusammenhang zwischen einer Förderung und einem Suizid fehlt (b).

a) *Straffreie Förderung einer Selbsttötung*

Das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidförderung soll den Einzelnen vor der Gefahr einer nicht hinreichend autonomen existenziellen Entscheidung schützen. Dieses Ziel lässt sich jedoch nur zum Teil mit der Gesetzesformulierung in Einklang bringen.⁵⁵

aa) So fragt sich zunächst, weshalb ein Sterbewilliger nicht generell vor dem Vollzug eines undurchdachten Sterbewunsches geschützt werden soll, sondern nur gegen die Umsetzung eines solchen unter Zuhilfenahme eines geschäftsmäßig handelnden Sterbehelfers. Dahinter könnte die Überlegung stecken, dass derjenige, der ein Geschäft mit dem Sterben macht, seine Kunden nicht mit den Augen eines Samariters betrachtet und daher keine hinreichende Vorsorge gegen die Förderung undurchdachter Suizide trifft.⁵⁶ Dies hätte eine Pönalisierung der gewerbsmäßigen Suizidbeihilfe nahegelegt, wie sie in der kriminalpolitischen Debatte des Öfteren vorgeschlagen worden ist. Nach Auffassung der Gesetzesverfasser verkennt dieser Ansatz jedoch, dass derartige Interessenkollisionen nicht allein aufgrund einer Kommerzialisierung zu befürchten seien, sondern immer dort entstünden, wo ein (auch nicht finanziell motiviertes) Eigeninteresse der Suizidhelfer an der Selbsttötung bestehe.⁵⁷ Dies ist zweifellos richtig. Die Begründung passt aber nicht zu dem von Abs. 2 angeordneten Strafausschluss, der verhindern soll, dass Angehörige und nahestehende Personen wegen Anstiftung oder Beihilfe zu der geschäftsmäßigen Suizidförderung bestraft werden. Die Gesetzesverfasser begründen § 217 Abs. 2 StGB mit dem Gedanken, dass Angehörige und andere nahestehende Personen typischerweise in einer besonderen, aus dem Verwandtschafts- oder Näheverhältnis entstehenden Konfliktlage an einer Suizidförderung teilnehmen.⁵⁸ Dies mag in funktionierenden Familien so sein. Nicht selten hat aber gerade das engere familiäre Umfeld ein finanzielles oder nicht-finanzielles Interesse am Ableben eines Angehörigen. Wer Ältere und Kranke wirksam vor der Erwartung schützen will, der Umgebung nicht (weiter) zur Last zu fallen, und aus dem Grund den Ausweg eines assistierten Suizides versperren will, kann Angehörige und das nahe Umfeld

nicht pauschal von Strafe freistellen.⁵⁹ Verglichen mit seiner Zielsetzung ist § 217 StGB folglich zu eng.

bb) Gleichzeitig erfasst § 217 StGB zu viel, da er auch Personen kriminalisiert, die in der Regel die Freiverantwortlichkeit eines Selbsttötungswunsches sehr gut beurteilen können: Ärzte und Angehörige von Pflegeberufen. Das Kriterium der Geschäftsmäßigkeit setzt nämlich nur voraus, dass der Täter die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung macht. Dieser weite Begriff wurde dem engeren Begriff der Gewerbsmäßigkeit vorgezogen, um „auf den assistierten Suizid spezialisierte Organisation oder Personen“ zu erfassen.⁶⁰ Weil jede regelmäßig wiederkehrende oder serielle Unterstützung der Selbsttötung kriminalisiert wird, können auch Ärzte und Mitarbeiter von Hospizen in den Fokus von Staatsanwaltschaften geraten. Die Gesetzesbegründung weist lediglich darauf hin, dass die „Hilfe beim Sterben“ den Tatbestand des § 217 StGB nicht erfülle. Soweit die Wendung „Hilfe beim Sterben“ lediglich seelischen Beistand und pflegerische Maßnahmen meint, ist dies so selbstverständlich wie trivial, da derartige Handlungen den Todeseintritt nicht kausal fördern. Anders verhält es sich hingegen mit der Bereitstellung von schmerzlindernden Medikamenten, zu deren unvermeidbaren Nebenwirkungen eine Beschleunigung des Todeseintritts gehört. Gleichwohl soll diese Form der Suizidbeihilfe nicht vom Tatbestand erfasst werden, wenn es sich um eine „ärztlich gebotene, vor allem schmerzlindernde Maßnahme“ handelte, bei der der Sterbevorgang als „unbeabsichtigte, aber in Einzelfällen unvermeidbare Nebenfolge“ beschleunigt werde.⁶¹ Die Straffreistellung der Suizidbeihilfe ist in solchen Fällen zwingend: Nach geltendem Recht werden Ärzte selbst dann nicht bestraft, wenn sie selbst derartige Medikationen von Schmerzmitteln verabreichen; die bloße Unterstützung der Einnahme solcher Medikamente kann dann nicht strafwürdig sein.⁶² Die Begründung, welche die Gesetzesverfasser anbieten, führt jedoch in die Irre: Einen Arzt nur wegen seiner Sterbehilfeabsicht, d.h. seiner Gesinnung zu bestrafen, entfernt sich vom Ziel des Gesetzes und ist klar verfassungswidrig.⁶³

Die Straffreiheit muss in solchen Fällen aus einem anderen Grund eintreten: An der Durchdachtheit des Sterbever-

⁵⁵ Dazu und zum Folgenden bereits Kubiciel, jurisPR-Strafrecht 1/2016.

⁵⁶ Kubiciel, Legal Tribune Online v. 7.3.2012, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/verbot-gewerbsmaesiger-vermittlung-von-sterbehilfe-der-schwierige-kampf-gegen-das-geschaefit-mit-dem-tod/> (4.4.2016); ähnlich Roxin, GA 2013, 313 (322).

⁵⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 13 f.; ebenso Jurgeleit, NJW 2015, 2708 (2713). Gärditz, ZfL 2015, 114 (115), stellt auf die mit der Geschäftsmäßigkeit einhergehende „Routine in der Tötung“ ab, die Eigendynamiken entfalten könne.

⁵⁸ BT-Drs. 18/5373, S. 19 f.

⁵⁹ Zustimmend Hoven, ZIS 2016, 1 (7). Ähnlich bereits Freund/Timm, GA 2012, 491 (493). – Einen anderen Wertungswiderspruch macht Duttge (NJW 2016, 120 [122]) aus, der auf die de lege lata eintretende Teilnahme strafbarkeit anderer Personen hinweist, welche – wie typischerweise Angehörige – eine geschäftsmäßige Suizidförderung einmalig unterstützen. Jedoch liegt es hier – wie in anderen Fällen (§ 258 Abs. 6 StGB) – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen, Angehörigen und anderen nahestehenden Personen eine Privilegierung zuzugestehen, die anderen Personen vorenthalten wird.

⁶⁰ BT-Drs. 18/5374, S. 11.

⁶¹ BT-Drs. 18/5374, S. 11.

⁶² Kubiciel, ZRP 2015, 194 (197 f.).

⁶³ Merkel, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 297 (317); Kubiciel, JZ 2009, 600 (607).

langens kann kein objektiver Zweifel bestehen, wenn eine Situation eingetreten ist, in welcher ein Arzt straffrei indirekte Sterbehilfe leisten dürfte. Kommt in einer solchen Situation aber schon keine Strafbarkeit wegen §§ 212, 216 StGB in Betracht, darf ein Helfer auch nicht nach § 217 StGB bestraft werden.

cc) Dieser Gedanke reicht jedoch weiter. Auch in anderen Fällen als jenen, in denen indirekte Sterbehilfe zulässig wäre, besteht keine Gefahr einer voreilig-undurchdachten Lebensaufgabe. Vielmehr kann auch in anderen Fallgestaltungen der Wunsch nach Beendigung der Lebensaufgabe objektiv nachvollziehbar sein, so dass keine Berechtigung dafür besteht, Lebensmüde von der Hilfe geschäftsmäßig handelnder – und das heißt: professioneller – Helfer abzuschneiden. Ein solcher Fall lag einer Entscheidung des EGMR aus dem Jahr 2012 zu Grunde.⁶⁴ Bei einem tragischen Sturz zog sich Frau Koch eine Querschnittslähmung zu. Sie war beinahe vollständig bewegungsunfähig und auf künstliche Beatmung sowie kontinuierliche Betreuung angewiesen. Die Ärzte prognostizierten Frau Koch eine Mindestlebenserwartung von 15 Jahren. Nach zwei Jahren des Leidens war sie indes mit ihren psychischen Kräften am Ende. Sie beantragte daher beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte die Zuteilung einer tödlichen Dosis eines Betäubungsmittels. Nachdem die Behörde ihren Antrag abgelehnt hatte, entschied sich Frau Koch für einen zehnstündigen Transport an Beatmungsgerät und Schläuchen nach Zürich, wo sie sich mit Hilfe eines so genannten Sterbehilfevereins das Leben nahm. Auch in einem solch extrem gelagerten Einzelfall kann an der Reflektiertheit und Vollzugsreife des Selbsttötungswillens kein Zweifel bestehen. Wer diejenigen, die zu diesem Suizid Hilfe geleistet haben, gleichwohl bestrafen will, kann sich nicht auf den Telos des § 217 StGB stützen, sondern muss unter der Hand auf andere Zwecksetzungen, namentlich den äußerst zweifelhaften Tabuschutzgedanken zurückgreifen.

dd) Ging es bislang um Fälle, in denen an der Durchdachtheit eines Selbsttötungswunsches nicht gezweifelt werden kann, ist nun über eine Situation zu reden, an der an der Reflektiertheit aus normativen Gründen nicht gezweifelt werden darf. Denn nach allgemeiner Auffassung greift selbst das Verbot der Tötung auf Verlangen nicht, wenn ein Patient den Abbruch der Behandlung verlangt. Da es keine Zwangsbehandlung des Patienten geben soll, trägt dieser das Risiko, dass der Wunsch nach einem Abbruch der Behandlung nicht hinreichend durchdacht war. Auf § 217 StGB übertragen bedeutet das, dass sich derjenige nicht strafbar macht, der dem Patienten bei dessen Abbruch der Behandlung (etwa: dem Abschalten lebenserhaltender Geräte) hilft, selbst wenn er dies, etwa als Arzt oder Pfleger, wiederholt-geschäftsmäßig tut. Denn wer selbst die Behandlung eines anderen (mit tödlichen Folgen) auf dessen Wunsch straffrei unterbrechen darf, kann nicht in den Anwendungsbereich des § 217 StGB gelangen, wenn er den Patienten lediglich dabei unter-

stützt. In den Fällen eines Behandlungsabbruches entfaltet das Selbstbestimmungsrecht eine Sperrwirkung, die sowohl die §§ 212, 216 StGB als auch den § 217 StGB erfasst.

b) Einschränkung der Vorfeldkriminalisierung durch Unmittelbarkeitszusammenhang

§ 217 StGB kriminalisiert sämtliche Handlungen, die einem anderen die Gelegenheit zur Selbsttötung gewähren, verschaffen oder vermitteln.⁶⁵ Dies ist von einer außerordentlichen Weite insofern, als bereits Handlungen im weiten Vorfeld die Gelegenheit zur Selbsttötung gewähren oder verschaffen können. Schon die (Beteiligung an der) Gründung eines Sterbehilfevereins, die Einrichtung eines Hospizes und anderes mehr könnten in das Visier von Staatsanwaltschaften geraten, ohne dass es eines nachgewiesenen Zusammenhangs zu einer Selbsttötung bedürfte. Mit der Schutzrichtung des § 217 StGB, die eben nicht auf eine pauschale Kriminalisierung einer institutionalisierten Selbsttötung als Selbstzweck abzielt, ist eine solche Vorfeldkriminalisierung nicht vereinbar. Vielmehr liegt es nahe, lediglich solche Förderungshandlungen für tatbestandsmäßig zu halten, bei denen ein tatbestandstypischer Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Förderungshandlung und (beabsichtigtem) Suizid feststellbar ist. Strafwürdig sind danach vor allem Handlungen, die dem Suizid unmittelbar vorausgehen.⁶⁶

IV. Verfassungsrechtliche Konsequenzen

Wie gesehen, reicht der Wortlaut des Tatbestandes in nicht wenigen Fällen weiter als der ihn legitimierende Zweck. Dies wirft die Frage nach den verfassungsrechtlichen Konsequenzen auf. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG kann eine Norm nur dann für nichtig erklärt werden, wenn eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige, mit der Verfassung vereinbare Auslegung nicht möglich ist. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt (Art. 20 Abs. 2 GG) gebiete es, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt habe.⁶⁷ Ist ein Strafgesetz geeignet, seinen Zweck weitgehend zu erfüllen, lässt jedoch seine Fassung auch Verhaltensweisen zu, die der Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufen, so rechtfertigt das noch nicht den Schluss, dass das Gesetz zweckuntauglich und deshalb mit dem Grundgesetz unvereinbar sei.⁶⁸ Vielmehr verlangt das Gebot verfassungskonformer Auslegung, von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz im Einklang steht. Eine Norm ist nach Ansicht des BVerfG daher nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung vereinbare Auslegung möglich ist.⁶⁹

⁶⁴ EGMR (5. Kammer), Urt. v. 19.7.2012 – 497/09; dazu Kubiciel, Legal Tribune Online v. 19.7.2012, unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/sterbehilfe-suizid-tod-medikamente-menschenrechte> (4.4.2016).

⁶⁵ BT-Drs. 18/5373, S. 16.

⁶⁶ Im Ergebnis ebenso Oğlakcioğlu (Fn. 3), § 217 Rn. 18.

⁶⁷ BVerfGE 134, 33 (63); 110, 226 (267); 86, 288 (320).

⁶⁸ BVerfGE 47, 109.

⁶⁹ BVerfGE 134, 33 (63).

Legt man diese Maßstäbe an § 217 StGB an, besteht zwar unzweifelhaft die Notwendigkeit einer verfassungskonformen, restriktiven Auslegung. Da eine solche Auslegung, wie oben gesehen, aber möglich ist, muss das BVerfG den Straftatbestand nicht verwerfen und sollte dies aus Respekt vor der nach langem parlamentarischen Ringen getroffenen, demokratisch legitimierten Entscheidung auch nicht tun.

Beweisverwertungsverbote

Von Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster*

I. Erkenntnisinteresse

Wer im Einzelfall feststellen möchte, ob das Prozessrecht die Verwertung eines Beweises erlaubt, dessen Gewinnung nicht vollständig prozessrechtskonform verlaufen ist oder der inhaltlich eine anerkannte berufliche oder private Geheimsphäre berührt, befindet sich regelmäßig in keiner beneidenswerten Lage. Er steht vor einem kaum übersehbaren Schrifttum und einer umfangreichen kasuistischen Rechtsprechung,¹ die ihn – von Extremfällen abgesehen – mit der Forderung nach einer Abwägung im Einzelfall konfrontiert, deren Methodik sie allerdings weitgehend im Dunkeln lässt. Das Ziel des folgenden Überblicks – mehr lässt der Raum nicht zu – ist der Versuch einer Systematisierung der Verwertbarkeitsvoraussetzungen und die Ersetzung der sog. Abwägungslösung durch eine besser operationalisierbare Vorgehensweise. Es soll dabei gezeigt werden, dass es zur Bestimmung der Verwertbarkeitsgrenzen zwar einer Abwägung zwischen den betroffenen Interessen bedürfen mag, diese Abwägung aber aus Gründen der Rechtssicherheit keine (richterliche) Aufgabe anlässlich der Behandlung konkreter Einzelfälle sein darf. Vielmehr lassen sich – zumindest partiell – klarere grundsätzliche Aussagen dazu treffen, wann die Verwertung eines Beweises zulässig ist und wann nicht. Notwendige Abwägungsvorgänge werden dazu generalisiert und der Einzelfallbehandlung vorgelagert.

II. Beweisverwertung, Beweisverwendung und Fernwirkung

Beweisverwertungsverbote sollen entweder bestimmte Themen per se aus dem Strafprozess heraushalten (insb. aus dem Kernbereich der Persönlichkeitssphäre, beispielsweise intime Tagebuchaufzeichnungen, sog. selbstständige Beweisverwertungsverbote) oder finden ihren Grund in einer regelwidrigen Beweiserhebung (sog. unselbstständige Beweisverwertungsverbote²). Bei letzteren sind die Beweistatsache sowie das Beweisthema dem gerichtlichen Zugriff nicht grundsätzlich entzogen, sondern nur deshalb, weil die Beweistatsache auf verbotenem Wege zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden oder des Gerichts gelangt ist. Aber selbst für diese Fälle existiert kein Automatismus zwischen Beweiserhebungsfehler und Unverwertbarkeitsfolge. Ebenso wenig bewirkt bei den selbstständigen Beweisverwertungsverboten jede thematische Berührung der Persönlichkeitssphäre sogleich die Unzulässigkeit der Beweisverwertung, wie etwa § 160a Abs. 2 S. 3

StPO mit seinem Verweis auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zeigt. Eindeutig unverwertbar sind in beiden Gruppen die jeweiligen Erkenntnisse nur, soweit diese Folge vom Gesetz explizit angeordnet wird (wie etwa in den §§ 136a Abs. 3 S. 2, 81c Abs. 3 S. 5, 100c Abs. 5 S. 3 StPO, § 393 Abs. 2 AO; §§ 3a S. 8, 5a S. 2 G 10). In allen übrigen Fällen bedarf es nach heute wohl – insoweit – einhelliger Auffassung einer differenzierenden Betrachtung.

Über das Eingreifen und die Wirkungsreichweite eines Beweisverwertungsverbots hat man deshalb, von den wenigen klaren Ausnahmen abgesehen, je nach betroffener Beweisethematik bzw. -erhebungsmethode und womöglich sogar für jeden Einzelfall differenzierend zu entscheiden. Vorab gilt es freilich, den Begriff der Beweisverwertung als solchen zu klären. Er bezieht sich üblicherweise auf die Verwertung als Indiz zum Nachweis der Tatschuld im Hauptverfahren bzw. im richterlichen Urteil.³ Ein darüber hinausgehendes generelles Verwendungsverbot⁴ hinsichtlich der erlangten Tatsachen ist mit einem Verwertungsverbot außerhalb gesetzlicher Spezialregelungen – Beispiele finden sich in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO, § 100d Abs. 5 StPO (in verklausulierter Form) und deutlicher in § 393 Abs. 2 AO – zunächst einmal nicht verbunden. Deshalb dürfen nach überwiegender Auffassung Ermittlungen, die über § 161 Abs. 1 StPO hinaus keiner besonderen Eingriffslegitimation bedürfen, auch auf der Basis rechtswidrig erlangter Erkenntnisse weitergeführt werden (sog. Spurenansatz).⁵ Beispielsweise bleibt eine infolge unterbliebener Beschuldigtenbelehrung gewonnene, geständige Einlassung zwar als solche unverwertbar.⁶ Nimmt der Beschuldigte dabei jedoch Namen von Mittätern, so dürfen diese durchaus befragt und ihre Aussagen später auch gegen den Beschuldigten verwendet werden. Bei einem Verwendungsverbot hingegen müsste der gesamte Inhalt der Aussage gleichsam vergessen werden und hätte im weiteren Verfahren als nicht existent zu gelten.⁷

Außerhalb des Anwendungsfeldes der – wenigen – normierten Verwendungsverbote thematisiert die Diskussion um

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und im zweiten Hauptamt Vorsitzender Richter am Landgericht Münster.

¹ Vgl. nur die Nachweise bei Kudlich, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, Einleitung Rn. 466 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, Einl. Rn. 55 ff.

² Terminologie nach Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (3).

³ Fischer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 386; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 455; Ostendorf, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 373; Heger, Strafprozessrecht, 2013, Rn. 394; Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, Rn. 4.2.

⁴ Grundlegend Dencker, in: Eser/Goydke/Maatz (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 237.

⁵ BGHSt 27, 355 (358); 32, 68 (70 f.); BGH NStZ 1996, 200 (201); BVerfG (Kammer) NJW 2005, 2766; Wohlers, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 160 Rn. 53; Kleszczewski, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 459; Puschke/Singelstein, NJW 2008, 113 (117); Welp, JZ 1973, 289 (290).

⁶ BGHSt 38, 214.

⁷ Dencker (Fn. 4), S. 243.

die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten eine im Grunde parallele Fragestellung. Auch hier geht es darum, wie weit ein Verwertungsverbot reicht: Erfasst es nur die verbotswidrig erlangte Tatsache selbst oder auch alles, was erst infolge ihrer Kenntnis an Beweisen erlangt werden konnte (Beispiel: Infolge verbotener Vernehmungsmethoden gesteht der Beschuldigte eine Tötung und offenbart der Polizei das Versteck der Leiche; in dem Leichnam wird eine Pistolenkugel gefunden, die einer Waffe des Beschuldigten zuzuordnen ist. Darf dieser Fund als Beweis für die Täterschaft des Beschuldigten herangezogen werden?).

Ebenfalls noch nicht geklärt ist, ob sich ein Verwertungsverbot auch auf den Einsatz der Erkenntnis zur Erlangung einer richterlichen Anordnung von solchen Ermittlungsmaßnahmen bezieht, die – anders als § 161 Abs. 1 StPO – von zusätzlichen gesetzlichen Voraussetzungen abhängen (wie etwa die Durchsuchung nach § 103 StPO, die neben dem Tatverdacht auch Tatsachen verlangt, die das Auffinden der gesuchten Objekte erwarten lassen, sog. Auffindeverdacht). Da das Vorliegen solcher Voraussetzungen gegenüber dem Ermittlungsrichter nachzuweisen wäre, ist auch hier richtigerweise von einer „Verwertung“ eines Beweises auszugehen, weshalb ein Verwertungsverbot zugleich solche qualifizierten Ermittlungen sperrt.⁸

III. Unselbstständige Beweisverwertungsverbote

Unselbstständige Beweisverwertungsverbote folgen aus Verstößen gegen Beweiserhebungsverbote, wobei letztere auch gelegentlich noch heute nach der ursprünglichen Bezeichnung von *Beling*⁹ (zu sehr) vereinfachend als Beweisverbote bezeichnet werden.¹⁰ Unter ihnen kann man systematisch unterscheiden¹¹ zwischen

- Beweisthemenverboten, bei denen bestimmte Tatsachen der Hauptverhandlung nicht zugänglich sein sollen (z.B. § 100c Abs. 5 S. 1 StPO: Kernbereich privater Lebensgestaltung);
- Beweismittelverboten, die einzelne Beweismittel aus der Beweisführung eliminieren (z.B. §§ 52 f. StPO [die Aus-

sage berechtigt verweigernde Zeugen dürfen nicht zur Sache vernommen werden], §§ 97 Abs. 1, 148 Abs. 1 StPO [Verteidigerpost]);

- Beweismethodenverboten, bei denen bestimmte Vorgehensweisen im Rahmen der Beweisgewinnung untersagt sind (z.B. § 105 StPO [Durchsuchung ohne richterliche Anordnung und ohne Gefahr im Verzug]; § 136a Abs. 1 und 2 StPO [bestimmte Vernehmungsmethoden]).

Für die Lösung konkreter Fragestellungen bleibt diese Systematisierung allerdings ohne Belang.¹² Sie soll an dieser Stelle zudem schon deshalb nicht weiterverfolgt werden, weil die Beweiserhebung nicht im Zentrum der Aufmerksamkeit steht.

1. Unselbstständige Beweisverwertungsverbote und ihre theoretische Konzeption in Literatur und Rechtsprechung

Soweit das Gesetz keine Vorgaben enthält, muss die Unverwertbarkeit infolge der Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes entweder für jede verletzte Verfahrensnorm oder sogar für jeden einzelnen Fall ihrer Verletzung ergründet werden. Dazu stehen sich einige grundsätzlich unterschiedliche Konzepte gegenüber.¹³

a) Die sog. Funktionslehren¹⁴ wollen je nach verletzter Beweiserhebungsregel des Verfahrensrechts bestimmen, ob es notwendig erscheint, aus der Normverletzung eine Unverwertbarkeit der erlangten Erkenntnis abzuleiten. Dabei lassen sich als relevante Funktionen eines Verwertungsverbotes vor allem die Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden¹⁵ sowie die Wahrung bzw. Stärkung der spezial-¹⁶ oder generalpräventiven Zwecke¹⁷ des Strafverfahrens ausmachen. Der Disziplinierungsgedanke will den Strafverfolgungsbehörden durch die Drohung mit einem Beweisverlust den Anreiz nehmen, prozessordnungswidrig vorzugehen.¹⁸ Im Ergebnis hieße dies freilich, das staatliche Unrecht durch Zufügung eines potenziell erneuten Unrechts, nämlich der Freisprechung unter Verstoß gegen das Gerechtigkeitsgebot, noch zu steigern. Eine solche Sanktion würde in die falsche Richtung wirken und stellt daher ein systemfremdes, ungeeignetes Mittel dar, mit den Folgen eines Beweiserhebungsverstoßes umzugehen.¹⁹ Zudem ist die Notwendigkeit zu bestreiten, die

⁸ Pitsch, Strafprozessuale Beweisverbote, 2009, S. 83; Dallmeyer, in: Heghmanns/Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Rn. II.408 f.; weitergehend Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 120 (jede Maßnahme, die einen Verdacht voraussetzt; d.h. im Ergebnis aber im Sinne eines Verwendungsverbot, was die gesetzliche Terminologie missachten würde).

⁹ Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903 (Nachdruck 1977), S. 3.

¹⁰ So etwa Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 296; Grünwald, JZ 1966, 489. Die Terminologie ist allerdings uneinheitlich, denn Rogall (ZStW 91 [1979], 1 [7]) verwendet den Begriff des Beweisverbots als Oberbegriff für Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote.

¹¹ So etwa Schroeder/Verrel (Fn. 8), Rn. 116; Beulke (Fn. 3), Rn. 455; Schroth, JuS 1998, 969; Fischer (Fn. 3), Einleitung Rn. 386; Kleszczewski (Fn. 5), Rn. 446; Heger (Fn. 3), Rn. 393.

¹² Ähnlich schon Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (3). Nur bei bestimmten Spielarten der Schutzzwecklehren mag dies anders sein; dazu sogleich mehr.

¹³ Vgl. auch die Übersichten von Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (12 ff.); noch ausführlicher Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 37 ff.

¹⁴ Eingehender dazu Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (11 ff.); Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 69 ff., jeweils m.w.N.

¹⁵ Grünwald, JZ 1966, 489 (499).

¹⁶ Otto, GA 1970, 289.

¹⁷ Dencker (Fn. 13), S. 59 ff.

¹⁸ Baumann, GA 1959, 33 (36); Nüse, JR 1966, 281 (284 f.).

¹⁹ Ablehnend auch Dencker (Fn. 13), S. 52 ff.; Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (15 f.), Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 1617; Ransiek, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.),

Strafverfolgungsbehörden für Regelverstöße qua Verwertungsverbot zu sanktionieren, zumal die Nichtverfolgung des betreffenden Beschuldigten von ihnen kaum als Nachteil empfunden wird und eher die Allgemeinheit trifft, weil diese der Preis der Nichtverfolgung eines Straftäters viel unmittelbarer berührt.²⁰ Gegenüber dem Gedanken, eine Verurteilung trotz eines Verfahrensfehlers sei der Kriminalprävention abträglich, ließe sich vorbringen, es sei präventiv sogar noch schädlicher, wenn die Verfolgung eines offenbar Schuldigen infolge staatlichen Versagens gänzlich unterbliebe.²¹

b) Den Schutzzwecklehren geht es darum, die Frage nach einem Verwertungsverbot in Abhängigkeit davon zu beantworten, was die jeweils verletzte Verfahrensnorm hatte schützen wollen.²² Dient diese der Wahrheitsfindung, so folge aus ihrer Verletzung ein Verwertungsverbot zur Gewährleistung einer richtigen Urteilsentscheidung.²³ Ist indessen der jeweilige Schutzzweck bereits durch die fehlerhafte Beweiserhebung endgültig vereitelt, so will *Grünwald* eine Beweisverwertung zulassen; würde sich hingegen der Schaden durch die Verwertung noch vertiefen, so müsse dies qua Verwertungsverbot verhindert werden.²⁴ *Rudolphi* orientiert sich daran, ob der Gesetzgeber den Einfluss bestimmter Beweismittel auf Grund ihrer Natur oder auf Grund ihrer fehlerhaften Gewinnung generell aus dem Strafprozess habe heraushalten wollen.²⁵ Derartige Lehren geraten allerdings in Schwierigkeiten, wo die verletzte Norm mehrere Schutzzwecke verfolgt.²⁶ Es leuchtet auch nicht ein, im Falle eines weniger „erfolgreichen“ Verstoßes mit noch nicht endgültig eingetretenen Schäden die Verwertung zu versagen, sie aber gerade bei dem „erfolgreichen“ Verstoß mit schweren Schäden für den Schutzzweck der Norm nur deshalb zuzulassen, weil ohnehin keine weiteren Schäden mehr zu befürchten stünden.²⁷ Zwar erscheint es im Kern sachgerecht, den jeweiligen Schutzzweck bei der Frage nach einem Beweisverwertungsverbot zu berücksichtigen, jedoch darf man davon noch keine endgültigen Antworten erwarten. Vielmehr muss sicherlich auch die Qualität des jeweiligen Rechtsverstoßes eine Rolle spielen. Es liegt auf der Hand, dass geringfügige Missachtungen der Schutznorm (z.B. eine fahrlässig ungenaue Belehrung des Zeugen nach § 52 Abs. 3 StPO) nicht

zwangsläufig zu einem Verwertungsverbot führen müssen, während bei schweren Verstößen (z.B. die vorsätzlich unterlassene oder gar absichtlich falsch erteilte Belehrung des Zeugen) eine Unverwertbarkeit sehr viel näher liegt. Die hauptsächliche Schwäche der Schutzzwecklehren liegt folglich darin, im Grunde bei einzelnen Schutzzwecken nicht nach ihrer jeweiligen Verletzung differenzieren zu können und damit Beweisverwertungsverbote entweder flächendeckend anerkennen oder aber verwerfen zu müssen.

Eine modernere Form der Schutzzwecklehren hat *Jäger* konzipiert, der eine Unverwertbarkeit dann annimmt, wenn der gegenständliche Schutzbereich der Beweisnorm von dem Fehler berührt ist.²⁸ Auch diese Lehre vermag allerdings nicht zu erklären, warum ein prinzipiell verwertbarer Beweisgegenstand unverwertbar sein sollte, wenn etwa ein Richtervorbehalt (§ 105 StPO) missachtet wurde, die materiellen Voraussetzungen der Erhebung aber vorlagen.²⁹

c) Der Schwachpunkt der Funktionslehren liefert den Ansatz für die Lehre von der Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens.³⁰ Durch die rechtswidrige Beweiserhebung hat der Staat bereits rechtsstaatswidrig gehandelt. Setzte man das so gewonnene Ergebnis nun auch noch zur Beweisführung ein, so würde der Rechtsstaatsverstoß perpetuiert und vertieft. Der Verzicht auf die Benutzung des rechtswidrig erlangten Beweismittels hingegen würde die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens sichtbar wiederherstellen und so dem Rechtsstaatsprinzip Genüge tun. Diese Auffassung differenziert folgerichtig nach der Fehlerschwere; minimale Fehler berühren die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens noch nicht signifikant und bedürfen daher keiner Kompensation, während schwere Fehler zum Verwertungsverbot führen. Ihre Schwäche liegt aber darin, idealtypisch den jeweiligen Normzweck der verletzten Verfahrensvorschrift unbeachtet lassen zu müssen. Denn der Befund rechtsstaatswidrigen Verhaltens entsteht schließlich unabhängig davon, zu wessen Schutz die fragliche Norm hatte dienen sollen.

d) Eine eindimensionale Ausrichtung auf ausgewählte Aspekte wie den Schutzzweck der verletzten Norm ist daher ersichtlich ungeeignet, zu allgemeingültigen Verwertungsregeln zu gelangen. Die Rspr. verfolgt im Unterschied dazu seit langem die sog. Abwägungslösung,³¹ deren dogmatische Begründung vor allem *Rogall* zuzuschreiben ist. Er versteht sie als Lösung eines dem Rechtsstaatsprinzip immanenten Spannungsverhältnisses zwischen rechtsstaatlichem Prozedieren und Strafgerechtigkeit, welches eine für den Einzelfall

Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 949 (950 f.).

²⁰ Weitere Kritik bei *Jäger* (Fn. 14), S. 70; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (15 f.).

²¹ *Jäger* (Fn. 14), S. 73, 76 f.; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (14).

²² *Jäger* (Fn. 14), S. 82; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (26); *Beulke* (Fn. 3), Rn. 458; *Kudlich* (Fn. 1), Einleitung Rn. 463.

²³ *Grünwald*, JZ 1966, 489 (493); ähnlich *Rudolphi*, MDR 1970, 93 (100).

²⁴ *Grünwald*, JZ 1966, 489 (492).

²⁵ *Rudolphi*, MDR 1970, 93 (99 f.).

²⁶ *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (27).

²⁷ *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (28 f.); weitere Kritik bei *Jäger* (Fn. 14), S. 86.

²⁸ *Jäger* (Fn. 14), S. 131 ff.

²⁹ Kritisch zum Ansatz von *Jäger* auch *Muthorst*, Das Beweisverbot, 2009, S. 31.

³⁰ *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (20 f.); ähnlich *Grünwald*, JZ 1966, 489 (495); *Schlüchter* (Fn. 3), Rn. 4.2; wohl auch *Roericht*, Beweisverwertungsverbote und Beweisrecht, 2011, S. 118 f.

³¹ BGHSt 19, 325 (332 f.); 24, 125 (130); 37, 30 (32); 54, 69 (87).

differenzierende, abwägende Lösung gebiete.³² Die Rspr. berücksichtigt dabei vor allem folgende Gesichtspunkte:³³

- das Gewicht des Verfahrensverstößes. Je stärker die rechtswidrige Beweiserhebung in die Rechtssphäre des Beschuldigten (oder eines Dritten) eingegriffen hat, desto weniger darf sich der Staat auf das dadurch erlangte Beweismittel stützen. Ein willkürlicher Verstoß gegen elementare Schutzvorschriften wie den Richtervorbehalt bei einer Durchsuchung (§ 105 StPO) führt deshalb i.d.R. zur Unverwertbarkeit dabei beschlagnahmter Beweismittel, während nur versehentliche Verstöße die Verwertbarkeit nicht in Frage stellen;³⁴
- das Schutzbedürfnis des Betroffenen,³⁵ welches sich danach bemisst, in welchem Umfang die Ermittlungsmaßnahme in die Rechte des Betroffenen eingreift, und zudem danach, wie sehr die Eingriffstiefe durch den Verfahrensfehler selbst bestimmt wird;
- die Schwere der Tat, weshalb bei schweren Verbrechen Verfahrensfehler eher folgenlos bleiben sollen als bei Bagatelldelikten.³⁶ Dies kann sich zwar auf Gesichtspunkte wie die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, die Strafgerechtigkeit und Präventionsbedürfnisse stützen. Andererseits leuchtet es kaum ein, wieso gegenüber dem des Mordes Angeklagten weniger strenge rechtsstaatliche Maßstäbe gelten sollten als gegenüber demjenigen, der sich nur dem Vorwurf einer Leistungerschleichung ausgesetzt sieht. Gerade dort, wo die Verhängung schwerster Strafen droht, hat vielmehr auch das Strafverfahren strengsten rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen. Die Widersinnigkeit des Tatschwerekriteriums hat *Dencker* anhand eines Beispiels anschaulich erläutert. Man „stelle sich etwa ein Verfahren gegen einen Täter und seinen Gehilfen vor, bei dem die unterschiedliche Schwere der Vorwürfe beim Täter zur Verwertbarkeit, beim Gehilfen zur Unverwertbarkeit desselben rechtswidrig erlangten Beweismittels führt, und damit in einem Fall zur Verurteilung, im anderen zum Freispruch. Dieses Ergebnis könnte kaum noch plausibel gemacht werden.“³⁷
- die Frage, ob der Beweis auch auf rechtmäßigem Wege erlangt worden wäre,³⁸ sog. hypothetischer Ersatzeingriff. Hier geht es um die Frage, ob der Verfahrensverstoß zu einem ungerechtfertigten Vorteil in der Beweisführung

geführt hat oder ob man auch auf legalem Wege dasselbe Resultat erzielt hätte;

- die Relevanz des konkreten Beweismittels für den Tatnachweis. Je wesentlicher ein fehlerhaft erlangtes Beweismittel für die Beweisführung ist, desto eher akzeptiert die Rspr. seine Verwertung im Interesse der Strafverfolgung.³⁹ Auch gegenüber diesem Kriterium sind freilich Bedenken zu erheben. Denn je wichtiger ein Beweismittel ist, desto zuverlässiger muss es auch sein, um ein materiell fehlerfreies Urteil tragen zu können. Gelegentlich führt ein Beweiserhebungsfehler aber dazu, unmittelbar die Zuverlässigkeit eines Beweismittels in Frage zu stellen (man denke etwa an eine Blutprobenentnahme durch einen medizinischen Laien mit der Gefahr von Verunreinigungen der Probe).

Die Schwäche der Abwägungslösung liegt allerdings nicht einzig darin, Aspekte wie die Tatschwere mit zu berücksichtigen, deren Berechtigung als Abwägungsparameter zumindest fragwürdig erscheint. Es ist ebenso der Abwägungsvorgang als solcher, der Kritik hervorruft, weil er weitgehend ungeregt vor sich geht, methodisch kaum fassbar ist und seine Ergebnisse von daher mehr oder weniger zufällig generiert.⁴⁰ Dies beruht auf Art und Anzahl der abzuwägenden Faktoren. Zumindest die Parameter „Tatschwere“, „Gewicht des Verfahrensverstößes“ und „Schutzbedürfnis“ werden zwangsläufig in jeder denkbaren Stärke vorkommen können, was dazu führt, sie für eine sachgerechte Abwägung gewissermaßen in einer gemeinsamen „Währung“ darstellen zu müssen, um beispielsweise feststellen zu können, ob ein „mittlerer“ Fehler bei einer „mittelschweren“ Tat zu einem Verwertungsverbot führt oder nicht. Eine solche „Währung“ existiert aber nicht und sie wäre auch rational unvorstellbar. Zudem liegen die zwei weiteren Kriterien „Relevanz des Beweises“ und „alternative Erlangbarkeit“ zwar im Idealfall nur entweder vor oder nicht. Indes sind etwa beim hypothetischen Ersatzeingriff auch „Zwischenwerte“ vorstellbar. So mag ein Beweismittel vielleicht nicht zwangsläufig, aber doch mit hoher, einiger oder auch nur geringer Wahrscheinlichkeit auf prozessordnungsgemäßem Wege ebenso zu erlangen gewesen sein (oder, um ein anderes Beispiel zu nennen, eine Blutprobe wäre zwar auch mit richterlicher Gestattung erlangt worden, aber dann später und daher von geringerer Aussagekraft).

Wie nun fünf so heterogene Faktoren nachvollziehbar zu einem stets eindeutigen Abwägungsergebnis führen sollten, bleibt unerfindlich. Klare Resultate sind allein dort zu erwarten, wo alle Faktoren nur in eine einzige Richtung weisen (z.B.: Bei Ermittlungen zu einem Bagatelldelikt ist ein nebensächliches Beweismittel mittels eines schweren Verfahrensverstößes erlangt worden, oder umgekehrt: In einem Verfahren wegen eines Kapitaldelikts ist ein wichtiges Beweismittel mit einem geringfügigen Rechtswidrigkeitsmakel behaftet). Bei gegenläufigen Faktoren hingegen ähnelt der Abwägungsprozess zwischen den Faktoren einer „black box“:

³² Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (21, 29 ff.); ebenso Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 784; Fischer (Fn. 3), Einleitung Rn. 387.

³³ Siehe dazu BGHSt 24, 125 (130); 38, 214 (219 f.); 47, 172 (179); 53, 112 (116 f.); Roxin, NStZ 1989, 376 (379). Weitere Kriterien bei Dallmeyer (Fn. 8), Rn. II.392.

³⁴ BVerfG NJW 2005, 1917 (1923); BGHSt 53, 112 (116).

³⁵ BGHSt 24, 125 (130).

³⁶ Besonders deutlich bei den Tagebuchentscheidungen, vgl. BGHSt 34, 397 (401).

³⁷ Dencker (Fn. 13), S. 96 f.

³⁸ BGH NStZ 1989, 375 (376) m. Anm. Roxin, NStZ 1989, 376; umfassende Übersicht über die einschlägige Rspr. bei Jahn/Dallmeyer, NStZ 2005, 297.

³⁹ BGHSt 19, 325 (332 f.); 34, 397 (401).

⁴⁰ Pelz, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, 1993, S. 99.

Man gibt etwas hinein und erhält ein Ergebnis, ohne wirklich zu wissen, wie dieses erzielt wurde und ob es beim nächsten Mal ebenso herauskäme. Eine über eine Plausibilitätsprüfung hinausreichende inhaltliche Kontrolle wäre illusorisch und richterlicher Willkür stünde keine Schranke im Wege. Gegen diese methodischen Unsicherheiten des Abwägungsvorgangs hilft letztlich auch keine Fallgruppenbildung,⁴¹ weil die Vieltätigkeit der Problemkonstellationen zwangsläufig eine ebensolche Vielzahl von Grenzfällen produzieren muss. Jenseits relativ eindeutiger Fallgestaltungen ist es der Rspr. deshalb auch bis heute nicht gelungen, eine einigermaßen klare Linie zu finden.⁴²

Eine Abwägung, bei der in jedem Einzelfall theoretisch alle der soeben genannten Faktoren zu berücksichtigen wären, genügt daher rechtsstaatlichen Ansprüchen nicht. Das schließt freilich nicht aus, die Folgen der Verletzung einer Verfahrensnorm im Wege differenzierender Wertung zu erschließen, solange es darum geht, die generelle Eignung einer Normverletzung (z.B. der unterbliebenen Belehrung über das Schweigerecht) als Grundlage eines Verwertungsverbotes festzustellen. In diesem Kontext mögen Faktoren wie Schwere des Normverstosses, Schutzinteresse des vom Normverstoß Betroffenen und das Strafverfolgungsinteresse gegeneinander gestellt werden. Auf Grund der oben festgestellten Unmöglichkeit eindimensionaler Fokussierung auf einzelne Aspekte (wie den Schutzzweck der Norm) erscheint es sogar geboten, die Eignung von Prozessnormverstößen, ein Beweisverwertungsverbot zu begründen, je nach ihrem Kontext differenzierend zu bejahen oder zu verneinen. Ist diese Eignung aber einmal im Grundsatz (sei es durch den Gesetzgeber oder höchststrichterlich) bejaht oder verneint worden, so mag es anschließend noch klar definierte und operationalisierbare Kriterien dafür geben, dennoch die Beweisverwertung im jeweiligen Einzelfall auszuschließen (z.B. im Falle der Willkür) oder sie im umgekehrten Fall ausnahmsweise gleichwohl anzuordnen (z.B. mit Blick auf die Reproduzierbarkeit qua hypothetischem Ersatzeingriff). Einen erneuten einzelfallbezogenen Abwägungsvorgang mit ungewissem Ergebnis allerdings darf es im Interesse der Rechtsklarheit dann nicht mehr geben.

2. Versuch einer Neukonzeption⁴³

a) Vor konzeptionellen Überlegungen zum Vorliegen unselbstständiger Verwertungsverbote bleibt freilich eine Thematik abzuschichten: Soweit der Gesetzgeber Beweisverwertungsverbote positiv geregelt hat (wie in den §§ 136a Abs. 3 S. 2, 81c Abs. 3 S. 5, 100c Abs. 5 S. 3 StPO, § 393 Abs. 2

⁴¹ So freilich die Hoffnung von *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (32 f.).

⁴² Symptomatisch sind die unterschiedlichen Entscheidungen verschiedener *Senate* des OLG Hamm zur Verwertbarkeit von Blutproben nach einer durch Ermittlungspersonen angeordneten Entnahme (OLG Hamm NJW 2009, 3109; OLG Hamm StraFo 2009, 509; OLG Hamm, Beschl. v. 10.6.2010 – III-2 RVs 30/10, 2 RVs 30/10).

⁴³ Die folgende Idee findet sich erstmals in meinem Lehrbuch (*Heghmanns*, Strafverfahren, 2014), Rn. 964 und ET 17-03.

AO; §§ 3a S. 8, 5a S. 2 G 10), ist die Suche nach deren Zwecken nicht nur müßig, sondern sogar verwirrend. Ohnehin erheischen die positiv geregelten Beweisverwertungsverbote vom Rechtsanwender bedingungslosen Gehorsam. Er hat sie ausnahmslos und unabhängig von Widersprüchen der Betroffenen anzuwenden.⁴⁴

Der Versuch, ein System der gesamten Verwertungsverbote unter Einschluss der positiven Unverwertbarkeitsregelungen zu ersinnen, würde zudem im Zweifel an der Heterogenität gerade der gesetzlich geregelten Fallgruppen scheitern. Symptomatisch ist der Verweis in § 69 Abs. 3 StPO (Zeugenvernehmung) auf § 136a StPO (verbotene Vernehmungsmethoden). In dieser Konstellation geht es ausschließlich um Rechtsbeeinträchtigungen zu Lasten von Zeugen ohne notwendige Berührung von Rechten des Angeklagten (die verbotene Vernehmungsmethode mag sich ja ebenso gut gegen Belastungs- wie Entlastungszeugen richten) und zudem um die prinzipielle Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens, aber unabhängig von der (insoweit beliebigen) Person des Angeklagten. Ganz anders liegt die Interessenlage im Falle der unmittelbaren Anwendung von § 136a StPO, wäre es also der Beschuldigte selbst, der mit verbotenen Methoden malträtirt wurde. Denn nun würden in erster Linie seine Verteidigungsrechte und seine Freiheit, sich nicht selbst belasten zu müssen, angegriffen. Der Gesetzgeber hat solche positiven Regelungen ersichtlich ohne den Anspruch einer systematischen Konsistenz geschaffen, weshalb der Versuch, sie in ein System zu drängen, unweigerlich scheitern müsste.

b) Nach Abschtichung der positiv geregelten Verwertungsverbote (und unter vorläufiger Ausblendung der Verwertung zu Gunsten des Angeklagten, siehe dazu 5.) bleiben diejenigen unselbstständigen Beweisverwertungen im Fokus, die als solche gesetzlich ungeregelt geblieben sind und auf die Verletzung eines Beweiserhebungsverbots oder wenigstens die Verletzung einer Beweiserhebungsregel folgen.

Will man prozessual folgenlose Beweiserhebungsfehler rational von denjenigen abgrenzen, deren Folge die Unverwertbarkeit der gewonnenen Ergebnisse sein soll, so ist, worauf *Rogall* zutreffend hingewiesen hat, vorab zu klären, welche Funktion und Aufgaben eine Unverwertbarkeit erfüllen kann und soll.⁴⁵ Unter den zahlreichen, oben genannten Erklärungen für die Notwendigkeit, infolge einer fehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung des erlangten Beweises zu verbieten, liefert indessen alleine der Aspekt einer Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens eine in sich schlüssige und deshalb weitgehend konsensfähige Grundlage. Sicherlich mögen Verwertungsverbote gelegentlich zugleich disziplinierend wirken und die Präventionswirkung des Strafverfahrens oder den Schutzzweck von Beweisverboten verstärken. Dabei handelt es sich jedoch um (nur) im Einzelfall wirksame Effekte, die als Reflexe einer Be-

⁴⁴ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 1), § 136a Rn. 33; *Diemer*, in: *Hannich* (Fn. 3), § 136a Rn. 43.

⁴⁵ *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (11 f.).

weiskorrektur qua Verwertungsverbot entstehen,⁴⁶ sie aber nicht zu legitimieren vermögen.

Geht es deswegen nach den bisherigen Überlegungen primär darum, die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu wahren, um dem Rechtsstaatsprinzip zu genügen, so bleibt zweierlei zu bedenken: Zum einen wird nicht jeder Verfahrensverstoß die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens auf eine Weise in Frage stellen, die es gebietet, ein Beweismittel – mit ggf. gravierenden Folgen für das Urteil und dessen materielle Richtigkeit – aus dem Verfahren zu eliminieren (Beispiel: Eine vorschnelle Bejahung von Gefahr im Verzuge bei einer Blutprobenentnahme nach § 81a Abs. 2 StPO verletzt zwar den Richtervorbehalt. Der Verstoß mag im Einzelfall aber gering wiegen, weil ihm eine versehentliche Fehlbeurteilung der Lage seitens des anordnenden Polizeibeamten zu Grunde lag und weil zudem der Richter, wäre er gefragt worden, die Entnahme ebenfalls angeordnet hätte). Zum anderen gehören eine (wirksame) Strafrechtspflege und die Gerechtigkeitsidee gleichermaßen zu den verfassungsrechtlich abgesicherten Funktionen des Rechtsstaats,⁴⁷ weshalb ein Verwertungsverbot diese weiteren Aspekte des Rechtsstaatsprinzips beeinträchtigt. Denn mit ihm betonte man nur eine Facette rechtsstaatlichen Handelns (rechtsstaatliches Prozedieren) möglicherweise⁴⁸ zu Lasten einer anderen (Strafgerechtigkeit). Wegen dieser Verquickungen lässt sich eine umfassende Verwertungssperre ebenso wenig wie die ausnahmslose Unbeachtlichkeit von Verfahrensverstößen begründen.⁴⁹ Vielmehr bedarf es einer differenzierenden Lösung, worüber im Kern auch Einigkeit besteht.⁵⁰ Für mehr oder weniger vollständige Verwertungssperren – jenseits der Verletzung belangloser und für das Beweisergebnis ohnehin irrelevanter Ordnungsvorschriften – hatte zwar noch das ältere Schrifttum zum Teil plädiert.⁵¹ Diese Extremposition kann heute indessen als überwunden gelten.

Die Notwendigkeit des Ausgleichs zwischen den zwei Aspekten des Rechtsstaatsprinzips (Gerechtigkeit/Strafrechtspflege einerseits, Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens andererseits) scheint damit zwar den Weg zu einer Abwägung zu weisen.⁵² Diese besäße allerdings die oben erwähnten Schwächen und ist deshalb zu verwerfen. Die zu suchende differenzierende Lösung muss vielmehr auf rational kaum

nachvollziehbare Abwägungen verzichten⁵³ und sich stattdessen an fixen Kriterien orientieren.

Dabei deutet die nur punktuelle Existenz positiver Verwertungs- (und Verwendungs-)verbote auf eine Grundstruktur des Gesetzes hin, nämlich an Verfahrensfehler prinzipiell keine Unverwertbarkeitsfolgen zu knüpfen. Dieses argumentum e contrario schließt allerdings ungeschriebene Verwertungsverbote nicht prinzipiell aus. Denn die gesetzlich angeordneten Verwertungsverbote markieren nur besonders sensible Materien (z.B. bei der Wohnraumüberwachung, § 100c Abs. 5 S. 2 StPO) oder besonders gravierende Fehler (§ 136a StPO). Der Gesetzgeber konnte indessen nicht alle Eventualitäten regeln, weshalb die Folgen von in Relation zu § 136a StPO jedenfalls für gewöhnlich weniger bedeutsamen Vernehmungsfehlern (wie der unterlassenen Belehrung über das Schweigerecht von Zeugen und Beschuldigten) ungeregt geblieben sind. Aber auch solche Unterlassungen mögen in ihrem Unrechtsgehalt oder ihren Auswirkungen zu gravierend sein, um eine Verwertung in rechtsstaatlich noch akzeptabler Weise zulassen zu können (Beispiel: die absichtliche Nichtbelehrung, in deren Folge der Beschuldigte ein sonst nicht zu erlangendes Geständnis einer Tat ablegt, die andernfalls unbeweisbar geblieben wäre).

Diese Erwägungen führen nun dazu, im Gegensatz zu den positiv geregelten Verwertungsverböten eine umgekehrte Perspektive einzunehmen, welche die Verwertbarkeit als den normativen Regelfall begreift. Die Unverwertbarkeit stellt dann die im Einzelfall jeweils zu begründende Ausnahme dar. Diese Begründungslast allerdings wiegt weitaus weniger schwer als bei dem umgekehrten Versuch, ein generelles Verwertungsverbot im (geringfügigen) Einzelfall zu Lasten des Beschuldigten zu durchbrechen. Denn jetzt geht es darum, Ausnahmen zu Gunsten des Beschuldigten und seiner Verteidigungsrechte zu formulieren. Es gilt folglich, Fallgruppen zu konturieren, in welchen eine Unverwertbarkeitsfolge zur Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens erforderlich erscheint. Der damit in den Fokus gerückte Aspekt der Schwere des vorangegangenen Verfahrensverstößes lässt sich in zwei Dimensionen messen, nämlich denen des Handlungs- sowie des Erfolgsunrechts.

c) Besonders schweres Handlungsunrecht liegt in zwei Fallkonstellationen vor, nämlich bei bewussten Rechtsverstößen und bei (objektiv) willkürlichem Vorgehen. Von den staatlichen Akteuren der Strafverfolgung darf ausnahmslos verlangt werden, jedenfalls nicht bewusst rechtswidrig vorzugehen. Tun sie es dennoch, so ist die Annahme eines Verwertungsverbotes die notwendige Folge. Objektive Willkür wiederum ist nach der Rspr. des BVerfG dann anzunehmen, wenn eine Maßnahme bei verständiger Würdigung nicht mehr nachvollziehbar erscheint und offensichtlich unhaltbar ist.⁵⁴ In diesem Fall bedarf es zwar keines bewussten Verstoßes, wohl aber einer Vorgehensweise, die unter keinem rechtlichen Maßstab auch nur ansatzweise noch zu legitimieren

⁴⁶ Vgl. *Dencker* (Fn. 13), S. 55; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (15); jeweils zur Disziplinierungsfunktion.

⁴⁷ BVerfG NJW 1970, 2205 (2206 f.); BVerfG NJW 1988, 329 (330); BVerfG NJW 2000, 55 (65); BVerfG NJW 2013, 1058 (1060); BVerfG NJW 2015, 2787 (2792).

⁴⁸ Nämlich für den Fall des Prozedierens gegen den in Wahrheit schuldigen Täter; war ein Unschuldiger in Verdacht geraten, entstände der Widerspruch selbstverständlich nicht.

⁴⁹ *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (21).

⁵⁰ Vgl. *Ranft* (Fn. 19), Rn. 1582; *Grünwald*, JZ 1966, 489 (501); *Hellmann* (Fn. 32), Rn. 782; *Beulke* (Fn. 3), Rn. 457; *Schroeder/Verrel* (Fn. 8), Rn. 120 ff.; *Kleszczewski* (Fn. 5), Rn. 452; *Pelz* (Fn. 40), S. 142 ff.; *Dencker* (Fn. 13), S. 85 ff.

⁵¹ *Beling* (Fn. 9), S. 30 f.; *Peters* (Fn. 10), S. 296 f.

⁵² So u.a. *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (31 ff.).

⁵³ Ebenso aus grundsätzlichen Erwägungen *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990, S. 53 ff.

⁵⁴ BVerfGE 29, 45 (49).

wäre. Hier kann die Konsequenz ebenfalls nur die Annahme eines Verwertungsverbotes sein.⁵⁵

d) Schwerer lässt sich fassen, wann erhebliches Erfolgsunrecht vorliegt, der Rechtsverstoß also seiner Folgen wegen mit einem rechtsstaatlichen Verfahren unvereinbar erscheint. Der auf das jeweilige Strafverfahren ausgerichtete Blick führt zunächst dazu, nur solche Folgen als relevant einzuschätzen, die sich im Verfahren und auf sein Ergebnis selbst unmittelbar auswirken. Andere Fehlerfolgen (also bei Dritten [wie im Falle des § 54 StPO die Aussage eines Beamten ohne Aussagegenehmigung] oder verfahrensirrelevante Schäden [etwa der Gesundheit eines untersuchten Beschuldigten]) ziehen kein Verwertungsverbot nach sich (es sei denn, sie wären bewusst oder willkürlich herbeigeführt, siehe oben unter c). Solche Schäden mögen zwar für den Verursacher andere, auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen (etwa der fahrlässigen Körperverletzung nach § 229 StGB) und es mag geboten erscheinen, ihnen bei der dennoch folgenden Bestrafung des geschädigten Beschuldigten durch Strafmilderungen oder gar Verfahrenshindernisse Rechnung zu tragen. Den Tatnachweis gegenüber dem Beschuldigten braucht dies alles aber nicht zu berühren.

Es bleibt zu klären, welche verfahrenswirksamen Folgen in diesem Kontext eine Rolle spielen. Die Verfahrensregeln gewährleisten aus der Warte des Beschuldigten zum einen Teil seine Verteidigungsmöglichkeiten, anderenteils begrenzen sie den Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf ihn belastende Informationen durch den *numerus clausus* zugelassener Ermittlungsmethoden. Aus dem Zusammenspiel beider Regelungskomplexe ergibt sich die Verteidigungsposition des Beschuldigten und folgen damit seine Aussichten auf ein (fair zustande gekommenes) freisprechendes oder bestrafendes Urteil. Die so beschriebene Ausgangsposition kann man auch als Zustand einer (fragilen) „Waffengleichheit“⁵⁶ oder „Verfahrensbalance“⁵⁷ zwischen Strafverfolgungsorganen und Verteidigung beschreiben. Rechtswidrige Maßnahmen, die diese Balance stören und damit die Verteidigungschancen beeinträchtigen, sind daher zur Wiederherstellung eines rechtsstaatlichen Verfahrens qua Verwertungsverbot zu eliminieren.

Dazu zählen zunächst alle Verfahrensverstöße, die den Beschuldigten in seiner Aussage- oder Verteidigungsfreiheit beeinträchtigen (wie Vernehmungen ohne entsprechende Belehrung). Ebenfalls unverwertbar sind Erkenntnisse, die durch unrechtmäßige Ermittlungen erlangt wurden (z.B. rechtswidrige Durchsuchungen seiner Person). Das schließt Ermittlungen bei Dritten ein, denn damit dehnen die Strafverfolgungsbehörden faktisch ihr „Waffenarsenal“ aus und stören somit die „Waffengleichheit“. Soweit es um Vernehmungen von Angehörigen geht, um ein anderes Beispiel zu nennen, wären Erkenntnisse unverwertbar, welche diese Angehö-

rigen den Behörden mangels ausreichender Belehrung über ihr Aussageverweigerungsrecht vermitteln.

Der auf diese Weise recht weit gezogene Kreis von Verwertungsverboten infolge einer Störung der Waffengleichheit erfährt indessen eine erhebliche Einschränkung durch das Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs. Denn eine effektive Störung der Waffengleichheit liegt solange nicht vor, wie die Strafverfolgungsbehörden ein ihnen zwar nicht zustehendes Ermittlungsmittel einsetzen, dafür aber auf ein anderes verzichten, das sie zu demselben Resultat geführt hätte. Die Verteidigungschancen bleiben in diesem Falle im Ergebnis unbeeinträchtigt.

Die Berechtigung, den hypothetischen Ersatzeingriff als Argument gegen eine Unverwertbarkeit heranzuziehen, wird durch einen Blick auf das Revisionsrecht unterstrichen. Denn dort führen Verfahrensfehler nur dann zur Urteilsaufhebung, wenn das Urteil auf ihnen beruht (§ 337 StPO).⁵⁸ Auch dabei ist zu erwägen, ob im Falle des rechtmäßigen Alternativverhaltens das Urteil im Ergebnis anders ausgefallen wäre. Bei dieser Beruhensfrage finden sich folglich strukturell dieselben Überlegungen wie beim hypothetischen Ersatzeingriff.⁵⁹

Ist gegen die Heranziehung des Gedankens des hypothetischen Ersatzeingriffs hinsichtlich des Erfolgsunrechts eines Verfahrensverstößes somit prinzipiell nichts einzuwenden,⁶⁰ so ergibt sich die weitere Frage, unter welchen Voraussetzungen angenommen werden kann, dasselbe Beweismittel wäre auch auf legalem Wege erlangt worden. Dies erfordert – ausgehend von dem Moment der Begehung des Verfahrensfehlers – eine Prognose, wie sich das Verfahren alternativ hätte weiter entwickeln können, verbunden mit allen Unsicherheiten, die Prognosen naturgemäß enthalten. Wie eine solche Prognose zu stellen ist, ob konkret (unter Bezugnahme auf das jeweilige Beweismittel) oder abstrakt (unter Bezugnahme auf die Verurteilungswahrscheinlichkeit), und welchen Grad an Prognosesicherheit man verlangen darf oder muss, ist durchweg umstritten.⁶¹ Richtigerweise ist eine abstrakte Prognose zu stellen, weil andernfalls der Blick unangemessen verengt würde, während es im Hinblick auf die beeinträchtigte Verteidigungsposition letztlich auf eine Beeinträchtigung des Ergebnisses des gesamten Verfahrens

⁵⁸ Der Ausnahmefall der absoluten Revisionsgründe (§ 338 StPO) betrifft besonders schwere Verfahrensfehler. Insoweit besteht ebenfalls eine Parallele zu der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise, denn bei besonders schweren Handlungsverstößen ergibt sich die Unverwertbarkeit unabhängig von der Frage, wie schwer die dadurch verursachte Einbuße bei den Verteidigungsmöglichkeiten ausgefallen ist; der hypothetische Ersatzeingriff spielt deshalb insoweit ebenfalls keine Rolle.

⁵⁹ Pelz (Fn. 40), S. 73; Schlüchter (Fn. 3), Rn. 4.1; Rogall, NStZ 1988, 385 (392).

⁶⁰ Dies verkennt Rogall (ZStW 91 [1979], 1 [33]), weil er allein auf das Handlungsunrecht schaut. Dort hat der hypothetische Ersatzeingriff in der Tat nichts zu suchen.

⁶¹ Pitsch (Fn. 8), S. 285 ff., mit kurzem Überblick über den Streitstand. Ausführliche Behandlung bei Pelz (Fn. 40), S. 145 ff.

⁵⁵ Dies entspricht im Übrigen bereits der Rspr., vgl. BGHSt 51, 285 (291 f.) m.w.N.

⁵⁶ Vgl. dazu Beulke (Fn. 3), Rn. 148; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 11 Rn. 7; BVerfGE 63, 45 (61).

⁵⁷ Roxin/Schünemann (Fn. 56), § 11 Rn. 7.

ankommen muss. Was das Prognoseergebnis anbelangt, so ist eine Sicherheit über den alternativen Verlauf von vornherein denklogisch ausgeschlossen; andernfalls wäre man Hellseher und bräuchte keine Prognose.⁶² Die bereits angesprochene Beruhensprüfung im Rahmen der Revision (der es genügt, wenn die Fehlerursächlichkeit für das konkrete Urteil nicht auszuschließen ist), liefert ebenfalls keinen sachgerechten Maßstab, denn dort besteht nach Urteilsaufhebung noch die Gelegenheit zur Fehlerheilung in dem neuerlichen Erkenntnisverfahren, während die Unverwertbarkeit eines Beweismittels regelmäßig endgültiger Natur ist. Sie darf daher – als Ausnahme vom Prinzip der Verwertbarkeit außerhalb positiv geregelter Verwertungsverbote – nicht voreilig bejaht werden, sobald es (nur) möglich erscheint, dass der fragliche Beweis anderweitig nicht zu erlangen gewesen wäre. Der zutreffende Maßstab ist vielmehr der einer (überwiegenden) Wahrscheinlichkeit: Ist das Auffinden des Beweismittels bzw. ein anderweitiger Tatnachweis bei alternativem Vorgehen wahrscheinlicher als sein Nichtauffinden bzw. die Unbeweisbarkeit des Geschehens, so besteht kein Verwertungsverbot. Ist dies nicht der Fall (was auch bei Unaufklärbarkeit eines Überwiegens anzunehmen ist, denn die „Beweislast“ trägt insoweit die Strafverfolgungsseite⁶³), so bleibt das rechtswidrig erlangte Beweismittel unverwertbar. An dieser Stelle die Grenze zu ziehen, gebietet im Übrigen auch die Vernunft, denn die geforderte Feststellung, was konkret wahrscheinlicher ist, mag man einem Richter mit Aussicht auf Erfolg noch zumuten können. Abstufungen darunter oder darüber („höchstwahrscheinlich“⁶⁴, „mit großer Wahrscheinlichkeit“, „mehr als nur möglich“, „mit besonders ernsthafter Chance“⁶⁵) verlieren sich dagegen in letztlich spekulativen Mutmaßungen.

e) Ist der Beweisverstoß durch Private erfolgt (z.B. qua verbotener Telefonaufzeichnung durch einen Privatmann) und auch nicht dem Staat wegen seiner Veranlassung des Verstoßes zuzurechnen (wie etwa in der sog. Hörfallen-Entscheidung, wo Polizeibeamte ein überwachtes Gespräch eines Privaten mit dem Beschuldigten arrangiert hatten⁶⁶), so haben naturgemäß andere Maßstäbe zu gelten.⁶⁷ Denn soweit sich – bislang – die Strafverfolgungsbehörden korrekt verhalten haben, bedarf es keiner Wiederherstellung einer gestörten Rechtsstaatlichkeit. Zu einer solchen käme es aber, sofern die prozessuale Verwertung den geschehenen Rechtsverstoß wiederholte oder vertiefte und somit staatliches Unrecht dem privaten hinzufügte.⁶⁸ Anzunehmen wäre das beispielsweise

bei der angesprochenen privaten Tonbandaufzeichnung, weil auch deren Einführung in den Strafprozess objektiv gegen § 201 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB verstieße, wohingegen die Verwertung eines von einem Privaten durch Täuschung oder gewaltsam erlangten Geständnisses des Beschuldigten dessen Persönlichkeitsrecht im Strafverfahren nicht erneut verletzt.⁶⁹ Hier wird das Gericht allerdings besonders sorgfältig zu würdigen haben, inwieweit es derart erschlichenen oder erzwungenen Angaben trauen darf.

IV. Die selbstständigen Beweisverwertungsverbote

Selbstständige Beweisverwertungsverbote entfalten ihre Wirkung selbst nach rechtmäßiger Beweiserhebung. Kein unzulässiges Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden bildet deshalb ihren materiellen Grund, sondern die Berührung bestimmter Geheimsphären, insbesondere des Kernbereichs der Persönlichkeitssphäre, der als Folge von Menschenwürde- und Persönlichkeitsschutz (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 S. 2 GG) auch für Strafverfolgungszwecke unantastbar zu bleiben hat. Selbstständige Verwertungsverbote entfalten ihre Wirkung deshalb auch unabhängig von einem Widerspruch gegen die Verwertung.

Teilstücke des Kernbereichs der Persönlichkeitssphäre sind bereits einfachgesetzlich jeglicher Verwertung entzogen. So verbieten die §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100c Abs. 5 S. 3 StPO, solche Erkenntnisse aus dem Kernbereich der Persönlichkeit zu verwerten, die qua – zulässiger – Telekommunikations- bzw. Wohnraumüberwachung erlangt wurden. Unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet wird ferner die Unverwertbarkeit von intimen Tagebuchaufzeichnungen⁷⁰ und Tonaufnahmen.⁷¹ Die Rspr. nahm allerdings jedenfalls in der Vergangenheit hier noch eine Abwägung gegen die Strafverfolgungsinteressen vor und gelangte so in Fällen schwerster Kriminalität dennoch zur Verwertbarkeit.⁷² Gegen derartige Abwägungen sind indes dieselben Bedenken zu erheben wie im Rahmen der unselbstständigen Verwertungsverbote, weshalb im Ergebnis bereits die Tangierung des unantastbaren Kernbereichs der Persönlichkeitssphäre für die Entstehung des Verwertungsverbotes zu genügen hat. Für akustische Überwachungen ist dies inzwischen höchstrichterlich anerkannt; sie sind abwägungsfest.⁷³ Selbst im eigentlichen Sinne nicht geheime, wohl aber der Privatsphäre zuzuordnende Erkenntnisse können geschützt sein. So entzieht § 252 StPO

⁶² Dies erkennt *Pelz* ([Fn. 40], S. 153 f.), der insoweit richterliche Überzeugung verlangt; ähnlich *Amelung* (Fn. 53), S. 52 („so angelegt, daß man [...] unweigerlich auf das Beweismittel gestoßen wäre“).

⁶³ *Pelz* (Fn. 40), S. 153; ähnlich *Roericht* (Fn. 30), S. 183 f.

⁶⁴ So *Rogall*, NSTZ 1988, 385 (392); *Schneider*, Beweisverbote aus dem Fair-Trial-Prinzip des Art. 6 EMRK, 2013, S. 370 f.

⁶⁵ *Wolter*, NSTZ 1984, 276 (277).

⁶⁶ BGHSt (GS) 42, 139.

⁶⁷ *Nüse*, JR 1966, 281 (285).

⁶⁸ *Grünwald*, JZ 1966, 489 (496 f.); BGHSt 14, 358 (363 ff.).

⁶⁹ Anders *Roxin/Schünemann* (Fn. 56), § 25 Rn. 65 (ohne nähere Darlegung); *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (41 f., unter unzutreffendem Verweis auf die Schutzpflicht des Staates, die gegenüber der abgeschlossenen Menschenrechtsverletzung aber ins Leere greift); *Muthorst* (Fn. 29), S. 296 f. (Verbot erstreckte sich auch auf sekundäre Beweismittel).

⁷⁰ BGHSt 19, 325.

⁷¹ BVerfG NJW 1973, 891 (892 f.).

⁷² BGHSt 19, 325 (332 f.) 34, 397 (401); BVerfG NJW 1973, 891 (893); zustimmend *Ranft* (Fn. 19), Rn. 1603.

⁷³ BGH NJW 2012, 945 (946 f.).

in seiner Auslegung als Verwertungsverbot⁷⁴ frühere – an sich ordnungsgemäß gewonnene – Aussagen eines aussageverweigerungsberechtigten Zeugen unter bestimmten Voraussetzungen dem gerichtlichen Zugriff.

Auch Geheimnisse jenseits des Kernbereichs und der Privatsphäre werden zum Teil durch positiv geregelte Verwertungsverbote geschützt. So verbietet § 393 Abs. 2 AO die Verwertung von Erkenntnissen, die dem Steuergeheimnis unterliegen (freilich nur solange, wie die Verfolgung einer Straftat nicht im „zwingenden öffentlichen Interesse“ liegt) und § 97 Abs. 1 S. 3 InsO jegliche strafprozessuale Verwendung von Auskünften des Gemeinschuldners im Insolvenzverfahren. Dagegen enthält § 51 BZRG (Nichtverwertbarkeit getilgter Vorstrafen) kein Verwertungsverbot im eigentlichen Sinne, sondern eine Tatsachenfiktion.⁷⁵

Betreffen selbstständige Verwertungsverbote nicht den Kernbereich der Persönlichkeit und sind sie zudem nicht gesetzlich explizit angeordnet, mag man ihre Geltung im Einzelfall für unangemessen halten, soweit ihre Beachtung andere Güter, vor allem die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, beeinträchtigt. Gleichwohl bietet die für derartige Interessenkonflikte erneut ins Feld geführte Abwägungslösung⁷⁶ aus den genannten Gründen auch hier keine Lösung für den Einzelfall; man kann die Reichweite solcher Verwertungsverbote ebenfalls nur generalisierend bestimmen.⁷⁷ Ein Beispiel bildet die Durchbrechung des aus § 252 StPO entwickelten Verwertungsverbotes qua Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson, soweit bestimmte prozedurale Standards gewahrt wurden.⁷⁸ Man darf an dieser Lösung in der Sache Kritik üben;⁷⁹ immerhin aber liefert sie dem Rechtsanwender operationalisierbare Kriterien, die zu einem für alle Beteiligten vorhersehbaren Ergebnis führen. Hingegen wäre es nicht angängig, die Geltung dieses Verwertungsverbotes etwa von der jeweiligen Schwere der konkret vorgeworfenen Straftat oder von dem richterlichen Beweisinteresse abhängig zu machen, denn dies führte erneut zu einer „Auflösung des die Rechtssicherheit garantierenden Rechtsstaates durch richterliche Interessenabwägung.“⁸⁰

V. Verwertung zu Gunsten des Beschuldigten

Uneinigkeit herrscht darüber, ob selbst im Falle der prinzipiellen Annahme eines Beweisverwertungsverbotes eine Verwertung zu Gunsten des Angeklagten möglich bleiben soll⁸¹ (Beispiel: Der gefoltete Zeuge offenbart einen Beweis für die Unschuld des Angeklagten). Richtigerweise darf der Richter sein Auge nicht vor Entlastungsindizien verschließen, selbst wenn sie aus einer fehlerhaften Beweiserhebung stammen. Andernfalls addierte man zu einem ersten Verstoß gegen ein rechtsstaatliches Verfahren (die rechtswidrige Beweiserhebung) einen zweiten (das materiell zu Unrecht verurteilende Strafurteil) und verdoppelte so die schädlichen Wirkungen eines Prozessrechtsverstosses. Selbstverständlich legitimiert dies keine illegalen Beweiserhebungen allein auf Grund ihres Zieles, den Angeklagten zu entlasten; sie blieben immer noch verboten und könnten u.U. sogar zur Strafbarkeit bis hin zur Rechtsbeugung (§ 339 StGB) führen. Wenn freilich ein – vielleicht nur versehentlicher – Beweiserhebungsfehler begangen wurde, so ist kein Grund erfindlich, warum man dann nicht wenigstens dadurch gefundene entlastende Aspekte berücksichtigen sollte. Die Beweisverwertungsverbote wirken daher ausschließlich als Belastungsverbote.⁸²

VI. Fernwirkung von Verwertungsverböten

Ist die Verwertung eines Beweises verboten, stellt sich die weitere Frage, inwieweit Erkenntnisse, die erst infolge der unverwertbaren Information gewonnen wurden, wenigstens ihrerseits verwertbar bleiben (sog. Fernwirkung, Beispiel: Infolge eines polizeilich initiierten, verbotenen Aushorchens des in Untersuchungshaft einsitzenden Beschuldigten durch einen Mitgefangenen wird der Name eines bis dahin unbekannten Belastungszeugen bekannt⁸³).

In der Rechtsprechung wird eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten bislang im Regelfall abgelehnt; sie hindere eine wirksame Verbrechensbekämpfung und es lasse sich auch kaum jemals feststellen, ob die Polizei das weitere Beweismittel nicht auch ohne den Verstoß gefunden hätte.⁸⁴ Ein Fehler dürfe nicht zur Lahmlegung des gesamten Strafverfahrens führen.⁸⁵ Andererseits hat der BGH – unter Zustimmung eines Teils der Literatur⁸⁶ – vereinzelt Fernwirkungen angenommen,⁸⁷ vor allem dann, wenn der Verfah-

⁷⁴ BGHSt 2, 99 (104 f.); 27, 231 (232); vgl. auch den noch engeren Anfragebeschluss des 2. Strafsenates, BGH NStZ 2014, 596.

⁷⁵ Dencker (Fn. 13), S. 34.

⁷⁶ Beulke (Fn. 3), Rn. 458.

⁷⁷ Sternberg-Lieben, JZ 1995, 844 (848).

⁷⁸ Vgl. BGHSt 2, 99 (106): Frühere richterliche Vernehmung mit ordnungsgemäßer Belehrung; noch enger BGH NStZ 2014, 596 (598): qualifizierte richterliche Belehrung über die Möglichkeit der Richtervernehmung.

⁷⁹ Vgl. etwa Heghmanns (Fn. 43), Rn. 924 und ET 17-02.

⁸⁰ Sternberg-Lieben, JZ 1995, 844 (848).

⁸¹ Befürwortend Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (38); Dencker (Fn. 13), S. 73 ff.; Beulke (Fn. 3), Rn. 457; Pitsch (Fn. 8), S. 302 f.; dagegen Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 1), § 136a Rn. 27; Peters (Fn. 10), S. 337; offen gelassen von BGH NStZ 2008, 706 f.

⁸² Dencker (Fn. 13), S. 73.

⁸³ BGHSt 34, 362.

⁸⁴ BGHSt 34, 362 (364 f.).

⁸⁵ BGHSt 22, 129 (136); 32, 68 (71); BGH NStZ 1984, 275 m. Anm. Wolter, NStZ 1984, 276.

⁸⁶ Eine ähnliche Position wie die Rspr. vertreten Roxin/Schünemann (Fn. 56), § 24 Rn. 59 ff., 64; Schlüchter (Fn. 3), Rn. 352.3.

⁸⁷ BGHSt 29, 244 (Verwertungsverbot nach § 7 Abs. 3 G 10 a.F.).

rensverstoß auf die nachfolgende Beweiserhebung fortwirkt, etwa durch Vorhalt unzulässig erlangter Beweismittel⁸⁸ oder beim Fortwirken von Drohungen, die in einer früheren Vernehmung ausgesprochen worden waren und während einer nachfolgenden Vernehmung noch „in der Luft hingen“.⁸⁹

Im Schrifttum wird demgegenüber teilweise eine flächendeckende Fernwirkung von Verwertungsverböten gefordert.⁹⁰ Vorbild ist die *fruit of the poisonous tree doctrine* aus dem anglo-amerikanischen Prozessrecht, die dort primär eine disziplinierende Funktion gegenüber der Polizei ausüben soll.⁹¹ Die Notwendigkeit dazu folgt u.a. aus der teilweisen Wählbarkeit von (insb. ländlichen) Polizeibeamten und darauf beruhender unprofessioneller Ausbildung sowie der Parteistruktur des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, zwei Faktoren, die in vergleichbarer Form in Deutschland nicht existieren⁹² und ohnehin bei selbstständigen Beweisverwertungsverböten keine schlüssige Erklärung liefern. Deswegen herrschen in der Literatur zu Recht differenzierende Auffassungen vor. Sie stellen teilweise in Fortschreibung der Abwägungslösung in wertender Gesamtschau auf die Schwere eines vorangegangenen Verstoßes, den Schutzbereich der verletzten Beweiserhebungsnorm bzw. Geheimsphäre und auf das Gewicht des unrechtmäßig erlangten Beweisvorteils ab.⁹³ Andere betonen die Frage, ob das weitere Beweismittel auch bei legalem Vorgehen bzw. ohne das verbotene Beweismittel von den Strafverfolgungsbehörden entdeckt worden wäre (hypothetischer Ersatzeingriff).⁹⁴ Aus den bereits dargestellten Gründen sind indessen abwägende Lösungen auch an dieser Stelle untauglich, klare Richtlinien zu liefern. In den Fällen einer Fortwirkung des Rechtsverstoßes wäre ohnehin stets ein Verbot der Verwertung weiterreichender Erkenntnisse anzunehmen.⁹⁵ Im Übrigen bedarf es einer über die unmittelbare Unverwertbarkeit hinausgehenden Kompensation eines Beweiserhebungsfehlers stets dann, wenn das weitere Beweismittel nicht ohnehin mit Wahrscheinlichkeit entdeckt worden wäre. Andernfalls ver-

schöbe sich die Verfahrensbalance, die durch die hier vertretene Lösung gewahrt werden soll, durch die Hintertür doch wieder zu Gunsten des rechtswidrig agierenden Staates. Zu einer Fernwirkung kommt es ferner überall dort, wo der Gesetzgeber selbst explizit jede weitere Nutzung einer Information qua Verwendungsverbot untersagt hat. In allen übrigen Fällen genießt das Strafverfolgungsinteresse Vorrang.

VII. Das Widerspruchserfordernis

Zugleich mit der Anerkennung eines Beweisverwertungsverbötes im Falle unterlassener Beschuldigtenbelehrung hat der BGH im Jahre 1992 dem bis dahin nur sporadisch genannten Widerspruchserfordernis⁹⁶ zum Durchbruch verholfen.⁹⁷ Seither kann sich kein Angeklagter mehr auf ein (ungeschriebenes, unselbstständiges) Beweisverwertungsverbot berufen, wenn er der Verwertung nicht spätestens unmittelbar nach der betreffenden Beweiserhebung in der Hauptverhandlung widersprochen hat.⁹⁸ Maßgebend ist dabei die erstmalige Verwertung; ein erst in der Berufungsinstanz erhobener Widerspruch käme zu spät.⁹⁹ Den Widerspruch verlangt die Rechtsprechung allerdings nur vom verteidigten Angeklagten. Wer ohne Verteidiger in der Hauptverhandlung auftritt, braucht nur dann zu widersprechen, wenn er vom Gericht zuvor über das Widerspruchserfordernis aufgeklärt wurde.¹⁰⁰

Die Widerspruchslösung ist im Schrifttum fast durchweg¹⁰¹ auf berechnete Kritik gestoßen.¹⁰² Als Mitwirkungserfordernis des Angeklagten bedürfte sie einer sachlichen Rechtfertigung, welche in den fraglichen Entscheidungen des BGH nur rudimentär zu finden ist. Allein Maatz hat mit einer gründlicheren Argumentation versucht, die Widerspruchspflicht aus der Rolle des Verteidigers und seiner Verantwor-

⁸⁸ BGHSt 27, 355 (358).

⁸⁹ BGHSt 17, 364 (367 f.).

⁹⁰ So Grünwald, JZ 1966, 489 (500); Amelung (Fn. 53), S. 49 f.; Hüls, ZIS 2009, 160 (167 f.); Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 392.

⁹¹ Wagner, NStZ 1989, 34 f. (35); eingehende Darstellung bei Ambos, Beweisverwertungsverböte, 2010, S. 128 ff.

⁹² Roxin/Schünemann (Fn. 56), § 24 Rn. 60; Schroeder/Verrel (Fn. 8), Rn. 122; Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 912; anders Grünwald (StV 1987, 470 [472 f.]), der eine Disziplinierungsfunktion auch in Deutschland für erforderlich hält.

⁹³ Hellmann (Fn. 32), Rn. 484; Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2015, Rn. 463; Wolter, NStZ 1984, 277 f.; Pitsch (Fn. 8), S. 316.

⁹⁴ Beulke (Fn. 3), Rn. 483; Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, § 65 II. 7.; Ransiek (Fn. 19), S. 960; z.T. auch Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 1), Einleitung Rn. 57c; sowie Schneider (Fn. 64), S. 370 f.

⁹⁵ Roxin/Schünemann (Fn. 56), § 24 Rn. 61, 64; vgl. OLG Karlsruhe, NJW 2004, 2687.

⁹⁶ Zur Entwicklung seit der ersten einschlägigen Entscheidung RGSt 4, 301 umfassend Dudel, Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverböten, 1999, S. 32 ff.

⁹⁷ BGHSt 38, 214 (225 f.); Beulke (Fn. 3), Rn. 460a m.w.N.

⁹⁸ BGHSt 39, 349 (352 f.); 42, 15 (22 f.); OLG Hamm NStZ-RR 2010, 148 (149); Dallmeyer (Fn. 8), Rn. II.410 ff.

⁹⁹ Ranft (Fn. 19), Rn. 351; OLG Stuttgart NStZ 1997, 405; BGHSt 50, 272 (274 f. für das Verfahren nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht).

¹⁰⁰ BGHSt 38, 214 (226); Diemer (Fn. 44), § 136 Rn. 28; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 1), § 136 Rn. 25, Scheffler, in: Heghmanns/Scheffler (Fn. 8), Rn. VII.651.

¹⁰¹ Zustimmend aber Ignor (in: Hanack [Hrsg.], Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 185 [191 ff.]), der sich eine Stärkung der Subjektstellung des Beschuldigten verspricht, weil dieser die Wahl habe, ihm günstige Beweisergebnisse gleichwohl verwerten zu lassen. Mit der hier vertretenen Lösung, wonach diese stets verwertbar bleiben, ist dem aber bereits Rechnung getragen.

¹⁰² Neben vielen weiteren Beulke (Fn. 3), Rn. 460a; Roxin/Schünemann (Fn. 56), § 24 Rn. 34; Widmaier, NStZ 1992, 519; Dornach, NStZ 1995, 57; Ventzke, StV 1997, 543; Dahs, StraFo 1998, 253; Schroth, JuS 1998, 969 (970); Dudel (Fn. 96), passim; Kudlich, HRRS 2011, 114 (115 f.).

tung für ein rechtsförmiges Verhalten abzuleiten.¹⁰³ Im Ergebnis vermag aber keiner der Begründungsansätze das Widerspruchserfordernis zu tragen.

Dies gilt zunächst für den bereits vom RG bemühten Gedanken eines konkludenten Rügeverzichts.¹⁰⁴ Selbstverständlich ist es dem Angeklagten gestattet, aus taktischen Erwägungen heraus auf die Geltendmachung eines Verstoßes gegen eine seinem Schutze dienende Verfahrensvorschrift zu verzichten, um sich entlastende Momente aus dieser Aussage zunutze machen zu können.¹⁰⁵ Problematisch ist dagegen das Konstrukt des konkludenten Verzichts. Denn dieser setzt die Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Verfahrens voraus, die man selbst einem Verteidiger nach Aktenkenntnis nicht ohne Weiteres zuschreiben sollte (vor allem dann nicht, wenn der Fehler bereits dem erkennenden Gericht unentdeckt geblieben war¹⁰⁶). Erst recht darf man dem Angeklagten nicht unterstellen, eine Rügemöglichkeit gekannt und bewusst keinen Gebrauch von ihr gemacht zu haben. Folglich müsste man ein (schuldhaftes) Nichtwidersprechen des Verteidigers dem unwissenden Angeklagten zurechnen, was prinzipiell fragwürdig erschiene.¹⁰⁷ Der BGH hat darüber hinaus den Gedanken der Verwirkung ins Spiel gebracht.¹⁰⁸ Sie setzt allerdings erst recht voraus, dem Verteidiger eine Kenntnis des Mangels zuschreiben zu dürfen.

In anderen Entscheidungen hat der BGH sich auf die Mitverantwortung des Verteidigers für ein rechtsförmiges Verfahren bezogen: „Diese Einschränkung des Verwertungsverbot[es] [...] entspricht der besonderen Verantwortung des Verteidigers und seiner Fähigkeit, Belehrungsmängel aufzudecken und zu erkennen, ob die Berufung auf das Verwertungsverbot einer sinnvollen Verteidigung dient.“¹⁰⁹ Sein Widerspruch „dient der gebotenen Verfahrensförderung, ohne dem verteidigten Angeklagten unzumutbare Anforderungen aufzuerlegen.“¹¹⁰ Maatz hat diesen Gedanken auf die Organstellung des Verteidigers (§ 1 BRAO) zurückgeführt.¹¹¹ Dies verkennet freilich einen wichtigen Aspekt: Der deutsche Strafprozess verlangt im Regelfall überhaupt keine Mitwirkung eines Verteidigers, sondern tut dies nur im (normativen und auch tatsächlichen Ausnahme-)Fall der notwendigen Verteidigung (§ 140 f. StPO). Im Falle der Nichtverteidigung steht aber selbstverständlich das Gericht in der vollen Verantwortung für den fehlerfreien Verlauf des Verfahrens und die Verwertung allein solcher Beweise, die keinem Verwer-

tungsverbot unterliegen.¹¹² Der dann hinzutretende Verteidiger ist in erster Linie Beistand des Angeklagten und er mag als Organ der Rechtspflege allenfalls eine gewisse Verantwortung dafür tragen, seinerseits nicht prozessordnungswidrig zu agieren. Durch seine Mitwirkung werden Verantwortung und strafprozessuale Rollen aber keineswegs völlig neu verteilt. Wenn man also dem Angeklagten – selbstverständlich – keine aus seiner Rolle abzuleitende Mitverantwortung (und daher kein Widerspruchserfordernis) zuschreiben darf, so hat für seinen Verteidiger nichts anderes zu gelten.¹¹³

Das Widerspruchserfordernis hat sich zudem prozessökonomisch als Fehlschlag erwiesen. Die Revisionsgerichte hatten offenbar gehofft, mit seiner Hilfe Verfahren zügiger erledigen zu können. Die erkennenden Gerichte sollten frühzeitig auf begangene Fehler hingewiesen werden, um diese ggf. heilen und andernfalls selbst die gebotenen Konsequenzen ziehen zu können. Zudem sollte wohl der einen oder anderen Revisionsrüge auf formale Weise der Boden entzogen werden. Beide Hoffnungen sind offenkundig enttäuscht worden. Vielmehr stellt es nun die Pflicht des Verteidigers dar, vorsorglich gegen alles Widerspruch zu erheben, was ihm irgendwie zweifelhaft erscheint.¹¹⁴ Dadurch entsteht ein erheblicher Mehraufwand bei den Instanzgerichten, die sich mit zahlreichen, an sich überflüssigen Widersprüchen (und ihrer Protokollierung) befassen müssen, welche am Ende nie im Rahmen einer Revision eine Rolle spielen, weil der vermeintliche Fehler sich bei genauerem Hinsehen als gar nicht existent erweist oder aber der Beschuldigte mit dem Ergebnis des Prozesses durchaus zufrieden ist und daher kein Rechtsmittel einlegt. Zudem geraten die Revisionsbegründungen immer umfangreicher, weil nun nicht allein der Fehler, sondern auch seine Rüge auszuführen ist (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO). Das wiederum steigert den Prüfaufwand der Revisionsgerichte, ohne im Ergebnis zu einer deutlich effektiveren Prozesserledigung beizutragen. Vor diesem Hintergrund täten sich die Revisionsgerichte selbst einen Gefallen, würden sie die Widerspruchslösung endlich über Bord werfen. Möglichen Interessen des Beschuldigten an einer ausnahmsweisen Verwertbarkeit ihm günstig erscheinender Beweisergebnisse könnte ebenso gut Rechnung getragen werden, indem man ihm die Möglichkeit zubilligt, eine Verwertbarkeit mit seiner ausdrücklichen Zustimmung herbeizuführen.¹¹⁵

VIII. Zusammenfassung

Das Recht der Beweisverwertungsverbote hat sich bis jetzt einer konsistenten, zufriedenstellenden Gesamtlösung entzogen. Ob die hier vorgeschlagene Teillösung für die (ungeschriebenen) unselbstständigen Verwertungsverbote daran etwas ändert, muss die weitere Diskussion ergeben. Nach der dargestellten Konzeption folgt auf einen Verfahrensfehler die

¹⁰³ Maatz, NStZ 1992, 513 f. Maatz war Richter des 4. Strafsenats des BGH.

¹⁰⁴ RGSt 50, 365; 58, 100.

¹⁰⁵ Widmaier, NStZ 1992, 519 (521).

¹⁰⁶ Widmaier, NStZ 1992, 519 (520).

¹⁰⁷ Dornach, NStZ 1995, 57 (62 f.); vgl. ferner Maul, in: Hannich (Fn. 3), § 44 Rn. 30; BGHSt 14, 306 (308) zur Fristversäumnis.

¹⁰⁸ So etwa BGHSt 9, 24 (28).

¹⁰⁹ BGHSt 38, 214 (226).

¹¹⁰ BGHSt 42, 15 (23).

¹¹¹ Maatz, NStZ 1992, 513 f.

¹¹² Widmaier, NStZ 1992, 519 (521); Dornach, NStZ 1995, 57 (62).

¹¹³ Widmaier, NStZ 1992, 519 (521 ff.); Dachs, StraFo 1998, 258.

¹¹⁴ Dallmeyer (Fn. 8), Rn. II.411.

¹¹⁵ So Ignor u.a., BRAK-Stellungnahme 17/2012; Ventzke, StV 1997, 543 (547).

Unverwertbarkeit des infolge des Fehlers erlangten Beweismittels stets dann, wenn die Strafverfolgungsbehörden den Fehler bewusst oder willkürlich begangen haben. Daneben kommt es zur Unverwertbarkeit, wenn der Fehler zu einer Störung der Verfahrensbalance zwischen Strafverfolgung und Verteidigung geführt hat. In diesem Fall scheidet ein Verwertungsverbot allerdings aus, wenn das betroffene Beweismittel auch bei legaler Vorgehensweise mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erlangt worden wäre.