

AUSGABE 7/2016

S. 416 - 494

11. Jahrgang

Inhalt

ZEHN JAHRE ZIS II

Strafrecht

- Methode, Stil, Person: Claus Roxin zum 85. Geburtstag**
Von Prof. Dr. Luís Greco (LL.M.), Augsburg 416
- Der Unfall im Straßenverkehr (§ 142 StGB)**
Von Prof. Dr. Jan Zopfs, Mainz 426
- Ausufernd und fehlplatziert: Der Tatbestand der Datenhehlerei (§ 202d StGB) im System des strafrechtlichen Daten- und Informationsschutzes**
Von Prof. Dr. Tobias Singelstein, Berlin 432
- Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid?**
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 440
- Stalking als Eignungsdelikt**
Von Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Kristian Kühl, Tübingen 450
- Strafrecht, Compliance, Pharmamarketing
Kriminologische Beobachtungen anlässlich des Entwurfs zu §§ 299a ff. StGB n.F.**
Von Prof. Dr. Ralf Kölbel, München 452

Europäisches Strafrecht

- Die Bekämpfung der transnationalen organisierten Kriminalität in der EU**
Von Prof. Dr. Bernd Hecker, Trier 467
- Die Internationalen Menschenrechte und das Strafrecht
Einige Anmerkungen zur Rechtslage in Deutschland und Brasilien**
Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin 478

Internationales Strafrecht

- Völkermord durch Tötung zweier litauischer Partisanen?
Besprechung von EGMR (GC), Ur. v. 20.10.2015 – 35343/05
(Vasiliauskas v. Lithuania)**
Von Prof. Dr. Hans Vest, Bern 487

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

Methode, Stil, Person: Claus Roxin zum 85. Geburtstag*

Von Prof. Dr. **Luís Greco** (LL.M.), Augsburg

I. Einleitung

Claus Roxin ist ein Strafrechtsdogmatiker; er ist aber ein über die eigene Tätigkeit immer kritisch reflektierender und insofern ein undogmatischer Dogmatiker. Im ersten Teil meines Vortrags wird es mir um eine Darstellung dieser Reflexion gehen, die unser Geburtstagkind, das vor genau drei Tagen seinen 85. Geburtstag feiern durfte, seit seinen ersten Werken immer explizit zu machen sucht – also um seine Methode (u. II. 1.).

In einem zweiten Teil bemühe ich mich um das Implizite: *Claus Roxin* tut mehr als dogmatisieren und reflektieren; er betreibt diese Aktivitäten auf eine besondere, höchstpersönliche Art und Weise, also mit einem bestimmten Stil. Ich werde versuchen, die kennzeichnenden Züge des *Roxinschen* Pinselstrichs zu beschreiben, die dessen Unverwechsel- sowie Unnachahmbarkeit ausmachen (u. II. 2.).

In meinem dritten Teil (u. II. 3.) suche ich nach dem einigenden Band zwischen dem expliziten Aspekt der Methode und dem impliziten Aspekt des Stils; dieses Band findet sich in der Person von *Claus Roxin*.

II. Hauptteil

1. Explizites: Methode

Auf den Punkt gebracht lassen sich die von Roxin formulierten Reflexionen über die eigene Methode als Strafrechtsdogmatiker mit drei Begriffen zusammenfassen: funktionales Strafrechtssystem, Ernstnahme des Rechtsstoffs, Praxisbezug.

a) Funktionales Strafrechtssystem

„Aus alledem wird klar, daß der richtige Weg nur darin bestehen kann, die kriminalpolitischen Wertentscheidungen in das System des Strafrechts so eingehen zu lassen, daß ihre gesetzliche Fundierung, ihre Klarheit und Berechenbarkeit, ihr widerspruchsfreies Zusammenspiel und ihre Auswirkungen im Detail hinter den Leistungen des formalpositivistischen Systems *Lisztscher* Provenienz nicht zurückstehen“ – so *Roxin* in seinem so knappen wie folgenreichen Manifest „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem“ von 1970.¹ „Auszu- gehen ist von der These, dass ein modernes Strafrechtssystem teleologisch strukturiert sein, d.h. auf wertenden Zwecksetzungen aufbauen muss. [...] Die leitenden Zwecksetzungen, die das Strafrechtssystem konstituieren, können nur kriminalpolitischer Art sein“² – so *Roxin* drei Jahrzehnte später, in

seinem Lehrbuch, das die deutsche Strafrechtswissenschaft stolz macht. Die Idee ist so einfach wie unbestreitbar. Sie ist ein großer Erfolg innerhalb und außerhalb Deutschlands.³

Sie ist einfach: Wenn die Strafe auf bestimmten Legitimitätsvoraussetzungen beruht, müssen diese auch dann beachtet werden, wenn es um die Frage geht, ob sich ein konkreter Täter strafbar gemacht hat oder nicht. Hier wie sonst liegt die Kraft des Gedankens weniger in seiner völligen Neuheit⁴ als darin, dass er etwas ausspricht, das man schon – so paradox sich das auch anhört – unbewusst gewusst hatte. Denn erst die Bewusstmachung des Unbewussten – dass das Es zu Ich werde, könnte ein *Roxin*-Schüler sagen, der sich später in Passau etabliert hat – macht es der Kritik und somit der rationalen Kontrolle zugänglich.

spektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, 1998, S. 885; *ders.*, in: Schönemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 21; *ders.*, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 423; *ders.*, in: Silva Dias/Duarte d’Almeida/de Sousa Mendes/Lopes Alves/Antonia Raposo (Hrsg.), *Liber Amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º Aniversário, 2009, S. 777 (786 ff.); *ders.*, Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland, GA 2011, 678.

³ Aus der deutschen Literatur: *Schünemann*, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1 (45 ff.); *ders.*, in: Geppert/Bohnert/Rengier (Hrsg.) Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, 1992, S. 117; *ders.*, in: Schönemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1 (23 ff.); *Rudolphi*, in: Schönemann (a.a.O.), S. 69; *Amelung*, in: Schönemann (a.a.O.), S. 85; *Achenbach*, in: Schönemann (a.a.O.), S. 135 (140); *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 56 ff.; *Wolter*, in: Schönemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 3 (31). Aus der spanischen Literatur: *Muñoz Conde*, Introducción al derecho penal, 1975, S. 182 ff.; *Mir Puig*, in: El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, 1994, S. 30 ff. (45); *ders.*, in: Schönemann/Figueiredo Dias (a.a.O.), S. 35 f.; *Silva-Sánchez*, Aproximación al derecho penal contemporáneo, 1992, S. 362 ff. Aus Italien: *Moccia*, Il diritto penale tra essere e valore, 1992, S. 26 ff.; *Cavaliere*, L’errore sulle scriminanti nella teoria dell’illecito penale, 2000, S. 349 ff. In Portugal *Figueiredo Dias*, Direito Penal, Parte Geral, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, Kap. 10 § 24 ff.; *Costa Andrade*, in: Schönemann/Figueiredo Dias (a.a.O.), S. 121; *Sousa e Brito*, in: Schönemann/Figueiredo Dias (a.a.O.), S. 71.

⁴ Dazu, dass bereits *Feuerbach* seine Straftatlehre explizit auf seine Straftheorie zurückführte, *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 59 ff. m.w.N.

* Der Text entspricht dem Vortrag, der in dem von Prof. Dr. *Lorenz Schulz* veranstalteten wid-Treff am 18.5.2016 in München gehalten wurde. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973 (1. Aufl. 1970), S. 10.

² *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn. 58 f. Siehe auch *ders.*, in: Albrecht/Dünnel/Kerner/Kürzinger/Schöch/Sessar/Villmow (Hrsg.), Internationale Per-

Aus diesem Grund lässt sich die Idee auch nicht bestreiten. Zwar wird sie bestritten; *Roxin* selbst führt seine These als Antipode zu der von *v. Liszt* aufgestellten Trennung von Strafrecht und Kriminalpolitik ein, und die These hatte mit Gegnern zu rechnen von der frühen Stunde ihrer Geburt⁵ bis zum heutigen Tag.⁶ Nach näherem Hinsehen erweist sich aber, dass nicht die These in ihrem sachlichen Gehalt, sondern ihre Bewusstwerdung der Stein des Anstoßes zu sein scheint. Denn die Gegner argumentieren kriminalpolitisch, gelegentlich sogar offen kriminalpolitisch, nur dieses Wort lassen Sie aus welchen Gründen auch immer lieber unbezogen. So plädiert *Franz v. Liszt* für einen extensiven Täterbegriff wegen dessen größerer Einfachheit.⁷ Dahinter steckt die Idee, dass erst eine Ausweitung oder besser: eine Auflösung der Grenzen der Straftatbestände den spezialpräventiven Vorgaben einer flexiblen, auf die Individualität der jeweiligen Täterpersönlichkeit zugeschnittenen Reaktion entspricht. Hiermit kommt die Rücksicht auf den *nullum crimen*-Satz, der, wie *Roxin* immer betont hat, einen Leitgedanken der Deliktskategorie des Tatbestandes bilden muss,⁸ zu kurz, was gerade einen der wichtigsten Einwände gegen diesen Täterbegriff verkörpert.⁹ *Welzels* berühmtes Argument für die Einbeziehung des Vorsatzes in den Tatbestand, so ontologisch es sich auch gibt, erweist sich nach näherem Hinsehen als Ausfluss eines generalpräventiven und rechtsgüterschützenden Verständnisses des Strafrechts:¹⁰ Möchte die Rechtsordnung Rechtsgüter effizient schützen, dann muss sie ihre Gebote und Verbote auf dasjenige beziehen, worauf Gebote und Verbote allein einwirken können, nämlich auf die

menschliche Handlung.¹¹ Die sachlogischen Strukturen stehen nicht am Anfang des Arguments, sondern in dessen Mitte.

Allenfalls könnte man darüber streiten, welche Kriminalpolitik in das Strafrechtssystem Eingang finden darf. Dies ist aber der Streit, der sich gerade gehört und dem sich eine Disziplin, die über die eigenen Grundlagen Rechenschaft ablegt und erst deshalb verdienstvollerweise die Bezeichnung einer Wissenschaft führt, nicht entziehen darf.

b) *Ernstnahme des Rechtsstoffs*

„Ein anderes ist die Idee, wenn sie in Marmor, ein anderes, wenn sie in Bronze verwirklicht werden soll“ – ich zitiere jetzt nicht *Roxin*, sondern *Radbruch*, oder genauer: ich zitiere ein von *Roxin* 1968 angeführtes *Radbruch*-Zitat.¹² Damit verleiht *Roxin* Gedanken, die er in seiner Habilitationsschrift über „Täterschaft und Tatherrschaft“ entwickelt hatte, freilich unter Berufung auf andere Gewährsmänner – nämlich auf *Hegel* und *Larenz* und den sog. „konkreten“ Begriff,¹³ sowie auf *Bollnow* und den von ihm sog. „Widerstand der Sache“¹⁴ – einen neuen Ausdruck. Es kam eigentlich weniger auf diese Gewährsmänner und ihre Denkfiguren an, sondern auf eine Synthese von „Problem und System“.¹⁵ *Roxin* wendet sich gegen eine rein deduktive Vorgehensweise; das Eigenrecht des Konkreten wird gegenüber der blinden oder bequemen Tyrannei des Abstrakten behauptet. „Wenn man dagegen den Phänomenen beschreibend nachgeht, ergibt es sich ganz von selbst, daß zwischen ihnen obwaltende Zusammenhänge sich von Schritt zu Schritt immer deutlicher enthüllen und zum Schluss ein aus der Sache gewonnenes System erkennen lassen, das den Rechtsstoff als eine sinnvoll gegliederte Einheit begreift.“¹⁶ Das Konkrete ist nicht bloß nachträgliche Korrektur oder experimentum crucis für eine bereits allein mittels des logischen Regelwerks gewonnene abstrakte Theorie. Es soll vielmehr bereits an der Entstehung und Entwicklung dieser Theorie dadurch mitwirken, dass es für seine eigene innere Logik Gehör verschafft. „Denn der ‚Gegenstand‘, an dem wir uns zu orientieren haben, ist ja nicht die

⁵ Siehe die Nachw. in dem der 2. Aufl. hinzugefügten Nachwort, in: *Roxin* (Fn. 1), S. 45 ff.

⁶ Zu den heutigen Gegnern etwa *Hirsch*, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 399 (414 ff.); *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von Strafzwecken?, 1995, S. 7 ff.; *Moreno Hernández*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Fn. 3), S. 69 (86 ff.); *Petoello Mantovani*, ZStW 109 (1997), 17; *D'Ávila*, ZIS 2008, 485.

⁷ *v. Liszt*, Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, 1905, S. 73 (87 f.).

⁸ *Roxin* (Rn. 1), S. 16; etwas relativierend *ders.* (Fn. 2 – AT I), § 7 Rn. 62.

⁹ Siehe diesen Einwand bereits bei *Zimmerl*, ZStW 49 (1929), 39 (41): „Diese extensive Interpretation der Tatbestände hat jedoch einen schweren Nachteil: sie vernichtet genau genommen die Tatbestände“; bei *Greco*, *Cumplicidade através de ações neutras*, 2004, S. 25; *Greco/Teixeira*, in: *Greco/Leite/Teixeira/Assis* (Hrsg.), *Autoria como domínio do fato*, 2014, S. 47 (50). *Roxins* Kritik zielt vorrangig auf andere Aspekte ab, siehe *ders.*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl. 2015, S. 5, 28 ff., 451; *ders.*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 3.

¹⁰ Vgl. *Greco*, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, S. 90 f., auch mit einer anderen Deutungsmöglichkeit des Arguments.

¹¹ *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 37; *ders.*, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Aufl. 1961, S. XI: „Wie das Recht nicht den Frauen gebieten kann, die Schwangerschaft zu beschleunigen und schon nach sechs Monaten lebensfähige Kinder zur Welt zu bringen, so kann es ihnen auch nicht verbieten, Fehlgeburten zu bekommen“; *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 69 ff.; *Hirsch*, in: *Seebode* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, S. 43 (47).

¹² *Roxin*, in: *Kaufmann* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, S. 260 (265).

¹³ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 531.

¹⁴ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 533 ff.

¹⁵ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 536 ff.

¹⁶ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 538. Viele weitere kennzeichnende Zitate sind gesammelt bei *Haffke*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Claus Roxin, Person – Werk – Epoche*, 2001, S. 32 f.

nackte Faktizität, sondern ein rechtlich schon durchgeprägtes Material.¹⁷ Die Theorie wird nicht auf Fälle angewandt, sie wird an den und aus den Fällen entwickelt; die Arbeit an der Theorie ist immer zugleich Arbeit am Fall. In dieser Arbeitsweise, die *Haffke* mit der Tätigkeit eines Landvermessers vergleicht,¹⁸ erblickt *Neumann* sogar zum Teil den Schlüssel für den Erfolg des Werks unseres Jubilars.¹⁹

Auch diese methodischen Vorschläge sind nicht auf un eingeschränkte Zustimmung gestoßen. Einige empfinden sie als „widersprüchlich“,²⁰ andere als Ausdruck eines „freischwebenden Intuitionismus“.²¹ Im Grunde genommen geht es bei diesen Vorgaben wieder um unbewusst Gewusstes, also um Maximen allgemeiner Rationalität, die aber zum ersten Mal in der Jurisprudenz mit der zu wünschenden Klarheit formuliert und mit einer nur zu erträumenden Eleganz exekutiert worden sind. Diese Maximen sind in der Sache nichts anderes als das, was die moderne Philosophie als Überlegungsgleichgewicht bzw. „reflective equilibrium“ bezeichnet.²² Das einfache, deduktivistisch konstruierte und vertikal strukturierte Modell einer Konfrontation einer Theorie mit Tatsachen, mit der eventuellen Folge einer mittels des Syllogismus im modus tollens darstellbaren Falsifikation der wissenschaftlichen Theorie, von denen der *Poppersche* Falsifikationismus eine der bekanntesten Versionen bietet,²³ musste zugunsten komplexerer, dem Bild eines Netzes bzw. eines „web of belief“²⁴ entsprechender Modelle weichen, bei denen Theorie und Tatsache Teile eines holistischen Kontinuums darstellen. Ein Widerspruch zwischen zwei Punkten im Netz muss – anders als im *Popperschen* Falsifikationismus, bei dem die Theorie immer verliert – nicht stets zugunsten des einen Punktes aufgelöst werden, sondern es hängt von vielen weiteren Variablen ab, nicht zuletzt vom Vorhandensein anderweitiger Justierungsmöglichkeiten an sonstigen Punkten des Netzes oder von der Zentralität oder Bedeutsamkeit der jeweils widerstreitenden Punkte, auf wessen Kosten der Widerspruch behoben werden muss.

So kann man sich der mittelbaren Täterschaft erst einmal dadurch annähern, dass man feststellt, das Handeln mittels eines unverantwortlichen Anderen stehe auf derselben Stufe

wie das Handeln mittels eines Roboters oder eines Tieres – womit man vorläufig zu einem Verantwortungsprinzip kommt. Dieses Prinzip akzeptiert *Roxin* ohne Abstriche für die Fälle eines genötigten Anderen.²⁵ Jedoch hat ein streng verstandenes Verantwortungsprinzip schon keinen Platz für eine anerkannte prototypische Instanz der mittelbaren Täterschaft, nämlich den Fall des einem vermeidbaren Tatbestandsirrtum unterliegenden Tatmittlers. Das Verantwortungsprinzip muss also in seinem Geltungsbereich beschränkt werden: Es erfasst zwar Fälle der mittelbaren Täterschaft durch Nötigung, nicht jedoch die Fälle einer mittelbaren Täterschaft durch Irrtum.²⁶ Wenn das Verantwortungsprinzip also schon kein unumgängliches Dogma ist, ist bereits der erste Schritt dahingehend getan, auch Formen der mittelbaren Täterschaft anzuerkennen, bei denen der Tatmittler voll verantwortlich ist – womit die Figur eines „Täters hinter dem Täter“ in ihren vielen Ausprägungen möglich wird. Das, was *Welzel* von seiner deduktivistischen Warte aus für einen Unbegriff hielt – „Mittelbare Täterschaft durch einen unmittelbaren Handelnden, der selbst Täter ist, ist ein Unbegriff“²⁷ – wird also begreifbar.

c) Praxisbezug

Womit man zu einem dritten charakteristischen Zug der Methode *Roxins* kommt. Die Probleme, an denen er seine Theorien nicht bloß erprobt, sondern entwickelt, sind nicht in erster Linie Erbonkel-Fälle, sondern Fälle aus dem Alltag der Praxis. Die Risikoerhöhungslehre ist seine Antwort auf den LKW- bzw. Radfahrer-Fall aus BGHSt 11, 1, bei dem ein betrunkenen Radfahrer unter die Räder eines ihn in einem zu geringen Abstand überholenden LKW geriet, wobei unklar geblieben ist, ob der Erfolg bei Einhaltung des gebotenen Mindestabstands zu vermeiden gewesen wäre.²⁸ Die von *Roxin* eingeführten Figuren der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und der Mitwirkung an einer einverständlichen Fremdgefährdung werden u.a. an einem Fall entwickelt, den der BGH „erst vor wenigen Monaten zu entscheiden hatte“, nämlich dem Fall des Polizisten, der seine Dienstpistole im Armaturenbrett seines Autos gelassen hatte, woraufhin diese von seiner lebensmüden Freundin zur Selbsttötung eingesetzt wurde (BGHSt 24, 342).²⁹ Die Erfolgsgeschichte der Organisationsherrschaft beginnt bei einer Reflexion über Eichmann, der unmöglich bloßer Teilnehmer an den auf seinen Befehlen beruhenden Morden in den Konzentrationslagern sein könne.³⁰ Und die Erfolgsgeschichte der Tatherr-

¹⁷ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 538.

¹⁸ *Haffke* (Fn. 16), S. 31.

¹⁹ *Neumann*, ZStW 129 (2011), 215: „Der große Erfolg des wissenschaftlichen Werks von *Claus Roxin* erklärt sich zum guten Teil aus diesem Wirklichkeitsbezug seiner Strafrechtsdogmatik, die sich an den konkreten Lebensverhältnissen und, wie hinzugefügt, an den vorhandenen gesellschaftlichen Deutungsmustern orientiert.“

²⁰ So *Gössel*, in: *Hettinger/Hillenkamp/Köhler* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 83 (88 ff.).

²¹ *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 51.

²² *Grundlegend Rawls*, *A Theory of Justice*, Revised Edition, 1999, S. 18.

²³ *Popper*, *Logik der Forschung*, 10. Aufl. 1994, S. 44 ff.

²⁴ *Grundlegend Quine*, in: *ders.*, *From a Logical Point of View*, 2. Aufl. 1980, S. 20 (41 ff.); *Quine/Ullian*, *The Web of Belief*, 2. Aufl. 1978.

²⁵ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 146 ff., 169 f.

²⁶ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 172 ff.: Die Willensherrschaft beruhe auf der aus überlegenem Wissen folgenden finalen Überdetermination des Kausalverlaufs.

²⁷ *Welzel*, SJZ 1947, 645 (650).

²⁸ *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411.

²⁹ *Roxin*, in: *Lackner* (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, 1973, S. 241 (243).

³⁰ *Roxin*, GA 1963, 193; *ders.* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 246 ff.; autobiografisch *Roxin*, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, 2010, S. 449 (458): „Ich hatte sie aber aus der Anschau-

schaft hat ihren Beginn bei der Ablehnung der Badewannen- und Staschinsky-Urteile, bei denen Personen, die einen Straftatbestand eigenhändig verwirklicht hatten, von der Rechtsprechung auf subjektivistischer Grundlage zu bloßen Gehilfen erklärt wurden.³¹

Der Bezug zur Praxis hört nicht bei seinem Dialog mit der Rechtsprechung auf. Dem heutigen Sprachgebrauch ist es fast selbstverständlich, die Begriffe Praxis und Rechtsprechung als Synonyme zu behandeln, die sie aber weder geschichtlich noch in der Sache sind. Recht wird nicht erst durch den Richter, sondern bereits durch den Gesetzgeber praktiziert. Dies ist *Roxin* stets präsent: Deshalb ist er seit mehreren Jahrzehnten Mitglied im Kreis der „Alternativ-Professoren“³² aus dem nicht nur der berühmte Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1966 hervorging,³³ sondern eine Reihe weiterer anregender Vorschläge zur Gesetzesreform, die von den Tötungsdelikten³⁴ bis hin zu den Sanktionen³⁵ sowie zum Strafverfahrensrecht reichen.³⁶

ung des Eichmann-Prozesses in Jerusalem entwickelt“. Zur Organisationsherrschaft danach *Roxin* (Fn. 9), S. 242 ff.; *ders.*, in: Samson (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 549; *ders.*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 55; *ders.*, NStZ-Sonderheft für Schäfer 2002, S. 52; *ders.*, SchwZStr 125 (2007), 1; *ders.*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387; *ders.* (Fn. 9 – AT II), 2003, § 25 Rn. 105 ff.; *ders.*, ZIS 2009, 565; *ders.*, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 449; *ders.*, GA 2012, 395.

³¹ Zum Badenwannen-Urteil siehe *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 55 f., 76 f., 105 f. Fn. 52, 129; zum Staschinsky-Urteil *ders.* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 105 f. Fn. 52, 128 f. Siehe auch in autobiografischer Nacherzählung *Roxin* (Fn. 30), S. 457: „Der Ursprung meines Werkes über ‚Täterschaft und Tatherrschaft‘ liegt in dem Ungenügen an der ‚subjektiven‘ Teilnahmetheorie der Rechtsprechung, die mit den inhaltlosen und formelhaften Begriffen des Täter- und Teilnehmerwillens die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme fast zu einer Willkürentscheidung gemacht hatte.“

³² Hierzu *Roxin* (Fn. 30), S. 461 ff.

³³ *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Bd. 1-5, 1966 ff.

³⁴ *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe), 1980; *Schöch/Verrel*, GA 2005, 553; *Heine u.a.*, GA 2008, 193.

³⁵ *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973; *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992.

³⁶ *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozeßordnung: Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung, 1980; *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozeßordnung: Reform der Hauptverhandlung, 1985; *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf Zeugnisverweige-

Die Einheit von Abstraktem und Konkretem, von der oben b) die Rede war, wird somit zu einer Einheit von Theorie und Praxis. Zu *Kants* Antwort auf den Gemeinspruch „Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“, dass eine gute Theorie immer gut für die Praxis sei,³⁷ würde *Roxin* möglicherweise anmerken, dass Praxis und Theorie – ohne deren Unterschiede zu leugnen³⁸ – zu einem guten Teil zwei verschiedene Exerzierfelder ein und derselben geistigen Aktivität sind. Und entgegen *Kant* ist es nicht bloß so, dass eine Theorie nur deshalb für die Praxis nicht taugt, weil „nicht genug Theorie da war“,³⁹ es kann auch sein, dass in der Theorie zu wenig Praxis enthalten ist. Die Praxis ist also nicht die Folge der Theorie, sondern deren Beginn und Vollendung.

2. Implizites: Stil

Die Züge, die ich soeben beschrieben habe, sind kein Geheimnis. Sie lassen sich, wie aus den zitierten Passagen erkennbar, aus dem Werk *Roxins* selbst explizit ablesen, sie werden von ihm nicht bloß postuliert, sondern auch begründet. Es gibt aber, wie gesagt, eine Reihe von Merkmalen, die eher implizit in Erscheinung treten. Bei ihnen geht es also nicht um Maximen der Methode, sondern um Züge des Stils. Ich versuche jetzt diese drei Züge jeweils auf einen Gedanken zurückzuführen: Versöhnung, Offenheit und eine bestimmte Faszination für die Zahl drei.

a) Versöhnung

Wie oben schon gesehen, arbeitet *Roxin* im Sinne einer Überwindung von traditionellen Gegensätzen. Abstrakte Wertungen und konkreter Rechtsstoff, System und Problem, Theorie und Praxis stehen bei ihm nie getrennt nebeneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig bis hin zu einer symbiotischen Synthese. Diese Einstellung könnte man mit dem Wort „Ernstnahme“ oder „Respekt“ beschreiben, vor dem Rechtsstoff bzw. dem Problem bzw. der Praxis, so wie ich es oben teilweise getan habe. Jedoch wären dies Worte, die *Kant* evozieren, an einer Stelle aber, an der eher die Inspiration *Hegels* und seiner Dialektik auf der Hand liegen. Zu einem dialektischen Denken bekennt sich *Roxin* schon in Täterschaft und Tatherrschaft (S. 528 ff.: „Zur Dialektik des Täterbegriffs“), in seiner Straftheorie, die er anfänglich als

rungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR), 1996; *Bannenberg u.a.*, Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), 2001; *Bannenberg u.a.*, Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien (AE-StuM), 2004; *Eser u.a.*, Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme), GA 2014, 1.

³⁷ *Kant*, in: *Kants Werke*, Akademie Ausgabe, Bd. 8, 1968 (zuerst 1793), S. 273 (etwa S. 288: „alles, was in der Moral für die Theorie richtig ist, muss auch für die Praxis gelten.“).

³⁸ Siehe insb. *Roxin*, in: *Jahn/Nack* (Hrsg.), *Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Praxis und Theorie – zwei Seiten einer Medaille?*, 2013, S. 91 (92 f.).

³⁹ *Kant* (Fn. 37), S. 275.

dialektische Vereinigungstheorie bezeichnete,⁴⁰ und noch in seinem Lehrbuch beendet er das fulminante Kapitel zur Methode der Straftatlehre mit dem *Hegel*-Zitat „das Wahre ist das Ganze.“⁴¹ Deshalb bietet es sich an, den Hegelianischen Begriff der Versöhnung zu gebrauchen.⁴²

Bei *Roxin* bedeutet Versöhnung jedoch eher Stil als Methode oder inhaltliche Zielsetzung. Er erhebt nicht den Anspruch, in der Sache liegende Unterschiede einzuebnen bzw. „aufzuheben“, wie es Hegelianer von einst und jetzt – heute insbesondere *Jakobs*⁴³ und *Pawlik*⁴⁴ – immer wieder getan haben. Anders als bei diesen Autoren bleiben bei *Roxin* Unrecht und Schuld, Täterschaft und Teilnahme, Tatbestands- und Verbotsirrtum, Prävention und Schuld getrennt. Zwar werden die Grenzen zwischen diesen Begriffen anders gezogen als nach herkömmlicher Auffassung. So ist der Vorsatz sowohl für das Unrecht als auch für die Schuld von Relevanz.⁴⁵ Fälle, die traditionell der Anstiftung zugewiesen waren, werden mittels der Figuren der Organisationsherrschaft und des Irrtums über den konkreten Handlungssinn zu Konstellationen mittelbarer Täterschaft erhoben.⁴⁶ Seine „weiche“ Schuldtheorie führt regelmäßig dazu, dass Verbotsirrtümer im Nebenstrafrecht den Vorsatz ausschließen.⁴⁷ Und die präventiven Vorzüge der die Schuld nicht überschreitenden Strafe werden auch in Erinnerung gerufen.⁴⁸ Jedoch bleiben die Trennungen letztlich erhalten, denn wichtiger als jede philosophische Vorgabe – man lese beispielweise *Pawlik*, der meint: „Wer bei unaufgelösten Dualismen stehenbleibt, ist nämlich nicht dazu in der Lage, einen Begriff seines Untersuchungsgegenstandes zu formulieren.“⁴⁹ – ist für *Roxin* das

Gebot, den Dingen keine Gewalt anzutun. Versöhnung bedeutet also bei *Roxin* nicht Einebnung, sondern Annäherung.

Die Neigung zu Versöhnung äußert sich nicht bloß inhaltlich, sondern auch und vielleicht sogar insbesondere in der Art und Weise der Auseinandersetzung.⁵⁰ So werden bei *Roxin* abweichende Ansichten vor allem in dem Aspekt wahrgenommen, der sie mit der eigenen Auffassung verbindet. Eine Ansicht ist selten schlicht „falsch“. Viel häufiger verhält es sich so, dass sie in „zentralen Punkten mit der hier vertretenen Konzeption übereinstimmt“,⁵¹ unter gewissen Bedingungen „lässt sich die Konzeption [...] mit der hier vertretenen durchaus noch vereinbaren.“⁵² Nach näherem Hinsehen kann es sich auch ergeben, dass „im Ergebnis kaum ein Unterschied zwischen der hier verfochtenen Lehre und den Autoren besteht“, die eine an sich abweichende Ansicht vertreten.⁵³ Dies war freilich nicht immer so. Man erinnere sich nur an den scharfsinnigen und auch scharf formulierten Aufsatz „Zur Kritik der finalen Handlungslehre“, in dem u.a. behauptet wird, dass „der Begriff einer ontologischen, ‚unabhängig von aller Beziehung zum Recht‘ gebildeten und doch das Strafrechtssystem tragenden, inhaltserfüllten finalen Handlung [...] aufzugeben [ist], weil es ihn nicht gibt und nicht geben kann.“⁵⁴ und vergleiche demgegenüber die wohlwollende Bilanzziehung zu den „Vorzügen und Defiziten des Finalismus“, die vier Jahrzehnte später erschienen ist, deren Schlusssatz lautet, „die finale Handlungslehre [hat] unser Strafrecht um viele bleibende Einsichten bereichert, weiterführende – auch kritische – Diskussionen angeregt und ist bis heute ein fortwirkendes Element strafrechtlichen Systemdenkens.“⁵⁵

Die zitierten Wendungen, die „jene Sachlichkeit und Fairness, die den Stil seiner wissenschaftlichen Kritik durchgehend auszeichnet“,⁵⁶ erkennen lassen, sind kein Ausdruck erzwungener Höflichkeit, sondern der Anerkennung des Diskussionspartners als Verbündeten in einem gemeinsamen Kampf ums Recht: „Denn die Auseinandersetzung zwischen divergierenden Auffassungen ist eine Voraussetzung für die

⁴⁰ *Roxin*, in: *ders.*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 1 (27); heute zieht er die Bezeichnung „präventive Vereinigungstheorie“ vor, *ders.* (Fn. 2 – AT I), § 3 Rn. 37 ff.

⁴¹ *Roxin* (Fn. 2 – AT I), § 7 Rn. 90.

⁴² Siehe *Rawls*, Lectures on the History of Moral Philosophy, 2000, S. 331: „Philosophie als Versöhnung“; umfassend *Rózsa*, Versöhnung und System, Zu Grundmotiven von Hegels praktischer Philosophie, 2005, S. 13 ff. und passim, beide m.w.N.

⁴³ Insb. seit seiner kleinen Schrift *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; umfassend zuletzt *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012.

⁴⁴ Zuletzt *Pawlik* (Fn. 21), S. 159 ff.

⁴⁵ *Roxin* (Fn. 1), S. 42 f.; *ders.* (Fn. 2 – AT I), § 7 Rn. 84.

⁴⁶ Zur Figur der Organisationsherrschaft siehe die Nachweise oben Fn. 30; für den Irrtum über den konkreten Handlungssinn siehe *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 211 ff.; *ders.*, in: *Warda/Waider/v. Hippel/Meurer* (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 173 (184 ff.); *ders.* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 94 ff. (hier wird der Terminus „Irrtum über den konkreten Handlungssinn“ nicht mehr verwendet).

⁴⁷ Zuletzt *Roxin*, in: *Sieber* (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 375.

⁴⁸ Etwa *Roxin* (Fn. 2 – AT I), § 3 Rn. 53.

⁴⁹ *Pawlik* (Fn. 21), S. 240.

⁵⁰ Ähnliche Beobachtung bei *Haffke* (Fn. 16), S. 36: „Der Gegner wird nicht [...] vernichtet, er wird nicht ausgestoßen, sondern integriert – in der Synthese [...] findet auch das gegnerische Argument seinen angemessenen Platz.“

⁵¹ *Roxin* (Fn. 2 – AT I), § 12 Rn. 60, zur Vorsatzlehre von *Frisch*.

⁵² *Roxin*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 135 (147), zum Ansatz von *Hirsch*.

⁵³ *Roxin* (Fn. 9 – AT II), § 26 Rn. 240, zu den Autoren, die grundsätzlich gegen jede Strafbarkeitseinschränkung in Konstellationen neutraler Beihilfe eintreten, dennoch im Nachhinein Einschränkungen befürworten.

⁵⁴ *Roxin*, ZStW 74 (1962), 515 (532).

⁵⁵ *Roxin*, in: *Karras* (Hrsg.), Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, 2003, S. 573 (590).

⁵⁶ So *Neumann*, ZStW 123 (2011), 209 (212).

Findung richtigen Rechts.⁵⁷ Diesen Kampf trägt *Roxin* auch dann aus, wenn weder Befriedung noch umso weniger der eigene Sieg absehbar erscheinen. So hält *Roxin* bis heute an der Risikoerhöhungslehre fest, und dies auch dann, wenn seit dem LKW-Fahrer-Fall 1958 in der Rechtsprechung soweit ersichtlich nie ein Bedürfnis erkannt wurde, auf diese Lehre (und sei es auch kritisch) einzugehen,⁵⁸ und wenn die Literatur seit Generationen nicht mehr zu bieten hat als die zwei zirkelhaften Standardeinwände, dass die Risikoerhöhungslehre Verletzungsdelikte in Gefährdungsdelikte verwandle und gegen den in dubio pro reo-Grundsatz verstoße.⁵⁹ Eine Organisationsherrschaft lässt sich seines Erachtens nur bei rechtsgelösten Machtapparaten begründen, und dies trotz des Umstandes, dass die Rechtsprechung auf die Auslösung regelhafter Abläufe abstellt, womit sie zu einer mittelbaren Täterschaft im Unternehmen kommen kann.⁶⁰ Versöhnung ist Annäherung und keine Aufgeschlossenheit zum opportunistischen Kompromiss.

Irgendwo ist aber Schluss – und ein aus seiner Feder hervorgehendes schneidendes Urteil schneidet umso tiefer. So ist die Vergeltungstheorie nicht bloß falsch, sondern „wissenschaftlich nicht mehr haltbar“,⁶¹ also auf derselben Ebene wie Alchemie und Astrologie. Die Rechtsgutslehre wird kompromisslos verteidigt gegen das Inzesturteil sowie die ungute Amalgamierung von Positivismus, Konformismus und Moralismus, die gerade auf einige der anerkannt Besten unter den deutschen Strafrechtlern, wie vor allem *Vogel*, eine besondere Anziehungskraft auszuüben scheint.⁶² In einer seiner letzten Stellungnahmen zum Rechtsgutsbegriff äußert sich *Roxin* zu jenem Urteil mit ungewohnter Ungeduld: Die vom BVerfG angeführten Argumente ließen sich „leicht widerlegen“, weshalb „die Entscheidung allgemeine Ablehnung gefunden“ habe.⁶³ Und zur Kritik an der Rechtsgutslehre heißt es ohne halbe Worte: „Man kann diese Auffassung beinahe als herrschend bezeichnen, aber richtig ist sie trotzdem nicht.“⁶⁴ Versöhnung ist zwar Annäherung, aber niemals Selbstpreisgabe.

b) Offenheit

Eine als Annäherung sich manifestierende Versöhnung, die nicht auf einer Wahrnehmung des Kontrahenten als eines Gegners, sondern auf dessen Anerkennung als Verbündeten in einer gemeinsamen Sache beruht, impliziert auch eine Haltung der Offenheit, der Bereitschaft zur Diskussion und zur eigenen Weiterentwicklung.

Die Bereitschaft zur Diskussion lässt sich nirgendwo besser als an seinem größten nationalen und internationalen Erfolg exemplifizieren, nämlich der Organisationsherrschaft. Nachdem die Figur in der Lehre wichtige Anhänger gewinnen konnte,⁶⁵ vom höchsten deutschen Strafgericht sowie von mehreren ausländischen Gerichten anerkannt worden war⁶⁶ und sogar im Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs Eingang finden konnte (Art. 25 Abs. 3 lit. a) Var. 3),⁶⁷ richtete ein Habilitand, mein Vorgänger in Augsburg *Thomas Rotsch*, der sich inzwischen in Gießen als Ordinarius etabliert hat, gegen sie mehrere Einwände.⁶⁸ Der Münchener Emeritus hätte sich auf den Schultern seines Erfolges ausruhen und den jungen Herrn aus Kiel bzw. Augsburg schlicht ignorieren können. Stattdessen geht *Roxin* auf jeden Einwand ein;⁶⁹ es folgt eine Replik,⁷⁰ woraufhin *Roxin* seine eigene Duplik verfasst⁷¹ usw.⁷² In einer Diskussion geht es um Argumente, nie um Personen.

Dieser Austausch ist zugleich ein gutes Beispiel für eine Haltung, in der sich nie Rechthaberei, sondern nur aufrichtige und bescheidene Lernbereitschaft äußert. So hat sich *Roxin* wegen der Einwände des Nachwuchswissenschaftlers dazu bewegen lassen, seine Ansicht in bestimmten Richtungen zu modifizieren.⁷³ Jeder neue Anlauf bei einem von ihm bereits behandelten Thema – welches Thema des Allgemeinen Teils ist für ihn neu? – belegt diese Bereitschaft in eindrucksvoller Weise. Der Beitrag für die Festschrift *Schroeder* fügt den von ihm bisher genannten drei Voraussetzungen einer Organisationsherrschaft – Anordnungsgewalt, Rechtsgelöstheit, Fungibilität – eine vierte, nämlich die wesentlich erhöhte Tatbereitschaft hinzu,⁷⁴ was wiederum wenige Jahre später zum gro-

⁵⁷ *Roxin*, in: Jahn/Nack (Hrsg.), Gegenwartsfragen des europäischen und deutschen Strafrechts, Referate und Diskussionen auf dem 3. Karlsruher Strafrechtsdialog 2011, 2012, S. 88.

⁵⁸ Siehe zuletzt BGH, Beschl. v. 6.12.2012 – 4 StR 369/12 = NStZ 2013, 231.

⁵⁹ Krit. zu diesen Einwänden *Roxin* (Fn. 2 – AT I), § 11 Rn. 90, 93 f. m.w.N.; dazu, dass sie einen Zirkelschluss verkörpern, siehe *Greco*, ZIS 2011, 674 (678 f.).

⁶⁰ *Roxin* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 129 ff. m.w.N., auch zur Rspr.

⁶¹ *Roxin* (Fn. 2 – AT I), § 3 Rn. 8.

⁶² Insb. *Vogel*, StV 1996, 110; *ders.*, JZ 2012, 25; *ders.*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 635; hier auf Grundlage eines verkürzten, deskriptiven Begriffs der Kriminalpolitik.

⁶³ *Roxin*, GA 2013, 433 (438).

⁶⁴ *Roxin*, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573 (579).

⁶⁵ Für Nachweise siehe *Roxin* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 108 Fn. 134.

⁶⁶ BGHSt 40, 218 (236 f.); 307 (316 f.); 42, 65 (69); 44, 204 (206); 45, 270 (296 ff.); für die Rezeption in Argentinien siehe *Ambos*, GA 1998, 226 (238); für die Rezeption in Peru (*Fujimori-Urteil*) siehe die Aufsätze in ZIS 2009, 549 (u.a. von *Roxin*, ZIS 2009, 565.).

⁶⁷ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 25 ff. m.v.w.N.

⁶⁸ *Rotsch*, NStZ 1998, 491; *ders.*, ZStW 112 (2000), 518.

⁶⁹ *Roxin*, NStZ-Sonderheft für Schäfer 2002, 54 f.; *ders.* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 114 ff.

⁷⁰ *Rotsch*, NStZ 2005, 13.

⁷¹ *Roxin* (Fn. 30 – FS Schroeder), S. 399 f.

⁷² Danach siehe noch *Rotsch*, ZIS 2007, 260; *ders.*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 316 ff.

⁷³ *Roxin* (Fn. 30 – FS Schroeder), S. 399 f.

⁷⁴ *Roxin* (Fn. 30 – FS Schroeder), S. 397 f.; ebenso *ders.*, SchwZSt 125 (2007), 15 f.

Ben Teil rückgängig gemacht wurde.⁷⁵ Die seit dem grundlegenden Aufsatz von 1970 vertretene, über vier Auflagen des Lehrbuchs hinweg durchgehaltene Ablehnung der Zurechnung in den sogenannten Retterfällen⁷⁶ hat er in der Festschrift für *Puppe* revidiert.⁷⁷ Sogar von seinen Doktoranden möchte er lernen. Von *Schünemann* übernimmt er die Herrschaft über den Grund des Erfolges, die er zur „Kontrollherrschaft“ umtauft.⁷⁸ *Jägers* Gedanke des Rücktritts als einer Gefährdungsumkehr greift er weiterführend auf.⁷⁹ Zwei zentrale Thesen meiner Dissertation, nämlich die Ergänzung der Rechtsgutslehre um Erwägungen zum Kernbereich privater Lebensgestaltung⁸⁰ und die Deutung der Schuld als deontologische Schranke,⁸¹ werden von ihm rezipiert. Wie jeder wahre Lehrer begnügt sich *Roxin* nicht damit, zu belehren; er lernt.

Die Lernbereitschaft äußert sich zudem darin, dass er sich nicht davor scheut, neue Themen aufzugreifen. Zu diesen Themen gehören das Doping,⁸² der Mordtatbestand und die Heimtücke⁸³ sowie die Bestechung im öffentlichen Dienst und im geschäftlichen Verkehr.⁸⁴ In *Roxins* eigenen Worten: „Ich habe allerdings nie zu den Professoren gehören wollen, deren Arbeit sich darauf beschränkt, einige wenige Grundgedanken – und seien sie noch so weittragend – lebenslang zu verfolgen und auszubauen. Vielmehr habe ich neben der Entwicklung bestimmter Zentralideen auch alle erdenklichen

⁷⁵ *Roxin*, GA 2012, 395 (412).

⁷⁶ *Roxin*, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970, 1970, S. 133 (142 ff.); *ders.* (Fn. 29), S. 247 f.; *ders.* (Fn. 2 – AT I), § 11 Rn. 115 ff.

⁷⁷ *Roxin*, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 909 (912 ff.).

⁷⁸ *Roxin* (Fn. 9 – AT II), § 32 Rn. 17 ff.; grdl. *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 229 ff.

⁷⁹ *Roxin* (Fn. 9 – AT II), § 30 Rn. 34; grdl. *Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S. 63 f.

⁸⁰ *Roxin*, StV 2009, 544 (547 f.); *ders.*, AöR 59 (2011), 1 (4); grdl. *Greco*, ZIS 2008, 234 (236 ff.), sowie *ders.* (Fn. 4), S. 200 Fn. 357, 349 ff., 482 ff.

⁸¹ *Roxin*, ZIS 2008, 552 (556 f.); grdl. *Greco* (Fn. 4), S. 136 ff., 249 ff.

⁸² *Roxin*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 445.

⁸³ *Roxin*, in: Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 741; *ders.*, in: Jahn/Nack (Hrsg.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht, 2009, S. 21.

⁸⁴ *Roxin*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 459; *ders.*, in: Bannenberg/Brettel/Freund/Meier/Remschmidt/Safferling (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit, Festschrift für Dieter Rössner, 2015, S. 892.

anderen Probleme durch selbständige Lösungen zu fördern versucht.“⁸⁵ Dem füge ich nichts hinzu.

c) Die magische Zahl Drei

Ein weiterer Zug des unverkennbaren *Roxinschen* Stils ist eine schwerlich als bloßes Zufallswerk wegzu erklärende Faszination für die Zahl Drei. Die dialektische Vereinigungstheorie unterscheidet drei Momente im Phänomen der Strafe: die Androhung, das Urteil und den Vollzug.⁸⁶ Neben dem beendeten und dem unbeendeten gibt es den zum großen Teil *Roxin* zu verdankenden, inzwischen weitgehend anerkannten fehlgeschlagenen Versuch.⁸⁷ In seiner klassischen Abhandlung über die Abgrenzung von Tun und Unterlassen schlägt er drei Konstellationen der sog. Unterlassung durch Begehung vor, nämlich den Rücktritt von eigenen Rettungsbemühungen, die *omissio libera in causa* und die aktive Teilnahme am Unterlassungsdelikt.⁸⁸ Die Formel der objektiven Zurechnung enthält bei ihm nicht bloß zwei allgemein anerkannte Stufen der unerlaubten Gefährschaffung und der Gefahrverwirklichung, sondern auch die dritte Stufe der Reichweite des Tatbestands;⁸⁹ diese ist ihrerseits dreigeteilt, denn sie erfasst (*ex negativo*) die eigenverantwortliche Selbstgefährdung, die Mitwirkung an einverständlicher Fremdgefährdung und die Zuordnung zu einem fremden Verantwortungsbereich.⁹⁰ Am beeindruckendsten lässt sich die Rolle der Zahl Drei in seiner Architektur der Beteiligungsformen erkennen, die in „Täterschaft und Tatherrschaft“ mittels eines Schaubilds dargestellt wird.⁹¹ Die leitende Beschreibung des Täters als Zentralgestalt des konkreten Handlungsgeschehens wird entfaltet in drei Deliktgruppen, nämlich Herrschaftsdelikte, Pflichtdelikte und eigenhändige Delikte.⁹² Innerhalb der Herrschaftsdelikte unterscheidet *Roxin* drei Herrschaftsformen: die Handlungsherrschaft, die Willensherrschaft und die funktionale Tatherrschaft.⁹³ Die Willensherrschaft beruht auf Nötigung, Irrtum oder auf einem organisatorischen Machtapparat.⁹⁴

⁸⁵ *Roxin* (Fn. 30), S. 460.

⁸⁶ *Roxin* (Fn. 40), S. 12; *ders.*, in: Hassemer/Kempf/Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 601 (610 ff.).

⁸⁷ *Roxin*, JuS 1981, 1.

⁸⁸ *Roxin*, in: Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 380 (381 ff.).

⁸⁹ *Roxin* (Fn. 2 – AT I), § 11 Rn. 49.

⁹⁰ *Roxin* (Fn. 2 – AT I), § 11 Rn. 107 ff., 121 ff., 137 ff.

⁹¹ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 528. *Haffke* (Fn. 16), S. 34, spricht von einem „Atlas der Täter- und Teilnahme-dogmatik.“

⁹² Zu den Herrschaftsdelikten *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 127 ff.; *ders.* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 13, 38 ff.; zu den Pflichtdelikten: *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 352 ff., S. 353; *ders.* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 14; zu den eigenhändigen Delikten: *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 399 ff.; *ders.* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 15.

⁹³ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 127 ff., 142 ff., 275 ff.; *ders.* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 38 ff., 45 ff., 188 ff.

⁹⁴ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 142 ff., 170 ff., 242 ff.; *ders.* (Fn. 9 – AT II), § 25 Rn. 47 ff., 61 ff., 105 ff.

Auch für die Pflichtdelikte sieht er eine Dreiteilung vor (Einzelpflichtverletzung, Erfolgsbewirkung durch Nichtpflichtige, gemeinsame Verletzung einer gemeinsamen Pflicht).⁹⁵

Eine naheliegende Erklärung für diesen verblüffenden Befund könnte in der Nähe zur Dialektik und zu *Hegel* liegen, die oben a) bereits bemerkt wurde. Die Zahl Drei ist die Zahl der Dialektik, die Zahl der Synthese, die der These und der Antithese folgt. Die Distanz zwischen der *Roxinschen* und der *Hegelschen* Versöhnung wurde aber auch notiert und wird an der Wirkweise der Dreiteilungen bei *Roxin* deutlich. Während bei *Hegel* die Synthese auf einer anderen, nämlich tieferen bzw. höheren Ebene steht als die zu ihr führenden These und Antithese, sind die Dreiteilungen bei *Roxin* selten dynamische Aufhebungen. Deshalb wird ihm von orthodoxer Seite vorgehalten, seine Vorgehensweise sei „keine Dialektik, sondern Synkretismus“⁹⁶ bzw. impliziere einen „beträchtlichen Schwund an systematischer Geschlossenheit“.⁹⁷ Dem würde man zustimmen können, wenn Orthodoxie einen Eigenwert verkörpern würde.

Ich glaube, die auffällige Präsenz der Zahl Drei lässt sich ihrerseits auf drei Gründe zurückführen.

Zum einen beruht dies auf Ästhetik. Weshalb eine Zahl als schön empfunden wird, kann ich nur zu erraten versuchen; umso mehr, weshalb gerade diese eine Zahl, nämlich die Drei. Die Drei scheint Symmetrie, Harmonie und Vollständigkeit zu implizieren, im auffälligen Gegensatz zur Zwei, die zwar noch Symmetrie zu verwirklichen vermag, jedoch eine prekäre, weil Unvollständigkeit implizierende Spannung niemals überwinden kann; oder zur Eins, die nur Vollständigkeit verwirklicht, weder der Symmetrie noch der Harmonie fähig ist, sondern in Monotonie verweilt. Diese magische Kraft der Zahl Drei ist auch wichtigen Künstlern nicht unbemerkt geblieben: Aischylos und Sophokles widmen ihren Helden Orestes und Oedipus Trilogien, und das von Ödipus gelöste Rätsel der Sphinx enthält auch eine Trichotomie; Schiller hat in seinen „Zerstreuten Betrachtungen über verschiedene ästhetische Gegenstände“ die Zahl Drei als „heilige Zahl“ bezeichnet, „weil uns durch sie unser ganzer Denkkreis bestimmt sein würde“.⁹⁸ Unter den modernen Künstlern, mit denen ich zugegebenermaßen überhaupt nichts anfangen kann, erinnere ich an den bildenden Künstler Duchamp, der die Bedeutung dieser Zahl für sein eigenes Werk entdeckt haben soll.⁹⁹

Zum Zweiten scheint der Drei bei *Roxin* eine heuristische Rolle zuzukommen. Sie ist zwar kein Argument, aber mindestens gefühlte Aufforderung, nicht bei der Zwei stehen zu bleiben, nach dem Auffinden von A und B die Frage nicht

ungestellt zu lassen, ob es nicht auch ein Drittes, nämlich C, gebe. Vielleicht hat diese Heuristik zur Erfindung bzw. Entdeckung der Pflichtdelikte als Deliktsform, deren Täterschaft nicht auf eine „soziale“ bzw. „normative“ Tatherrschaft zurückgeht,¹⁰⁰ sondern auf eigenständige Kriterien, beigetragen, oder der Organisationsherrschaft als einer eigenständigen dritten Form der mittelbaren Täterschaft, oder des fehlgeschlagenen Versuchs. Dass die Drei als gefühlte Heuristik und nicht als bewusstes Argument auftritt, wird bereits dadurch belegt, dass das Fahrlässigkeitsdelikt, das in den ersten zwei Auflagen von „Täterschaft und Tatherrschaft“ innerhalb der Trichotomie unter den Pflichtdelikten eingeordnet wurde, später auf den Boden des Einheitstätersystems gestellt wurde, was die ursprüngliche Architektonik sprengte.¹⁰¹

Zuletzt geht es teilweise doch, aber nicht nur, wie betont, um Zufall – wenn man eine Sensibilität für eine doch irgendwie vorhandene Magie als Zufall bezeichnen möchte. Ich spreche aus eigener Erfahrung: erst nachdem ich diesen Zug im *Roxinschen* Stil bemerkt habe, auf den mich zuerst der Hegelianer *Wolfgang Schild* hingewiesen hatte, habe ich überrascht bei mir selber festgestellt, wie häufig die Zahl Drei sich sogar in meinen eigenen schmalen Werk bemerkbar gemacht hat.¹⁰² Zu meiner eigenen Beruhigung stellte ich dann fest, dass die Drei doch überall ist – nicht bloß bei *Roxin*, in der Ästhetik oder bei mir. Das Christentum kennt die heilige Dreieinigkeit des Gott-Vaters, Gott-Sohnes und des Heiligen Geistes, die aus Jesus, Maria und Joseph bestehende Heilige Familie, den Besuch der drei Könige. In der Philosophie ist die Drei, nicht nur, wie angemerkt, die Zahl *Hegels*, sondern zugleich die Zahl des deutschen Idealismus, insbesondere auch *Schellings*.¹⁰³ Sogar *Kant*, der Philosoph der Dichotomien, zergliedert in seiner ersten Kritik die theo-

¹⁰⁰ Krit. hierzu bereits *Roxin* (9 – Tatherrschaft), S. 383.

¹⁰¹ Vgl. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl. 1967, S. 527 ff.; dieses 11. Kapitel über „Täterschaft und Teilnahme bei fahrlässigen Delikten“ ist seit der 3. Aufl. nicht mehr vorhanden, vgl. 3. Aufl. 1975, S. 527 ff.

¹⁰² Es geht im vorliegenden Aufsatz nicht um mich, weshalb ich bitte, mir die Fußnote zu verzeihen. In *Greco*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 199, schlug ich drei Regeln vor, die bei der Einführung eines kollektiven Rechtsguts eingehalten werden sollten; in *ders.*, GA 2012, 452, habe ich für Analogieklauseln, die vom Gesetzgeber vorgesehen werden, drei Bedingungen aufgestellt; auch in *ders.*, in: Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts, 2010, S. 73, bemühe ich mich um eine Konkretisierung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, die aus drei Regeln besteht. Die Aufsätze in ZIS 2011, 674 und in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 13 sind dreiteilig strukturiert. Vielleicht lassen sich ähnliche Listen bei anderen Juristen erstellen.

¹⁰³ Vgl. insb. *Schelling*, System des transzendentalen Idealismus, 1800, § 3 (S. 12 ff.) und passim.

⁹⁵ *Roxin* (Fn. 9 – Tatherrschaft), S. 528.

⁹⁶ So *Zaczyk*, in: Schneider/Kahlo/Kleszczewski/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, 2008, S. 589 (592), gegen die dialektische Vereinigungstheorie.

⁹⁷ *Pawlik* (Fn. 21), S. 51.

⁹⁸ *Schiller*, in: Riedel (Hrsg.), Sämtliche Werke, DTV Ausgabe, 2004, Bd. 5, S. 543 (557).

⁹⁹ *Molderings*, Duchamp and the Aesthetics of Chance, Art as Experiment, 2010, S. 49.

retische Vernunft in Vernunft, Verstand und Sinnlichkeit, und erkennt neben der theoretischen und der praktischen Vernunft die Urteilskraft (daher die drei Kritiken). Und die Physik, genauer: die Natur selbst scheint die Zahl Drei zu lieben. So erklärt uns der Physiker *Fritzs*ch, in einem für das allgemeine Publikum geschriebenen kleinen Buch über Elementarteilchen: „Bis heute ist nicht klar, warum die Natur die Zahl drei bevorzugt, denn man beobachtet drei Familien von Leptonen und Quarks, wobei die Quarks wiederum in drei verschiedenen ‚Farben‘ auftreten. Es könnte sein, dass diese Symmetriestrukturen direkt etwas mit den verborgenen Dimensionen zu tun haben, sodass letztlich die Phänomene der Elementarteilchen auf eine geometrische Weise erklärt werden können. Weitere Forschung auf dem Gebiet ist im Gange.“¹⁰⁴

3. Zur Einheit von Person und Werk

Ich nähere mich langsam dem Schluss. Was fehlt, ist noch die Zusammenführung von expliziter Methode und implizitem Stil. Dies ist aber ein leichtes Unterfangen: Sie geschieht in der Person von *Claus Roxin*. Er besitzt die Fähigkeit zu dem, was der Aufklärer *Resewitz* als „anschauende Erkenntnis“ bezeichnet hat, nämlich zu einer „Erkenntnis, die uns die Sache selbst darstellt, welche durch die Worte bezeichnet wird; einer solchen, welche nicht bey den Worten der Definition stehen bleibt“, sondern „vermöge welcher wir die Sache in concreto erblicken, mit ihren Wirkungen, Zufälligkeiten und Veränderungen, die in derselben aus dem Verhältniß mit andern zu entstehen pflegen.“ *Resewitz* meint, diese Fähigkeit sei kennzeichnend für die seltene Figur des Genies.¹⁰⁵ „Wer einen Gegenstand anschauend erkennt, und sein Anschauen ausdrückt, der stellt seine Gedanken oder Arbeit so dar, wie sie der Natur des Gegenstandes gemäß ist.“¹⁰⁶ In dessen Werk sei Genie.

Ich möchte an dieser Stelle keine abstrakte Laudatio der vielen weiteren Tugenden unseres genialen Geburtstagskindes liefern. Dazu gibt es in persönlicher Hinsicht Berufenere und in sprachlicher Hinsicht Begabtere. Ich ziehe vor, von Eindrücken oder Episoden aus meinen höchstpersönlichen Begegnungen mit diesem Mann zu erzählen, der mich seit 1999 ständig begleitet und der zu den wichtigsten Charakteren meiner eigenen Biografie zählt.¹⁰⁷

Ich habe *Claus Roxin* kurz vor seiner Emeritierung in München kennengelernt. Als Lehrer habe ich ihn also nicht mehr erleben können.¹⁰⁸ Mein brasilianisches Jurastudium

hatte ich noch nicht abgeschlossen. Drei Semester lang schrieb ich ihm aus Brasilien zahlreiche E-Mails, einige mit teilweise unsinnigen Fragen. Keine einzige Nachricht blieb unbeantwortet. Einige Jahre später, als ich schon länger in Deutschland war, zeigte mir *Roxin* unverständliche E-Mails in portugiesischer oder in spanischer Sprache und fragte nach, „was dieser Herr von mir möchte“.¹⁰⁹ Auf meine Empfehlung, die Nachricht unbeachtet zu lassen, erwiderte er mir, dies könne er aber nicht tun – denn dies wäre unhöflich. Die im Denken von *Roxin* zum Ausdruck kommende Offenheit (oben b) ist nichts anderes als eine in seinem Charakter angelegte Fähigkeit zum Zuhören und zur Rücksicht.

Diese Eindrücke konnte ich auch als Doktorand bestätigt sehen. Die Schnelligkeit, mit der er fertige Kapitel der von ihm Betreuten liest, die Sorgfalt, die in seinen Antwortschreiben manifestiert wird, zeugen von dem Interesse, mit dem er unsere Arbeit verfolgt, und geben uns Motivation und Kraft, weiter zu arbeiten und gut zu arbeiten: Denn wir wissen, dass er, *Claus Roxin*, uns liest. Der Mann, der mehrere dickleibige Bücher verfasst hat, der keinen Computer benutzt, sondern alles per Hand schreibt und von seiner treuen Sekretärin *Marlies Kotting* tippen lässt, findet für uns Zeit. Das ist mehr als eine Ehrung; das ist eine Lektion in Bescheidenheit. Kein Wunder, dass aus dem Kreis seiner Schüler Namen wie *Rudolphi*, *Amelung*, *Wolter* und *Schünemann* – um bloß einige zu nennen – hervorgegangen sind.¹¹⁰ Ich kann nur *Gimbernats* Worte wiederholen und aus seiner ersten Person Singular einen Plural machen, der alle, die *Roxin* als Betreuer hatten, miteinbezieht: „Daß eine so unwiederholbare Persönlichkeit der Strafrechtsdogmatik schon damals und immer wieder an mein wissenschaftliches Potential geglaubt hat, hat mir auch ermöglicht, an mich selbst zu glauben.“¹¹¹

Ich hatte den Wunsch, in Deutschland zu promovieren, und den Traum, dies unter seiner Betreuung zu tun. Welch eine Überraschung, als er auf meine E-Mail – von deren Absendung mir seitens eines wichtigen brasilianischen Professors, der angab, mit *Roxin* persönlich befreundet zu sein, nachdrücklich abgeraten wurde – antwortete und mich in die Sprechstunde einlud.¹¹² Ich betrachtete zum ersten Mal den großen, freundlichen, weißhaarigen Herrn, der in gesetzter Rede seine langen Arme erhob „wie Charlton Heston zur Teilung des Roten Meers“,¹¹³ während er mir die Betreuung meiner Promotion zusagte, und konnte das ganze Geschehen kaum glauben. Wohlbemerkt stellte er eine Bedingung auf: „wenn ich noch lebe ...“. Fast 20 Jahre später kann ich glücklich anmerken, dass sich seine Bedingung erfüllt hat, und dies im buchstäblichen Sinne von „erfüllen“ und im vollen Sinne von „leben“. Er lebt, wie man als Wissenschaftler lebt, in

¹⁰⁴ *Fritzs*ch, *Elementarteilchen, Bausteine der Materie*, 2004, S. 119.

¹⁰⁵ *Resewitz*, in: Nicolai (Hrsg.), *Sammlung vermischter Schriften zur Beförderung der schönen Wissenschaften und der freyen Künste*, Bd. 3, 1760, S. 1 (7 f.).

¹⁰⁶ *Resewitz* (Fn. 105), S. 67 f.

¹⁰⁷ Einen ähnlichen Weg zog *Schüler-Springorum*, in: *Schünemann* (Fn. 16), S. 13, vor.

¹⁰⁸ Zu *Roxin* als Lehrer siehe *Fastrich*, in: *Schünemann* (Fn. 16), S. 7 (10 f.); *Saito*, in: *Schünemann* (Fn. 16), S. 27 (28); *Schünemann*, in: *Schünemann* (Fn. 16), S. 59; *Neumann*, *ZStW* 129 (2011), 224 ff.; und *Roxin* selbst, (Fn. 30), S. 468 ff.

¹⁰⁹ Zufällig ging mir auch heute, während der Fertigstellung dieses Manuskripts, eine solche E-Mail zu.

¹¹⁰ Für die vollständige Liste siehe *Roxin* (Fn. 30), S. 471.

¹¹¹ *Gimbernats*, in: *Schünemann* (Fn. 16), S. 21 (24).

¹¹² Eine vergleichbare Geschichte erzählt *Saito* (Fn. 108), S. 27.

¹¹³ *Fischer*, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*, 2011, S. 143 (149).

seiner einzigartigen Synthese von *vita activa* und *vita contemplativa*. Es möge ihm diese Lebensfülle über viele weitere Jahre vergönnt sein!

III. Schlussteil

Eine knappe Zusammenfassung würde nur in einem Aufsatz Sinn ergeben, der sich Sorgen macht, noch zitiert zu werden. Ich ende also mit einem „Schlussteil“, teilweise unter der Magie einer bestimmten, hier wiederholt erwähnten Zahl, sowie zugleich um mich bei drei Personen zu bedanken: Erstens bei *Lorenz Schulz*, der mich zum heutigen Abend eingeladen hat; zweitens bei *Imme Roxin*, die mich noch einmal in ihrer Kanzlei empfängt; und zuletzt bei meinem ersten Lehrer, *Claus Roxin*, für die Zeit, die er für mich immer zu finden wusste, für die Motivation, die ich aus seiner Aufmerksamkeit schöpfen musste, und vor allem für das in seiner Person veranschaulichte Vorbild des Ideals einer Einheit von Leben und Werk.

Der Unfall im Straßenverkehr (§ 142 StGB)

Von Prof. Dr. Jan Zopfs, Mainz

I. Einleitung

In den letzten Jahren hatten verschiedene Gerichte bei der Prüfung der Strafbarkeit nach § 142 StGB die Frage zu beurteilen, ob Schäden, die beim Beladen eines Fahrzeugs auf einem Baumarktparkplatz¹ oder mit einem Einkaufswagen auf einem Parkplatz eines Supermarktes² eintreten, als Unfall im Straßenverkehr einzustufen sind. Dabei geht es nicht um die Frage, ob diese Parkplätze auch dem Straßenverkehr zuzurechnen sind. Denn das ist vielmehr offensichtlich, da diese – zwar privaten – Grundstücke für den allgemeinen Kundenverkehr und damit für eine unüberschaubare beliebige Personenanzahl als nutzbare Verkehrsfläche zur Verfügung gestellt werden.

Problematisch ist, ob diese Schadensfälle mit einer Teilnahme am Straßenverkehr verbunden sind und damit noch als Unfall im Straßenverkehr begriffen werden können. Das leitet über zu der Frage, nach welchen Kriterien der Unfall im Straßenverkehr von einem „normalen“ Schadensfall³ im öffentlichen Raum unterschieden werden kann. Hierzu findet sich in der Rechtsprechung zwar der Hinweis, der Unfall müsse eine Folge der besonderen Gefahren des Straßenverkehrs sein (siehe unten unter III.).⁴ Damit allein scheint aber nicht viel geholfen: Sieht man z.B. das Anstoßen einer Fahrertür beim Aussteigen nach dem Einparken noch als Unfall im Straßenverkehr, so fragt sich, ob das gleiche auch gilt, wenn die aussteigende Person zuvor bereits eine Stunde im geparkten Fahrzeug gewartet hatte (z.B. auf ein einkaufendes Familienmitglied). Verwirklicht sich im Aussteigevorgang der Person, die aus Verärgerung über das nutzlose Warten die Tür zu heftig aufstößt und dabei die Tür anschlägt, noch eine besondere Gefahr des Straßenverkehrs? Und was gilt, wenn der Schädiger nur einen Gegenstand aus dem vor Tagen geparkten Fahrzeug holt? Liegt ein Unfall im Straßenverkehr auch vor, wenn ein Fahrzeug beim Herausstellen der Mülltonne⁵ oder beim Ballspielen auf der Straße beschädigt wird? Dies führt weiter zu der Frage, ob eine vorsätzliche Verursa-

chung schlechthin oder nur in bestimmten Fällen noch als straßenverkehrsrechtlicher Unfall begriffen werden kann (Beispiele: A nimmt beim Ausparken die Beschädigung eines parkenden Fahrzeugs billigend in Kauf, B blendet als Fußgänger entgegenkommende Fahrzeuge mit einem Laserpointer, C bewirft einen fahrenden Pkw mit einer Limonadenflasche⁶).

Der nachfolgende Beitrag versucht, entsprechende Abgrenzungskriterien aufzuzeigen. Zu klären ist, weshalb das Beweissicherungsinteresse in bestimmten Schadensfällen (nämlich bei Unfällen im Straßenverkehr) strafrechtlich zu schützen ist. Anders ausgedrückt: Aus welchem Grund ist das Beweissicherungsinteresse nur in diesen Fällen, nicht aber bei anderen Schadensfällen im öffentlichen Raum besonders schutzwürdig? Dabei wird die Schutzwürdigkeit nicht nur durch den Merkmalskomplex „Unfall im Straßenverkehr“ begrenzt; eine Begrenzung könnte auch aus der Schadensart oder dem Adressaten der Norm folgen. Insoweit lohnt vorab ein kurzer Blick in die europäischen Nachbarstaaten und in die Entstehungsgeschichte des § 142 StGB.

II. Rechtsvergleichende und rechtshistorische Betrachtungen

Der Tatbestand der Unfallflucht ist in den europäischen Staaten unterschiedlich ausgestaltet: Mitunter wird ein Fehlverhalten nach dem Unfall gar nicht⁷ oder nur gering sanktioniert (ähnlich einer Ordnungswidrigkeit).⁸ Häufig wird auch nicht klar zur Nichthilfe bei der Rettung von Verletzten abgegrenzt.⁹ Lässt man diese Differenzen außer Betracht, so wird als Normadressat häufig nur der Fahrer des Fahrzeugs angesprochen.¹⁰ Unfälle, die durch Beifahrer oder durch Fußgänger verursacht werden, fallen also nicht in den Anwendungsbereich der Normen. Letzteres gilt auch, wenn nur Unfälle erfasst werden, an denen ein Motorfahrzeug oder ein Fahrrad beteiligt ist.¹¹

¹ Bejahend OLG Köln NZV 2011, 619 (620), mit krit. Anm. Hecker, JuS 2011, 1038 (1039); ablehnend AG Berlin-Tiergarten NZV 2009, 94 (95).

² Bejahend OLG Stuttgart VRS 47, 15 (16); OLG Koblenz MDR 1993, 366, sowie OLG Düsseldorf NZV 2012, 350 (351), m. zust. Anm. Terning, NZV 2012, 351 gegen LG Düsseldorf NStZ-RR 2011, 355 (356) m. zust. Anm. Lenhart, NZV 2013, 270 (271 f.).

³ Beispiele: A fällt bei der Reparatur des Hauses ein Dachziegel auf das auf der Straße stehende Fahrzeug des B; C beschädigt mit seiner Zigarette beim „public viewing“ den Mantel des D; der Hund des E geht auf den Hund der F los, die dadurch verletzt wird (BayObLG NJW 1980, 299, siehe auch unten unter IV.); G wirft auf dem Wochenmarkt versehentlich die Ware des S herunter.

⁴ Vgl. z.B. BGHSt 47, 158 (159) = NJW 2002, 626 (627) m.w.N.

⁵ So LG Berlin NStZ 2007, 100.

⁶ Mangels „typische[r] Gefahren des Straßenverkehrs“ lehnt das OLG Hamm NJW 1982, 2456, hier einen Unfall ab.

⁷ In Spanien wird nur die unterlassene Hilfeleistung pönalisiert.

⁸ Insbesondere bei Sachschäden, vgl. Nissen, in: *Himmelreich/Krumm/Staub*, Verkehrsunfallflucht, 6. Aufl. 2013, Rn. 505 ff.; ders., DAR 2014, 727; Zopfs, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 142 Rn. 20 f.

⁹ Insoweit lässt sich das Rechtsgut nicht auf den Schutz des zivilrechtlichen Beweissicherungsinteresses begrenzen.

¹⁰ So z.B. in Großbritannien, Frankreich oder Luxemburg; in Österreich steht der Lenker des Fahrzeugs zumindest in besonderer Verantwortung im Vergleich zu anderen Verursachern bzw. Verpflichteten, vgl. §§ 4 Abs. 1, 99 Abs. 2 lit. a) (im Gegensatz zu Abs. 3 lit. b)) öStVO.

¹¹ Vgl. Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 92 Abs. 1 des schweiz. SVG.

Demgegenüber reicht das deutsche Recht weiter. Nach § 142 Abs. 5 StGB ist Unfallbeteiligter jeder, der zur Verursachung des Unfalls beigetragen haben kann. Als Adressaten sind daher zunächst einmal alle erfasst, die sich im Straßenverkehr bewegen oder aufhalten: Fahrer oder Beifahrer eines Kraftfahrzeugs, Radfahrer, Personen mit besonderen Fortbewegungsmitteln im Sinne des § 24 Abs. 1 StVO (z.B. Inline-skates, Skateboards) und Fußgänger. Dass sich der Unfallbeteiligte zum Zeitpunkt der Unfallverursachung bereits im Straßenverkehr befunden hat (also schon Verkehrsteilnehmer ist),¹² wird strenggenommen ebenfalls nicht verlangt. Auch derjenige, der Anstalten macht, aus der privaten Ausfahrt auszufahren, und dadurch Verkehrsteilnehmer auf der Straße zum Ausweichen veranlasst, ist Unfallbeteiligter.¹³

Die weite Fassung des § 142 StGB geht auf den nationalsozialistischen Gesetzgeber zurück, der die Norm aus dem Straßenverkehrsgesetz¹⁴ in das Strafgesetzbuch überführte¹⁵ und ohne nähere Begründung¹⁶ den Anwendungsbereich auf alle Verkehrsunfälle und auf jeden erstreckte, der dazu beigetragen haben konnte. Zuvor war in § 22 KFG nur der Führer eines Kraftfahrzeugs als Adressat angesprochen worden, der beim Betrieb seines Fahrzeugs Schäden verursacht hatte. Diese Vorschrift wiederum war im Jahr 1909 mit dem Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen (KFG) eingeführt worden. Das KFG gliederte sich in drei Teile: Der erste umfasste die zivilrechtliche Haftung für Schäden, die beim Betrieb durch Kraftfahrzeuge für Außenstehende entstehen, der zweite die Notwendigkeit einer Fahrerlaubnis zum Steuern eines Kraftfahrzeugs, um solche Schäden zu vermeiden, der dritte die Absicherung dieser Schutzrichtungen durch entsprechende Strafvorschriften (Unfallflucht, Fahrerlaubnisverstöße und der Missbrauch der amtlichen Kennzeichen). Dabei standen in den Gesetzesberatungen der angesprochene Täterkreis (Fahrzeugführer) und der geschützte Personenkreis außer Frage, wie der nachfolgende Auszug aus dem Redebeitrag des Abgeordneten *Traeger* in den Beratungen zum KFG verdeutlicht:

¹² So z.B. im dänischen (§ 9 i.V.m. § 117 færdselslov) und italienischen (Art. 189 Abs. 1 Codice della strada) Recht.

¹³ Ein der deutschen Regelung vergleichbar weiter Adressatenkreis findet sich in der niederländischen Regelung (Art. 7 Wegenverkeerswet 1994 in der am 4.3.2016 gültigen Fassung).

¹⁴ § 22 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen (KFG) v. 3.5.1909.

¹⁵ Durch die VO zur Änderung der Strafvorschriften über fahrlässige Tötung, Körperverletzung und Flucht bei Verkehrsunfällen v. 2.4.1940 als § 139a StGB a.F. eingefügt. Dieser lautete „Wer sich nach einem Verkehrsunfall“ [entfernt], „obwohl nach den Umständen in Frage kommt, daß sein Verhalten zur Verursachung des Unfalls beigetragen hat“.

¹⁶ Siehe dazu bei *Meurer*, Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort – § 142 StGB, Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem Ausgang des 19. Jahrhunderts, 2014, S. 76 (zur Entwurfsbegründung) und S. 80 (zur Gesetzesbegründung).

„Aber ich bin doch zu der Überzeugung gelangt, daß das Automobil das vortrefflichste und schätzenswerteste Fahrzeug ist für diejenigen, die drin sitzen. Da nun aber nicht alle Leute im Automobil sitzen und es auch Menschen gibt, die sich der gewöhnlichen Verkehrsstraßen zu Fuße bedienen müssen, so ist es doch sehr wünschenswert und vielleicht sogar die Pflicht des Staates, die nicht im Automobil Sitzenden gegen das Automobil zu schützen.“¹⁷

Der Blick über die Landesgrenzen und der in die Historie zeigen, dass der Straftatbestand der Verkehrsunfallflucht sich primär an den Führer des Fahrzeugs richtet(e). Zumindest historisch lässt sich dies darauf zurückführen, dass dieser mit dem Betrieb des Kraftfahrzeugs eine besondere Unfallgefahr in den Straßenverkehr hineinträgt¹⁸ und sich (zumal das Kraftfahrzeug nach einem Unfall häufig noch in Bewegung ist) unter Einsatz der Motorkraft ohne viel Aufwand schnell entfernen kann (Fluchtgefahr). § 142 StGB sieht indes solche Begrenzungen über den Unfallbeteiligten oder die beteiligten Fahrzeuge nicht vor. Die Abgrenzung zum normalen Schadensfall im öffentlichen Raum hat daher über den Merkmalskomplex „Unfall im Straßenverkehr“ zu erfolgen.

III. Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung: Der Unfall als Folge der typischen Gefahren des Straßenverkehrs

Die Rechtsprechung verlangt für einen Unfall im Straßenverkehr einen „straßenverkehrsspezifischen Gefahrezusammenhang“. „In dem Verkehrsunfall müssen sich gerade die typischen Gefahren des Straßenverkehrs verwirklicht haben“.¹⁹ Mit dieser Formel allein lassen sich allerdings keine eindeutigen Ergebnisse erzielen:

Das OLG Stuttgart hat darauf hingewiesen, dass es zu eng wäre, nur solche Unfälle zu erfassen, die gerade mit der typischen Betriebsgefahr von Kraftfahrzeugen zusammenhängen. Der Bezug zu solchen Unfällen im Sinne des § 7 StVG sei durch die erweiterte Fassung der Unfallflucht im Jahr 1940 (siehe oben unter II.) gelöst worden. Daher seien nicht nur Gefahren erfasst, die gerade mit dem fließenden Verkehr zusammenhängen. Auch der ruhende Verkehr nehme „an dem Schutz teil, den der § 142 StGB gegen den Beweisverlust gewährt.“ Daher seien auch Schäden erfasst, die beim Entladen eines abgestellten Fahrzeugs auftreten.²⁰ Demgegenüber hat das AG Berlin-Tiergarten eingewandt, dass Unfälle beim Beladen des Fahrzeugs nicht zu den Unfällen im Straßenverkehr zu rechnen seien. Treffe beim Entladen den Fahrzeugführer zumindest noch die Sorgfaltspflicht aus § 23 Abs. 1 S. 2 StVO, sei dies beim Beladen nicht der Fall, da das Fahr-

¹⁷ 154. Sitzung des Reichstags v. 5.11.1908 = Verhandlungen des Reichstags, Stenographische Berichte, Bd. 233, 1909, S. 5270.

¹⁸ Besonders zu Beginn des Kraftfahrzeugverkehrs wurde die Geschwindigkeit des herannahenden Fahrzeugs von den anderen Verkehrsteilnehmern unterschätzt (plötzliches Auftauchen des Kraftfahrzeugs).

¹⁹ OLG Köln NZV 2011, 619 (620) m.w.N.

²⁰ OLG Stuttgart NJW 1969, 1726 (1727) – dort auch das Zitat.

zeug noch nicht geführt worden sei. Es liege kein Unfall im ruhenden, sondern ein solcher im stehenden Verkehr vor.²¹

Dem hat wiederum das OLG Köln widersprochen, indem es eine Entscheidung des LG Aachen²² aufgehoben hat. Das Landgericht hatte bei einer Schädigung beim Beladen – im Einklang mit dem AG Berlin-Tiergarten – den Straßenverkehrsbezug verneint und einen Unfall im Straßenverkehr abgelehnt. Das OLG Köln verweist für den straßenverkehrsspezifischen Gefahrenzusammenhang darauf, dass der Schaden eine „verkehrsbezogene Ursache“ haben müsse. Bei haltenden und parkenden Fahrzeugen sei das Be- und Entladen verkehrsbezogener Teil des ruhenden Verkehrs, weil insoweit ein innerer Zusammenhang mit der Funktion eines Kraftfahrzeugs als Verkehrs- und Transportmittel bestehe. Es mache dabei keinen Unterschied, ob der Schaden schon beim Beladen oder erst beim Entladen des Fahrzeugs aufträte. Denn dem „Schutzbereich des § 142 StGB unterfallen gerade solche Geschehensabläufe im öffentlichen Straßenverkehr, die mit einem erhöhten Unfall- und Schadensrisiko sowie – wegen der Beteiligung eines Fahrzeugs – mit dem Risiko eines schnellen Entfernens des Verursachers vom Unfallort und damit einem gesteigerten Aufklärungsinteresse anderer Verkehrsteilnehmer einhergehen.“²³ Das Wegrutschen oder Abprallen des Ladeguts sei „eine typische, sich aus dem Verkehrsvorgang ergebende Gefahr“.²⁴

Fasst man die bisher vorgestellten Gesichtspunkte zusammen, so sollen straßenverkehrsspezifische Gefahren auch im ruhenden Verkehr relevant sein (so allgemein das OLG Stuttgart), in den an die Verkehrsteilnehmer gerichteten Pflichten der StVO zum Ausdruck kommen (AG Berlin-Tiergarten), als verkehrsbezogene Ursachen mit dem Zweck der Nutzung des Fahrzeugs zusammenhängen und besondere Risiken der Fahrzeuginanspruchnahme widerspiegeln (OLG Köln). Dass der ruhende Verkehr in den Anwendungsbereich des § 142 StGB fallen soll, lässt sich mittlerweile allerdings schon unmittelbar aus § 142 Abs. 4 StGB folgern²⁵ und stand selbst vor 1940 nicht in Frage.²⁶ Die bußgeldbewehrten Verhaltenspflichten der StVO sind als Anknüpfungspunkt für den Unfall im Straßenverkehr nicht aussagekräftig, da sie nicht nur an alle Verkehrsteilnehmer (also auch Fußgänger und Inlineskater [§ 31 Abs. 2 S. 3 StVO]), sondern auch an Personen gerichtet sind, die gar nicht am Verkehr teilnehmen wollen, sondern störend in ihn eingreifen (§§ 31 Abs. 1, 32,

33 StVO). Demgegenüber scheinen die beiden Argumente des OLG Köln weiter zu führen: Zwar ist die Nutzung des Fahrzeugs als Verkehrs- und Transportmittel nichts anderes als die Teilnahme am Straßenverkehr; erfasst wären also Gefahren, die mit der verkehrsgerechten Nutzung des Fahrzeugs als Verkehrsmittel zusammenhängen.²⁷ Das führt bei der Bestimmung der straßenverkehrsspezifischen Gefahren in positiver Hinsicht zwar nicht viel weiter²⁸ (erklärt insbesondere nicht, weshalb das Beweissicherungsinteresse bei einem Unfall im Straßenverkehr so besonders schutzwürdig ist), erlaubt aber negativ den Ausschluss einer verkehrsfremden Nutzung (dazu gleich unter IV.). Außerdem führt das OLG Köln für die Unfallverursachung mit einem Fahrzeug das Risiko an, dass der Verursacher sich schneller entfernen kann. Dieses Risiko führt nun zwar nicht zu einem „gesteigerten Aufklärungsinteresse“ der anderen Unfallbeteiligten und Geschädigten,²⁹ spiegelt aber die Mobilität der Verkehrsteilnehmer wider, die ein Kennzeichen der besonderen Beweissituation des Unfalls im Straßenverkehr ist (dazu unter V.).

IV. Verkehrsfremde bzw. nicht-verkehrsbezogene Gefahren

Gefahren für den Straßenverkehr, die sich in der konkreten Gefährdung anderer Personen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert verdichten und widerspiegeln können, entstehen nicht nur durch die gefährliche Teilnahme am Straßenverkehr (§ 315c StGB), sondern auch dadurch, dass mittels eines verkehrsfremden Verhaltens in gefährlicher Weise in den Straßenverkehr eingegriffen wird (§ 315b StGB). Kommt es in diesen Fällen über die konkrete Gefährdung hinaus zu einer Schädigung, so besteht auch bei verkehrsfremden Eingriffen ein Interesse des Geschädigten, die für die Geltendmachung des Schadensersatzes nötigen Beweise zu sichern. Gleichwohl genügt nach Ansicht der Rechtsprechung in der Regel ein verkehrsfremdes Verhalten nicht, um einen Unfall im Sinne des § 142 StGB zu begründen. Zwar fehlt es nach Auffassung des BGH nicht schon deshalb an einem Unfall, weil der Schädiger in diesen Fällen typischerweise mit Vorsatz handele. Denn insoweit genüge es, dass für den Betroffenen ein „ungewollter Schaden entstanden ist, weil es sich dann zumindest für diesen anderen um ein ungewolltes, ihn plötzlich von außen her treffendes Ereignis handelt“. Erforderlich sei aber, dass sich in einem Unfall gerade die „typischen Straßenverkehrsgefahren“ verwirklichen.

²¹ AG Berlin-Tiergarten NZV 2009, 94 (95).

²² LG Aachen, Urt. v. 7.2.2011 – 73 Ns-607 Js 784/08-205/09.

²³ OLG Köln NZV 2011, 619 (620).

²⁴ OLG Köln BeckRS 2011, 21092 (insoweit in NZV 2011, 619 nicht abgedruckt).

²⁵ Wobei dort noch nicht geklärt ist, ob sich der Unfall außerhalb des fließenden Verkehrs nur auf Unfälle im ruhenden Verkehr (beim Halten und Parken) beschränkt oder auch Unfälle erfasst, die an stehenden Objekten im Vorbeifahren verursacht werden, dazu *Henseler*, § 142 Abs. 4 StGB, Ist eine tätige Reue des Gesetzgebers erforderlich?, 2011, S. 4 ff, 37.

²⁶ Auch beim Einparken und Anhalten wirkt sich die Betriebsgefahr des Fahrzeugs aus.

²⁷ Ähnlich LG Berlin NStZ 2007, 100, das auf die Verkehrssicherheit von Verkehrsvorgängen abstellen will, und OLG Düsseldorf NStZ 2012, 326, das auf die typischen Gefahren bei der Nutzung des Einkaufswagens auf einem öffentlichen Parkplatz abstellt.

²⁸ Als „straßenverkehrsspezifisch“ lassen sich allenfalls diejenigen Gefahren bezeichnen, die bei der Nutzung des Straßenverkehrs als Verkehrsteilnehmer auftreten.

²⁹ Das Aufklärungsinteresse wird durch den Unfall ausgelöst und steigert sich nicht dadurch, dass der Täter mit einem Fahrzeug einfacher flüchten kann. Gemeint ist wohl eher die Gefährdung des Beweissicherungsinteresses.

Diese fehlten bei verkehrsfremden Eingriffen zwar nicht schlechthin, wohl aber dann, „wenn ein Verhalten schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild keine Auswirkung des allgemeinen Verkehrsrisikos, sondern einer deliktischen Planung ist.“³⁰ In ähnlicher Weise hatte die Rechtsprechung bereits früher argumentiert. So hatte das BayObLG in dem Fall, in dem ein Fußgänger infolge einer Hundebeißerei zu Boden gerissen und verletzt wurde, einen Unfall abgelehnt: Die Gefahren einer solchen Beißerei seien auf das typische Verhalten von Hunden zurückzuführen, seien aber nicht typisch für die Teilnahme am Straßenverkehr.³¹ Bereits 1972 hatte sich wiederum der BGH dazu geäußert, ob das Rammen eines verfolgenden Polizeifahrzeugs mit dem eigenen Fahrzeug, um eine Flucht zu ermöglichen, noch einen Unfall im Sinne des § 142 StGB begründen kann. Er bejahte dies, da der Täter das Fahrzeug „in erster Linie seinem Zweck entsprechend als Mittel der Fortbewegung im öffentlichen Verkehrsraum und nicht etwa (ausschließlich) als Tatwaffe benutzt“ habe.³²

Fasst man diese Rechtsprechung zusammen, so bringt das schadensursächliche Verhalten dann kein straßenverkehrsspezifisches Unfallrisiko mit sich, wenn es sich zwar im öffentlichen Verkehrsraum ereignet, aber erkennbar nicht auf eine Teilnahme am Straßenverkehr abzielt, sondern ausschließlich anderen Zwecken folgt. Das Werfen von Gegenständen auf fahrende Fahrzeuge ist daher ebenso wenig erfasst wie das Hantieren mit einem Laserpointer durch einen Fußgänger, da dieses Verhalten erkennbar anderen – nicht auf eine Fortbewegung im Verkehr – gerichteten Zwecken folgt. Gleiches gilt, wenn ein Handwerker bei der Reparatur eines Zauns oder Personen beim Spielen auf der Straße abgestellte Fahrzeuge beschädigen. Denn mit dem Aufenthalt im Verkehrsraum und der Vornahme der risikobehafteten Tätigkeiten werden erkennbar nicht-verkehrsbezogene Zwecke verfolgt, d. h. sie sind nicht auf eine Fortbewegung im Verkehr ausgerichtet.

Mit dieser negativen Abgrenzung sind aber – immer noch – zwei Fragen nicht beantwortet: Was gilt bei Maßnahmen, die allenfalls mittelbar zu einer Fortbewegung im Straßenverkehr beitragen, wie etwa das Beladen oder die Reparatur eines Fahrzeugs? Und weshalb ist nur bei einem auf Fortbewegung im Verkehr ausgerichteten Verhalten das Beweissicherungsinteresse besonders schutzwürdig?

³⁰ BGHSt 47, 158 (159) = NJW 2001, 626 (627).

³¹ BayObLG NJW 1980, 299 (300); anderes gelte, wenn der Hund vor einem Fahrzeug gescheut oder ein Fahrzeug zum Ausweichen gezwungen hätte.

³² BGHSt 24, 382 (383 f.) = NJW 1972, 1960. Zu weitgehend daher BGHSt 48, 233 (239) = NJW 2003, 1613 (1615), mit abl. Anm. Müller/Kraus, NZV 2003, 559 (560), wenn dort ein Unfall im Sinne des § 142 StGB bejaht wird, obwohl das Rammen des Fahrzeugs ausschließlich darauf abzielte, das gerammte Fahrzeug zu stoppen.

V. Fluchtimpuls, Mobilität und Anonymität der Verkehrsteilnehmer

Legt man den Ansatz der Rechtsprechung zugrunde, der die straßenverkehrsspezifischen Gefahren mit der Fortbewegung im Verkehr und einem Fluchtrisiko (OLG Köln – oben unter III.) verknüpft, so ist zu begründen, warum gerade diese Gefahren die strafrechtliche Schutzwürdigkeit des Beweissicherungsinteresses tragen. Dafür lassen sich zwei Aspekte anführen: ein psychologischer und ein dynamischer.

Psychologische Untersuchungen zum Fluchtmotiv bei der Unfallflucht zeigen, dass der typische (unvorhergesehene) Unfall beim Beteiligten zu einer Schreckreaktion führt. Diese bewirkt vor allem eine akute psychische Belastung,³³ da der Verkehrsteilnehmer einerseits noch am Verkehr teilnimmt und teilnehmen will (er wollte von A nach B reisen), sich zeitgleich aber mit der neuen Situation und den daraus folgenden Pflichten konfrontiert sieht. Gerade der Verkehrsteilnehmer, der mit seinem Fahrzeug noch in Bewegung ist, muss in Sekundenschnelle das Unfallereignis realisieren, das sich daraus ergebende Haltegebot umsetzen, zugleich seinen ursprünglichen Plan (Fortbewegung von A nach B) aufgeben und bei alledem die Verkehrssicherheit seines Fahrvorganges im Blick haben. Der plötzlich eintretende Schaden und die doppelten Anforderungen (weitere Verkehrsteilnahme³⁴ und Verhaltenspflichten wegen des Unfalls) führen deshalb häufig zur Überforderung des Unfallbeteiligten.³⁵ Diese löst wiederum einen Schutz- bzw. Verdrängungsmechanismus aus, der in einem Fluchtimpuls umgesetzt wird, durch den rationale Erwägungen zunächst einmal zurückgedrängt werden.³⁶ Geht man deshalb von einer Typizität des Fluchtimpulses insbesondere in den Fällen aus, in denen der Fahrzeugführer mit einem in Bewegung befindlichen Fahrzeug einen Schaden verursacht, so ist gerade in diesen Fällen das Beweissicherungsinteresse der anderen Unfallbeteiligten und Geschädigten – im Vergleich zu einem statistischen Schadensfall im Verkehrsraum (der Handwerker beschädigt bei der Zaunreparatur das danebenstehende Fahrzeug) – besonders gefährdet.³⁷

Flankiert wird dieser Gesichtspunkt durch zwei weitere Umstände: Die Schnelligkeit des Verkehrs und die Ano-

³³ Näher bei Duttge, JR 2001, 181 (183) m.w.N.

³⁴ Gemeint ist damit nicht nur die Beherrschung des Fahrzeugs, sondern auch der Umstand, dass typischerweise der Verkehrsraum durch nachfolgende Verkehrsteilnehmer beansprucht wird und dadurch der Verursacher zusätzlich unter Druck gerät.

³⁵ Die Überforderung ist häufig auch bei Geschädigten zu beobachten, die den erlittenen Schaden zunächst nicht wahrnehmen oder marginalisieren und sich entfernen. Sind die Unfallopfer Kinder, tritt häufig die Angst hinzu, selbst etwas falsch gemacht zu haben.

³⁶ Zopfs (Fn. 8), § 142 Rn. 17, sowie Duttge, JR 2001, 181 (184), der die Unfallflucht als „asthenisches Affektdelikt“ einordnet.

³⁷ Ob eine Nichtbefolgung des Normbefehls durch den Unfallbeteiligten gerade ein strafwürdiges Unrecht begründet, steht auf einem anderen Blatt, siehe dazu – auch rechtsvergleichend – Duttge, JR 2001, 181 (184 ff.).

nymität der Verkehrsteilnehmer (dynamischer Aspekt). Der Bereich des öffentlichen Straßenverkehrs ist dadurch gekennzeichnet, dass er von möglichst vielen unterschiedlichen Personen genutzt wird. Die Vielzahl und Schnelligkeit der Verkehrsabläufe erschwert deshalb generell die Beweissicherung. Anders als bei einem Schadensereignis auf einem Privatgrundstück ist es hier weitaus schwieriger, einen räumlichen Bereich in seinem Zustand zu „konservieren“. Außerdem ist es im Bereich öffentlicher Verkehrsflächen (im Gegensatz zu privaten Flächen, z.B. bei fest zugewiesenen Mieterstellplätzen oder innerhalb eines abgegrenzten Firmengeländes) typisch, dass Personen aufeinandertreffen, die sich persönlich nicht kennen und letztlich auch nicht weiter beachten. Mit anderen Worten: In einer auf Mobilität ausgerichteten Gesellschaft ist der Straßenverkehr auch durch die Anonymität der Verkehrsteilnehmer untereinander geprägt – dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, dass ein Fahrzeug benutzt wird: Anonymität herrscht auch in der Fußgängerzone. Bei einem Unfall tritt der Fahrzeugführer zwar durch die Schadensverursachung aus der Masse der anderen Verkehrsteilnehmer individuell hervor. Seine Anonymität verliert er aber typischerweise erst dann, wenn er selbst den Verkehrsfluss unterbricht, aussteigt und den Schaden begutachtet. Folgt er hingegen seinem Fluchtimpuls, so kann er in der Anonymität verbleiben³⁸ oder zumindest (wenn er Außenstehende mit der Unfallverursachung auf sich aufmerksam gemacht hat) unschwer wieder in der anonymen Masse der Verkehrsteilnehmer verschwinden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beweissicherung nach einem Unfall im Straßenverkehr typischerweise in dreifacher Weise gefährdet ist: Zum ersten durch die Notwendigkeit, dass der Unfallort möglichst schnell für den Straßenverkehr wieder freigegeben werden muss, zum zweiten durch den Umstand, dass sich die Verkehrsteilnehmer typischerweise nicht kennen und zum dritten durch den Fluchtimpuls des Unfallbeteiligten. Insbesondere der letzte Umstand (Flucht als Folge der oben geschilderten Überforderung) fehlt in den Fällen, in denen der Schaden durch ein ausschließlich nicht-verkehrsbezogenes Verhalten verursacht wird: Wird der Schaden angestrebt, so beruht die Flucht nicht auf einer akut eintretenden psychischen Belastungssituation; ist der Schaden unbeabsichtigt verursacht worden (etwa beim Spielen, beim unachtsamen Hantieren mit dem Laserpointer oder dem Werkzeug des Handwerkers³⁹), so liegt zwar eine plötzliche Situationsänderung vor, eine Flucht aufgrund einer psychischen Überforderung⁴⁰ ist hier aber nicht typisch.

³⁸ Dabei ist nicht zu verkennen, dass der Fluchtimpuls durch die beim Unfall bestehende Anonymität noch verstärkt wird.

³⁹ Im Ansatz ähnlich OLG Köln BeckRS 2011, 21092 (insoweit in NZV 2011, 619 nicht abgedruckt): Der Handwerker ist kein Verkehrsteilnehmer.

⁴⁰ Zwar mag auch in diesen Fällen ein Verschwinden typisch sein. Dies beruht aber nicht auf einer psychischen Überforderung, sondern – wie bei normalen Schadensfällen – darauf, dass der Verursacher keine Verantwortung übernehmen will.

Der von der Rechtsprechung geforderte straßenverkehrsspezifische Gefahrenzusammenhang liegt also vor, wenn der Unfall aus einer Fortbewegung im Straßenverkehr erwachsen ist und typischerweise durch eine erschwerte Beweissicherung und Anonymität der Beteiligten gekennzeichnet ist. Erfasst sind daher Unfälle im Begegnungsverkehr, Schäden, die durch Vorbei- oder Auffahren an stehenden Objekten verursacht werden, und Unfälle, die sich beim Ein- und Ausparken ereignen. Zu den zuletzt genannten Schadensfällen ist auch das Anschlagen der Tür beim Ein- und Aussteigen zu rechnen, da diese Vorgänge unmittelbar auf eine Fortbewegung gerichtet sind, mögen sie auch mit einem Wechsel der Bewegungsart verbunden sein (Übergang Fahrzeugverkehr/Fußgängerverkehr).

VI. Fußgängerverkehr sowie Be- und Entladen

Letzteres setzt freilich voraus, dass auch die Fortbewegung als Fußgänger noch unter den Straßenverkehr zu rechnen ist. Kommt auch hier ein Fluchtimpuls zum Tragen? Anders als beim Führen eines Fahrzeugs ist der Fußgänger zwar mit geringerer Geschwindigkeit unterwegs. Er wird aber ebenso vom Schadensereignis überrascht, auch ihn trifft der Unfall plötzlich (Umstoßen eines Passanten, Touchieren eines Fahrzeugs durch ein geschobenes Rad oder ähnliches). Im Gegensatz zum Unfall eines Fahrzeugführers ist der Fußgänger jedoch nicht zugleich mit der Beherrschung des Fahrzeugs gefordert oder durch nachfolgenden Verkehr zum Weiterfahren veranlasst. Die Überforderung, die akute psychische Belastung für einen Fußgänger fällt deshalb – im Vergleich zum Fahrzeugführer – typischerweise deutlich geringer aus. Gleichwohl wird man auch die Unfälle, die durch Fußgänger verursacht werden, noch zu den Unfällen im Straßenverkehr rechnen können, sofern der Schaden aus einer Fortbewegung des Fußgängers folgte. Ebenso wie bei einem Fahrzeugunfall tritt der Fußgänger durch die Schadensverursachung individuell aus der Masse der anonymen Verkehrsteilnehmer hervor und kann durch ein kurz andauerndes Weiterlaufen schon wieder im Straßenverkehr (unter anderen Passanten, hinter der nächsten Ecke) und damit in der Anonymität untertauchen.⁴¹ Auch dem in Bewegung befindlichen Fußgänger bleibt nur wenig Zeit, um Unfall und Unfallbeteiligung zu realisieren und sein ursprüngliches Fortbewegungsziel aufzugeben, so dass auch hier ein Fluchtimpuls noch typisch ist. Handelt es sich hingegen um einen Schaden, der sich unter Besuchern einer Veranstaltung ereignet, die im öffentlichen Verkehrsraum stattfindet (public viewing),⁴² so fehlt der

⁴¹ Insbesondere die Unfälle, die im Vorbeilaufen durch ein Touchieren des stehenden Objekts verursacht werden, weisen Ähnlichkeiten zu den Unfällen eines Fahrzeugführers auf. Auch hier realisiert der Unfallbeteiligte seine Beteiligung meist erst dann, wenn er die Anstoßstelle schon passiert hat: Hier führt ihn dann die weitere Fortbewegung bereits von der Unfallstelle in die „schützende“ Anonymität.

⁴² Auch hier sind die Personen zwar ggf. in Bewegung (um ein besseres Blickfeld zu erreichen oder um Getränke zu besorgen), sie wollen aber nicht woanders hin, tauchen in diesem Sinn auch nicht aus der Anonymität auf, um sogleich

Fortbewegungscharakter und damit ein Unfall im Straßenverkehr.⁴³ Gleiches gilt bei anderen statischen Situationen, mögen sie auch darauf abzielen, letztlich eine Fortbewegung zu ermöglichen (etwa beim Warten an einer Haltestelle).

Zu klären bleibt, was bei Verhaltensweisen gilt, die zwar im Zusammenhang mit einem Fahrzeug stehen, selbst aber nicht Teil der Fortbewegung sind, wie die Reparatur⁴⁴ oder das Beladen⁴⁵ eines Fahrzeugs. Hier fehlt die typische, einen Fluchtimpuls auslösende Unfallsituation. Selbst wenn sich der Verursacher nach Abschluss der Reparatur/des Ladevorgangs mit dem Fahrzeug oder als Fußgänger fortbewegen will, ist die Fortbewegung zum Zeitpunkt der Schadensverursachung nicht das primäre Ziel. Auch der das Geschehen umschließende Straßenverkehr stellt typischerweise keine zusätzlich vom Verursacher zu beachtenden Anforderungen. Der Unfallverursacher tritt nicht erst durch den Unfall aus dem Verkehrsfluss/dem Fortbewegungsvorgang heraus. Er hat ihn vielmehr selbst unterbrochen, um eine anderweitige Tätigkeit vorzunehmen, die ihn aus der Masse der Verkehrsteilnehmer hervorhebt, und dies typischerweise an einem Ort, der als Fortbewegungsraum vom Straßenverkehr nicht beansprucht wird, so dass auch die typische Erschwerung der Beweissicherung fehlt. Schäden, die bei der Reparatur oder beim Beladen von Fahrzeugen eintreten, sind daher nicht als Unfall im Straßenverkehr im Sinne des § 142 StGB zu betrachten.⁴⁶

Wird ein Schaden durch den Einsatz eines Einkaufswagens im öffentlichen Verkehrsraum verursacht, ist zu differenzieren: Wird der Schaden mit dem Einkaufswagen auf dem Weg zum Fahrzeug verursacht (durch Touchieren eines geparkten Fahrzeugs), so stellt sich der Fall nicht wesentlich anders dar als bei einem anderen Fußgänger, der beim Vor-

in derselben des Straßenverkehrs wieder verschwinden zu können.

⁴³ Für diesen Raum wird man allerdings begrifflich bereits den Straßenverkehr ausschließen können, da dieser Bereich gerade nicht für eine Bewegung genutzt werden soll.

⁴⁴ Das OLG Köln (VRS 65, 431 f.) hat einen Unfall im Straßenverkehr bejaht, wenn das Fahrzeug beim Reifenwechsel vom Wagenheber rutscht und dadurch Fremdschäden verursacht werden.

⁴⁵ Hier ist der Übergang zum Einsteigevorgang freilich fließend, etwa dann, wenn der Einsteigende, um seine Jacke abzulegen, die hintere Seitentür öffnet und damit einen Schaden verursacht. In diesen Fällen wird man allerdings schon begrifflich kaum von einem Ladevorgang sprechen; es fehlt auch die für das Laden typische statische Situation.

⁴⁶ Ebenso: *Hecker*, JuS 2011, 1038 (1039); *König*, in: Henschel/König/Dauer (Hrsg.), Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 43. Aufl. 2015, § 142 Rn. 25; *Lenhart*, NZV 2013, 270 (272); *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 142 Rn. 7; *Zopfs* (Fn. 8), § 142 Rn. 34; im Ergebnis auch *Schild/Kretschmer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 142 Rn. 39; *Weigend*, JR 1993, 115 (117).

beischieben seines Fahrrades Schäden verursacht;⁴⁷ insoweit lässt sich also ein Unfall im Straßenverkehr bejahen. Rollt der Einkaufswagen hingegen beim Beladen des Fahrzeugs (Ausladen des Einkaufswagens) weg, ist der schädigende Vorgang dem statischen Beladen zuzurechnen: ein Unfall im Straßenverkehr scheidet deshalb aus den oben genannten Gründen aus.⁴⁸

⁴⁷ Gleiches gilt, wenn der Einkaufswagen (z.B. mit Leergut) zum Supermarkt bewegt wird.

⁴⁸ Im Ergebnis ebenso LG Düsseldorf NStZ-RR 2011, 355 (356), das für einen Unfall im Straßenverkehr voraussetzt, dass „zum einen zumindest auf der Seite eines Beteiligten ein Fahrzeug i. S. der StVO involviert ist [...] und zum anderen der Unfall Ausdruck gerade derjenigen Gefahren ist, die mit der Fortbewegung mittels dieses Fahrzeugs verbunden sind“.

Ausufernd und fehlplatziert: Der Tatbestand der Datenhehlerei (§ 202d StGB) im System des strafrechtlichen Daten- und Informationsschutzes

Von Prof. Dr. Tobias Singelstein, Berlin

Am 18. Dezember 2015 ist mit dem § 202d StGB der Tatbestand der Datenhehlerei in Kraft getreten.¹ Damit schlägt der Gesetzgeber ein weiteres Kapitel in der Geschichte des strafrechtlichen Schutzes von Daten und Informationen auf – ohne diesen Bereich jedoch systematisch überzeugend in den Griff zu bekommen. Dieser Beitrag darüber sei der ZIS, ihren Herausgebern und der Redaktion mit den besten Glückwünschen zum 10jährigen Jubiläum gewidmet!

I. Einführung

§ 202d Abs. 1 StGB erfasst – wie bereits der Titel „Datenhehlerei“ nahelegt – den Umgang mit Daten, die ein Dritter durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat. Damit reagiert der Gesetzgeber auf Entwicklungen im Bereich der Cyberkriminalität, dem allgemein eine stark zunehmende Bedeutung beigemessen wird. Eine wesentliche Rolle spielt dabei die (massenhafte) rechtswidrige Erlangung von Identitätsdaten, die sodann für Vermögensdelikte missbraucht werden.² Beispielhaft für diese Form der Cyberkriminalität sind das so genannte Phishing zur Erlangung von Konto- und Kreditkartendaten oder das Eindringen in entsprechende Datenspeicher.

Nach kriminologischen Erkenntnissen werden solche Taten nicht selten von verschiedenen Personen begangen. Zunächst macht sich ein technisch versierter Täter an die Beschaffung der Daten, verwendet diese aber nicht selbst, sondern veräußert sie weiter an andere Personen, die damit sodann die genannten Vermögensdelikte begehen oder die Daten weiterverkaufen.³ Angesichts dessen sah sich der Gesetzgeber veranlasst, vor allem die zwischen der Beschaffung der Daten und ihrem Einsatz für weitere Delikte liegende Veräußerung gesondert unter Strafe zu stellen – auch und gerade, um Beweisproblemen zu begegnen.⁴

Fall 1: T dringt über eine Telekommunikationsverbindung in den geschützten Datenserver des Unternehmens U ein und beschafft sich so die Identitäts- und Kreditkartendaten einer unbestimmten Zahl von Kunden des U. Anschließend verkauft und übermittelt er die Daten auf dem Schwarzmarkt an H, der diese zur Begehung von Vermögensdelikten verwenden möchte.

¹ BGBl. I 2015, S. 2227; dazu *Roßnagel*, NJW 2016, 533 (537).

² *Gercke*, ZUM 2013, 605 f.; *Hahn/Bußmann*, DRiZ 2012, 223; *Meier*, MschrKrim 2012, 184.

³ *Bär*, DRiZ 2015, 432; *Sieber*, Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, S. 22.

⁴ BT-Drs. 18/5088, S. 24 ff.; *Hahn/Bußmann*, DRiZ 2012, 223 (223 f.); kritisch zum praktischen Bedarf etwa *Selz*, in: *Taeger* (Hrsg.), *Internet der Dinge. Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft*. Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2015, S. 915-931, 917 ff.

Der Gesetzgeber hat die neue Norm hinter den §§ 202a 202c StGB in den Abschnitt über die Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs eingefügt. Er macht damit deutlich, dass das Schutzgut des Tatbestandes nicht anders als beim Ausspähen und Abfangen von Daten im formellen Geheimhaltungsinteresse des Verfügungsberechtigten⁵ sowie dessen Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Daten zu sehen sein soll.⁶

II. Struktur und Merkmale des Tatbestandes

Den beabsichtigten Schutz setzt der Tatbestand mit zwei objektiven Merkmalen und – neben dem Vorsatz – einem besonderen subjektiven Merkmal um. Er ist damit jedenfalls von seiner Konstruktion her eng an die Sachhehlerei in § 259 StGB angelehnt. Tatobjekt sind alle Daten im Sinne der Legaldefinition des § 202a Abs. 2 StGB, also all solche Daten, die elektronisch oder magnetisch gespeichert sind oder übermittelt werden.⁷ Damit gewährt der Tatbestand – wie schon die voranstehenden Normen der §§ 202a ff. StGB – einen sehr weitgehenden Schutz. Insbesondere findet keine Beschränkung auf besonders sensible oder wertvolle Inhalte statt, wie dies etwa die Tatbestände des Geheimnisschutzes tun.

Vielmehr nimmt § 202d Abs. 1 StGB hinsichtlich des Tatobjekts lediglich zwei Einschränkungen vor, die in der Natur der Sache liegen. Erstens dürfen die Daten nicht öffentlich zugänglich, also nicht über allgemein zugängliche zuverlässige Quellen zu erlangen sein,⁸ da es in diesem Fall stets an der Strafwürdigkeit fehlt.⁹ Zweitens muss ein anderer die Daten durch eine rechtswidrige Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) erlangt haben, was gerade das Wesen der Datenhehlerei als Anschlussdelikt ausmacht. Neben dem Ausspähen und Abfangen von Daten (§§ 202a, 202b StGB) sollen als Vortat auch allgemeine Delikte in Betracht kommen, wie der Diebstahl (§ 242 StGB) von Datenträgern oder die Nötigung

⁵ Zum Berechtigtenbegriff BT-Drs. 18/5088, S. 46; *Neuhöfer*, jurisPR-Compl 4/2015, Anm. 6.

⁶ BT-Drs. 18/5088, S. 26, 45; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 202a Rn. 1; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: März 2016, § 202a Rn. 2.

⁷ Dazu detailliert *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 202a Rn. 7 ff.

⁸ BT-Drs. 18/5088, S. 45 f.; siehe auch § 10 Abs. 5 S. 2 BDSG; BGHSt 58, 268 (277); OLG Bamberg NSTZ-RR 2011, 27; *Ambts*, in: *Erbs/Kohlhaas* (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, 206. Lfg., Stand: Januar 2016, § 43 BDSG Rn. 17.

⁹ *Neuhöfer*, jurisPR-Compl 4/2015, Anm. 6.

(§ 240 StGB).¹⁰ Die Vortat muss – ebenso wie bei der Sachhehlerei – vollendet sein und tatsächlich die formelle Verfügungsbefugnis des Berechtigten beeinträchtigt haben, was im Einzelfall die genaue Bestimmung der Person des Berechtigten erforderlich macht.¹¹

Als Tathandlung benennt der § 202d Abs. 1 StGB das Sichverschaffen sowie das Verschaffen oder Zugänglichmachen für einen Anderen und greift damit Teile der von § 202c Abs. 1 StGB erfassten Handlungen auf.¹² Ähnlich wie die Sachhehlerei erfasst damit auch die Datenhehlerei sehr umfassend die im Anschluss an eine Vortat in Betracht kommenden Handlungsweisen, vom eigenen Verschaffen bis hin zu allen Formen der Weitergabe an Dritte. Aus datenschutzrechtlicher Sicht sind damit alle Formen der Übermittlung der Daten an Dritte erfasst, aber auch solche eigenen Nutzungen der Daten, bei denen Dritte notwendig Kenntnis erlangen. Der Täter muss dabei die tatsächliche Verfügungsmacht über die Daten erlangen.¹³

Subjektiv verlangt der Tatbestand neben dem Eventualvorsatz, der die Vortat umfassen muss,¹⁴ eine Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht. Dies entspricht der parallelen Qualifikationsregelung für die Verletzung von Privatgeheimnissen in § 203 Abs. 5 StGB, für die nach richtiger Auffassung *dolus directus* 1. Grades zu verlangen ist.¹⁵

Zusammengenommen weist der Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB damit sowohl ein sehr breit formuliertes Tatobjekt, als auch sehr umfangreiche Tathandlungen auf. Eingrenzungen der Strafbarkeit werden vor allem durch zwei Merkmale umgesetzt: die Herkunft der Daten aus einer rechtswidrigen Vortat und das Erfordernis einer besonderen Absicht als überschießender Innentendenz. Erfasst sein können daher etwa auch die folgenden Fallkonstellationen:

Fall 2: Der in einem Ministerium tätige Beamte B ist über die rechtswidrigen Praktiken mancher seiner Kollegen empört. Um Abhilfe zu schaffen, spielt er einschlägige geheime Daten dem Aktivisten A zu. Dieser geht damit zu dem Journalisten J und kopiert diesem die Daten, damit J daraus eine große Geschichte machen kann.

Fall 3: O verliert seinen USB-Stick. Dies bemerkt T, der den Stick an sich nimmt, um ihn für sich zu behalten. Das auf dem Stick gespeicherte Spezialrezept für Omas Apfelkuchen, das O längst vergessen hatte, verkauft T für € 5,- an den Bäcker B, der mit dem leckeren Gebäck seinen Umsatz steigern möchte.

¹⁰ BT-Drs. 18/5088, S. 46; *Golla/v. zur Mühlen*, JZ 2014, 668 (669); kritisch zu Delikten, die sich nicht (primär) auf die formelle Verfügungsbefugnis beziehen, *Selz* (Fn. 4), S. 926 f.

¹¹ *Neuhöfer*, jurisPR-Compl 4/2015, Anm. 6; dazu *Hilgendorf* (Fn. 7), § 202a Rn. 26 f.

¹² BT-Drs. 18/5088, S. 46 f.; *Franck*, RDV 2015, 180 (181).

¹³ BT-Drs. 18/5088, S. 47.

¹⁴ Vgl. zu den Anforderungen *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 259 Rn. 39.

¹⁵ *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 203 Rn. 28.

III. § 202d StGB im System des strafrechtlichen Informationsschutzes

Daten und die in ihnen enthaltenen Informationen stellen für den Gesetzgeber ein Schutzgut dar, das offenbar schwer zu handhaben ist.¹⁶ Im Schlepptau des technischen Fortschritts wurden zahlreiche verschiedene Tatbestände geschaffen, die zusammengenommen eher einen schwer überschaubaren Flickenteppich darstellen, als einem systematischen und schlüssigen Gesamtkonzept zu folgen. Wie ist der neue Tatbestand der Datenhehlerei in diesem Feld zu verorten?

1. Daten und Sachen

Daten und die in ihnen enthaltenen Informationen unterscheiden sich grundlegend von Sachen bzw. Eigentum und Gewahrsam als strafrechtlichem Schutzgut. Dies hängt insbesondere mit der fehlenden Verkörperung zusammen. Anders als Sachen sind Daten keine Einzelstücke und nicht fest lokalisiert. Sie lassen sich vielmehr perfekt kopieren und insofern beliebig vervielfältigen sowie sehr einfach auch über weite Strecken transferieren.¹⁷ Dies führt zu divergierenden Schutzbedürfnissen für Eigentum und Gewahrsam an Sachen auf der einen Seite sowie Daten und Informationen auf der anderen Seite. Für den Eigentümer bzw. Gewahrsamsinhaber kommt es vor allem darauf an, dass die Sache unversehrt ist und ihm nach seinem Belieben zur Verfügung steht. Dies beides trifft zwar auch auf Informationen und Daten zu – allerdings in deutlich anderer Weise.

Erstens kann eine Sache in ihrer Verkörperung grundsätzlich nur einer Person zum gleichen Zeitpunkt zur Verfügung stehen. So kann etwa ein Mantel nur von einer Person getragen werden. Seine Wegnahme schließt daher den Eigentümer bzw. Gewahrsamsinhaber von der Nutzung aus. Daten hingegen können kopiert und anschließend zeitgleich von verschiedenen Personen genutzt werden.¹⁸ Eine illegale Beschaffung von Daten schließt den Berechtigten daher nicht von der Nutzung aus, wenngleich er aus anderen Gründen schutzwürdig sein mag, womit der zweite wesentliche Unterschied angesprochen ist: Bei Sachen ist es dem Berechtigten für gewöhnlich egal, ob Dritte Kenntnis von seinem Besitz oder Eigentum und der Beschaffenheit der Sache haben. Anders ist es hingegen häufig bei Daten. Hier kommt es dem Berechtigten nicht selten darauf an, dass nur er Kenntnis oder Zugriff auf die in den Daten enthaltenen Inhalte hat. Dies gilt für Privat- und Geschäftsgeheimnisse ebenso wie für Passwörter und vergleichbare Zugangsdaten. Patientenkarteen, das private Tagebuch, das noch unveröffentlichte Gedicht eines Autors oder das Passwort für den Zugang zum privaten E-Mail-Account sind also insofern schützenswert, als nur der Berechtigte Kenntnis von diesen Informationen haben sollte. Dies gilt sowohl für Zugangsdaten, die einen erst dahinterstehenden Datenbestand schützen, als auch für Daten, die bereits wegen ihres eigenen Inhalts schützenswert sind, also etwa Privat- und Geschäftsgeheimnisse.

¹⁶ Dazu allgemein *Golla*, ZIS 2016, 192 (192 ff.)

¹⁷ *Golla/v. zur Mühlen*, JZ 2014, 668 (671).

¹⁸ *Golla/v. zur Mühlen*, JZ 2014, 668 (671).

Kurz gesprochen lässt sich sagen: Was der Sache ihre Verkörperung ist, auf die der Berechtigte nach seinem Belieben Zugriff hat, ist den Daten ihr Inhalt, der je nach den Umständen nur einem begrenzten Personenkreis bekannt ist.

2. Konzepte des strafrechtlichen Daten- und Informationsschutzes

Bei der normativen Erfassung der damit skizzierten Schutzbedürfnisse hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit verschiedene Konzepte verfolgt, die sich grundlegend in zwei Richtungen unterscheiden lassen.¹⁹

Auf der einen Seite finden sich zahlreiche Tatbestände, die jeweils besonders sensible und daher besonders schutzbedürftige Informationen betreffen, die zumindest auch in Form von Daten vorliegen können.²⁰ Dies gilt für Privatgeheimnisse und den höchstpersönlichen Lebensbereich, die durch die §§ 201, 201a, 202, 203, 204 StGB geschützt werden. Der Schutz von Dienst- und Geschäftsgeheimnissen ist in § 17 UWG sowie den §§ 203, 353b StGB geregelt. Ein Schutz personenbezogener Daten findet sich in § 44 BDSG und parallelen Vorschriften in den Landesdatenschutzgesetzen. Bei diesen Tatbeständen lässt sich von einem inhaltsbezogenen Schutzkonzept für Daten bzw. Informationen sprechen.

Auf der anderen Seite schützen bestimmte Tatbestände gespeicherte oder in Übermittlung befindliche Daten und Datenverarbeitungen unabhängig von ihrem Inhalt vor bestimmten Einwirkungen, so dass sich von einem formalen Schutzkonzept von Daten sprechen lässt. Dies gilt für die §§ 303a, 303b StGB, die die Veränderung und Beseitigung von Daten betreffen, sowie für die §§ 202a, 202b und 202c StGB, die die Verschaffung von besonders gesicherten oder in Übermittlung befindlichen Daten erfassen. Aber auch der neue § 202d StGB ist nach Auffassung des Gesetzgebers in diese Kategorie zu zählen. Dieses zweite Schutzkonzept, das gespeicherte Daten im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB betrifft, ist ersichtlich an den strafrechtlichen Schutz von Sachen angelehnt. Vergleichsweise unproblematisch ist dies bei den §§ 303a, 303b StGB, die der Sachbeschädigung entsprechen²¹ – denn der Berechtigte hat bei Daten nicht anders als bei Sachen ein schützenswertes Interesse daran, dass diese unversehrt erhalten bleiben. Deutlich anders stellt sich die Sachlage hingegen bei den §§ 202a ff. StGB dar. Hier wirken sich die eingangs benannten grundlegenden Unterschiede zwischen Sachen und Daten aus, die wie gezeigt zu divergierenden Schutzbedürfnissen führen. Während es bei Sachen im

Wesentlichen um einen Schutz der Sachherrschaft geht, hat der Berechtigte bei Daten vor allem das Interesse, dass Dritte nicht Kenntnis vom Inhalt der Daten erlangen.

Diesen Unterschieden trägt der Gesetzgeber bei den §§ 202a, 202b StGB – die von ihrer Schutzrichtung her Diebstahl und Unterschlagung bei Sachen ähneln – zumindest noch insofern Rechnung, als der Kreis der Tathandlungen deutlich eingeschränkt ist. Beim Ausspähen von Daten (§ 202a StGB) muss der Täter eine Zugangssicherung überwinden, sind also nur besonders geschützte Daten erfasst.²² Das Abfangen von Daten (§ 202b StGB) betrifft nur Daten, die sich in einer nichtöffentlichen Datenübermittlung befinden.²³ Hier sind die Daten also zum einen besonders schutzbedürftig, zum anderen erfordert der Zugriff einen erheblichen technischen Aufwand und somit auch besondere Tathandlungen. Wie aber fügt sich nun der neue Tatbestand des § 202d StGB in dieses Gefüge des strafrechtlichen Daten- und Informationsschutzes ein?

3. § 202d StGB als Element des formalen Schutzkonzepts

Zunächst scheint der Tatbestand tatsächlich eine relevante Lücke zu füllen, da gespeicherte Daten bislang nicht generell vor einer unbefugten Weitergabe geschützt sind.²⁴ In Anlehnung an die datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Differenzierung zwischen Datenerhebung und Datenverarbeitung lassen sich zwei dem entsprechende Ebenen des strafrechtlichen Schutzes ausmachen: das Erheben bzw. Beschaffen und das Verarbeiten bzw. Nutzen. In diesem Sinne sind etwa Geheimnisse und andere Objekte des inhaltsbezogenen Schutzkonzeptes nicht nur vor einer unbefugten Beschaffung geschützt, sondern auch vor einer Weitergabe oder Verwendung. Ähnliches gilt für Sachen, die angesichts des § 259 StGB nicht nur vor Wegnahme und Unterschlagung, sondern ebenso vor weitergehendem Ankauf und Absetzen geschützt sind. Siehe die Tabelle auf S. 439.

Systematisch muss die Verortung der Datenhehlerei im formalen Schutzkonzept allerdings als verfehlt bezeichnet werden. Innerhalb dieses Konzepts werden gespeicherte Daten in einem formalen Sinn vor Zerstörung und Ausspähung geschützt. Im Vordergrund steht also nicht das inhaltsbezogene Interesse, dass die gespeicherten Inhalte Dritten nicht bekannt werden, sondern die Wahrung der Integrität des Datenbestandes.²⁵ Bei der Datenhehlerei geht es nun aber gerade um das inhaltsbezogene Interesse des Betroffenen und nicht um die im Rahmen des formalen Schutzkonzepts geschützte formale Verfügungsbefugnis des Berechtigten. Ganz streng genommen ist diese Verfügungsbefugnis der ursprünglich Berechtigten in den meisten Fällen der Datenhehlerei sogar gar nicht mehr betroffen. Es lässt sich nämlich vertreten, dass durch das Kopieren des Datenbestandes im Rahmen der Vortat – das zwar nicht immer, aber doch häufig erfolgt – ein neuer Datenbestand geschaffen wird, hinsichtlich dessen

¹⁹ Allgemein zu den §§ 201 ff. StGB *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, Vor §§ 201 ff. Rn. 1 ff.; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 201 ff. Rn. 4 ff.

²⁰ *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 24 ff., 37 ff.; *Popp*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 203 Rn. 1 f.

²¹ *Ernst*, DS 2007, 335 (338 f.); *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 20), § 12 Rn. 41 ff.

²² *Hilgendorf* (Fn. 7), § 202a Rn. 29 ff.

²³ *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 202b Rn. 2.

²⁴ *Klengel/Gans*, ZRP 2013, 16 (18).

²⁵ *Selz* (Fn. 4), S. 925 f.

nicht mehr der ursprünglich Berechtigte, sondern der kopierende Vortäter Verfügungsberechtigter ist.²⁶ Der formale Datenbestand, der als Kopie Gegenstand der Hehlerei wird, wäre danach gar nicht mehr ein solcher des Opfers der Vortat, so dass dessen Verfügungsbefugnis, die dem Gesetzgeber zufolge das Schutzgut darstellen soll, durch die Datenhehlerei gar nicht tangiert würde.²⁷

Diese Befunde werden durch einen Vergleich mit der Sachhehlerei gemäß § 259 StGB untermauert, bei der der Unrechtsgehalt in der Perpetuierung der durch den Vortäter geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage begründet ist.²⁸ Der Eigentümer bzw. Gewahrsamsinhaber einer Sache wird grundsätzlich immer und unabhängig von Wert und Art der Sache Schutz vor Entziehung der Sachherrschaft begehren. Angesichts dessen schützt ihn § 259 StGB davor, dass eine ihm rechtswidrig entzogene Sache weiter von dem Berechtigten entfernt wird und dieser keine Zugriffsmöglichkeit mehr auf die Sache hat.²⁹ Bei Daten realisiert sich die Perpetuierung einer rechtswidrigen Lage hingegen nicht dadurch, dass ein Datenbestand dem Berechtigten nicht mehr zur Verfügung steht – er ist ja noch vorhanden. Eine Weitergabe gespeicherter Daten ist für den Berechtigten vielmehr nur im Hinblick auf die damit verbundene Weitergabe der *Inhalte* der Daten von Relevanz. Inwiefern sich hieraus eine Vertiefung der rechtswidrigen Lage ergeben kann, hängt aber stark von der Qualität der Daten ab. Da der Berechtigte die Daten in der Regel weiterhin selbst nutzen kann, ist für ihn vor allem von Bedeutung, ob sensible Daten einem weiteren Personenkreis bekannt oder zum Missbrauch genutzt werden.³⁰ Während der Berechtigte bei der Sachhehlerei somit unabhängig von der Art der Sache und der Form der Verfügung über diese schutzwürdig erscheint, liegen hinsichtlich Daten deutliche Abstufungen in Abhängigkeit von der Sensibilität der Daten und der Form ihrer Verarbeitung vor.

Schließlich steht das gesetzgeberische Konzept der Datenhehlerei auch in einem gewissen Widerspruch zu zivilrechtlichen Wertungen, die den grundlegenden Unterschieden zwischen Sachen und Daten Rechnung tragen. Während das Eigentum an Sachen durch die §§ 903, 985 BGB umfassend geschützt wird, ist der Zivilrechtsordnung eine dem entsprechende Regelung eines allgemeinen Ausschließlichkeitsrechts für Daten fremd. Ein solches nimmt der Gesetzgeber aber nun implizit an, wenn er die Datenhehlerei im Rahmen des formalen Schutzkonzeptes verortet und damit eine umfassende, ausschließliche „Datenherrschaft“ schützt, die in der sonstigen Rechtsordnung gar nicht vorgesehen ist. Die inhaltlich differenzierenden Schutzkonzepte für Daten in verschiedenen Rechtsgebieten, etwa im Urheberrecht oder im Daten-

schutzrecht, werden von § 202d StGB ignoriert und nivelliert, der damit zugleich zu einer fragwürdigen Überkriminalisierung führt, die im Widerspruch zu den Vorgaben und Wertungen anderer Rechtsgebiete steht.

Vor diesem Hintergrund wäre eine Erfassung der Datenhehlerei im Rahmen des inhaltsbezogenen Schutzkonzeptes angezeigt gewesen – wie dies etwa im Rahmen der Tatbestände des Geheimnisschutzes auch der Fall ist –, das eine Unterscheidung nach der Sensibilität des Inhalts der Daten vornimmt. Perspektivisch sollte der Gesetzgeber die Besonderheiten von Daten noch stärker berücksichtigen. Angesichts der bislang verfolgten Linie würde es sich hierfür anbieten, konsequenter zwischen dem formalen Schutz der Integrität von Datenbeständen einerseits und dem inhaltsbezogenen Schutzkonzept bezüglich der in den Daten enthaltenen Informationen andererseits zu differenzieren.³¹

IV. Reichweite des § 202d StGB

Die Verortung des § 202d StGB innerhalb des formalen Konzepts des strafrechtlichen Daten- und Informationsschutzes ist aus dogmatischer Sicht zwar nicht überzeugend. Sie ist angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers aber hinzunehmen. Allerdings führt die systematisch verfehlte Fassung des Gesetzes zu einer erheblichen Weite der Strafbarkeit³², die der Einschränkung bedarf.

1. Doppelte Entgrenzung

Der Schutz des § 202d Abs. 1 StGB betrifft – entsprechend dem formalen Schutzkonzept – alle Formen von gespeicherten Daten unabhängig von ihrem Inhalt (§ 202a Abs. 2 StGB), solange diese nicht allgemein zugänglich sind. Zugleich nimmt der objektive Tatbestand des § 202d StGB aber auch auf Seiten der Tathandlung kaum Einschränkungen vor. Anders als andere Tatbestände innerhalb des formalen Schutzkonzepts, wie die §§ 202a, 202b StGB, die die Überwindung von Zugangssicherungen oder den Zugriff auf eine nicht-öffentliche Datenübermittlung verlangen, genügt für die Datenhehlerei ausweislich des Wortlauts jedes Verschaffen oder Zugänglichmachen.³³

Damit weist der Tatbestand im Vergleich zu benachbarten Normen eine doppelte Entgrenzung auf – sowohl hinsichtlich des Tatobjekts wie auch der Tathandlung. Dies führt zu einer problematischen Reichweite der Norm. Während andere Tatbestände entweder besonders sensible Daten umfassend vor Handlungen schützen – vor allem solche des inhaltsbezogenen Schutzkonzepts – oder umgekehrt alle gespeicherten Daten vor bestimmten besonderen Eingriffen bewahren wollen, erfasst § 202d StGB praktisch alle Verfügungen über gespeicherte Daten im Anschluss an eine Vortat. Die damit zu konstatierende undifferenzierte Weite des Tatbestandes des § 202d Abs. 1 StGB, der Sachverhalte mit stark variie-

²⁶ Allgemein zur Bestimmung des Berechtigten *Hilgendorf* (Fn. 7), § 202a Rn. 26 f.

²⁷ So *Selz* (Fn. 4), S. 925 f.

²⁸ *Ruhmannseder*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 6), § 259 Rn. 3.

²⁹ *Maier*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 259 Rn. 2.

³⁰ Siehe auch *Golla/v. zur Mühlen*, JZ 2014, 668 (671); *Meinicke/Eidam*, K & R 2016, 315 (315).

³¹ Siehe auch *Gercke*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 202a StGB Rn. 1; *Golla*, ZIS 2016, 192 (196 f.).

³² *Selz* (Fn. 4), S. 929.

³³ *Golla/v. zur Mühlen*, JZ 2014, 668 (669).

rendem Unrechtsgehalt erfasst, ist hinsichtlich der ultima ratio-Funktion des Strafrechts und den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG problematisch.³⁴

2. Tatbestandsausschluss für Erfüllung beruflicher Pflichten (§ 202d Abs. 3 StGB)

Vor diesem Hintergrund ist eine gewisse Restriktion des Tatbestands der Datenhehlerei erforderlich. Dieses Problem hat auch der Gesetzgeber erkannt und in § 202d Abs. 3 StGB einen Tatbestandsausschluss für Handlungen bestimmter Berufsgruppen vorgesehen, wie sie in ähnlicher Weise auch bereits von den Tatbeständen zur Kinderpornographie bekannt sind.³⁵ Namentlich genannt sind zum einen in § 202d Abs. 3 Nr. 1 StGB Handlungen von Amtsträgern zur Beschaffung von Daten für die Verwertung in einem Steuer-, Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren, womit insbesondere die Beschaffung so genannter Steuer-CDs von der Strafbarkeit ausgenommen werden soll.³⁶ Zum anderen wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens § 202d Abs. 3 Nr. 2 StGB in den Tatbestand mit aufgenommen, der berufliche Handlungen von Journalisten von der Strafbarkeit nach Abs. 1 ausnimmt.

Allerdings macht das Wort „insbesondere“ in § 202d Abs. 3 S. 2 StGB deutlich, dass die Nennung dieser beiden Berufsgruppen keine abschließende Aufzählung darstellen soll. Es handelt sich lediglich um Beispiele für die in § 202d Abs. 3 S. 1 StGB zu findende allgemeine Regelung, derzufolge alle Handlungen vom Tatbestand ausgenommen sind, die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen. Diese Regelung ähnelt stark der Bestimmung in § 184b Abs. 5 Nr. 3 StGB, die einen entsprechenden Tatbestandsausschluss für das Verschaffen von kinderpornographischen Schriften vorsieht. Diese Regelung soll etwa Rechtsanwälte, Amtsträger der Strafverfolgungsbehörden, Sachverständige, Ärzte und Wissenschaftler erfassen, soweit die Handlungen konkret mit der beruflichen Tätigkeit in Verbindung stehen.³⁷ Dementsprechend ist auch für § 202d Abs. 3 S. 1 StGB anzunehmen, dass ein derartiger dienstlicher und beruflicher Umgang mit Daten, die aus einer rechtswidrigen Vortat stammen, tatbestandslos sein soll, der in (ansonsten) rechtmäßiger Weise und nur zu diesem Zweck erfolgt.

Dieser Ausschluss beruflicher Tätigkeiten von der Strafbarkeit wegen Datenhehlerei ist einerseits folgerichtig. Die wenig detaillierte und unklare Regelung in § 202d Abs. 3 S. 1 StGB führt andererseits aber zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die genannten Berufsgruppen. Weder kann als geklärt angesehen sein, welche beruflichen Tätigkeiten tatsächlich von dem Tatbestandsausschluss umfasst sind, noch ist hinreichend klar, welche Rechtmäßigkeitsanforderungen jeweils für die in Rede stehende Handlung gelten sollen bzw.

was sich überhaupt hinter dem Terminus „rechtmäßiger Pflichten“ verbirgt.³⁸ In diesem Sinne hat etwa bei § 184b Abs. 5 StGB in der jüngeren Vergangenheit ein Fall für Aufsehen gesorgt, in dem ein Rechtsanwalt einem Sachverständigen kinderpornographische Schriften zur Begutachtung überlassen hatte und deswegen verurteilt wurde.³⁹

Weiterhin muss die enge Anlehnung des Tatbestandsausschlusses an die Regelung in § 184b Abs. 5 StGB als wenig geglückt bezeichnet werden – die Sachlage ist dort eine grundlegend andere als hier. Anders als bei kinderpornographischen Schriften bestehen bezüglich rechtswidrig erlangter Daten kaum detailliert bestimmte Pflichten für einen beruflichen Umgang. Ebenso kann das Kriterium der Ausschließlichkeit der beruflichen Pflichterfüllung⁴⁰ nicht einfach übertragen werden, da ein paralleles persönliches Interesse an der Kenntnisnahme von bestimmten Daten – anders als bei kinderpornographischen Schriften – unschädlich sein sollte. Eine verfassungskonforme Auslegung muss hier jedenfalls für Medien und Wissenschaft einen breiten Raum der Straflosigkeit ergeben.

Vor diesem Hintergrund muss etwa das Medienprivileg des § 202d Abs. 3 Nr. 2 StGB weit verstanden werden, so dass journalistische Tätigkeit umfassend geschützt ist. Bei der an § 353b Abs. 3a StGB angelehnten Regelung ist zum einen ein weiter Begriff journalistischer Tätigkeit anzulegen, der Blogger und nicht hauptberuflich tätige Journalisten einschließt,⁴¹ wie schon der Verweis auf § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO deutlich macht.⁴² Zum anderen sollten – anders als dies bei § 184b Abs. 5 StGB angesichts der dort anderen Sachlage angenommen wird⁴³ – nicht alleine Handlungen privilegiert sein, die unmittelbar im Zusammenhang mit einer konkreten Veröffentlichung erfolgen.⁴⁴ Vielmehr muss es genügen, dass der Umgang mit den Daten ausschließlich der Ausübung der privilegierten Tätigkeit dient, auch wenn eine konkrete Veröffentlichung noch nicht in Planung ist.

Mit der gewählten Regelungstechnik – umfassender Tatbestand, wenig konkreter Tatbestandsausschluss – wälzt der Gesetzgeber zum einen das Risiko einer Fehlbewertung umfassend auf den Berufstätigen ab und ermöglicht zunächst einmal die Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen, begleitet

³⁴ So auch *Golla/v. zur Mühlen*, JZ 2014, 668 (670); *Schramm*, AnwBIBln 2015, 272.

³⁵ BT-Drs. 18/5088, S. 48.

³⁶ BT-Drs. 18/5088, S. 48.

³⁷ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 14), § 184b Rn. 16; *Ziegler*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 6), § 184b Rn. 16a.

³⁸ *Meinicke/Eidam*, K & R 2016, 315 (315 f.); *Roßnagel*, NJW 2016, 533 (537); *Selz* (Fn. 4), S. 929; allgemein zur Kritik schon *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 184b Rn. 42.

³⁹ OLG Frankfurt NJW 2013, 1107.

⁴⁰ Zu diesem *Hörnle*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 41; *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 184b Rn. 9.

⁴¹ Siehe zu § 353b Abs. 3a StGB *Graf*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 353b Rn. 59 ff.

⁴² *Neuhöfer*, jurisPR-Compl 4/2015, Anm. 6; vgl. auch *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 14), § 353b Rn. 21c.

⁴³ *Hörnle* (Fn. 40), § 184b Rn. 41.

⁴⁴ *Franck*, RDV 2015, 180 (182); siehe aber BT-Drs. 18/5088, S. 48; skeptisch auch *Dix/Kipker/Schaar*, ZD 2015, 300 (305).

von entsprechenden Eingriffsmaßnahmen.⁴⁵ Dies wirkt sich bei der Datenhehlerei noch deutlich schwerwiegender aus, als bei § 184b StGB. Während der Umgang mit kinderpornographischen Schriften im beruflichen Kontext selten ist und die diesbezüglichen rechtlichen Anforderungen vergleichsweise klar sind, ist dies bei aus einer rechtswidrigen Vortat stammenden Daten nicht der Fall. Der Umgang mit diesen dürfte praktisch wesentlich häufiger sein; zugleich können – anders als bei kinderpornographischen Schriften – nicht ganz selten berechnete Interessen für einen Umgang mit solchen Daten streiten.⁴⁶

Schließlich begegnet die Gleichbehandlung von staatlichen Amtsträgern auf der einen und privaten Berufsgruppen auf der anderen Seite im Rahmen des Tatbestandsausschlusses grundlegenden Bedenken. Einerseits steht zu befürchten, dass die genannten Unklarheiten des Gesetzes für Amtsträger in der Praxis eher zu deren Gunsten, für andere Betroffene aber je nach Lage des Einzelfalles und gemäß den Bewertungen des Rechtsanwenders genutzt werden. Bezüglich Amtsträgern begründet dies zum einen die Gefahr, dass deren Handlungsbefugnisse weniger klar sind; auch ist das Verhältnis zu deren Amtsbefugnissen ungeklärt.⁴⁷ Zum anderen berücksichtigt die Gleichbehandlung nicht die divergierende Machtposition und daraus resultierende Gefährdungen zwischen Amtsträgern auf der einen und Privaten auf der anderen Seite, die grundsätzlich eine strengere rechtliche Bindung staatlichen Handelns verlangt.⁴⁸ Dies gilt auch und gerade im vorliegenden Kontext, wo die neue Regelung des § 202d Abs. 3 Nr. 1 StGB unter Umständen nicht nur die Strafbarkeit nach § 202d Abs. 1 StGB betrifft, sondern auch eine solche nach anderen Tatbeständen und somit eine Art Sperrwirkung entfaltet. Je nachdem, wie weit man diese ziehen will – was angesichts der divergierenden Schutzgüter der in Betracht kommenden Tatbestände unterschiedlich beurteilt werden mag – kann § 202d Abs. 3 Nr. 1 StGB damit gar eine umfassende Legalisierung des Ankaufs rechtswidrig erlangter Daten durch die Strafverfolgungsbehörden bedeuten.⁴⁹ Angesichts dessen treten verschiedene Autoren der Privilegierung von Amtsträgern zu Recht bereits im Grundsatz entgegen.⁵⁰

3. Restriktive und sachhehlerspezifische Auslegung des Tatbestandes

Vor diesem Hintergrund – doppelte Entgrenzung des Tatbestandes, wenig klarer Tatbestandsausschluss für berufliche Tätigkeiten – kommt einer weitergehenden restriktiven Auslegung des Tatbestandes Bedeutung zu. Diese könnte auf Sei-

ten des objektiven Tatbestandes an zwei Punkten ansetzen: dem Tatobjekt oder der Tathandlung. Aus teleologischer Sicht spräche nach den vorstehenden Ausführungen vieles dafür, die Geltung des Tatbestandes auf bestimmte, besonders sensible Daten zu beschränken. Hierfür würde auch das Ziel des Gesetzgebers sprechen, der vor allem die eingangs genannten besonderen Formen der Cyberkriminalität vor Augen hatte. Indes ist dieser Weg durch den klaren Wortlaut des Tatbestandes wie auch seine systematische Einordnung versperrt. § 202d Abs. 1 StGB nimmt eindeutig Bezug auf den formellen Datenbegriff in § 202a Abs. 2 StGB.

Damit verbleibt auf objektiver Seite alleine noch ein restriktives Verständnis der genannten Tathandlungen, wie es für das formale Schutzkonzept typisch ist. Ausweislich seines Wortlauts erfasst § 202d Abs. 1 StGB alle Handlungen, mittels derer sich eine Person die bemakelten Daten selbst verschafft oder sie einem Dritten verschafft oder zugänglich macht, einschließlich der Zugänglichmachung durch Verbreitung. Nicht anders als bei der Sachhehlerei nach § 259 StGB⁵¹ ist dafür ein einverständliches Zusammenwirken mit dem Vortäter und also ein derivativer Erwerb zu fordern. Eine Übernahme der Verfügungsmacht gegen oder ohne den Willen des Vortäters ist danach nicht erfasst.⁵² Eine solche sachhehlerspezifische Auslegung ist sowohl für die Erwerbs-, wie auch für die Absatzhehlerei zu fordern, wobei letztere im Fall des § 202d Abs. 1 StGB zutreffender mit dem Begriff der Übermittlungshehlerei erfasst ist. Eine weitergehende Einschränkung des Tatbestandes ist hingegen nur schwer zu begründen.

Im subjektiven Bereich ist eine Restriktion alleine über die überschießende Innentendenz denkbar. Während die Variante der Bereicherungsabsicht⁵³ vergleichsweise klar ist, ist die Reichweite der Schädigungsabsicht nicht abschließend geklärt. Bei § 203 Abs. 5 StGB verstehen Teile der Literatur diese eng und verlangen mit gewichtigen, vor allem systematischen Argumenten einen Vermögensbezug.⁵⁴ Nach anderer Auffassung sollen hingegen auch immaterielle Schäden von der Regelung erfasst sein,⁵⁵ wofür insbesondere der Wortlaut spricht. Dieses starke Argument gibt auch im Kontext des § 202d Abs. 1 StGB den Ausschlag, so dass auch immaterielle Schäden erfasst sind. Dabei ist aber zu beachten, dass der beabsichtigte Schaden über das hinausgehen muss, was ohnehin bereits vom objektiven Tatbestand erfasst wird.⁵⁶ Zudem ist der Begriff der Schädigungsabsicht nach den vorstehenden Ausführungen restriktiv auszulegen. Dabei ist nach

⁴⁵ Schramm, AnwBIBln 2015, 272 (274).

⁴⁶ Schramm, AnwBIBln 2015, 272 (274).

⁴⁷ Dix/Kipker/Schaar, ZD 2015, 300 (304 f.).

⁴⁸ Siehe zu Amtsdelikten im Allgemeinen nur Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 279 ff.

⁴⁹ Klengel/Gans, ZRP 2013, 16 (18); zur möglichen Strafbarkeit dessen siehe etwa Kelnhofer/Krug, StV 2008, 660 (661 f.); Seitz, Ubg 2014, 380 (385 f.); Spornath, NSTZ 2010, 307 (308); Trüg/Habetha, NJW 2008, 887 (888); Trüg, StV 2011, 111 ff.

⁵⁰ Dix/Kipker/Schaar, ZD 2015, 300 (304 f.).

⁵¹ Ruhmannseder (Fn. 28), § 259 Rn. 3.

⁵² So auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/5088, S. 47.

⁵³ Zu diesen *AmbS* (Fn. 8), § 44 BDSG Rn. 2; Golla, ZIS 2016, 192 (192 f.); Kargl (Fn. 19), § 203 Rn. 82 f.

⁵⁴ Bosch (Fn. 23), § 203 Rn. 49; Hoyer (Fn. 19), § 203 Rn. 64; Kargl (Fn. 19), § 203 Rn. 84.

⁵⁵ *AmbS* (Fn. 8), § 44 BDSG Rn. 2; siehe auch Cierniak/Pohlitz, in: Joecks/Miebach (Fn. 29), § 203 Rn. 135; Lackner/Kühl (Fn. 6), § 203 Rn. 28; Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 6), § 203 Rn. 164.

⁵⁶ Vgl. Cierniak/Pohlitz (Fn. 55), § 203 Rn. 135; Hoyer (Fn. 19), § 203 Rn. 64 zu § 203 StGB.

hier vertretener Auffassung eine Interessenabwägung vorzunehmen, die im Fall altruistischer Motivation bei der Verbreitung von Inhalten, nicht hingegen beim Missbrauch von Identitätsdaten, zu einer Verneinung der Schädigungsabsicht führen kann, indem der Begriff der Schädigung eng ausgelegt wird.

Für die eingangs genannten Fälle führt dies zu folgenden Ergebnissen:

Fall 1: T macht sich als Vortäter nicht nach § 202d Abs. 1 StGB strafbar, wohl aber H, der sich die Daten verschafft.

Fall 2: B kann selbst über die Daten verfügen, macht sich also nur nach § 353b StGB strafbar. Diese Tat ist erst mit der Übermittlung der Daten an A vollendet, so dass A sich durch die Entgegennahme mangels Vollendung der Vortat noch nicht gemäß § 202d Abs. 1 StGB strafbar macht. Anderes gilt für die Weitergabe an den Journalisten. J ist zwar selbst durch das Medienprivileg geschützt. Dieses betrifft jedoch nicht den A, der daher nur durch eine restriktive Auslegung der Schädigungsabsicht einer Strafbarkeit entgehen könnte.

Fall 3: T hat den Stick unterschlagen. Das somit rechtswidrig erlangte Rezept verschafft sich der B durch den Ankauf. Sofern B die Herkunft des Rezeptes kennt, kann auch er sich nach § 202d Abs. 1 StGB strafbar machen.

V. Zusammenfassung und Fazit

Zusammenfassend betrachtet begegnet der neue Tatbestand des § 202d StGB erheblichen Bedenken. Erstens ist die damit geschlossene Strafbarkeitslücke klein: Sowohl die Entwendung von Identitätsdaten, als auch deren Nutzung für weitere Straftaten – insbesondere Vermögensdelikte – stehen recht umfassend unter Strafe.⁵⁷ Den beklagten Strafbarkeitslücken hätte deutlich einfacher auch durch eine punktuelle Veränderung bestehender Tatbestände begegnet werden können⁵⁸, die den Handel mit Identitätsdaten unter Strafe stellen.⁵⁹

Zweitens werden durch den Tatbestand sehr viel mehr Sachverhalte pönalisiert als diejenigen, mit denen seine Einführung begründet wurde. Dies ist insbesondere durch die systematisch verfehlte Verortung des Tatbestandes innerhalb des formalen anstelle des inhaltsbezogenen Schutzkonzeptes bedingt, die zu einer doppelten Entgrenzung des Tatbestandes führt – sowohl hinsichtlich des Tatobjekts, wie auch der Tathandlungen. Damit erfasst der Tatbestand undifferenziert alle Verfügungen über alle Arten von gespeicherten Daten, solange diese aus einer rechtswidrigen Vortat stammen und mit der vom Tatbestand vorausgesetzten Absicht gehandelt wird. Dies führt dazu, dass auch solche Handlungen dem Tatbestand unterfallen, deren Strafwürdigkeit äußerst zweifelhaft

ist. Angesichts dessen ist der Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB auch über die Einschränkungen in Abs. 3 hinaus restriktiv auszulegen.

Drittens schließlich ist die Einschränkung des Tatbestandes in § 202d Abs. 3 StGB wenig klar und begründet für die einschlägigen Berufsgruppen die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung. Selbst wenn es am Ende nicht zu einer Verurteilung kommt, stellt sich bereits die Einleitung eines Strafverfahrens und die Durchführung von Ermittlungs- und Zwangsmaßnahmen beispielsweise gegenüber Journalisten oder Wissenschaftlern als erhebliche Gefahr für den freien Informationsfluss in der Gesellschaft dar.

⁵⁷ Franck, RDV 2015, 180 (182); Selz (Fn. 4), S. 917 ff.; siehe auch Sieber (Fn. 3), S. 59 f.

⁵⁸ Golla, ZIS 2016, 192 (196 ff.); eingehend dazu Golla/v. zur Mühlen, JZ 2014, 668 (671 ff.); siehe auch Meinicke/Eidam, K & R 2016, 315 (315).

⁵⁹ Dazu Gercke, ZUM 2013, 605 (607).

Tabelle

	<i>Erheben, Beschaffen</i>	<i>Verarbeiten, Nutzen</i>
Inhaltsbezogener Schutz (Geheimnisse, personenbezogene Daten u.ä.)	§§ 201 Abs. 1, Abs. 2, 201a Abs. 1, 202 StGB, § 17 UWG, § 44 BDSG	§§ 201, 201a, 203, 204, 353b StGB, § 17 Abs. 1, Abs. 2 UWG, § 44 BDSG
Formaler Schutz (Daten i.S.v. § 202a Abs. 2 StGB)	§§ 202a, 202b StGB	§§ 202d StGB
Sachen	§§ 242, 246 StGB	§ 259 StGB

Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid?

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

I. § 217 StGB: „Gelegenheit“ als deliktischer Erfolg

Seit dem 10. Dezember 2015 gilt im deutschen Strafgesetzbuch (StGB) ein neuer § 217. Er lautet:

„Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.“

Dem unvoreingenommen-kritischen Blick fällt an diesem neuen Straftatbestand als erstes eine Besonderheit des deliktischen Erfolgs auf: Die Nachbartbestände der §§ 211, 212, 213, 216, 218 StGB setzen allesamt eine Tötung voraus.¹ Der neue Paragraph tut das nicht, der deliktische Erfolg ist vielmehr eine bloße „Gelegenheit“, nämlich eine zur „Selbsttötung“. Ob sie genutzt wird, ja ob auch nur die Gefahr ihrer Nutzung entsteht, ist für die Erfüllung des Tatbestandes gleichgültig. Eingereiht in die „Straftaten gegen das Leben“ (vgl. die Überschrift vor § 211 StGB), hat dieses Delikt, was den Schutz des Lebens betrifft, eine Reichweite, welche die des bloßen Gefährdungsdelikts im 16. Abschnitt, der „Aussetzung“ nach § 221 Abs. 1 StGB, noch übertrifft. Denn ein Merkmal dort ist die vom Täter zu schaffende „Gefahr des Todes“. In § 217 StGB ist davon keine Rede.

Darum wurde schon der Regierungsentwurf von 2012 (der Gewerbs- statt Geschäftsmäßigkeit voraussetzte)² etwas ungenau gekennzeichnet, als Kritiker schrieben, er sei gegen die „organisierte Sterbehilfe“³ oder die „gewerbsmäßige [...] Beihilfe zum Suizid“⁴ gerichtet. Zum „Sterben“ oder zum „Suizid“ muss es nicht kommen, ja nicht einmal zur Gefahr der Selbsttötung. Die Straftat kann schon begehen, wer an Menschen herantritt, die gar nicht suizidgefährdet sind; z.B. indem er Zyankalikapfeln verkauft an lebensfrohe, rüstig-vitale Seniorenresidenzler, die „für den allerschlimmsten Fall“ vorsorgen wollen.

Die Begründung des Gesetzentwurfs, der sich durchgesetzt hat, verwischt ein wenig das weite Ausgreifen der Strafdrohung. Das neue Verbot wird bezeichnet als ein „Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe“. Aber verboten sind ja keineswegs nur Hilfeleistungen, die einen Suizid zur Folge

haben.⁵ Das ist den Verfassern der Entwurfsbegründung auch klar. Darum sprechen sie von bloßer „Gefahr“ und sagen zum Schutzzweck, das Verbot solle „der Gefahr begegnen, dass durch derartige, Normalität suggerierende Angebote Menschen zur Selbsttötung verleitet werden, die dies ohne ein solches Angebot nicht tun würden“. Weiter heißt es: „Insofern sollen zwei höchstrangige Rechtsgüter, nämlich das [...] Recht auf Leben und die [...] Garantie autonomer Willensentscheidung geschützt werden.“⁶ Doch auch dies verhehlt die Reichweite der Strafdrohung. Eine „Gefahr“ der Selbsttötung wird ja gar nicht vorausgesetzt. Es genügt die „Gelegenheit“ zum Suizid, sie muss keine konkret lebensbedrohliche Situation schaffen.⁷

Für die Praxis ist allerdings zu erwarten, dass es zur Strafverfolgung nur in Fällen tatsächlich verübter Selbsttötung kommen wird. Sie erst macht das „Gelegenheit“ schaffende Tun hinreichend auffällig und ohne sie wird eine von der geforderten Absicht getragene Gelegenheitsverschaffung kaum für bewiesen erachtet werden. Ja, schon der Strafdrohung selbst könnte man die Restriktion entnehmen. Denn die Überschrift in § 217 StGB macht aus der Förderungsabsicht, die nach der Tatbestandsfassung genügt, eine wirkliche Förderung, eine „Förderung der Selbsttötung“; von einer Selbsttötung, die nicht stattgefunden hat, kann man schlecht sagen, sie sei gefördert worden.

II. Zur professoralen „Stellungnahme“

Aufschlussreich ist auch die gegen Entwurf und Gesetz gerichtete Kritik. Sie stößt sich nicht daran, dass weder Tod noch Todesgefahr vorausgesetzt sind. Vielmehr geht sie stillschweigend davon aus, dass sich § 217 StGB nur gegen tödliche Taten richtet, d.h. gegen Taten, die einen Suizid (mit)verursachen. Im Auge habe ich besonders die von gut 150 Personen getragene „Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe“.⁸ Sie protestiert an vier Stellen gegen die Einführung einer Strafbarkeit der „Beihilfe zum Suizid“ (III. c, d, e, g). Wir lesen: „Aus der Strafflosigkeit des Suizids ergibt sich nach bewährten strafrechtsdogmatischen Regeln, dass auch die Beihilfe zum Suizid nicht strafbar ist. Dies zu ändern würde zu einem Systembruch führen, dessen Auswirkungen nicht absehbar sind.“ – „Das Recht auf Selbstbestimmung jedes Menschen [...] um-

¹ Das ist selbst für § 218 StGB unstrittig (vgl. nur *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 218 Rn. 3), obwohl man als „Abbruch“ einer „Schwangerschaft“ gewiss auch die (unnötige) Auslösung einer Frühgeburt betrachten könnte.

² BT-Drs. 17/1126.

³ *Hilgendorf*, JZ 2014, 545.

⁴ *Roxin*, GA 2013, 324.

⁵ Zum Vergleich: Eine nach §§ 242, 27 StGB strafbare „Diebstahlsbeihilfe“ liegt nur vor, wenn der Diebstahl auch begangen worden ist.

⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 13.

⁷ Also keine „Gefahr des Todes“, wie § 221 StGB sie fordert; vgl. *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 221 Rn. 20. Vergleichbar ist § 217 StGB am ehesten mit dem „abstrakten Gefährdungsdelikt“ des § 219b StGB.

⁸ Nachzulesen unter:

<https://idw-online.de/attachmentdata43853.pdf> (24.3.2016).

fasst auch das eigene Sterben. [...] Eine Strafbarkeit der Suizidbeihilfe greift in das Selbstbestimmungsrecht unverhältnismäßig ein.“ – „Das Arzt-Patienten-Verhältnis ist seiner Natur nach nur eingeschränkt rechtlich regulierbar. [...] Die Einführung einer Strafbarkeit von Ärzten wegen Beihilfe zum Suizid ist deshalb entschieden abzulehnen.“ – „Menschen mit einem Sterbewunsch benötigen in besonderer Weise Fürsorge und Begleitung. Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Suizid würde dagegen dazu führen, dass professionelle Hilfe, die gerade Ärzte und Ärztinnen leisten, erschwert oder unmöglich wird, weil sich Beistehende aus Furcht vor einer Strafbarkeit von den Sterbewilligen abwenden. Diese werden in den Brutal-Suizid gedrängt.“

1. Verschwiegene Anstiftung

Was ist von dieser Kritik zu halten? Man fragt sich zunächst, warum im ganzen Text an keiner Stelle von der „Anstiftung zum Suizid“ die Rede ist. Die Autoren glauben ja, sie könnten „aus der Straflosigkeit des Suizids [...] nach bewährten strafrechtsdogmatischen Regeln“ etwas ableiten für die Frage der Strafbarkeit im Umfeld der Selbsttötung. Dieser Ansatz verbietet es ihnen, den Blick auf die „Suizidbeihilfe“ zu beschränken. Doch das haben sie anscheinend getan. Schon die Überschrift der „Stellungnahme“ wendet sich gegen die „Ausweitung der Strafbarkeit“ im Hinblick auf die „Sterbebeihilfe“. Man sorgt sich allein um Menschen, die einem ausweglos Leidenden auf dessen Bitte zum ersehnten Tod, zur Erlösung verhelfen. In solchen Fällen hat man es leicht, beeindruckend dafür zu plädieren, dass der Helfer keinem Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt sein sollte. Aber es gibt auch ganz andere Fälle der „Förderung der Selbsttötung“ und des Verschaffens von „Gelegenheit“. Man stelle sich etwa vor, dass eine Tochter ihrem unheilbar kranken und bettlägerigen Vater, der durchaus noch am Leben hängt, sein Elend, die sich steigernden Schmerzen und ihre eigene Belastung immer wieder vor Augen hält, um ihn zur Selbsttötung zu bewegen; so bedrängt, überlegt er sich die Sache und leert schließlich, ungerne genug, den Giftbecher, den sie ihm überreicht. Hat man auch hier starke Gründe, zu fordern, dass die Tochter nicht wegen eines Tötungsdelikts bestraft werden soll?

2. Generell strafbare „Teilnahme an einer Selbsttötung“?

Die Anstiftung zum Suizid und Fälle außerhalb der „klassischen“, der erbetenen Sterbebeihilfe ins Auge zu fassen war umso dringlicher geboten, als zu den rivalisierenden Gesetzesvorschlägen, die im Bundestag in letzter Lesung am 6.11.2015 beraten wurden, auch der „Entwurf eines Gesetzes über die Strafbarkeit der Teilnahme an einer Selbsttötung“ gehörte. Dieser von den Abgeordneten *Sensburg, Dörflinger, Beyer, Hüppe* u.a. vorgelegte Entwurf hatte die Rechtslage in Österreich, Italien, Finnland, Polen und anderen Staaten zum Vorbild. Er beschränkte die Strafdrohung nicht auf Fälle von Absicht und Geschäftsmäßigkeit, sondern forderte weitergehend, „mittels eines neuen § 217 des Strafgesetzbuchs“ ganz allgemein „Anstiftung und Beihilfe zu einer Selbsttötung zu verbieten“. Die Vorschrift sollte lauten:

„Teilnahme an einer Selbsttötung

(1) Wer einen anderen dazu anstiftet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.“⁹

Auch gegen diesen Entwurf hätte sich die Strafrechtslehrerkritik, die sich „aus der Straflosigkeit des Suizids“ glaubt ableiten zu können, konsequenterweise richten müssen und auch auf ihn darf man sie beziehen. Aber ist sie berechtigt und schlüssig?

3. Unschlüssige und schlüssige Begründung der Straflosigkeit

Natürlich ist ihrer Prämisse zuzustimmen: I.S.d. § 212 StGB tötet „einen Menschen“ nur, wer nicht sich selbst, sondern eine andere Person tötet. Das widerspricht zwar dem Wortlaut, der jedwede „Menschentötung“ erfasst („einen Menschen“), und ist auch nicht ganz unstrittig, aber fast allgemein anerkannt. Die Selbsttötung ist keine „rechtswidrige Tat“ i.S.d. §§ 26, 27 StGB. Doch daraus folgt lediglich, dass Akte der todesursächlichen Suizidbeteiligung niemals als Anstiftung und niemals als Beihilfe auf Grundlage der §§ 26, 27 StGB strafbar sein können. Abwegig ist die Folgerung, dass sie deswegen straflos seien. Immer kommt in Frage, dass der Mitwirkende *Täter* eines Tötungsdelikts ist. Durch jeden ursächlichen Beitrag zu einer Selbsttötung, z.B. durch Täuschen, Überreden, Hingabe oder Einflößen von Gift, leichtsinniges Liegenlassen einer Pistole oder durch das Unterlassen hindernden oder rettenden Eingreifens, kann man sich als Täter strafbar machen – wegen Mordes, Totschlags, Tötung auf Verlangen oder fahrlässiger Tötung (§§ 211, 212, 216, 222 StGB).¹⁰ Niemals kann man ein solches Delikt verneinen mit der Begründung, die „Akzessorietät der Teilnahme“ sei eine „bewährte strafrechtsdogmatische Regel“, die die Straflosigkeit des am Suizid Beteiligten festschreibe. Wo die Umstände für Straffreiheit sprechen, muss man die Tötungstäterschaft verneinen, was man in keinem Fall mit der „Akzessorietät“, d.h. mit einer Voraussetzung der Teilnahmevorschriften („rechtswidrige Tat“) begründen kann.

Es kommen aber zwei andere Begründungen in Betracht. Zum einen kann man in manchen Fällen die Mitverursachung des gewünschten Sterbens als täterschaftliche Tötung, die gerechtfertigt ist, bewerten. Diese Begründung passt, wo der Helfer den begehrten Tötungsakt vollzieht, weil der Leidende selbst es nicht kann; z.B. die Giftinjektion beim vollständig gelähmten Sterbewilligen, der Gnadenschuss auf dem Schlachtfeld, der den danach schreienden Kameraden erlöst.

⁹ BT-Drs. 18/5376. Verglichen mit dem in Kraft getretenen Paragraphen war dieser Entwurf aber nicht nur weitergehend. Er engte die Strafbarkeit auch ein, weil er statt eines abstrakten Gefährdungsdelikts ein normales Erfolgsdelikt vorschlug: die Selbsttötung als tatbestandlich vorausgesetzter Erfolg der Anstiftung bzw. Hilfeleistung.

¹⁰ Richtig erkannt und stark betont von *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, Vor § 211 Rn. 78 f.

Es geht hier also um Fälle der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), die wegen des allüberwiegenden Interesses an der Erlösung im Tod ausnahmsweise gerechtfertigt ist (§ 34 StGB).

Zum anderen kommt in Frage, schon auf der Tatbestands-ebene die „objektive Zurechnung“ bzw. die „Garantenpflicht“ zu verneinen. Diese Begründung passt, wo der Mitwirkende dem Suizidenten die letzte Entscheidung und den letzten Akt anheimstellt und dabei selbst passiv bleibt, wie vor allem in den Fällen der ethisch verantwortbaren Sterbehilfe durch Übergabe eines tödlichen Giftes; wie aber auch auf die Fälle, die die „Stellungnahme“ mit Schweigen übergeht: die Aufforderung zum Suizid und das Mitwirken an einer Selbsttötung ohne Erlösungssinn. Allerdings fragt sich hier, ob die „bewährte strafrechtsdogmatische Regel“, zur Begründung von Straffreiheit ohnehin unschlüssig, die Lösung nicht sogar im Ergebnis verfälscht (dazu unten IV. 3. und VI.).¹¹

III. Systematische Erwägungen

Ich sage also, dass die Strafflosigkeit der Teilnahme am Suizid nur für die Teilnahme als solche (§§ 26, 27 StGB) gilt und dass sie nichts hergibt für die Frage, ob der Beteiligte sich *als Täter* eines Tötungsdelikts strafbar macht. Systematische Überlegungen sprechen eher dafür, diese Frage weithin zu bejahen. Betrachten wir § 258 StGB! Wie dank restriktiver Deutung aus § 212 StGB die Selbsttötung, genauso ist, sogar ausdrücklich, aus § 258 Abs. 1 StGB die „Eigenstrafvereitelung“ ausgegrenzt. Es muss „ein anderer“ sein, dessen Bestrafung vereitelt wird. Wer seine eigene vereitelt, etwa durch geschicktes Lügen, Vernichtung belastender Dokumente oder Flucht ins Ausland, erfüllt nicht den Tatbestand der Strafvereitelung, wie der Suizident, der durch Flucht in den Tod Last und Leid des Weiterlebens vermeidet, nicht den des Totschlags erfüllt. Was ist nun mit jemandem, der verursachend daran mitwirkt, dass ein Straftäter sich seiner Bestrafung entzieht, etwa dergestalt, dass er einen Mörder zur Flucht überredet und ihm dazu das Geld gibt oder ihm ein Versteck eröffnet? Begeht er nur eine „Anstiftung“ oder eine „Beihilfe“ zur Eigenstrafvereitelung? Man mag das sagen, aber solche Mitverursachung des Vereitelungserfolgs nun für straffrei zu erklären, weil „Anstiftung“ und „Beihilfe“ zur Eigenstrafvereitelung ja einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Haupttat entbehren, wäre voreilig. Die h.A. subsumiert weithin die „Teilnahme“ an einer Eigenstrafvereitelung dem § 258 Abs. 1 StGB, bewertet sie also als täterschaftliche Strafvereitelung. Auch wer beim Vereiteln, das der Mörder in die eigene Hand nimmt, entscheidende Hilfe leistet durch Überlassen des Fluchtautos oder Gewährung von Unter-

schlupf, wird als Täter der Vereitelung angesehen.¹² Zur Erklärung lässt sich zweierlei anführen: Erstens schafft die Ausgrenzung des hauptsächlichen Aktes aus dem Tatbestand eine Art Vakuum, das nun die Nebenhandlung in sich hereinzieht; diese ist es, die strafrechtlich zur „Haupttat“ wird und woran andere strafbar teilnehmen können. Zweitens entsteht mit der besagten Ausgrenzung ein Strafbedürfnis, das nur durch ein extensives Täterschaftsverständnis befriedigt werden kann, weil ja die auf Nebenbeteiligte normalerweise anwendbaren §§ 26, 27 StGB als Strafgrundlage ausscheiden.

Gut studieren kann man das auch anhand des § 120 Abs. 1 StGB. Tatsächlich betrachtet ist es so gut wie immer der Gefangene selbst, der seine „Befreiung“ im Kerngeschehen bewerkstelligt. Wer ihn dazu überredet oder ihm dabei hilft, begeht materiell gesehen Anstiftung und Beihilfe zur Selbstbefreiung. Nun ist aber die Selbstbefreiung, wie zweifellos schon der Gesetzgeber verstanden sein wollte, aus dem Tatbestand der Gefangenenbefreiung herausgehalten. Das machte es nötig, die Täterschaft um das Verleiten und das Fördern zu erweitern. So ist es geschehen. Was bei § 258 StGB erst die extensive Deutung des Vereitelungsbegriffs sicherstellt, sagt das Gesetz im Fall des § 120 Abs. 1 StGB ausdrücklich: Täter ist nicht nur, „wer einen Gefangenen befreit“, sondern ebenso, wer „ihn zum Entweichen verleitet oder dabei fördert“.

Was spricht gegen eine entsprechende Extension, wenn jemand einen anderen dazu verleitet oder ihm dabei hilft, sein Weiterleben, das für ihn eine Strafe ist, zu vereiteln oder, m.a.W., sich selbst aus dem Gefängnis seines leidenden Körpers zu befreien? Niemand wird bestreiten, dass die Extension jedenfalls bei §§ 258, 120 StGB höchst sinnvoll ist. In unserem Rechtsstaat hat man ungesetzliches Hintertreiben von staatlichen Bestrafungen und Gefangenhaltungen zu unterlassen; die Erfolge des Hintertreibens sind als übel zu bewerten, sie sollen nicht sein.

Und der Erfolg des Todes eines Menschen? Ist er nicht noch entschiedener als ein Übel zu bewerten? So sehen es die Autoren des oben zitierten Gegenentwurfs (*Sensburg u.a.*), aber auch den ausländischen Rechtsordnungen, die die Beteiligung am Suizid unter Strafe stellen, liegt diese Bewertung zugrunde. Ja, sogar dem deutschen Strafrecht ist sie als Prinzip zu entnehmen, ganz unabhängig von der problematischen neuen Strafdrohung des § 217 StGB. Denn aus § 216 StGB ergibt sich: Auch wenn der Tod eine von allen Mitführenden ersehnte und vom Leidenden ausdrücklich und ernstlich verlangte Erlösung ist, kann das Herbeiführen nach dem zur Zeit geltenden Recht eine Straftat sein. Beispiel: Der die Erlösung verlangende M könnte das tödliche Gift entgegennehmen und trinken, zieht es aber vor, es sich von seiner Frau F, einer Krankenschwester, injizieren zu lassen. Hier ist F strafbar als Täterin einer Tötung auf Verlangen, § 216 StGB, sie hat

¹¹ Neumann, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, 2008, S. 575, favorisiert die Strafflosigkeitsbegründung über § 34 StGB auch noch dort, wo ich die „objektive Zurechnung“ zu verneinen vorziehe. Die Kontroverse ist kaum mehr als ein Streit um Worte (s.u. IV. 2.).

¹² Zum Problem und Meinungsstand mit zahlreichen Nachweisen *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 258 Rn. 6, woselbst das extensive Verständnis des Handlungsmerkmals („vereitelt“) „noch im Rahmen zulässiger teleologischer Auslegung“ gesehen wird.

durch die Herbeiführung des Todes trotz aller entlastenden Umstände schuldhaft schweres Unrecht begangen.

IV. Die Beihilfe – ein irreführender Maßstab

Aber für den abgewandelten Fall – F übergibt das Gift, M schluckt es – ist man sich fast ausnahmslos einig, dass die Sterbehelferin straflos bleibt. In dieser Weise an der Selbsttötung mitzuwirken wird nicht als Straftat bewertet.¹³ Warum eigentlich nicht? Wir haben gesehen, dass die übliche Begründung nur die – selbstverständliche – Verneinung einer Strafbarkeit wegen „Beihilfe zur Selbsttötung“ trägt, nicht aber auch die Tötungstäterschaft und das Delikt des § 216 StGB ausschließt, also nicht schlüssig ist. Das ist noch einmal zu betonen und einer verbreiteten Lehre entgegenzuhalten. Im Beispiel würde man die Strafbarkeit der F verneinen, weil ihr Tun „bloße Teilnahme an einer Selbsttötung“ sei und es somit „an einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Haupttat i.S. der §§ 11 I Nr. 5; 26, 27“ (StGB) fehle.¹⁴ Aber Fs Wirken hat den deliktischen Erfolg verursacht, weshalb man es, entsprechend dem Verständnis des § 258 StGB (s.o. III.), dem Handlungsmerkmal des § 216 StGB subsumieren kann. Es nicht zu tun, heißt, der F wegen der Primärverantwortlichkeit des M den Todeserfolg nicht zuzurechnen. Diese Verneinung ist der unerkannte wahre Sinn, wenn man die Straffreiheit des am Suizid Beteiligten damit begründet, dass sein Mitwirken nur Anstiftung oder Beihilfe zur Selbsttötung gewesen sei.

Man könnte einwenden, dass hier das eine dem anderen genau entspreche: Immer dann keine Zurechnung, also kein „Töten“ i.S.v. § 216 StGB, wenn das todesursächliche Mitwirken, gemessen am fiktiven Straftatbestand einer den Suizid umfassenden Mentschötung, nur Teilnahme wäre. Aber diese Rechnung geht nicht auf. Ein Beispiel macht das deutlich: Wenn zwei Männer den Tod einer Frau durch Erhängen bewirken, so ist Täter des Mordes nicht nur, wer unter ihr den Schemel wegzieht, sondern auch, wer ihr die Schlinge um den Hals legt. Entsprechend wäre beim Suizid einer Sterbewilligen, die selbst den Schemel mit dem Fuß wegstößt und sich in die Schlinge fallen lässt, Täter der Mentschötung nicht nur sie, sondern auch der Ehemann, der ihr die Schlinge befestigt, geknüpft und umgelegt hat. Die übliche Annahme, ein Mitwirken, welches dem Lebensmüden „den letzten Akt“ überlässt, sei bloße Beihilfe und *deshalb* straflos, ist nicht haltbar. Beurteilt nach den Kategorien von Täterschaft und Teilnahme, stellen sich die meisten Akte ursächlichen Mitwirkens, die zur straflosen Beihilfe erklärt werden, in Wahrheit als mittäterschaftliche Tötung dar. Das gilt auch für den Standardfall der Sterbehilfe durch Zubereiten eines tödlichen Tranks und Überreichen des Bechers, den der Leidende sogleich leertrinkt. Ohne Zweifel liegt hier ein „gemeinschaftliches Begehen“ vor, weil beide einen wesentlichen Tatbeitrag im Ausführungsstadium leisten.

¹³ Vorbehaltlich der rechtspolitisch umstrittenen Ausnahme „geschäftsmäßigen“ Handelns, welches jetzt § 217 StGB mit Strafe bedroht.

¹⁴ *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 39. Aufl. 2015, Rn. 43.

1. BGHSt 19, 135

Es ist einzuräumen, dass es naheliegt, sich zur Eingrenzung der Straffreiheit daran zu orientieren, welche Mitwirkung als bloße „Beihilfe“ zur Mentschötung anzusehen wäre, wenn es die (den Suizid umfassende) Mentschötung als Straftatbestand gäbe. Ist von Rechts wegen eine Grenze zu ziehen, dann will man sie möglichst geschriebenen rechtlichen Regeln entnehmen, in diesem Fall den §§ 25 ff. StGB. Der BGH glaubt denn auch, hier eine sichere Beurteilungsgrundlage zu finden. So nennt er es im bekannten Gisela-Fall eine „gesicherte Rechtsprechung“, dass „der Tatbestand des § 216 StGB von der straflosen Beihilfe zur Selbsttötung nach den Grundsätzen der Teilnahmelehre abzugrenzen ist“. Man könne nicht einwenden, „Selbsttötung und Beihilfe dazu seien für straffrei erklärt, also mangels Tatbestandsmäßigkeit keine Straftaten, während es die Teilnahmelehre nur mit solchen zu tun habe; denn die [...] vorgeschlagenen Unterscheidungsmerkmale sind begrifflich nicht in der Weise von der Pönalisierung abhängig, daß sie nicht auch auf Taten im ‚natürlichen‘ Sinne anwendbar wären“.¹⁵ *Neumann* betrachtet die notwendige Abgrenzung als „eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen dem Suizidenten und dem Dritten“. Auch er glaubt, wie der BGH, dass „bei dieser Abgrenzung [...] die Regeln der §§ 25 ff. grds. analog angewendet werden“ können.¹⁶ Aber beide, der *Senat* und *Neumann*, widersprechen sich selbst, indem sie lehren, dass „die Regelung des § 25 Abs. 2 [...] auf das Zusammenwirken von Täter und Opfer nicht anwendbar“ sei.¹⁷ Diese Nichtanwendbarkeit offenbart ja die Unrichtigkeit des Beihilfemaßstabs, denn zu den „Regeln der §§ 25 ff.“ gehört ganz wesentlich auch § 25 Abs. 2 StGB, der bestimmte Hilfeleistungen dem § 27 StGB entzieht und sie als Täterschaft wertet. Und die Unrichtigkeit wird noch deutlicher, wenn man sich Folgendes vor Augen führt:

2. Zur Sterbehilfe durch lebensverkürzende Schmerzbekämpfung

Auch wo der suizidale Beitrag des Leidenden sich in bloßem Hinnehmen erschöpft und der Mitwirkende den „todbringenden letzten Akt“ ausführt, kann dies eine erlaubte Todesverursachung sein. Man denke an den Arzt, der seinem todkranken und Schmerzen leidenden Patienten auf dessen Verlangen hin Morphinum injiziert, wobei beide wissen, dass dadurch das Sterben beschleunigt, das Leben verkürzt wird. Von bloßer „Beihilfe“ kann hier keine Rede sein. Der Arzt ist „Täter“ eines Tötungsdelikts – es sei denn, man verneint eine (ungeschriebene) Tatbestandsvoraussetzung der §§ 212, 216 StGB (die „objektive Zurechnung“) oder man bejaht einen

¹⁵ BGHSt 19, 137 f.

¹⁶ *Neumann* (Fn. 10), Vor § 211 Rn. 48.

¹⁷ *Neumann* (Fn. 10), Vor § 211 Rn. 53. – Der BGH sagt das gleiche mit anderen Worten: „Nur insoweit ergibt sich aus der Straflosigkeit der Selbsttötung eine Besonderheit, als ‚Tatbeiträge‘ des Lebensmüden zu seinem Tod dem anderen nicht über § 47 StGB [jetzt § 25 Abs. 2 StGB, Anm. d. Verf.] zugerechnet werden dürfen.“

Rechtfertigungsgrund, als welcher sich § 34 StGB anbietet. Was diese Alternative und den Streit um die rechte Begründung des Näheren angeht, so fehlt jede praktische Relevanz. Wie immer man die Straffreiheit begrifflich und dogmatisch erklärt, sie ist in der Sache das Ergebnis einer Abwägung: Die Vermeidung von Schmerz und Leid ist wichtiger als die Frist, um die sich das Leben durch Verzicht auf die Schmerz-bekämpfung verlängern würde; lieber früher sterben als länger leiden.¹⁸

Neben der dogmatischen Begründung des Dürfens ist auch dessen subjektive Seite umstritten. Der BGH sagt beiläufig und undeutlich, dass im beschriebenen Fall zwar die „in Kauf genommene Lebensverkürzung“ gestattet sei, der Täter sie aber nicht „absichtlich“ bewirken dürfe.¹⁹ Diese Einschränkung, die früher auch das Schrifttum fast einhellig bekräftigt hat,²⁰ scheint mir unhaltbar. Wer sich in den Grenzen erlaubten Handelns bewegt, mag zu dessen möglichen Auswirkungen stehen, wie er will. Wenn man unter bestimmten objektiven Voraussetzungen ein Sterben auslösen oder beschleunigen darf, dann darf man diesen Effekt auch wünschen und verfolgen. Das gilt in Fällen gerechtfertigten Handelns allgemein, selbst wo das Wünschen zu einer „bösen“ Absicht wird. Erlaubt § 32 StGB einen abwehrenden Schuss auf den Angreifer, dann entfällt die Erlaubnis nicht deshalb, weil der Angegriffene sich die tödliche Auswirkung seiner erforderlichen Abwehr wünscht, also mit Tötungsabsicht schießt. Um wieviel mehr muss es beim Dürfen bleiben, wenn der Tod eine auch vom Leidenden ersehnte Erlösung ist! So wird es sich in unseren Fällen ja meistens verhalten. Auch wo der palliative Zweck mehr oder weniger erreicht wird, bleibt großes körperliches und seelisches Leid. Es wäre geradezu absurd, vom Täter zu fordern, dass er die vom Kranken verlangte und von allen Anteilnehmenden erhoffte Beschleunigung des Sterbens, also den Tod, in seinem Herzen nicht anstrebe.²¹

Auch diese Streitfrage hat übrigens keine praktische Bedeutung. Kein Staatsanwalt wird danach forschen, ob ein

Arzt mit seiner den Schmerz bekämpfenden „indirekten Sterbehilfe“, die objektiv erlaubt war, die Abkürzung des Lebens nur als möglich in Kauf genommen oder als gewiss vorausgesehen oder sie gewünscht und erstrebt hat. Und wenn es doch einer täte, so würde er vom Beschuldigten hören, was er hören muss, damit er das Verfahren einstellen darf.

3. Zum Unterlassungsaspekt

Ich habe früher für Fälle der von einem Beschützer garanten geleisteten „Beihilfe“ zur Selbsttötung betont, dass allemal eine Unterlassungstäterschaft vorliege und dass das aktive Mitwirken diese nur überlagere: Die den Gifttrunk bereitende und überreichende Ehefrau müsste sich insoweit bloß zurückhalten²² oder spätestens das Trinken verhindern, um den Tod abzuwenden. Warum sollte dieses Nichtvermeiden nicht § 13 StGB unterfallen? Wo Straffreiheit angezeigt ist, schien sie mir über die Verneinung des rechtlichen Einstehenmüssens und über § 34 StGB begründbar. So ergab sich mir speziell für Beschützer garanten eine vorher verdeckte, aber m.E. sachgerechte Strafbarkeit (§§ 212, 216, 13; 222 StGB), vor allem auch für die Fälle der späteren Nichterrettung des Suizidenten.²³ *Neumann* weist mit Recht die dogmatische Kritik zurück, die ich von vielen Seiten erfahren habe (u.a.: „Aufrollung der Teilnahmelehre vom Unterlassungsdelikt her“, eine Kritik, die sich sogleich neutralisieren lässt mit dem Gegenverbot der „Aufrollung der Unterlassungslehre vom Teilnahmedelikt her“). Er sagt: „Gegen die Annahme eines zu der aktiven Suizidbeteiligung parallelen Unterlassens lässt sich auch nicht einwenden, sie unterlaufe die ‚Straffreierklärung‘ der Teilnahmehandlung durch den Gesetzgeber [...]“. Denn der Gesetzgeber hat lediglich entschieden, dass die aktive Unterstützung einer Selbsttötung nicht als ‚Anstiftung‘ oder ‚Beihilfe zum Suizid‘ strafbar ist; eine weitergehende, auch die Verantwortlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Unterlassungstäterschaft (oder dem der mittelbaren Täterschaft) erfassende ‚Straffreierklärung‘ ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.“ *Neumann* widerspricht mir dann aber „teleologisch“, d.h. in der entscheidenden Wertung. Man darf seinen Widerspruch wohl einordnen als ein generelles Nein zum rechtlichen Einstehenmüssen (§ 13 StGB) dort, wo dem Suizidenten herkömmlich die „Frei-“ oder „Eigenverantwortlichkeit“ zugeschrieben wird. „Denn das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit“, meint er, „das die Straffreiheit der Suizidteilnahme trägt, blockiert auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit hins. der Nichthinderung eines freiverantwortlichen Suizids. Die Straflosigkeit der Nichtintervention des Garantens bei einer freiverantwortlichen Selbsttötung ergibt sich darüber hinaus auch aus dem Selbstbestimmungsrecht des Lebensmüden. Im Falle eines freiverantwortlich

¹⁸ Extrem ausführlich erörtert *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Fn. 7), Vor §§ 211 ff. Rn. 104-113, die Begründungsproblematik der straffreien „indirekten Sterbehilfe“. Er selbst tritt ein für „die derzeit favorisierte Rechtfertigung [...] nach Maßgabe von § 34 [...], wenn das Interesse des in die Behandlung (mutmaßlich) einwilligenden Patienten das entgegenstehende Interesse an längstmöglicher Lebenserhaltung überwiegt“ (Rn. 110).

¹⁹ BGHSt 42, 301 (305): „Eine ärztlich gebotene schmerzlindernde Medikation“ wird „nicht dadurch unzulässig, dass sie als unbeabsichtigte, aber in Kauf genommene unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann“; ebenso BGHSt 46, 279, 284 f.

²⁰ Zum Meinungsstand der 80er Jahre *Herzberg*, NJW 1986, 1640.

²¹ Überzeugend gegen das „Beabsichtigungsverbot“ argumentiert vor allem *Reinhard Merkel*, *Früheuthanasie*, 2001, S. 166 ff.; *ders.*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 297 (315-319).

²² Ein Nichtabwenden des Erfolgs i.S.v. § 13 StGB liegt auch in der aktiven Herbeiführung des Erfolgs: Wer einen anderen erschießt, hat sich selbst nicht zurückgehalten und so den Tod aus einer Gefahrquelle hervorgehen lassen, für die er besondere Verantwortung trägt, d.h. garantenpflichtig ist. Das „unechte Unterlassungsdelikt“ ist als Minus im Delikt des aktiven Handelns enthalten.

²³ *Herzberg*, JA 1985, 177.

unternommenen und wohlwogenen Suizidversuchs fehlt es nicht erst an einer Pflicht, sondern bereits an einem Recht des Garanten zum Eingreifen. Die Garantenstellung begründet keine ‚Vormundschaftsstellung‘ gegenüber dem Destinatär dieser Pflicht“.²⁴

Das ist der liberale Geist der heutigen deutschen Strafrechtslehre. Man darf zweifeln, ob sie sich die Konsequenzen außerhalb der Konstellation, dass Schwerkranke im Tod Erlösung suchen, klargemacht hat. Gesetzt den Fall, eine Achtzehnjährige fasst – „freiverantwortlich und wohlwogen“ – den Entschluss, aus dem Leben zu scheiden, weil ihr Verlöbnis zerbrochen ist und aus der erhofften „blendenden Partie“ nichts wird; ihre Mutter billigt das Vorhaben unter Tränen und bewirkt den Suizid durch Verschaffung eines tödlichen Giftes. – Oder ein Vater führt seinem Sohn, der zum zweiten Mal das Examen verfehlt hat, die berufliche Aussichtslosigkeit überzeugend vor Augen und bedrängt ihn mit Erfolg, seinem Leben ein Ende zu machen. – Alle sind einig, dass Mutter und Vater ihre Mitwirkung am Suizid moralisch nicht verantworten können, obwohl dieser Suizid die „eigenverantwortliche“ Entscheidung ihres mündigen Kindes war. Diese moralische Verurteilung erklärt sich daraus, dass im Gegensatz zu klassischen Sterbehilfefällen hier das Leben im Fall seiner Bewahrung gute Aussicht hatte, vom jetzt Sterbewilligen wieder geliebt und als wertvoll empfunden zu werden. Der Tod war keine gute Erlösung, sondern ein schlimmes und beklagenswertes Ereignis. Darf man angesichts der Möglichkeit auch solcher Fälle das Kriterium „freiverantwortlich“ so absolut setzen, wie es *Neumann* und die herrschende Lehre tun? Ist es wirklich das richtige Strafrechtsverständnis, dass die Mutter und der Vater, obwohl doch zum „Rundumschutz“ ihrer Kinder aufgerufen, das Recht hatten, die Selbsttötung, statt sie abzuwenden, in der geschilderten Weise aktiv zu bewirken, und dass sie am Ende sogar *verpflichtet* waren, Tochter und Sohn gewähren zu lassen?

Man kann das vertreten, weil Recht und Moral sich nicht decken müssen. *Neumann* sagt, es gehe um „eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen dem Suizidenten und dem Dritten anhand des *Prinzips der Eigenverantwortlichkeit* des ‚Opfers‘“.²⁵ In unseren Beispielen sind demnach Mutter und Vater für den Tod der Tochter und des Sohnes nicht verantwortlich, weil den Suizidenten selbst die Verantwortung zugeschrieben werden kann. Wo der Suizident sich eigenverantwortlich entschieden hat, ist sogar dem Beschützergaranten jede Mitwirkung, mit Ausnahme des „letzten Aktes“, freigestellt. Dogmatisch begründen kann man das durch Tatbestandsverneinung: keine „objektive Zurechnung“, soweit es um aktive Verursachung des Todes geht, kein „rechtliches Einstehenmüssen“ unter dem Aspekt der Nichtabwendung des Todes.

So löst sich auch der oben (II. 1.) gebrachte Fall: Die Tochter hat ihren Vater auf das Verwerflichste in die Selbsttötung getrieben und diese durch Giftverschaffung ausgelöst,

aber sie hat dem Opfer Raum gelassen für eigene Verantwortlichkeit, was genügt, sich selbst von jeder rechtlichen Verantwortung freizuhalten. Das entspricht nicht der Judikatur des BGH, wohl aber der im Schrifttum klar herrschenden Ansicht.

Man kann das, wie gesagt, vertreten, der herrschende Standpunkt ist nicht juristisch widerlegbar, aber die Wertung, die ihm zugrunde liegt, überzeugt nicht. Das Leben ist eines der höchsten Rechtsgüter und des strafrechtlichen Schutzes in hohem Maße bedürftig. Wird es von einem Suizid bedroht, dann sollte dieser Schutz nicht erst einsetzen, wenn der Suizident ohne eigene Verantwortung handelt. Vielmehr sollte das Strafrecht – das liegt auf der Hand – einen Mindestschutz schon dann gewähren, wenn das bedrohte Leben schützenswert ist, genauer: schützenswert auch gegen den verantwortlichen Willen, der momentan den Suizidenten beseelt. Man muss bedenken, dass in den Fällen, um die es geht, der Sterbewille oft schon durch den Zuspruch eines anderen, vor allem eines nahen Angehörigen, in einen Lebenswillen umgekehrt werden kann. Etwa im Falle des unheilbar kranken Vaters: Er hängt ja immer noch am Leben. Sterben will er nur unter den gegebenen Umständen, wozu das Drängen der Tochter gehört. Würde sie ihm aus Scham und Reue den Giftbecher in letzter Sekunde entreißen, so würde ihn das freuen und sein Sterbenwollen sofort beenden. *Neumanns* Rigorismus scheint mir lebensfremd und inhuman. Weil des Vaters Entschluss, das Gift zu trinken, „freiverantwortlich und wohlwogen“ war, soll es bei der Tochter „bereits an einem Recht [...] zum Eingreifen“ fehlen; sie dürfe sich keine „Vormundschaftsstellung“ anmaßen. Aber so gehindert und bevormundet zu werden, hat sich der Vater im Innersten gewünscht.

Nicht immer kann der Beschützergarant in den fraglichen Fällen sofort und so leicht den Sterbewillen umkehren. Z.B. nicht im Fall der achtzehnjährigen Tochter mit ihrem Liebesleid; sie würde sich vielleicht wehren, wenn die Mutter ihr den Giftbecher wieder entreißt. Aber man führe sich einmal vor Augen, was die abstrakte Lehre des Schrifttums konkret besagt: Wenn der Suizid das Leben des Mädchens bedroht, dann soll es gefälligst selbst dafür sorgen, dass der Tod abgewendet wird. Die Mutter hat dafür rechtlich nicht einzustehen, sie darf sogar zur Selbsttötung anstiften und das Gift dazu reichen. Ja, sie hat nicht einmal ein „Recht zum Eingreifen“, wenn die Tochter zur Tat schreitet; das ergibt sich aus deren „Selbstbestimmungsrecht“.²⁶

Meine Lösung ist demgegenüber, dass die Mutter, die den ernstlich und verantwortlich gewollten Suizid hätte abwenden können, strafbar ist nach §§ 216, 13 StGB. Das Leben hat für

²⁴ *Neumann* (Fn. 10), Vor § 211 Rn. 79, 80.

²⁵ *Neumann* (Fn. 10), Vor § 211 Rn. 48 (*Hervorhebung im Original*).

²⁶ Vgl. *Neumann* (Fn. 10), Vor § 211 Rn. 80; siehe auch Rn. 76: „Solange ein freiverantwortliches und wohlüberlegtes Selbsttötungsunternehmen planmäßig verläuft, sperrt das Selbstbestimmungsrecht des Lebensmüden jede Intervention Dritter“. Etwa im Fall einer Schülerin, die nach verpasstem Abitur wohlüberlegt zu sterben begehrt und planmäßig in der Garage ihre Selbsttötung unternimmt; den Eltern, die dies bemerken, verbietet sich jede Intervention, sie müssen warten, bis das Kohlenmonoxid seine Wirkung vollendet hat.

die Tochter einen hohen Wert. In Anbetracht ihrer Jugend, Gesundheit und Zukunftsaussichten überwiegt er eindeutig die Werte der Selbstbestimmung und der schnellen Leidbeendigung.²⁷ Darum muss das Strafrecht dem Leben der Achtzehnjährigen einen Mindestschutz gewähren. Das heißt: Die Mutter als Beschützergarantin hat rechtlich dafür einzustehen, dass der Tod nicht eintritt.

V. Zum Kriterium „freiverantwortlich“

Nach h.L. bleibt die Veranlassung oder Förderung eines Suizids nur straffrei, „soweit die Selbsttötung das Ergebnis einer freiverantwortlichen Willensentscheidung des Rechtsgutsträgers ist“. Wo „der Suizident hingegen nicht freiverantwortlich“ handelt, da „gestaltet sich die Mitwirkung an dem äußerlich als Selbsttötung erscheinenden Geschehen bei wertender Betrachtung als Fall einer in mittelbarer Täterschaft begangenen Fremdtötung des vom Hintermann beherrschten Tatopfers“.²⁸ Als Idealfall einer solchen „freiverantwortlichen Willensentscheidung“ gilt dem Autor dieser Sätze und der ganz herrschenden Ansicht der wohlwogene Entschluss eines unheilbar Kranken, seinem Leiden durch Trinken eines tödlichen Giftes ein Ende zu machen.

Noch einmal zur Klarstellung: Wer ihm den Trank bereitet und in die Hand gegeben hat, wäre an sich, wenn es den umfassenden Straftatbestand der „Menschtötung“ gäbe, Mitäter dieses Delikts. Sein todbringendes Mitwirken müsste also, vom herrschenden Ansatz aus, dem § 216 StGB subsumiert werden, aber man tut es nicht, weil man in Wahrheit ohne Rücksicht auf Grenzziehungen nach §§ 25 ff. StGB die „objektive Zurechnung“ des Todeserfolgs und das „rechtliche Einstehenmüssen“ für dessen Abwendung verneint; eine Begründung, die man sich allerdings nicht deutlich macht.

1. Unfrei machender Notstand

Diese Tatbestandsverneinung, meist ins Positive gewendet als Annahme (bloßer) „Beihilfe zum Suizid“, beruht nun nach herkömmlicher Sicht, die *Schneider* als unstreitig bestätigt, ganz und gar darauf, dass man dem Sterbewilligen eine bestimmte Qualität zuschreibt, dass man ihn als „freiverantwortlich“ bewertet. Das Gegenbeispiel fehlender Freiverantwortlichkeit bildet *Schneider* mit dem Fall eines Mannes, „der einen suizidgeneigten Geisteskranken unter Ausnutzung dessen Defektzustandes durch Zureden, Ratschläge oder sonstige Förderungsakte in den Tod treibt“.²⁹ Was man damit für das erste Beispiel behauptet und in Gegensatz zum zweiten bringt, ist fragwürdig und im höchsten Grade erstaunlich. Denn warum sollte für die Bewertung im ersten Fall der Notstand nicht die gleiche Bedeutung haben, wie man sie im zweiten der Geisteskrankheit einräumt? Wenn jemand etwas

beschließt und tut, was er tun muss, um aktuellen und anhaltenden körperlichen (und seelischen) Qualen zu enttrinnen, wenn er also unter dem Druck gegenwärtiger Gefahr handelt, die (auch) seinem „Leib“ droht (vgl. § 35 StGB), wie kann man bei dieser Zwangslage von „Freiheit“ sprechen? Und darf man ihn in seinem furchtbaren Notstand für seine Entscheidung und Handlung „verantwortlich“ machen? Man würde dies, in Anwendung des § 35 StGB, ja ohne Zögern verneinen, wenn der Leidende seinen permanenten Schmerzen allein durch Diebstahl entfliehen könnte, etwa durch heimliche Entwendung fremden Morphiums! Konsequenter gehandelt, ergibt also das fragliche Kriterium für den wichtigsten Fall die Strafbarkeit des am Suizid Mitwirkenden – und nicht seine Straflosigkeit, die man daraus ableiten will. Letztere bliebe auf ganz seltene Suizidfälle beschränkt, für die man wegen der exzentrisch-unnormalen Motivation weit eher geneigt ist, Anstifter und Gehilfen strafrechtlich haften zu lassen: Selbstverbrennung als politisches Fanal, Sicherehängen wegen Abstiegs aus der ersten Bundesliga, Mord und Selbstmord eines „Märtyrers“ mit dem Sprengstoffgürtel im Glauben an himmlischen Lohn.

2. Selbstwiderspruch

Es gibt einen grundsätzlichen Einwand gegen das Kriterium der Freiverantwortlichkeit, den folgendes Beispiel veranschaulicht: Der Mafiaboss B hat ein Kind entführen lassen und fordert von dessen Vater V den Suizid mittels der glaubhaften Drohung, andernfalls das Kind zu töten. V zögert zunächst, opfert aber schließlich zur Rettung des Kindes das eigene Leben, weil die Mutter M ihn flehentlich bittet und bedrängt. – Hier verübt V die Selbsttötung aus Liebe zu seinem Kind, weil er um dessen Leben fürchten muss, also um Lebensgefahr „von einem Angehörigen abzuwenden“ (§ 35 StGB). Sowohl B wie M nutzen diese Liebe und bewegen über das Liebesmotiv V zum Suizid. Wollte man nun mit dem fraglichen Kriterium über die Strafbarkeit der Verursacher B und M entscheiden, so könnte das Urteil nur einheitlich lauten. Denn man kann ein und denselben erzwungenen und aus Liebe begangenen Suizid nicht als „freiverantwortlich“ bewerten und zugleich das Gegenteil annehmen. Die aus der einheitlichen Beurteilung abzuleitende Falllösung wäre aber zweifellos falsch. B ist (mittelbarer) Täter eines Mordes, während für M die „objektive Zurechnung“ des von ihr verursachten Todes entfällt (vulgo: straflose „Anstiftung zum Suizid“).

Ich habe früher versucht, auch für solche Fälle am Kriterium festzuhalten und den damit verbundenen Selbstwiderspruch durch eine „Relativitätstheorie“ zu verdecken.³⁰ Heute finde ich noch Beifall zu diesem Versuch, denn unter Berufung auf meinen Aufsatz fordert *Neumann* „zu beachten, dass bei der in einer Nötigungssituation verübten Selbsttötung Freiheit und Unfreiheit des Handelns relativ zu bestimmen sind [...]: Wird jemand durch schwere Misshandlungen oder deren Androhung [...] gezielt zum Suizid getrieben, so kann die Erleichterung der Ausführung des Suizids durch einen Dritten straflose Beihilfe sein, während der Folterer als mit-

²⁷ Hier liegt der fundamentale Unterschied zum Sterbebegehren eines Leidenden, dessen Leid kein Zeitablauf, sondern allein der Tod beenden kann. Es ist der Grundfehler der h.L., dass sie diesen Unterschied mit ihrem Monopolkriterium der Freiverantwortlichkeit ignoriert.

²⁸ *Schneider* (Fn. 18), Vor §§ 211 ff. Rn. 32.

²⁹ *Schneider* (Fn. 18), Vor §§ 211 ff. Rn. 32.

³⁰ *Herzberg*, JA 1985, 341.

telbarer Täter eines Tötungsdelikts zu bestrafen ist. Entsprechendes gilt für die Bestimmung des potenziellen Folteropfers zum Suizid.³¹ Den Gedanken der Relativierung habe auch ich damals für die Lösung gehalten. Jetzt sehe ich es anders. Der Folterer macht den Gefolterten durch Notstandsschaffung unfrei, und in dieser Unfreiheit nimmt er auch die Hilfe entgegen, die ihm der mitleidige Dritte gewährt. Nicht weil wir beim Suizidenten eine Freiheit erkennen, verneinen wir die Verantwortlichkeit des Helfers, sondern weil wir dessen Nichtverantwortlichkeit erkennen, verleugnen wir die anhaltende Unfreiheit des Suizidenten. Das Freiheitskriterium hilft uns nicht im Geringsten. Wir bejahen oder verneinen es je nachdem, wie wir es brauchen, um richtig zu urteilen: abwechselnd ja und nein, damit wir hier Straflosigkeit und dort Tötungstäterschaft als Lösung präsentieren können.

So macht man es immer, auch beim Suizid des unheilbar Kranken, dem ein Freund das Gift verschafft hat. Das wird bloß deshalb nicht so deutlich, weil es meistens nur um einen Beteiligten geht. Man kommt dann mit dem Werturteil „freiverantwortlich“ aus und vermeidet den Selbstwiderspruch. Angenommen aber, es ist auch jemand im Spiel, der auf die Selbsttötung abgezielt und zu diesem Zweck absichtlich die Krankheit herbeigeführt hat, z.B. durch Ansteckung mit AIDS. Dann haftet dieser als mittelbarer Täter für einen Todeserfolg, der dem Freund nicht zugerechnet wird („straflose Beihilfe“). Wer sich dem fraglichen Kriterium unterwirft, muss wieder in einem Atemzug sagen, das Opfer habe sich in Unfreiheit umgebracht, aber diese Selbsttötung zugleich in Freiheit verübt.

3. Freiverantwortlichkeit oder Ernstlichkeit?

Was nottut, ist ein Wechsel im Ansatz. Die Ausgangsfrage ist nicht, ob der Suizident freiverantwortlich den Tod gewählt hat, sondern ob der Mitverursacher, der Beteiligte, für diesen Tod Verantwortung trägt (näher dazu VI.). Indirekt spielt dafür natürlich auch eine Rolle, was es mit dem Sterbewillen auf sich hat, vor allem ob er ‚ernstlich‘ war (dazu sogleich). Denn je weniger Gewicht der Sterbewille hat, je schwächer, flüchtiger, überwindbarer das Motiv, desto größer die Verantwortung dessen, der den Suizid auslöst. Aber in Freiheit muss sich der Sterbewille durchaus nicht gebildet haben. Die Verantwortung des Beteiligten kann sehr wohl auch dann zu verneinen sein, wenn der Leidende ein Kind oder geisteskrank oder in äußerster Not förmlich gezwungen war, sich in den Tod zu flüchten. Man denke sich einen Soldaten, dem eine Granate den halben Unterleib weggerissen hat. Es wäre absurd oder zynisch, seinen Schrei nach Erlösung durch einen tödlichen Schuss ‚frei‘ und ‚eigenverantwortlich‘ zu nennen. Ein grausames Schicksal macht ihn ganz und gar unfrei, er ‚wählt‘ nicht, er kann nichts anderes wollen als den Tod. Aber der Kamerad, der ihm die Pistole in die Hand drückt, begeht dennoch kein Tötungsdelikt und begeht es in so einem Fall nicht einmal dann, wenn er selbst den Gnadenschuss abfeuert (Fall einer gerechtfertigten Tötung auf Verlangen, §§ 216, 34 StGB).

³¹ Neumann (Fn. 10), Vor § 211 Rn. 68; vgl. auch Mitsch, JuS 1995, 890.

§ 216 StGB liefert uns sogar ein positiv-rechtliches Argument gegen das Freiverantwortlichkeitskriterium. Man fordert bekanntlich für den Privilegierungstatbestand gleichfalls, dass der Lebensmüde ‚freiverantwortlich‘ zu sterben verlangt. Die Unrechtsminderung, so gibt *Schneider* die allgemeine Ansicht wieder, ‚setzt das Vorliegen eines *subjektiv frei verantwortlichen Willensentschlusses des Opfers* voraus‘.³² *Hettinger* konkretisiert das mit dem Satz, das ‚Verlangen i.S. des § 216‘ müsse ‚frei von Zwang [...] und anderen wesentlichen Willensmängeln sein‘.³³ Der Entschluss des V, sein Leben zur Rettung des Kindes zu opfern, beruht auf dem Zwang, den B mit seiner Drohung ausübt. Trotzdem kann kein Zweifel sein, dass V ein dem § 216 StGB genügendes Verlangen ausdrückt, wenn er seinen Freund bittet, dass dieser ihn erschieße. Auch ein brutal erzwungenes Verlangen kann also zählen und zugunsten eines Tötungstäters, der selbst den Zwang nicht ausübt, das Unrecht mindern oder ausschließen (§ 34 StGB), obwohl doch hier von einer in Freiheit übernommenen Verantwortung für den eigenen Tod, einem ‚freiverantwortlichen‘ Todesverlangen keine Rede sein kann. Aber § 216 StGB stellt diese Voraussetzung auch gar nicht auf! Er lässt das ‚ernstliche‘ Verlangen, getötet zu werden, genügen, und ‚ernstlich‘ war das Verlangen des V, von der Hand seines Freundes getötet zu werden, ohne Zweifel: Nur durch sein Sterben konnte er das Leben seines Kindes retten, das ihm wichtiger war als sein eigenes.

Auch für die Suizidfälle außerhalb des § 216 StGB scheint mir das gesetzliche Kriterium des ‚ernstlichen‘ Sterbewillens zuverlässiger als die dogmatische, gesetzeferne Frage nach der ‚Freiverantwortlichkeit‘, die offensichtlich irreführt und die wir oft um der gewünschten Lösung willen falsch beantworten müssen. Denn dort, wo der Mitwirkende auf jeden Fall straflos bleiben soll, ist die Freiheit ja klar zu verneinen, weil der Betroffene wegen anhaltender Qualen sterben will, d.h. sich in einem Notstand für den Tod entscheidet.

Es versteht sich, dass wir die Ernstlichkeit nicht als ein Faktum, sondern wertend bejahen oder verneinen. Wo z.B. Liebesleid das Motiv bildet, darf man einer Zwölfjährigen gewiss nicht straflos zur Selbsttötung verhelfen oder sie dazu auffordern. Kein ‚ernstliches‘ Sterbenwollen, könnte man sagen, weil wir bei einem Kind einen so motivierten Sterbewillen noch nicht ‚ernst‘ nehmen. Wo es dagegen dem Kind um die Erlösung von den andauernden Qualen einer unheilbaren Krankheit geht, da gibt es keinen Grund, dem Verlangen weniger Gewicht zu geben als dem Sterbewillen eines erwachsenen Patienten.

VI. Zur Maßgeblichkeit der Verantwortung des Mitwirkenden

Besonders wichtig ist aber, zu erkennen, dass es nicht allein auf die Bewertung des Sterbebegehrens ankommen kann und wir geradezu den Schwerpunkt setzen müssen mit der Frage

³² *Schneider* (Fn. 18), § 216 Rn. 19 (*Hervorhebung im Original*).

³³ *Wessels/Hettinger* (Fn. 14), Rn. 156 (unter Hinweis auf BGH StraFo 2011, 63).

nach der Verantwortung, die der Mitwirkende für den Suizid trägt – oder eben auch nicht trägt. Wir sehen das ja schon, wenn wir seine relativ strenge Behandlung im Fall des § 216 StGB bedenken. Mit der Straffreiheit des Sterbehelfers ist es vorbei, wenn er dem Leidenden das Gift injiziert, statt es ihm zu trinken zu geben. Obwohl das Begehren, auf welche Form der Hilfe es sich auch richtet, ganz das gleiche ist, ernstlich, nachfühlbar und auf denselben Effekt der Erlösung zielend, machen wir bei der Zuschreibung von Verantwortung für den Tod einen großen Unterschied je nachdem, wer beim gemeinsamen Wirken den letzten Akt vollbringt.

Erinnern wir uns ferner der verschiedenen Urteile, die wir im Beispiel des entführten Kindes über M und B fällen! Beide verursachen durch ihre Aufforderung den Suizid des V, der sein Leben opfert, um das seines Kindes zu retten. Aber die Mutter M ist für die Bedrängnis des V, die ihrer Aufforderung zur Wirkung verholfen hat, nicht verantwortlich, weshalb wir ihr trotz der Verursachung den Todeserfolg nicht zurechnen („straflose Anstiftung“). Wohingegen B die Notstandslage gezielt geschaffen hat, er ist dafür verantwortlich, was ihn zum mittelbaren Täter eines Mordes macht.

Hier ordnen sich auch die Fälle ein, die wir unter IV. 3. betrachtet haben. Meine Forderung war, auch für Suizidfälle an der besonderen Verantwortung des Beschützergaranten festzuhalten. Man mag ja durchaus sagen, dass die Achtzehnjährige, die aus Liebeskummer aus dem Leben scheiden will und zum Gift greift, „ernstlich“ den Tod begehrt, ja sogar sich „in Freiheit“ entschieden habe und für ihren Suizid selbst „verantwortlich“ sei. Aber ich sehe in solcher Wertung keinen hinreichenden Grund, die Mutter aus ihrer Verantwortung zu entlassen. Als Beschützergarantin hat sie bei Gefahr eines Todes ohne Erlösungssinn „rechtlich dafür einzustehen, dass der Erfolg nicht eintritt“. Das Leben des Mädchens ist ja schützenswert. Darum ist es der Mutter zweifellos moralisch geboten, den Sterbewilligen nicht zu respektieren und den Tod auch gegen den Willen ihrer Tochter abzuwenden. Es ist nicht einzusehen, warum wir hier das moralische und das rechtliche Gebot divergieren lassen sollen.

Meine Akzentverschiebung bei der Frage nach den Verantwortlichkeiten (des Suizidenten, des Mitwirkenden) wirft auch ein Licht auf einen besonders wunden Punkt der herrschenden Doktrin: ihre Gleichbehandlung von „Beihilfe“ und „Anstiftung“ zum Suizid. Nehmen wir das Beispiel eines Arztes wie seinerzeit Julius Hackethal, der die Selbsttötung einer schwerkranken und leidenden Patientin auf deren ernstliches Verlangen hin bewirkt, indem er ihr Gift zu trinken gibt. Die h.L. begründet seine Straffreiheit nicht, wie es in meinen Augen richtig wäre, mit einem Nein zur objektiven Zurechnung des von ihm mitverursachten Todeserfolgs. Vielmehr beruft sie sich darauf, dass nur „Beihilfe zum Suizid“ vorliege, der Suizid keinem Straftatbestand unterfalle, der Arzt also an keiner „rechtswidrigen Tat“ i.S.d. §§ 26, 27 StGB teilgenommen habe („Akzessorietätsargument“).³⁴ Mit dieser Begründung ist die Weiche aber auch für den Fall gestellt, dass ein anderer Arzt eine Kranke, die ihrem Leben

noch Gutes abgewann und keineswegs schon sterben wollte, umgestimmt, also zu ihrem Verlangen und ihrer Selbsttötung „bestimmt“, vielleicht sie geradezu dahin gedrängt hat; etwa indem er ihr so recht drastisch (aber ohne sie zu täuschen oder zu nötigen!) vor Augen führte, was ihr bevorstand und wie sehr sie ihre Familie belaste. Wer bei bloßer Sterbehilfe die Straffreiheit des Helfers mit dem Akzessorietätsargument begründet, der kann dem Umstand, dass der Helfer den Lebenswillen angegriffen und den Sterbewilligen überhaupt erst hervorgerufen hat, keine Bedeutung beimessen. Wer dagegen der Straffreiheit in den klassischen Sterbehilfefällen unsere Begründung gibt, kann berücksichtigen, dass der Arzt im zweiten Fall eine viel größere Verantwortung auf sich lädt. Er kann deshalb hier die objektive Zurechnung bejahen,³⁵ wie uns dies für den anderen Steigerungsfall des „tödlichen letzten Aktes“ (Injizierung des Giftes) das Gesetz (§ 216 StGB) deutlich vorschreibt.

VII. § 217 StGB: Geschäftsmäßigkeit als unrechtsrelevanter Umstand?

Der Kreis schließt sich, wenn wir zuletzt noch einmal den neuen § 217 StGB betrachten. Seine Eigentümlichkeit habe ich unter I. herausgestellt: Er setzt keine Selbsttötung voraus, ja nicht einmal die konkrete Gefahr, dass es dazu kommt. Dennoch ist er eingeordnet in die „Straftaten gegen das Leben“. Darum darf man ihn vereinfachend ansehen als einen Straftatbestand der Mitwirkung am Suizid mit dem Sinn und Zweck, in erster Linie den Suizidenten zu schützen, dem die Gelegenheit gewährt wird und der ohne sie am Leben vielleicht noch festgehalten hätte.

Es ist klar, welche Fälle der Gesetzgeber vor allem im Auge hatte: die der „Sterbehilfe“ im engen Sinne.³⁶ Der Leser weiß, welchen Sturm des Protestes schon die Vorbereitung des Gesetzes ausgelöst hat. Die ablehnende „Stellungnahme“, veröffentlicht von gut 150 Strafrechtslehrern und -lehrerinnen, habe ich oben unter II. gewürdigt. Kern meiner Kritik war die Zurückweisung einer Straffreiheitsbegründung mit dem „Akzessorietätsargument“. Übrig bleibt aber eine anders zu begründende Straffreiheit. Sie folgt aus einer verfestigten Verneinung der „objektiven Zurechnung“ und des rechtlichen Einstehenmüssens und gilt für viele Fälle, die man herkömmlich als Anstiftung bzw. Beihilfe zur freiverantwortlichen Selbsttötung kennzeichnet. Eine solche straflose „Beihilfe“ sieht die ganz herrschende Lehre etwa im eben genannten Fall Hackethal gegeben.³⁷ Nehmen wir ihn als Beispiel, um

³⁴ So auch mein Versuch einer Beweisführung zugunsten Hackethals: *Herzberg*, NJW 1986, 1635.

³⁵ Das bedeutet ein extensives Verständnis des Handlungsmerkmals „tötet“. Zur systematischen Begründung der Vertretbarkeit s.o. III.

³⁶ Erfasst sind natürlich auch ganz andere Handlungen, die aber praktisch nicht vorkommen. So kann man sich vorstellen, dass jemand in Altenheimen zur Leidvermeidung den Freitod empfiehlt und Zyankalikapfoten verkauft.

³⁷ Man lese das eindringliche und beeindruckende Buch von *Uwe Christian Arnold* und *Michael Schmidt-Salomon*, *Letzte Hilfe, Ein Plädoyer für das selbstbestimmte Sterben*, 2014. Der Arzt *Arnold* bekennt sich zur Sterbehilfe, die er selbst geleistet hat. In großer Zahl und Vielfalt werden reale Fälle

den Vergleich zu bilden! Für die Straflosigkeit einer solchen Sterbehilfe (durch Bereiten und Überreichen des Giftgetränks) kommt es jetzt darauf an, ob der Arzt „geschäftsmäßig“³⁸ die Gelegenheit zur Selbsttötung gewährt. Wenn ja, dann Strafbarkeit nach § 217 StGB, wenn nein, wenn also genau dieselbe Sterbehilfe nicht „geschäftsmäßig“ gewährt wird, dann bleibt es bei der Straffreiheit des Arztes.

Die professorale Kritik gegen die neue Strafdrohung beschränkt sich im Kern auf die schlichte Vorhaltung, die Straflosigkeit der „Beihilfe zum Suizid“ folge aus der „Straflosigkeit des Suizids“ und sie sei in Anbetracht des Selbstbestimmungsrechtes „strafrechtsdogmatisch bewährt“. Diese Kritik greift zu kurz. Ganz abgesehen von der Verfehltheit des Akzessoritätsargumentes übergeht sie das Merkmal des § 217 StGB, welches die tatbestandliche Handlung qualifiziert. Wir haben ja schon gesehen, dass Gegebenheiten auf Seiten des am Suizid Mitwirkenden dessen Straffreiheit gesetzlich ausschließen oder doch fragwürdig und bestreitbar machen. So, wenn der Helfer dem Suizidenten den letzten, den todbringenden Akt, etwa die Giftinjizierung abnimmt (§ 216 StGB); oder wenn er bei einem Suizid ohne Erlösungssinn als Beschützergarant den Tod eigentlich verhindern müsste; oder wenn er als die treibende Kraft den Leidenden zu einer Selbsttötung bewegt, die dieser sonst nicht verübt hätte. Man muss sich also fragen, ob auch dem Umstand, dass die „Förderung der Selbsttötung“ vom Täter „geschäftsmäßig“ geleistet wird, eine ethische Relevanz zukommt, die ein entsprechend begrenztes strafrechtliches Verbot angezeigt oder doch vertretbar erscheinen lässt.

Nach dem Strafgesetzbuch spielt es für das Unrecht einer Tat sehr wohl eine Rolle, dass der Täter bei der Begehung mit Wiederholungsabsicht handelt. Man kann das an der vielfachen Strafschärfung erkennen, die eine „gewerbsmäßige“ (manchmal auch eine „gewohnheitsmäßige“) Tatbegehung auslöst.³⁹ In § 217 StGB geht es aber nicht um Strafschärfung. Hier macht die Geschäftsmäßigkeit das Handeln überhaupt erst zur Straftat. Das ist nur dann akzeptabel, wenn die Tat auch so schon, d.h. ohne Wiederholungsabsicht, wenigstens ethisch zu missbilligen ist. Denn Handlungen, die das nicht sind, z.B. einverständliche Geschlechtsakte zwischen Erwachsenen, darf man immer auch für die Zukunft vorhaben und geschäfts- oder gewerbsmäßig begehen. Wenn also eine Sterbehilfe, wie Hackethal sie geleistet hat, für sich genommen ethisch nicht zu missbilligen ist, dann würde daran die Wiederholungsabsicht nicht das Mindeste ändern,

des Sterbebegehrens und der Sterbehilfe geschildert, der nach bisher geltendem Recht und herrschendem Gesetzesverständnis genau wie dem Handeln Hackethals die Straflosigkeit zuzuerkennen war.

³⁸ So handelt, „wer bei der Tat die Absicht hat, die Wiederholung gleichartiger Taten zu einem dauernden oder zumindest wiederkehrenden Bestandteil seiner wirtschaftlichen oder beruflichen Betätigung zu machen“; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), Vor § 52 Rn. 20.

³⁹ Vgl. etwa §§ 146 Abs. 2; 232 Abs. 3 Nr. 3; 263 Abs. 5; 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 1; 284 Abs. 2; 292 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

und es wäre nicht richtig, sie für diesen Fall mit Strafe zu bedrohen.

Ein Arzt bewirkt Gutes, wenn er eine Selbsttötung fördert, die der einzige Weg zur Beendigung qualvollen Leidens ist. „Wenn der eine Tod“, fragt *Seneca*, „unter Qualen, der andere aber einfach und leicht sich vollzieht, warum sollte diesem nicht die Hand nachhelfen dürfen?“ Weil diese Nachhilfe, könnte die Antwort lauten, ein menschliches Leben beendet, das noch hätte andauern können. Es ist bekannt, dass dieser zweite Effekt der Sterbehilfe durch Suizidförderung immer noch viele, bei uns vor allem Repräsentanten der christlichen Kirchen, urteilen lässt, jeder Suizid und jede Suizidförderung seien verwerflich; das Leben als ein Geschenk Gottes, das der Mensch niemals antasten dürfe. So geht die evangelische Amtskirche davon aus, dass „der Tod eines Menschen nicht herbeigeführt, sondern abgewartet werden“ müsse, weil die Menschen „Geschöpfe Gottes“ seien und „Geburt und Tod somit in Gottes Hand“ lägen.⁴⁰

Dem halten *Arnold* und *Schmidt-Salomon* „eine repräsentative Umfrage des Allensbacher Instituts von 2001“ entgegen, die ergeben hat, „dass nur 14 Prozent der Protestanten und 18 Prozent der Katholiken der kirchlichen Position zur Sterbehilfe zustimmten“. Und sie selbst meinen: „In einem demokratischen Rechtsstaat sind Politikerinnen und Politiker weder der Kirche noch einem ominösen ‚Sittengesetz‘ verpflichtet, sondern denen, die sie in ihr Amt gewählt haben. [...] Würden sie ihrem demokratischen Auftrag gerecht, so müssten sie dem seit vielen Jahren dokumentierten Mehrheitswunsch nach Sterbehilfe folgen.“⁴¹

M.E. kann kaum ein Zweifel sein, dass dieser Standpunkt in unserem säkularen Staat und auf der Basis einer Verfassung, die dem Menschen die Selbstbestimmung garantiert, der allein vertretbare ist. Darum sollte § 217 StGB wieder aufgehoben werden. Auch wenn „geschäftsmäßig“ begangen, sollte die „Förderung der Selbsttötung“ nur in den Grenzen strafbar sein, die früher galten. Die Fragen, die sich nach allem im Hinblick auf § 216 StGB stellen, liegen auf der Hand, aber ich will ihnen hier nicht nachgehen.

⁴⁰ *Kammer für öffentliche Verantwortung der Evangelischen Kirche in Deutschland* (Hrsg.), *Sterbebegleitung statt aktiver Sterbehilfe*, 2. Aufl. 2011, S. 21.

⁴¹ *Arnold/Schmidt-Salomon* (Fn. 37), S. 153, 154, 155.

Stalking als Eignungsdelikt

Von Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. **Kristian Kühn**, Tübingen

Die Problematik, ob eine Strafvorschrift als Erfolgs- bzw. Verletzungsdelikt oder als Gefährdungs- bzw. Eignungsdelikt ausgestaltet werden sollte, ist gerade beim Stalking – korrekt, aber nicht gerade gelungen: Nachstellung (so § 238 StGB) – schon seit längerem ein heiß diskutiertes, kriminalpolitisches Thema. Dem *Verf.* dieses Beitrages begegnete es zum ersten Mal im Rechtsausschuss als Sachverständigem, was sich im „Lackner/Kühn“ niedergeschlagen hat. Das zweite Mal wurde er bei einem internationalen Strafrechtskongress von einem österreichischen Strafrechtler – *Kurt Schmoller* – auf die Gefährdungsstrafbarkeit im österreichischen Strafgesetzbuch, also auf einen Gegensatz zwischen deutschem und österreichischem Strafrecht, hingewiesen, was auf eine wenig vorbereitete Verteidigung der deutschen Erfolgsdeliktslösung hinauslief. Ein drittes Mal wurde der *Verf.* durch eine Einladung des nordrhein-westfälischen Landtags mit der Problematik konfrontiert; wieder als Sachverständiger, zu dem er sich erst machen musste. Jetzt droht ein Umschwenken des bundesdeutschen Gesetzgebers (BR-Drs. 193/14 = Gesetzesanträge von vier Bundesländern, die vom Bundesjustizministerium aufgegriffen wurden und zu einem Referentenentwurf v. 15.2.2016 geführt haben – Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen), was zum vierten Mal zu verarbeiten sein wird.

Auf den ersten Blick klingt es einleuchtend, Stalking nicht erst dann zu bestrafen, wenn es zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers führt, sondern schon dann, wenn das Verhalten des Täters geeignet ist, eine solche Beeinträchtigung herbeizuführen.

Aber – wie immer – hat auch die Lösung zwei Seiten. Wer den Opferschutz verbessert, verschlechtert die Position des „Täters“. Es geht eben bei Strafvorschriften immer darum, wessen Freiheit man bevorzugt schützen will. Die Strafvorschriften sind nach dem Muster „neminem laede“ = verletze niemand konstruiert. Das heißt: Bleibe in deinem rechtlich gesicherten Freiheitsbereich und greife nicht willkürlich/eigenmächtig in den Freiheitsbereich eines anderen über, indem du ihn tötest, verletzt oder sonst schädigst. Deshalb sind – noch – die meisten Strafvorschriften Erfolgsdelikte. Es gibt freilich – zunehmend – Gefährdungsdelikte, zu denen auch die Eignungsdelikte gehören. Diese Delikte können durchaus strafwürdiges Unrecht betreffen, weil und wenn sie die Gefährdung eines anerkannten Rechtsguts erfassen. Dabei beschränken sich die Gefährdungsdelikte weitgehend auf den Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit. Bei Delikten, die (höchst-)persönliche Rechtsgüter des Einzelnen schützen, findet man sie kaum. Das Leben als herausragendes Individualrechtsgut ist zwar weitgehend, fast „rundum“ gegen Fahrlässigkeit und gegen Versuch geschützt, aber ein allgemeines Lebensgefährdungsdelikt gibt es – noch – nicht.

Die Eignungsdelikte findet man dagegen bei Strafvorschriften, die etwa den öffentlichen Frieden schützen. So bei der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 und 3 StGB, die bei den verschiedenen Tathandlungen verlangt, dass dies „in einer Weise“ geschieht, „die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.“ Oder bei Umweltstraftaten wie der Luft-

verunreinigung nach § 325 StGB, die der Reinhaltung der Luft dient. Hier müssen Veränderungen der Luft verursacht worden sein, „die geeignet sind“, etwa Tiere und Pflanzen zu schädigen. Aber auch bei diesen Delikten ist man vorsichtig hinsichtlich der Eignungsklausel geworden. So ist der neuere § 130 Abs. 4 StGB – Verherrlichung der Nazi-Herrschaft – wieder zu einem Verletzungsdelikt zurückgegangen.

Die Nachstellung zählt nicht zu diesen Delikten, sondern schützt den individuellen Lebensbereich, in dem Eignungsdelikte – noch – nicht üblich sind. Strafwürdig können sie – wie gesagt – dennoch sein, weil § 238 StGB auch bei einer Gestaltung als Eignungsdelikt dasselbe anerkannte Rechtsgut der Lebensgestaltung schützt. Nur eben nicht nur gegen Verletzungen wie bisher, sondern auch gegen Gefährdungen. Die meisten Strafvorschriften, die bisher als sog. hartes Stalking galten – so etwa die §§ 123, 185, 223, 240, 241, 303 StGB –, sind jedenfalls Erfolgsdelikte. Das spricht dafür, beim sog. weichen Stalking des § 238 StGB keine geringeren Voraussetzungen aufzustellen und sich mit der Eignung zufriedenzugeben. Eignungsdelikte findet man fast nicht unter den Delikten mit höchstpersönlichen Rechtsgütern. Eine Ausnahme ist § 186 StGB, bei dem sich die Eignung nicht wie bei § 238 StGB direkt auf das Rechtsgut beziehen muss, sondern einen Öffentlichkeitsbezug aufweisen muss.

Damit stellt sich das Problem der Vorverlagerungen der Strafbarkeit. Ob eine solche Vorverlagerung gerechtfertigt ist, kann nicht schon mit der Begründung bejaht werden, dass auch damit der Zweck verfolgt wird, ein Rechtsgut zu schützen. Vom Schutz des Rechtsguts aus gesehen, wäre es sinnvoll, so früh wie möglich mit der Strafbarkeit einzusetzen. So kürzlich geschehen bei dem sog. Terrorcamp-Gesetz des § 89a StGB, bei dem die Strafbarkeit schon beginnt, wenn sich jemand im Umgang mit Waffen oder Sprengstoff unterweisen lässt.

Die Vorverlagerung der Strafbarkeit muss aber immer auch aus der Perspektive der potentiellen Straftäter betrachtet werden. Darf er in seiner Freiheit schon dann beschränkt werden, wenn er sich so unterweisen lässt? § 238 StGB ist da vorsichtiger, denn es reicht für die Strafbarkeit nicht, dass jemand die „räumliche Nähe“ eines anderen „aufsucht“. Er muss dies „beharrlich“ tun, und – was noch wichtiger ist – er muss dadurch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers verursachen. Das kann als notwendiger Ausgleich für die Erfassung auch sozialadäquater Verhaltensweisen verstanden werden. Ob das auch für eine Handlung gesagt werden kann, die dazu nur geeignet ist, erscheint fraglich; einen solchen Ausgleich schafft die geeignete Handlung jedenfalls nicht mit derselben Nachdrücklichkeit.

Das Abstellen auf die Eignung könnte Schwierigkeiten beim Vorsatz hervorrufen. Den Erfolg seiner Nachstellung sieht der Täter an den Reaktionen des Opfers. Wenn er sieht, was er angerichtet hat, muss er das im strafrechtlichen Sinn auch wollen. Wenn ihm aber die Beurteilung abverlangt wird, ob sein Handeln geeignet ist, die Lebensgestaltung des Opfers zu beeinträchtigen, ist die Situation nicht so eindeutig.

Da kann er verständliche Zweifel haben, die der Annahme des Vorsatzes entgegenstehen. Die „Eignung“ ist keine unmittelbar beobachtbare Tatsache/Situation. Der Gesetzgeber hilft dem Rechtsanwender nicht, sie muss vom Richter festgestellt werden. Ob dieser eine Wahrscheinlichkeit verlangt oder die Eignung schon bei einer Möglichkeit annimmt, ist eine offene Frage; auch das Abstellen auf einen typischen Geschehensablauf wäre denkbar.

Eine Besonderheit des Erfolges bei § 238 StGB ist darin zu sehen, dass er im Rechtsgut – der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung – besteht. Dasselbe ist in jüngerer Zeit auch bei den unbefugten Bildaufnahmen nach § 201a StGB festzustellen, auch dort besteht der Erfolg in der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und ist also mit dem Rechtsgut identisch. Was aber als Rechtsgut taugt, taugt noch nicht gleichermaßen als tatbestandlicher Erfolg. Das Rechtsgut spielt zwar eine wichtige Rolle bei der Anwendung des jeweiligen Tatbestandes; so etwa bei der teleologischen Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale. Der Erfolg soll aber ein aus sich heraus verständliches, gesetzlich bestimmtes Tatbestandsmerkmal sein. Deshalb schadet es nichts, wenn das Rechtsgut relativ unbestimmt ist, es muss nur die Schutzrichtung der Strafvorschrift anzeigen. Das tut das Rechtsgut der privaten Lebensgestaltung. Ob es als Tatbestandsmerkmal des Erfolges bestimmt genug ist, wird bezweifelt. Der Bundesgerichtshof hat sich immerhin bemüht, dem Erfolg Konturen zu verleihen und ist dabei eine restriktive Linie gefahren.¹

Die verbleibenden Bestimmtheitsprobleme vermeidet das geplante Eignungsdelikt nicht, denn auch hier muss die Eignung zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, also des Erfolges, festgestellt werden. Die Auslegungsprobleme der Rechtsprechung sind dabei dieselben. Hypothetisch gefragt: Wann läge eine solche Beeinträchtigung vor? Es kommen sogar noch neue Probleme hinzu, die die Auslegung des Merkmals der „Eignung“ betreffen. Diese Auslegungsprobleme kann man bei den bisherigen Eignungsdelikten, z.B. bei der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens, sehen. Muss sie konkret sein oder nur abstrakt-generell? Reicht jede Äußerung in der Öffentlichkeit?

Die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt führt keineswegs dazu, dass die Strafbarkeit von der Person des Opfers und seiner Einschätzung abhängt. Auch hier stellt die Rechtsprechung generalisierend darauf ab, was „man“ als schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung empfinden darf. Diese Betrachtungsweise ist objektiviert. Ein Vorteil, den aber auch ein umgestaltetes Eignungsdelikt aufweisen würde, aber ohne abzuwarten, ob sich diese Eignung in einer Verletzung niederschlägt. Darauf sollte man aber warten, denn sonst trägt die Entscheidung nicht bis zur Wirklichkeit. Sie bleibt eine hypothetische und prognostische Unsicherheitsentscheidung, und zwar – wie gesagt – keine Entscheidung des Gesetzgebers, sondern die Beurteilung durch einen Richter! Das sollte bei Eingriffen in die Persönlichkeitssphäre aber nicht so sein. Noch dazu, wenn das fragliche Delikt an der Grenze zur an sich straflosen Belästigung liegt.

Wenn man eine solche Umgestaltung dennoch will, sollte man dabei jedenfalls die Nr. 5 des Absatzes 1 nicht mit einbeziehen. Sie enthält eine unverbrämte Aufforderung zu der im Strafrecht verbotenen Analogie: Strafbar soll auch sein, wer eine andere, mit den Nr. 1-4 vergleichbare Handlung vornimmt. Vor der Anwendung dieser Nummer kapituliert sogar der Bundesgerichtshof,² der sonst eher dazu neigt, relativ unbestimmte Gesetze durch Richterrecht bestimmt zu machen.

Die Summierung von unbestimmter Erfolgsumschreibung und z.T. sozialadäquaten Tathandlungen spricht gegen eine Ausgestaltung als Eignungsdelikt. Auch dass es um die Beeinträchtigung eines höchstpersönlichen Rechtsguts geht. Dagegen können Zweckmäßigkeitserwägungen wie: der Praxis wäre ein Gefährdungsdelikt lieber, und: dem Opferschutz wäre besser gedient, nichts ausrichten. Wer aber dem Motto folgt, dass der gute Zweck auch schlechte Mittel rechtfertigt, muss jedenfalls bei der Strafandrohung – der Gerechtigkeit halber – heruntergehen. Die bessere Praktikabilität eines Eignungsdelikts ist kein starkes Argument.

Auf angebliche Defizite bei der Verurteilung von Angeklagten möchte ich als Nicht-Kriminologe nicht groß eingehen. Wenn aber etwa die Hälfte der schon wenigen Angeklagten auch noch freigesprochen wird, so kann selbst bei diesen wenigen Fällen, die die Hürde der Anklage genommen haben, nichts dran gewesen sein. Dies tun die Gerichte, weil sie die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung objektivierend – am Maßstab eines vernünftigen Opfers – messen. Wie sollten sie bei der Eignung zu Beeinträchtigung der Lebensgestaltung anders verfahren? Niemand, der „überreagiert“, führt eine Verurteilung des Angeklagten herbei. – Wer sich vom „Täter“ trotz geeigneter Handlungen nicht beeinflussen lässt, der verzichtet auf den Schutz des Strafrechts; dieser sollte ihm nicht aufgezwungen werden.

¹ BGHSt 54, 189 (197).

² BGHSt 54, 189 (193).

Strafrecht, Compliance, Pharmamarketing

Kriminologische Beobachtungen anlässlich des Entwurfs zu §§ 299a ff. StGB n.F.

Von Prof. Dr. Ralf Kölbel, München

Wenn man im Strafrechtsdiskurs über die Ausgestaltung von Strafnormen und Compliance-Maßnahmen diskutiert, wird die empirische Relevanz der eigenen Debatte kurzerhand unterstellt und selten erörtert. Dass die besagten Normstrukturen tatsächlich aufzeigbare Realfolgen haben – und zwar gerade solche deliktivorbeugender Art –, ist aus einer kriminologischen Warte dagegen nicht ausgemacht, auch nicht im Bereich der Unternehmensdevianz. Vor diesem Hintergrund erörtert der Beitrag die Zwischenergebnisse eines Projekts, das sich mit eben solchen „Effektivitäts-Fragen“ befasst. Dabei konzentriert es sich auf das sog. Pharmamarketing und untersucht damit exemplarisch ein phänomenologisches Feld, das gerade in diesen Tagen zum Gegenstand der strafrechtspolitischen Intervention geworden ist. Hierbei zeichnet sich eine vermittelte und eher nur limitierte Strafrechts- und Compliance-Wirksamkeit ab.

I. Pharmamarketing und Corporate Corruption

Verglichen mit anderen Bereichen abweichenden sozial-schädlichen Verhaltens (insbesondere der konventionellen Kriminalität) ist die Delinquenz von Unternehmen – ungeachtet der konzeptionellen Anerkennung des sog. „Corporate Crime“¹ – kriminologisch kaum erforscht.² Deshalb liegen für den Bereich des Gesundheitswesens nur wenige einschlägige Arbeiten vor.³ Speziell zur Unternehmenskriminalität in der Arzneimittelindustrie hat Braithwaite allerdings eine Studie vorgelegt, die für die Entwicklung der Wirtschaftskriminologie einflussreich war⁴ und einige weitere kriminologische Pharmastudien nach sich zog.⁵ Problematische Werbe- und Vertriebspraktiken standen dabei jedoch nicht im Mittelpunkt, ebenso wenig wie bei den deutschen Untersu-

chungen zur Delinquenz im pharmazeutischen Sektor.⁶ Überhaupt hat sich die hiesige Kriminologie nur selten für die Korruptionsproblematik im Gesundheitssystem interessiert⁷ (bzw. dabei jedenfalls das Feld des Pharmamarketings ausgeklammert⁸). So existiert für Deutschland bislang nur eine einschlägige kriminologische Studie, die indes allein Einschätzungen und Stimmungsdaten der Arzneimittelindustrie erhebt.⁹ Wenn die Befundlage zum korruptionsnahen Pharmamarketing dennoch als solide gelten kann, verdankt sich dies gesundheitsökonomischen Analysen, die das Problem im Kontext „ärztlicher Interessenkonflikte“ thematisieren.¹⁰

Zunächst einmal fungiert „Pharmamarketing“ allerdings als Oberbegriff für sämtliche Aktivitäten, mit denen die Arzneimitteldistribution unterstützt werden soll. Das Spektrum der eingesetzten Marketingtechniken ist breit. Wirtschaftlich werden von den Herstellern hierfür beträchtliche Etats aufgebracht.¹¹ Finanziert wurden damit lange Zeit freilich auch problematische Spielarten, die sich unter einen kriminologischen Korruptionsbegriff¹² subsumieren ließen. Genau genommen ging es dabei – berücksichtigt man die Einbindung institutioneller (Unternehmens-)Akteure und das im Vordergrund stehende Organisationsinteresse – um eine Unterart der

⁶ Vgl. Sürmann, Arzneimittelkriminalität – ein Wachstumsmarkt?, 2007.

⁷ Kennzeichnend für die bisherigen Forschungsschwerpunkte Homann, Betrug in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2009; vgl. auch Diederich, Kriminalität im Gesundheitswesen, 2011.

⁸ So namentlich die Erhebung von Bussmann, Unzulässige Zusammenarbeit im Gesundheitswesen durch „Zuweisung gegen Entgelt“, 2012; vgl. ferner Schmickler, in: Gehl (Hrsg.), Tatort Gesundheitsmarkt, (Wirtschafts-)Kriminalität in ihrer gesellschaftspolitischen Dimension, 2007, S. 54 ff.; für einen Überblick über die allgemeine kriminologische Korruptionsforschung vgl. Thiel, in: Graeff/Grieger (Hrsg.): Was ist Korruption?, 2012, S. 169.

⁹ PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität – Pharmaindustrie, 2013. Vgl. allerdings auch Kölbel, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 2015, S. 54 ff.

¹⁰ Goldacre, Bad Pharma, 2012; Götzsche/Smith/Drummond, Deadly Medicines and Organised Crime, 2013; Borch-Jacobson (Hrsg.), Big Pharma, 2015.

¹¹ Für die USA vgl. Gagnon/Lexchin, PLoS Medicine 2008, 29; Kornfield u.a., PLoS One 2013, e55504.

¹² Missbrauch von Einfluss und Entscheidungsmacht auf Seiten des Nehmers (hier: v.a. des Arztes), der dies in eine Tauschbeziehung mit dem Geber (hier: dem Arzneimittelhersteller) einbringt – diesen nämlich im Gegenzug für einen irregulär gewährten Vorteil sachwidrig bevorzugt (hier: durch Verschreibung seiner Produkte). Näher dazu Kölbel/Herold/Lubner, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.), Korruption im Gesundheitswesen, 2016 (im Erscheinen).

¹ Von Unternehmensdelikten spricht man bei illegalen Aktionsformen, die potenziell in irgendeiner juristischen Weise sanktionierbar sind und aus einem Unternehmen heraus und in dessen Interesse erfolgen, also in der sozialen Interaktion nicht den konkret handelnden Individuen zugeordnet werden, sondern der Organisation (stellvertretend Yeager, in: Pontell/Geis [Hrsg.], International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, 2007, S. 25 (26).

² Für einen Überblick vgl. Yeager (Fn. 1), S. 27 ff.; Simpson, Ohio State Journal of Criminal Law 2011, 481; dies., Journal of Criminal Law and Criminology 2013, 231; Kölbel, ZIS 2014, 552 (553 ff.).

³ Für die Bundesrepublik vgl. aber Kölbel, Abrechnungsverstöße in der stationären medizinischen Versorgung, 2013; ders., medstra 2015, 4.

⁴ Braithwaite, Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry, 1984.

⁵ Für einen Überblick vgl. Slapper/Tombs, Corporate Crime, 1999, S. 48 f.; zuletzt Dukes/Braithwaite/Moloney, Pharmaceuticals, Corporate Crime and Public Health, 2014.

„Corporate Corruption“.¹³ Hierunter am bekanntesten und meisten verbreitet war jene Form, die auf der Direktinteraktion mit niedergelassenen oder Krankenhausärzten basierte. So wurden zu Beginn des 21. Jahrhunderts die niedergelassenen Ärzte wöchentlich mehrfach von einem Pharmavertreter aufgesucht.¹⁴ Um über solche Konsultationen auf das Verschreibungsverhalten zugunsten der eigenen Produkte einzuwirken, versuchte man nicht selten, die individuelle Ansprechbarkeit und das jeweilige Verschreibungspotenzial zu eruieren und bei den danach „geeigneten“ Ärzten sodann ein Verpflichtungsgefühl aufzubauen. Verbunden war dies nicht selten durch Gewährung verschiedenster Vorteile (von Büroartikeln, über Produkt-Muster, Einladungen zu Produkteinführungen, Symposien oder Fortbildungsveranstaltungen bis zu Reiseangeboten zu Konferenzen). Dass all dies das Verschreibungsverhalten tatsächlich zu beeinflussen vermochte, ist empirisch belegt.¹⁵

II. (Straf-)Rechtliche Regulierung

1. Neuregelungsdynamik

Wenn also Leistungserbringer, auf die von Seiten der Hersteller in der geschilderten Weise eingewirkt wird, bei ihren Arzneimittelpräferenzen und ihrem Verschreibungsverhalten auch durch sachfremde Gesichtspunkte beeinflusst sein könnten, wohnt den besagten Marketingformen (ungeachtet unscharfer Übergänge zu eher akzeptablen Spielarten) ein offenkundiges Missstandspotenzial inne. Dies hat – ebenso wie auch verwandte Konstellationen (Zuweisungsprämien usw.)¹⁶ – für anhaltende Diskussionen gesorgt und eine Reihe regulatorischer Maßnahmen ausgelöst. Danach kann bspw. der Arzt, der ein bestimmtes Arzneimittel verschreibt, die Ausgabe eines ganz konkreten Präparates (bspw. eines von ihm bevorzugten Herstellers) seit 2002 nur erreichen, indem er die sog. aut idem-Regelung auf dem Rezeptformular eigens aus-

schließt (§ 73 Abs. 5 S. 2 SGB V).¹⁷ Die Annahme von Zuwendungen ist Vertragsärzten seit 2009 durch § 73 Abs. 7 SGB V gesetzlich untersagt. § 47 Abs. 4 AMG beschränkt in einer seit 2009 deutlich verstärkten Form die Arzneimittel-musterabgabe und der ebenfalls 2009 eingeführte § 128 Abs. 6 SGB V verbietet es Pharmaunternehmen unter Androhung (unbestimmt bleibender) sozialrechtlicher Sanktionen, verschreibungsbezogene Zuwendungen (bspw. an niedergelassene Ärzte) zu gewähren.¹⁸

Nach einer außergewöhnlichen re-/ent-/kriminalisierenden Wellenbewegung wird dies mit den §§ 299a ff. StGB nun wahrscheinlich auch um eine pönale Intervention ergänzt – obwohl man über Jahrzehnte eine strafrechtliche Relevanz der oben skizzierten Marketingformen überhaupt nicht erwogen hatte. Nachdem der Vertragsarzt in der Untreue-Judikatur jedoch zum „Vertreter“ der Kassen bei der Arzneimittelversorgung avanciert war,¹⁹ ordneten ihn erste Stimmen im rechtswissenschaftlichen Diskurs als sog. „Beauftragten“ der Kassen ein und assoziierten die fraglichen Verschreibungsanreize mit einer Bestechung i.S.v. § 299 StGB.²⁰ Die hier anfänglich noch spürbare Ablehnung erodierte, als die Kommentarliteratur die Anwendbarkeit des § 299 StGB zu befürworten begann.²¹ In der Folge wurde dies auch von ersten Tatgerichten²² und einzelnen Senaten des BGH akzeptiert (dort bei Annahme einer Vorrangigkeit von §§ 331 ff. StGB),²³ durch den *Großen Senat* dann allerdings wieder zurückgewiesen.²⁴ Angesichts der öffentlichen Skandalisie-

¹³ Dazu und zu verschiedenen Korruptionsformen vgl. etwa *Rabl*, Private Corruption and its Actors, 2008, S. 30 ff.

¹⁴ Vgl. die Angaben bei *Gebuhr*, Der Pharmareferent in der Bewertung der Vertragsärzteschaft, 2008, S. 3; *Lieb/Brandtönies*, Deutsches Ärzteblatt International 2010, 392 ff.; Sachverständigenrat, BT-Drs. 15/5670, S. 334; *Korzilius/Rieser*, Deutsches Ärzteblatt 2007, 156; zur noch stärker ausgeprägten Lage in den USA vgl. zuletzt *Campbell u.a.*, Archives of Internal Medicine 2010, 1820 ff.

¹⁵ Vgl. zuletzt für Deutschland die Studie von *Lieb/Scheu- rich*, PLoS One 2014, e110130. Für eine eingehende Darstellung des neueren deutschen und internationalen Forschungsstandes zum pharmazeutischen Außendienst und den damit verbundenen Interessenkonflikten vgl. *Kölbel/Herold/Lubner* (Fn. 12); dort im Übrigen auch zu den vorhandenen Befunden speziell zu Anwendungsbeobachtungen, die als Vertriebsmethode zweckentfremdet werden, indem mittels überhöhter Honorare für die teilnehmenden Ärzte die Verschreibungshäufigkeit und/oder der Bekanntheitsgrad der betreffenden Medikamente gesteigert wird (sog. „seeding trials“).

¹⁶ Dazu v.a. *Bussmann* (Fn. 8); vgl. ferner schon *Kölbel*, wistra 2009, 129; *Schneider/Gottschaldt*, wistra 2009, 133.

¹⁷ Ohne diesen Substitutionsausschluss muss die Apotheke eines der preisgünstigsten wirkstoffgleichen Medikamente ausgeben (§ 129 Abs. 1 SGB V). Vorrang haben dabei seit 2006 jene Präparate, für die der betreffende Kostenträger einen Rabattvertrag (§ 130a Abs. 8 SGB V) vereinbart hat (§ 129 Abs. 1 S. 3 SGB V). Kommt es durch den Arzt zu oft zu unbegründeten aut idem-Festlegungen, kann dies Regressforderungen nach sich ziehen.

¹⁸ Bei zuwendungsgetragener Heilmittelwerbung sind auch wettbewerbsrechtliche Interventionen möglich (vgl. § 7 HWG und § 3a UWG – hierzu etwa LG München MedR 2008, 563; BGH GRUR-RR 2011, 391; OLG München GRUR-RR 2012, 260; BGH GRUR 2015, 1237). Im Übrigen wurde die seit 2005 bestehende Anzeigepflicht, wonach Pharmaunternehmen die von ihnen durchgeführten AWB registrieren lassen müssen, in mehreren Schritten (zuletzt 2013) hinsichtlich der Mitteilungsinhalte erweitert (§ 67 Abs. 6 AMG).

¹⁹ Grundlegend BGHSt 49, 17.

²⁰ Stellvertretend *Pragal*, NStZ 2005, 133.

²¹ Vor allem die Praktiker-Kommentierung von *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 299 Rn. 10a f. (beginnend mit der 55. Aufl. 2008 für eine Anwendbarkeit von § 299 StGB).

²² Zunächst durch OLG Braunschweig NStZ 2010, 392; danach durch weitere Gerichte: AG Ulm, Urt. v. 26.10.2010 – 3 Cs 37 Js 9933/07; LG Hamburg, Urt. v. 9.12.2010 – 618 Kls 10/09.

²³ BGH NStZ-RR 2011, 303; BGH NStZ 2012, 35.

²⁴ BGHSt 57, 202.

zung kristallisierte sich während der Folgemonate in der Rechtspolitik jedoch die Neigung zu einem legislatorischen Eingriff heraus, der bis zum Ende der Legislaturperiode freilich nicht mehr in eine konsensfähige Form zu bringen war.²⁵ Der Erlass der neuen §§ 299a StGB, auf die sich die große Koalition daraufhin verständigt hatte und der bestimmte korruptive Beziehungstypen im Gesundheitssystem unter Strafe stellen soll, steht derzeit (März 2016) noch aus. Die 2015 vorgestellten Referenten- und Regierungsentwürfe²⁶ unterliegen im noch laufenden Gesetzgebungsverfahren der Überarbeitung. Ganz offensichtlich haben sich hier die Interessenverbände korrigierend zur Geltung gebracht – verwoben mit einer selten dagewesenen Regsamkeit einer (oft kritischen) Strafrechtspublizistik von unterschiedlich ausgeprägter Neutralität.²⁷

2. Wirkungserwartungen und -befunde

Kontrovers waren aber an sich nur die dogmatischen Fragen des „alten Rechts“ und die tatbestandliche Ausgestaltung der neuen Norm. Dagegen geht man nur selten von der Entbehrlichkeit und/oder Wirkungslosigkeit der nun erlassenen Strafvorschriften aus.²⁸ Dass diese prinzipiell zu einer notwendigen Eindämmung korruptiver Beziehungen im Ge-

sundheitssystem führen, nimmt man im rechtspolitischen Diskurs vielmehr implizit²⁹ oder explizit an.³⁰ Auch in der sozialwissenschaftlichen Korruptionsliteratur wird die Erwartung gehegt, Strafnormen wie die §§ 299a ff. StGB hätten einen verhaltensbeeinflussenden Effekt und würden einen Rückgang der pönalisierten Interessenkonflikte auslösen.³¹ Aus kriminologischer Warte stellt sich hier indessen die Frage, wie realistisch solche Konformitätsvermutungen sind. Hinsichtlich der konkreten Phänomene speziell untersucht und evaluiert wurde das bislang (soweit ersichtlich) jedenfalls nicht.³² Insofern kann hier zunächst einmal nur auf den allgemeineren Forschungsstand verwiesen werden.

Was die individualstrafrechtliche Sanktionsdrohung betrifft (gegenüber potenziell beteiligten Ärzten, Leistungserbringern, Unternehmensmitarbeitern usw.), erscheint die Wirksamkeitserwartung danach bekanntlich nur als bedingt realistisch. Die außerordentlich umfangreiche internationale Normwirkungsforschung ist (vermutlich auch wegen ihrer Differenziertheit) zu relativ uneinheitlichen Befunden gelangt (in denen sich nicht zuletzt methodische Fragen und die disziplinären Hintergründe bemerkbar machen). Als eine Grundlinie zeichnet sich dabei indes ein eher schwacher Abschreckungseffekt des Strafrechts ab, wobei die fragliche Wirkung mehr von (perzipierten) Entdeckungs- und Verfolgungsrisiken als von Sanktionsqualitäten abhängig ist.³³ Auch bestehen kontextuale wie deliktsspezifische Unterschiede, so dass es bspw. bei Teilen der sozioökonomisch besser gestellten Personengruppen, wie sie etwa bei den vorliegenden Korruptionsformen im Vordergrund stehen, gewisse Hinweise auf eine etwas stärkere Abschreckbarkeit gibt.³⁴ Noch weniger

²⁵ Die Bundestagsopposition, die mit ihrer Bundesratsmehrheit eine „große Lösung“ (einen neuen § 299a StGB – vgl. BR-Drs. 451/13) anstrebte, blockierte noch im September 2013 einen Gesetzentwurf der Bundesregierung, der eine „kleine Lösung“ vorsah (d.h. eine nebenstrafrechtliche, auf den Bereich der GKV beschränkte Verbots- und Sanktionsnorm in §§ 70 Abs. 3, 307c SGB V – vgl. BT-Drs. 17/14184). Für eine Zusammenstellung der rechtspolitischen Vorstöße bis Ende 2013 vgl. *Schneider*, HRRS 2013, 473 (474 f.); siehe auch EU Anti-Corruption Report v. 3.2.2014 = KOM (2014) 38 endg., Anhang Deutschland, S. 7 f.

²⁶ Jeweils abrufbar unter:

http://www.bmjj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/D/E/Bekaempfung_Korruption_Gesundheitswesen.html (9.4.2016).

²⁷ Allein unter dem Stichwort „Korruption im Gesundheitswesen“ sind bei juris für den Zeitraum vom 1.1.2015 bis zum 21.3.2016 insgesamt 37 Aufsätze erfasst, die sich mit dem Entwurf zu § 299a StGB auseinandersetzen (wobei dies mit Sicherheit keine erschöpfende Textliste ist). Durch den Gegenstand allein (d.h. durch die tatsächlich bestehende Diskussionsbedürftigkeit der Neuregelungsentwürfe) ist dieses außerordentliche Aufkommen an Stellungnahmen nicht zu erklären (vgl. dazu bereits *Kölbel*, StV 2012, 592). Vielmehr drängt sich einigen Texten der Eindruck auf, dass über die ärztlichen Interessenkonflikte aus einer ganz ähnlichen (medizinisch-advokatorischen) Lage heraus verhandelt wird. Vielleicht wäre es an der Zeit, die Transparenzerklärungen, die in medizinischen Zeitschriften selbstverständlich geworden sind, auch in den juristischen Blättern einzuführen.

²⁸ Für diese Ausnahmen vgl. *Geiger*, NK 2013, 136; sowie wohl auch *Badle*, medstra 2015, 1 (2 ff.); vgl. ferner *Schneider*, HRRS 2013, 473 (477): bußgeldbewehrtes Verbot ausreichend.

²⁹ BR-Drs. 451/13, S. 2; BT-Drs. 17/14184, S. 32; BT-Drs. 18/6446, S. 10 ff.; ebenso bspw. BGHSt 57, 202 (217 f.)

³⁰ Etwa *Dannecker*, ZRP 2013, 37 (38 ff.); *Cosak*, ZIS 2013, 226 (228 ff.); *Kubicel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11 (12); *Kubicel*, MedR 2016, 1 (1 f.); international etwa *Davis/Abraham*, BMJ 2013, f755.

³¹ Stellvertretend für die Annahme strafrechtsgetragener Abschreckungseffekte gegenüber korruptiven Beziehungen vgl. *Bussmann* (Fn. 8), S. 66; speziell zur Erwartung normbildender Effekte im Sinne der positiven Generalprävention *Baurmann*, in: v. Alemann (Hrsg.), Dimensionen politischer Korruption, 2005; zu beiden Aspekten implizit auch die Konzeption von *Schweitzer*, Vom Geist der Korruption, 2009, S. 319 ff.

³² Vgl. auch die aufschlussreiche Literatursichtung von *Rashidian u.a.*, PLoS One 2012, e41988, mit einem ähnlichen Negativbefund für die strafrechtliche Regulierung von Health Care Fraud.

³³ Zum Ganzen vgl. die Übersichtsarbeit von *Paternoster*, The Journal of Criminal Law & Criminology 2010, 765, sowie die Befunde einer sehr umfangreichen Meta-Analyse bei *Rupp*, Meta Analysis of Crime and Deterrence, 2008; *Dölling u.a.*, in: Kury/Shea (Hrsg.), Punitivity, International Developments, Bd. 3, 2011, S. 315 ff.; *Spirgath*, Zur Abschreckungswirkung des Strafrechts, 2013.

³⁴ Dazu im Hinblick auf „Fear of Falling“ etwa *Piquero*, Crime & Delinquency 2012, 362.

geklärt ist indessen die Frage, wie es sich mit etwaigen „moralbildenden“ Wirkungen im Sinne der positiven Generalprävention verhält. Anlass zur Zurückhaltung geben insofern allerdings experimentelle Studien: Obwohl hiernach zwar die Häufigkeit korrupter Austauschbeziehungen ebenso wie die Höhe der Bestechungsgelder durch die Einführung von Sanktionsrisiken sinkt,³⁵ nehmen die Anteile derjenigen ab, die sich einer korrupten Verstrickung ausschließlich aus moralischen, sanktionsunabhängigen Gründen verweigern.³⁶ Ethische bzw. intrinsische Normeinhaltungsmotive würden also durch Kriminalisierungen womöglich nicht nur nicht gestärkt, sondern durch Risiko-Nutzen-Abwägungen ersetzt.

Sanktionsbedroht sind nun aber auch die (pharmazeutischen) Unternehmen – sei es faktisch (weil eine strafrechtliche Inanspruchnahme des [Leitungs-]Personals auch das Standing, den Wert usw. der Organisation in Mitleidenschaft zieht) oder juristisch (weil sich aus § 30 OWiG eine Unternehmenshaftung in Korruptionsfällen herleiten lässt).³⁷ Ob sich derartige Sanktionsdrohungen auf die Normkonformität von korporativen Akteuren auswirken und wie sie das Verhalten von Unternehmen (bzw. das unternehmensbezogene Mitarbeiterverhalten) beeinflussen, wurde bislang allerdings nur bedingt untersucht. Immerhin wird hier eine ausgeprägte Ansprechbarkeit angenommen, weil die Berücksichtigung von Sanktionsrisiken in den betriebswirtschaftlichen Handlungskalkülen wahrscheinlicher als in Deliktssituationen des Alltags sei.³⁸ Eine hinreichend häufige Tataufdeckung mache sich daher (zumal man hierüber in den jeweiligen Branchen üblicherweise gut informiert sei) in den manageriellen Entscheidungsprozessen als „Threat Message“ durchaus bemerkbar.³⁹ Und in der Tat hat sich eine gewisse Beeinflussungswirkung organisationsgerichteter Strafdrohungen empirisch gezeigt (neben den bzw. unabhängig von den Effekten management-gerichteter Sanktionsdrohungen).⁴⁰ Insgesamt sind diese aber (jeweils) schwach ausgeprägt,⁴¹ zumal sich in anderen Studien auch Hinweise auf eine Überlagerung der Sanktionserwartung durch die moralische Tateinordnung und die Erwartung informeller Folgen ergeben (Reputationsschäden usw.).⁴² Zu berücksichtigen hat man obendrein die beachtliche Häufigkeit wiederholter Bestrafung, die gerade die mit enormen Bußgeldern sanktionierte „Big Pharma“ in den USA zeigt.⁴³ Insgesamt wird zwar eine generalisierende Skepsis gegenüber den korporativen Strafnormeffekten⁴⁴ durch die wenig eindeutige Forschungslage keineswegs bestätigt, doch dürfte das Steuerungspotenzial begrenzt und nur bei bestimmten Unternehmen bzw. Unternehmensleitungen wirksam sein.⁴⁵

Die Regulierungsforschung sieht dies ähnlich. So attestiert sie dem „Command and Control“-Modell, bei dem staatliche Behörden die Einhaltung gesetzlicher Standards überwachen und Verstöße eine administrative oder gerichtliche Sanktion nach sich ziehen, eigentlich eine limitierte Steuerungskapazität.⁴⁶ Ganz besonders gelte dies für jene Form der Rechtsdurchsetzung, die auf strikte Kontrolle und consequente Bestrafung setzt, letztlich aber weniger geeignet sei, als ein konzilianter Stil, der mit Überzeugungsbemühungen, Beratung und Anreizen operiert.⁴⁷ Bei der empirischen Evaluierung wird dem Punishing-Modell allerdings nur von manchen Studien eine tatsächlich geringere Konformitätswirkung

³⁵ Vgl. etwa *Abbink/Irlenbusch/Renner*, *Journal of Law, Economics, and Organization* 2002, 428; *Abbink/Serra*, in: *Serral/Wantchekon* (Hrsg.), *New Advances in Experimental Research on Corruption*, 2012, S. 88.

³⁶ *Schulze/Frank*, *Economics of Governance* 2003, 143; vgl. auch den Forschungsüberblick bei *Abbink/Serra* (Fn. 35), S. 88 ff.

³⁷ Vgl. nur *Bock*, in: *Rotsch* (Hrsg.), *Handbuch Criminal Compliance*, 2015, § 8 Rn. 54 ff.

³⁸ So etwa *Braithwaite/Geis*, *Crime & Delinquency* 1982, 292; *Pearce/Tombs*, *Social & Legal Studies* 1997, 79 (92 ff.); *Slapper/Tombs*, *Corporate Crime*, 1999, S. 185 ff.; *Theile*, in: *Rotsch* (Fn. 37), § 34 A. II. Rn. 45 ff.

³⁹ Nach den Befragungen von *Kagan u.a.*, in: *Parker/Nielsen* (Hrsg.), *Explaining Compliance*, 2011, S. 37, werden die Abschreckungsbotschaften allerdings nur sehr selektiv wahrgenommen und dann auch nur von den weniger konformen Unternehmen als Sanktionsdrohung interpretiert (von den anderen dagegen als „reminder“). Für eine stärkere Berücksichtigung der besagten „threat messages“ sprechen indes die von *Baldwin*, *Modern Law Review* 2004, 351, geführten Interviews (vgl. auch *Schneider u.a.*, *CCZ* 2013, 48 [54]). Auch aus den Daten von *Yiu u.a.*, *Organization Science* 2014, 1549 ergeben sich deutliche Hinweise auf die fraglichen Wirkungen einer „stellvertretenden Abschreckung“.

⁴⁰ Zu beiden Ebenen vgl. *Paternoster/Simpson*, *Law & Society Review* 1996, 549; *Ariel*, *Criminology* 2012, 27; *Simpson u.a.*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 2013, 231.

⁴¹ *Simpson u.a.*, *Corporate Crime Deterrence, A Systematic Review*, 2014.

⁴² Vgl. etwa *Smith u.a.*, *Business Ethics Quarterly* 2007, 633; ferner *Nielsen/Parker*, *Journal of Law and Society* 2008, 309; *dies.*, *Law & Policy* 2012, 428, sowie *Kagan u.a.* (Fn. 39).

⁴³ Vgl. die Dokumentation bei *Almashat/Wolfe*, *Pharmaceutical Industry Criminal and Civil Penalties: An Update*, 2012; zur Annahme, diese Sanktionen würden kurzerhand einkalkuliert oder gar eingepreist, vgl. etwa *Wolfe*, *BMJ* 2013, f7507; *Gagnon*, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 2013, 571 (575).

⁴⁴ Wie bei *Hefendehl*, *ZStW* 119 (2007), 816 (826 ff.); *Schneider*, in: *Hilgendorf/Rengier* (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, 2012, S. 663, artikuliert.

⁴⁵ *Simpson*, *Corporate Crime, Law and Social Control*, 2002, S. 35 ff.; *dies.*, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2011, 481 (488 ff.); *dies.*, *Annual Review of Sociology* 2013, 309 (323 f).

⁴⁶ Zusammenfassend *Gunningham u.a.*, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, 1998, S. 38 ff.; *Scott*, in: *Jordana/Levi-Faur* (Hrsg.), *The Politics of Regulation*, 2004, S. 145 (150 ff.).

⁴⁷ Zur kontroversen Debatte um die Enforcement-Stile bspw. *Gray*, *British Journal of Criminology* 2006, 875; *Croall*, *Understanding White Collar Crime*, 2007, S. 112 ff.; *May/Winter*, in: *Parker/Nielsen* (Fn. 39), S. 222 ff.; *Tombs/White*, *British Journal of Criminology* 2013, 746.

attestiert,⁴⁸ während die Vergleichsbefunde anderer Untersuchungen eher unentschieden ausfallen.⁴⁹ In der Bilanz des Forschungsstands propagiert man deshalb meist einen Regulierungs-Mix: Der konziliante Stil sei bei gutwilligen Unternehmen angezeigt, gegenüber böswilligen Unternehmen jedoch das konfrontative Vorgehen.⁵⁰

III. Unternehmerische Selbstregulierung

1. Entwicklung von Health Care Compliance

Das Marketing- und Vertriebsverhalten ist nun aber auch Gegenstand der wirtschafts-eigenen Selbstregulierung. Dies geschieht in einer kollektiven Variante, wenn Vereinigungen und Verbände für ihre Mitglieder diverse Verhaltensregeln⁵¹ vereinbaren. Teilweise werden dabei Sanktionen vorgesehen und die hierfür erforderlichen internen Institutionen und Prozeduren eingeführt. Dergleichen ist im deutschen Gesundheitssystem traditionell stark ausgeprägt, namentlich durch die ärztliche Standesorganisation und deren Berufsordnungsrecht.⁵² Gerade mit Blick auf den Arzneimittelvertrieb haben sich in jüngerer Zeit außerdem auch neue Spielarten etabliert. So wurden durch Verbände der Hersteller, Kassen und Leistungserbringer einige Verhaltensempfehlungen zur Kanalisierung des Marketingverhaltens vereinbart. Diese werden wiederum in speziellen Kodizes konkretisiert, mit denen sich einige nationale Zusammenschlüsse⁵³ der Pharmaproduzenten sanktionsbewehrte Regeln gesetzt haben, bspw. die Vereinigung „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.“ (FSA) mit ihren verbandseigenen Verhaltensvorgaben, Verfahrensordnungen und sanktions-

befugten Schiedsgerichten. An derartigen Integritätsvereinbarungen sind oder waren Befragungen zufolge 23 % der Hersteller beteiligt.⁵⁴

Bei der Variante der organisationseigenen Selbstregulierung richtet hingegen das Unternehmen betriebs-spezifische Gewährleistungen ein, um rechtliche Regelungen in konkrete Handlungsvorgaben für juristische Laien und deren operative Tätigkeit zu übersetzen und die Einhaltung aller den Betrieb betreffenden Rechtsnormen sicherzustellen (Business-Codes, Mitarbeitertrainings, Einrichtung spezialisierter Einheiten, Einführung von Kontrollen usw.). Solche Compliance-Strukturen gelten in größeren Unternehmen und Unternehmensverbänden inzwischen auch in Deutschland als unabdingbar.⁵⁵ Die Implementierungslage speziell im hiesigen Gesundheitssystem ist zwar schwer einzuschätzen, doch haben sich zumindest in den größeren Betrieben umfassende Compliance-Programme etabliert.⁵⁶ Gerade für die Arzneimitteldistribution sind Verhaltenskodizes verbreitet, die von den Mitarbeitern ein korruptionsfreies Geschäftsgebaren verlangen. Auch wenn im Gesundheitssystem keine regelrechte Pflicht zur Vornahme solcher innerbetrieblicher Selbstregulierungsmaßnahmen besteht,⁵⁷ ergibt sich aus den (oben II. 1.) genannten Sanktions- und Kostenrisiken, die im Falle von Korruptionsdelikten wirksam würden, ein gewisser faktischer Zwang. Von der Compliance-Forschung wird die zunehmende Verbreitung der wirtschafts-eigenen Selbstregu-

⁴⁸ So von *Fairman/Yapp*, *Law & Policy* 2005, 491.

⁴⁹ Vgl. *Burby/Paterson*, *Journal of Policy Analysis and Management* 1993, 753; *Stafford*, *Journal of Policy Analysis and Management* 2012, 533.

⁵⁰ Grundlegend *Ayres/Braithwaite*, *Responsive Regulation, Transcending the Deregulation Debate*, 1992, S. 19; überblicksartig *Gunningham*, in: *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, S. 120 (122 ff.).

⁵¹ Diese haben teilweise rechtsersetzenden Charakter. Oft wiederholen, präzisieren oder ergänzen sie aber auch nur Verhaltensanforderungen, die ohnehin rechtsverbindlich sind.

⁵² Vgl. die hier einschlägigen Regelungen der §§ 30 ff. MBO; ferner bspw. die Hinweise zu „Unternehmerischen Betätigungen von Ärztinnen und Ärzten und Beteiligung an Unternehmen“ (*Deutsches Ärzteblatt* 2013, A-2226).?

⁵³ Ein Beispiel für internationale Branchen-Kodizes findet sich etwa unter:

<http://transparency.efpia.eu/codes-of-conduct> (9.4.2016).

Hinzugetreten ist hier jüngst auch eine Selbstverpflichtung, sämtliche Sponsoringaktivitäten gegenüber Ärzten und Kliniken ab 2015/16 zu publizieren – freilich nicht mit der gleichen Stringenz, mit der dies in den USA durch den Physician Payment Sunshine Act obligatorisch ist (zur Selbstverpflichtung der europäischen Hersteller vgl.

<http://transparency.efpia.eu/the-efpia-code-2> ;9.4.2016).

National umgesetzt wird dies nunmehr durch Kodizes deutscher Branchenverbände.

⁵⁴ *PricewaterhouseCoopers* (Fn. 9), S. 20.

⁵⁵ Vgl. zuletzt dazu *Theile*, in: *Theile/Eisele/Koch* (Hrsg.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, 2014. Eine entsprechende Compliance-Organisation weisen in der Bundesrepublik inzwischen ein bis zwei Drittel der Betriebe auf. Einzelne Programmbausteine (v.a. Richtlinien zur Korruptions- und Betrugsprävention) sind nach einigen, sich freilich nicht ganz deckenden Erhebungen (*PricewaterhouseCoopers*, *Wirtschaftskriminalität*, 2011, S. 40; *Becker*, *Compliance-Management im Mittelstand*, 2011; *Boemke u.a.*, *Denkströme 9/2012*, 79 [87 ff.]) *PriceWaterhouseCoopers*, *Wirtschaftskriminalität in der analogen und digitalen Wirtschaft*, 2016, S. 54 ff.) noch deutlich verbreiteter – wenn auch nicht auf dem extrem hohen Implementierungsniveau der USA und einiger anderer Staaten (zum Vergleich *Bussmann/Matschke*, *wistra* 2008, 88; *Parker*, *Administration & Society* 2000, 529 [544 ff.]; *Weber/Wasielewski*, *Journal of Business Ethics* 2013, 609 [611 ff.]).

⁵⁶ Insgesamt bleibt die Pharmaindustrie nach *PricewaterhouseCoopers* (Fn. 9), S. 16 f., jedoch hinter anderen Branchen zurück. Für gegenteilige Befunde (allerdings auf Basis einer sehr kleinen Stichprobe) vgl. *Schneider/Kißling*, *Arzneimittel & Recht* 2012, 261 ff.

⁵⁷ Zu den eher vagen Vorgaben im Gesellschaftsrecht und den „Comply or Explain“-Regelungen näher etwa *Petermann*, *Die Bedeutung von Compliance-Maßnahmen für die Sanktionsbegründung und -bemessung im Vertragskonzern*, 2013, S. 76 ff.; zum Implementierungsdruck im Pharmabereich, der von ausländischem Recht ausgeht, vgl. etwa *Zierenberg*, *Der Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) in deutschen Verträgen am Beispiel der Pharmaindustrie*, 2011.

lierung deshalb auf eine ökonomische „Einsichtigkeit“ zurückgeführt und als Reaktion auf den gewachsenen staatlich-strafrechtlichen Haftungsdruck interpretiert.⁵⁸ Speziell beim Pharmamarketing dürften allerdings die Reputationsschäden, die Herstellern durch eine öffentliche Skandalisierung drohen, von größerer Bedeutung gewesen sein.⁵⁹ Bei Krankenhäusern oder mittelständischen Produzenten scheinen sich all diese Aspekte allerdings weniger bemerkbar gemacht zu haben; Compliance-Strukturen treten dort bislang nur mit einer deutlich geringeren Häufigkeit auf.⁶⁰

2. Wirkungserwartungen und -befunde

Unabhängig davon, inwieweit in der Herausbildung der geschilderten Selbstregulierungsformen ein (antizipatorischer) Effekt des Strafrechts zu sehen ist, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen auf das Vertriebsgeschehen im Arzneimittelbereich. Die dahingehenden Funktionalitätsannahmen im wissenschaftlichen Schrifttum sind jedenfalls hoch. Man verspricht sich einen ausgeprägten Rückgang der problematischen Marketingformen – sowohl durch die kollektive Selbstregulierung,⁶¹ insbesondere aber durch die unternehmenseigenen Maßnahmen.⁶² Diese böten v.a. in den Herstellerunter-

nehmen ein „organizational equivalent of conscience“,⁶³ weil straf-/rechtliche Aspekte in das institutionelle Handlungsprogramm eingingen, Kontrollmechanismen etabliert und deliktsbegünstigende Gelegenheitsstrukturen reduziert würden; hinzu käme eine Stärkung der Normorientierung der einzelnen Mitarbeiter durch Sensibilisierung, Orientierungshilfe und den Abbau von Neutralisierungsstrategien.⁶⁴ Was man sich von der Implementierung von Compliance-Programmen im Unternehmen erwartet, ist also augenscheinlich nur selten auf spezifische theoretische Modelle,⁶⁵ sondern eher auf allgemeine Konzepte gestützt.

Zugleich lässt der Forschungsstand abermals nur eine sehr vorläufige Bewertung dieser Wirkungserwartungen zu. So besteht bei der kollektiven Selbstregulierung durchaus Anlass zur Zurückhaltung, da sich in einigen Untersuchungen eine eher limitierte Alltagswirksamkeit von Verbands- und Professions-Codes zeigte.⁶⁶ Speziell für die hiesige Pharmaindustrie liegen allerdings nur Hinweise auf die (Selbst-)Kontrolltätigkeit der FSA vor,⁶⁷ deren Spruchkörper auf der Grundlage der Kodizes ausgesprochen differenzierte Vorgaben für den Pharmavertrieb entwickelt haben.⁶⁸ Allerdings erstreckt sich deren formale Verbindlichkeit ebenso wie die Sanktionsgewalt des Vereins nur auf jene (freilich sehr umsatzstarken) Unternehmen, die Vereinsmitglied sind (insgesamt 58) oder sich dem Vereins-Code unterworfen haben (weitere 26). Im Hinblick auf deren Normverstöße verfügen die Vereinsinstitutionen über kein Untersuchungsrecht.⁶⁹

⁵⁸ *Bussmann/Matschke*, wistra 2008, 88; *Bussmann*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag, 2011, S. 57 (65); *Parker*, Administration & Society 2000, 529 (544 f.); *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2010, S. 214 f., 285 ff.; *Kuhlen*, in: *Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina* (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2013, S. 1 (14 f.).

⁵⁹ Womöglich wird dies aber auch überschätzt. In Befragungen (außerhalb des Pharmasektors) äußert Leitungspersonal zwar vielfach die Befürchtung, dass die eigene Firma im Fall publik werdender Normverstöße gewisse Anerkennungsverluste erleiden könnte, aber dies bildet keinen dominierenden Aspekt (vgl. *Baldwin*, Modern Law Review 2004, 351 [363 ff.]; *Nielsen/Parker*, Journal of Law and Society 2008, 309; *dies.*, Law & Policy 2012, 428). Und für Geschäftspartner sind bspw. Compliance-Programme für das Unternehmensansehen zwar in bestimmten, hierfür sensiblen Branchen relevant, doch wird dies durch wirtschaftliche Implikationen der jeweiligen Beziehung überlagert (*Gunningham u.a.*, Law & Policy 2005, 289; vgl. ferner *Colwell u.a.*, Journal of Business Ethics 2011, 47).

⁶⁰ Vgl. die Situationsschilderung bei *Klümper/Walther*, Pharma Recht 2010, 145 (148 f.) und unter: <https://www.bibliomedmanager.de/die-woche/-/content/detail/12868205> (9.4.2016).

⁶¹ Hierzu *Kuhlen*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 875 (887 ff.).

⁶² Hierzu *Dieners*, in: Dieners (Hrsg.), Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 7 ff.; *Boemke/Schneider*, Korruptionsprävention im Gesundheitswesen, 2011, S. 81 ff.; *Schneider/Kißling*, Arzneimittel & Recht 2012, 261 (264 f.).

⁶³ *Shover/Hochstetler*, Choosing White-Collar Crime, 2006, S. 170.

⁶⁴ Zum Ganzen mit jeweils unterschiedlicher Gewichtung bspw. *Bussmann* (Fn. 58), S. 67 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter* (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstat-sachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 449 (474 ff.); *Steßl*, Effektives Compliance Management in Unternehmen, 2012, S. 223 ff.

⁶⁵ Vgl. aber die Bezugnahmen auf die Theory of Planned Behavior bei *Hess*, Michigan Law Review 2007, 1781, und auf das Rational Choice-Konzept bei *Schell-Busey*, The Deterrent Effect of Ethic Codes for Corporate Crime, 2009, S. 24 ff.

⁶⁶ Bspw. *Higgs-Kleyn/Kapelianis*, Journal of Business Ethics 1999, 363; *Hume u.a.*, Journal of Business Ethics 1999, 229; *Cowton/Thompson*, Journal of Business Ethics 2000, 165; *Harker/Harker*, Journal of Macromarketing 2000, 155; speziell zu medizinisch-berufsethischen Codes *Malloy u.a.*, Medicine, Health Care and Philosophy 2009, 373.

⁶⁷ Der 2008 gegründete AKG e.V., dem anders als dem FSA e.V. nicht große Pharmakonzerne, sondern etwa 100 vorwiegend mittelständische Hersteller angehören, kennt zwar auch Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten, doch ist es (mangels entsprechender Anzeigen) bislang noch zu keinem entscheidenden Verfahren gekommen.

⁶⁸ Näher *Kuhlen* (Fn. 61), S. 882 ff.

⁶⁹ Die kollektive Selbstregulierung der Ärztekammern leidet an den gleichen Schwächen, namentlich an einem eminenten Defizit an Ermittlungskompetenzen (dazu mit Blick auf die

Bislang blieb das Verfahrensaufkommen daher überschaubar; auch hat man erwähnenswerte (über Abmahnungen hinausgehende) Sanktionen nur sehr selten⁷⁰ verhängt.⁷¹ Gänzlich ungeklärt ist, ob und wie die Verbandsregeln innerhalb der einzelnen Unternehmen praktisch umgelegt werden (dazu jetzt aber unten IV.). Eine neuere Untersuchung stellte jedenfalls bei Fortbildungsveranstaltungen, die von der Pharmaindustrie organisiert wurden, einen erheblichen Anteil an Code-Verstößen fest.⁷²

Zu Konformitätseffekten unternehmensinterner Maßnahmen sind bislang dagegen keine Beobachtungen und Daten vorhanden, die sich speziell auf den hiesigen Pharmavertrieb beziehen.⁷³ Es existieren aber zahlreiche Untersuchungen, die die konformitätssteigernde Wirksamkeit unternehmenseigener Normen und Compliance-Vorkehrungen überprüfen.⁷⁴ Fasst man deren Befunde zusammen,⁷⁵ entsteht insgesamt

Korruptionsproblematik statt vieler *Bussmann* [Fn. 8], S. 66; *Braun*, MedR 2013, 277).

⁷⁰ Das statistische Normalergebnis bildet die Einstellung des beanstandeten Sachverhalts (vgl. FSA Jahresbericht 2014, S. 27 – abrufbar unter: http://www.fsa-pharma.de/fileadmin/Downloads/Pdf_s/Jahresberichte/Jahresbericht_2014.pdf [9.4.2016]).

Selbst bei einer Sanktionierung kommt es sehr selten über eine Abmahnung hinaus zu einer finanziellen Sanktion. Diese liegen in der Regel zwischen € 5.000,- und max. € 10.000,-. Die Festsetzung einer Zahlung von € 130.000,- im September 2015 stellt eine absolute Ausnahme dar.

⁷¹ Für eine Analyse der Praxis ähnlich aufgebauter britischer und schwedischer Organisationen vgl. *Zetterqvist u.a.*, PLoS Med 2015, e1001785. Eine ergänzende Auswertung des britischen Materials wie auch der Entscheidungs- und Sanktionspraxis des FSA ist Gegenstand eines noch laufenden Teilprojektes im Rahmen des hiesigen Forschungsvorhabens. Bislang wird die „FSA-Effektivität“ nicht selten noch skeptisch eingeschätzt (vgl. *Kölbel*, in: Herausgeber [Hrsg.], Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2013, S. 85, 98 f.; *Fischer*, GuP 2014, 91).

⁷² Bei einer Vollerhebung der an ein Großkrankenhaus in einem Zweijahreszeitraum herangetragenen Fortbildungsangebote war die Einhaltung der FSA-Leitlinien in etwa 50 % der ausgewerteten Einladungsschreiben zweifelhaft (*Schneider/Kißling*, Arzneimittel & Recht 2012, 261 [265]).

⁷³ Vgl. aber die eher ambivalenten Befunde der eben erwähnten Studie von *Schneider/Kißling*, Arzneimittel & Recht 2012, 261; *Schneider u.a.*, CCZ 2013, 48.

⁷⁴ Hierbei bestehen Überschneidungen mit der Frage nach ethischem Mitarbeiter- und Unternehmensverhalten und dessen Förderung durch betriebsinterne Ethikrichtlinien, Ethikschulungen usw. (zu deren Effektivität vgl. etwa *Kaptein*, Journal of Business Ethics 2015, 415; für einen Überblick über den dahingehenden Forschungsstand vgl. etwa den Review von *Trevino u.a.*, Annual Review of Psychology 2014, 635).

⁷⁵ Vgl. auch die Übersichtsarbeiten von *Helin/Sandström*, Journal of Business Ethics 2007, 253 (258 ff.); *Kaptein/Schwartz*, Journal of Business Ethics 2008, 111 (113 f.);

freilich ein sehr uneinheitliches Bild⁷⁶ (siehe die Tabelle auf S. 465).

Dass die Befunde derart stark variieren, erklärt sich mit der Unterschiedlichkeit der konkreten Untersuchungsgegenstände (überprüfte Maßnahmen; benutzte Konformitätsindikatoren), aber auch mit der Diversität der Forschungsdesigns und statistischen Verfahren sowie mit den Schwankungen in der methodischen Güte.⁷⁷ Auch kann das jeweilige Untersuchungs-Setting hierzu beigetragen haben (Unternehmen verschiedener Branchen und Größen; regionale Kulturen). In erster Linie ist die Streuung jedoch ein Ausdruck der Unterschiede zwischen den Codes, Compliance-Programmen und Implementierungsgraden – also ein Hinweis darauf, dass die Existenz eines Ethik-Codes und/oder formalen Compliance-Programms noch keine verhaltensbeeinflussende Wirkung entwickelt, solange es an den notwendigen Zusatzbedingungen fehlt.⁷⁸ So hat denn auch eine Reihe weiterer Arbeiten gezeigt, dass die Programm-Effektivität von einem unterstützenden Verhalten der Führungskräfte („tone from the top“) ebenso profitiert wie von einer stabilisierenden Unternehmenskultur (d.h. einer Integrierung der Codes/Programme in die betriebliche Lebenswirklichkeit und einer Verbreitung code-konformer Werte im Unternehmen)⁷⁹. Nach anderen

Schell-Busey (Fn. 65), S. 43 ff.; *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2010 s.o., S. 279 ff.; *Pape*, Corporate Compliance – Rechtspflichten der Verhaltenssteuerung von Unternehmensangehörigen in Deutschland und den USA, 2011, S. 154 ff.; speziell zur Effektivität von Corporate Ethics den Review von *Trevino u.a.*, Annual Review of Psychology 2014, 635.

⁷⁶ Vgl. zum Ganzen die (im Rahmen des vorliegenden Projektes durchgeführte) umfassende Sekundäranalyse der vorhandenen Wirksamkeitsstudien bei *Kölbel*, in: Rotsch (Fn. 37), § 37 Rn. 6 ff.; über die dort ausgewerteten Arbeiten hinausgehend sind in der Tabelle zusätzlich die folgenden, zwischenzeitlich erschienenen Arbeiten berücksichtigt: *Sieber/Engelhart*, Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes, 2014, S. 124 (132); *de Vries/van Gelder*, Personality and Individual Differences 2015, 112; *MacLean u.a.*, Journal of Business Ethics 2015, 351; *Bergmann*, in: v. Groddeck/Wilz (Hrsg.), Formalität und Informalität in Organisationen, 2015, S. 237; *Gazley u.a.*, Journal of Business Research 2016, 476.

⁷⁷ Dazu auch *Schell-Busey* (Fn. 65), S. 56 ff.

⁷⁸ Zum Spektrum potenziell relevanter Faktoren vgl. *Kaptein/Schwartz*, Journal of Business Ethics 2008, 111 (117 ff.); *Parker/Gilad*, in: Parker/Nielsen (Fn. 39), S. 170 ff. (für eine daran orientierte Klassifizierung von high/low risk-Unternehmen *Baetge/Lappenküpper/May*, in: Kaal/Schwartz/Schmidt [Hrsg.], Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner, 2014, S. 605).

⁷⁹ Konzeptionell hierzu *Bussmann*, in: van Erp/Huisman/Vande (Hrsg.), The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe, 2015, S. 435 (438 ff.); empirisch hierzu *Kölbel* (Fn. 76), § 37 Rn. 11, mit insgesamt 22 Studien (in der obigen Tab. nicht mit erfasst), die den wirksamkeitsverbessernden Einfluss dieser „weichen“ Faktoren aufzeigen.

Studien hängt es darüber hinaus vom „intelligent design and use“ der Programme ab, ob diese sich im inner-/betrieblichen Verhalten auswirken (eindeutige Fassung der Richtlinien, Sanktionsdrohungen, Kontrollen usw.)⁸⁰. Umgekehrt besagt dies aber auch, dass allein die Einführung von Verhaltensrichtlinien die Konformität der Unternehmensaktivitäten noch nicht steigen lässt. Selbst dort, wo die Kodizes geschult und in Organisationsprozessen eigens berücksichtigt werden, ergibt sich nicht notwendig der gewünschte Effekt. Dass die alltäglichen Organisationsprozesse und Geschäftsaktivitäten vielmehr völlig abgelöst von formal eingeführten Compliance-Programmen verlaufen können⁸¹ („decoupling of form and substance“),⁸² wird durch Fallstudien zu deliktisch verstrickten Unternehmen dokumentiert.⁸³

IV. Neue empirische Beobachtungen

1. Fragestellung und Methode

Nach den vorstehenden Ausführungen ist offen, ob sich die problematischen Varianten des Pharmamarketings durch die künftigen §§ 299a ff. StGB und die besagten Formen der Selbstregulierung eindämmen lassen. Ebenso denkbar sind die Problempersistenz oder aber auch ein Prozess, in dem an die Stelle der regulatorisch erschwerten Vertriebsformen zunehmend andere, funktional äquivalente Spielarten treten,

Eine neue, großangelegte Erhebung von *Bussmann u.a.* widmet sich (neben dem interkulturellen Vergleich) speziell jenen „weichen“ Faktoren, durch die sich „sehr normtreue“ und „normal normtreue“ Unternehmen unterscheiden (erste Ergebnisse bei *Bussmann u.a.*, in: Hoven/Kubiciel [Hrsg.], *Das Verbot der Auslandsbestechung*, 2016, S. 205; *Bussmann u.a.*, *M SchrKrim* 2016, 23).

⁸⁰ Auch zu dieser – hinsichtlich Anlage, Gegenstand und Ergebnissen – eher disparaten Gruppe von insgesamt acht weiteren Studien vgl. *Kölbel* (Fn. 76), § 37 Rn. 12.

⁸¹ Das gilt, so viel am Rande, teilweise auch für die Einführung von Whistleblowing-Systemen: „Insofar, the results support legitimacy theory, which means that the organization instead pursues the objective of legitimating its activities. This means that organizations implement whistleblowing systems even though they are not convinced that whistleblowers are a valuable resource. The motivation to implement a whistleblowing system is only the signaling effect, that means, the organization behaves in the way that society desires.“ (*Pittroff*, *Journal of Business Ethics* 2014, 399).

⁸² Für eine aufschlussreiche Studie vgl. *McKendall u.a.*, *Journal of Business Ethics* 2002, 367; speziell zu „Decoupled Ethics Programs“ vgl. *Trevino/Weaver*, *Managing Ethics in Business Organizations*, 2003, S. 124 ff.

⁸³ Vgl. etwa *Sims/Brinkmann*, *Journal of Business Ethics* 2003, 243; *MacLean/Behnam*, *Academy of Management Journal* 2010, 1499; die Handlungspraxis wird hier durch ein „looking compliant behavior“ (*Gray/Silbey*, *American Journal of Sociology* 2014, 96 [116 ff.]) geprägt – was die Compliance-Organisation de facto auf ein „windows dressing“ reduziert (dazu stellvertretend *Krawiec*, *Washington University Law Quarterly* 2003, 487 [510 ff.]).

die allenfalls unter juristischer, nicht aber unter medizinischer Hinsicht weniger zweifelhaft sind. Da sich diese Frage nur mit Mitteln der empirischen Forschung beantworten lässt, soll hier ausschnitthaft⁸⁴ über die Zwischenergebnisse eines eben darauf gerichteten Forschungsprojektes⁸⁵ informiert werden. Gegenstand des dortigen Interesses waren alle Hierarchieebenen in der Arzneimittelindustrie – also auch die „frontline worker“, die in ihrem Alltag (d.h. indem sie „ihre alltägliche Arbeit tun“) den Normeinhaltungsgrad eines Unternehmens gleichsam „produzieren“ und im Übrigen auch die regulatorischen Maßgaben und Strukturen oftmals ganz anders wahrnehmen und berücksichtigen als das (üblicherweise befragte) mittlere und obere Management.⁸⁶ Wegen der Ausrichtung auf die Übersetzungs- und Umdeutungsprozesse, die die Außen- und Binnenregulierungen in der Weltsicht und Berufspraxis der verschiedenen Unternehmensbereiche durchlaufen, verboten sich im Übrigen jene standardisierten Befragungen, mit denen man die Compliance- und Strafnormeffekte üblicherweise erforscht.⁸⁷ Das adaptierende „Gebrauchsfertigmachen“ organisationaler und normativer Vorgaben wird, wie ein (kleiner) Teil der Forschungspraxis demonstriert, besser durch qualitative Methoden erfasst.⁸⁸ Angesichts dessen beruhen auch die hier vorgestellten Beobachtungen auf der Durchführung von bislang ca. 40 offenen leitfadensorientierten Interviews mit Personen, die mit den Vertriebsprozessen unmittelbar betraut sind (vornehmlich Pharmareferenten, -berater und Mitarbeiter, die sich beruflich mit

⁸⁴ Weitergehende Darstellung bei *Kölbel u.a.*, in: Kubiciel/Hoven (Fn. 12).

⁸⁵ DFG-Projekt, *Compliance in Practice*, Unternehmerische Anpassungsprozesse an Kriminalisierungsverläufe am Beispiel des sog. Pharmamarketings.

⁸⁶ Dazu die eindrückliche Studie von *Gray/Silbey*, *American Journal of Sociology* 2014, 96.

⁸⁷ In der Regel handelt es sich um faktorielle Surveys, in denen eine standardisierte Management-Befragung kombiniert wird mit systematisch variierten Fallszenarien und Vignetten; dazu und zum dabei ggf. eingesetzten Vergleichsgruppensdesign etwa *Smith u.a.*, *Business Ethics Quarterly* 2007, 633 (645 ff.); *Simpson u.a.*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 2013, 231 (242 ff.); *Kaptein/Schwartz*, *Journal of Business Ethics* 2008, 111 (114 ff.); *Parker/Nielson*, *Annual Review of Law and Social Science* 2009, 45 (58 ff.). Auch die große, von *Bussmann* geleitete Studie (Fn. 79) geht auf diese Weise vor.

⁸⁸ Vgl. die Arbeiten von *Montoya/Richard*, *Journal of Business Ethics* 1994, 713; *Falkenberg/Herremans*, *Journal of Business Ethics* 1995, 133; *Badaracco/Webb*, *California Management Review* 1995, 8; *Fisher*, *Business Ethics: A European Review* 2001, 145; *van Zolingen/Honders*, *Journal of Business Ethics* 2010, 385; *Frostenson u.a.*, *Business Ethics: A European Review* 2012, 263; *Gray/Silbey* *American Journal of Sociology* 2014, 96, in deren Tradition das hiesige Projekt steht. Vgl. im Übrigen die teilnehmenden Beobachtungen und qualitativen Interviews, die *Bergmann* (Fn. 76), S. 237 ff., zur alltäglichen Wahrnehmung von Kontrollaufgaben von Compliance-Officern durchgeführt hat.

der Durchführung von AWB, Schulungen, Fortbildungsveranstaltungen, Marketingkampagnen usw. befassen).⁸⁹

2. Formale Compliance im Direktmarketing gegenüber den Ärzten

Mit den früheren, korruptionsnahen Anreizen (d.h. den diversen Goodies, Anreizen und Zuwendungen) zu operieren, kommt für Pharmareferenten heute kaum noch in Betracht. Unternehmensinterne und brancheneigene Richtlinien werden bei ihnen tatsächlich verhaltenswirksam. Diese Vorgaben reichen oft bis in den Bereich von Kleinigkeiten hinein und werden dann bisweilen von den Mitarbeitern/innen als unsinnige, praxisferne oder formalistische Ärgernisse erlebt.⁹⁰ Gegenüber der normativen Grundrichtung zeigt man jedoch eine achselzuckende Haltung⁹¹ oder gewinnt ihr durchaus Positives⁹² und geradezu entlastende Seiten ab.⁹³ Wenn überhaupt, dann werden die weggefallenen Optionen durch „private Kreativlösungen“ kompensiert,⁹⁴ mit denen die „front-line worker“ die neuen Vorschriften gelegentlich allerdings auch unterlaufen (Blumensträuße, Essenseinladungen usw.

⁸⁹ Mit einer Gruppe von Mitarbeitern unterer Hierarchieebenen (im Beschaffungswesen) arbeitet auch *Opitz* (Antikorruptionssysteme in der strategischen Beschaffung, 2013), allerdings mit einer standardisierten Methodik. In der Studie von *Schneider/Kißling*, *Arzneimittel & Recht* 2012, 262, wurden zwar qualitative Interviews, aber vorwiegend mit Leitungspersonal durchgeführt.

⁹⁰ Anhand der Online-Compliance-Schulung: PR 2: „Wenn Sie sich innerhalb von, äh, ich glaube, es war jeweils, es war ne Stunde in der Woche vorgesehen, da 40 Folien anschauen sollen, auf denen jeweils 20 Zeilen mit Paragraphen und Absatzziffern stehen, Sie, Sie lesen sich nich an, zumal Ihre intrinsische Motivation gleich null is. Natürlich hat jeder Mitarbeiter die allein blitzschnell durchgeklickt, die, das Kunststück war, wer hat sich da schneller durchgeklickt [...]“

⁹¹ „I: Da gibt’s ja wahrscheinlich oder gab’s dann ja auch Widerstand einfach, dass der Arzt sagt, Mensch, meine Frau hat doch eigentlich immer den Douglas-Gutschein bekommen von Ihnen? PR 4: Ja, dann geht’s jetzt nicht mehr. Ende. Die Regelungen sind jetzt so [...]“

⁹² PR 6: „Ja, vor allem mein, mein Keller ist deutlich leerer. [...] Was ich vorher an, an Werbematerial unten im Keller hatte ... hmm ...“

⁹³ I: Hmm, finden Sie das relativ anstrengend, jetzt dass es diese ganzen Regeln gibt und [...]. PR 7: „Nee, ich find’s einfacher.“ I: Einfacher? PR 7: „Ja, weil, ich krieg genau gesagt, was, was ich darf und was ich nicht darf und wenn der Arzt irgendwas von mir haben will, kann ich ihm genau sagen: ‚Aufgrund der Gesetzeslage darf ich das nicht.‘“

⁹⁴ PR 4: „Sie tun auch was für’n Doktor, Sie tun mal den ein oder anderen kleinen Gefallen. Also ich hab auch schon irgendwelche Computer aufgeräumt und so wat in der Praxis, wenn der Arzt’s nich konnte. Ähm, die sind einem ewig dankbar, das kostet mich nix.“

auf eigene Rechnung).⁹⁵ Systematische, durch das Vertriebsmanagement entwickelte Substitut- und Umgehungsverfahren, die die verschreibungsorientierten Vorteilsgaben gegenüber den Ärzten faktisch aufrechterhalten, treten aber offenbar nur selten auf.⁹⁶ Insgesamt hat sich, auch wenn mit den Projektmitteln bestimmte Problemnischen nicht aufklärbar sind,⁹⁷ der bestechungsartige Aspekt der Außendienst-Zuwendung im Arzt-Industrie-Kontakt klar reduziert – obwohl das Grundanliegen (d.h. die Beeinflussungsabsicht) weiterhin verfolgt wird.⁹⁸

Dies ist eingebunden in einen deutlichen Rückgang der Vertreterereinsätze, einen Abbau des Beraterpersonals sowie ein verbreitetes Outsourcing des Vertriebssystems.⁹⁹ Ursächlich für all diese Umstellungen waren v.a. ökonomische Gründe – namentlich die erheblichen Kosten des bisherigen Außendienstes, dessen Wirksamkeit man zudem bei nicht wenigen Adressaten schwinden sah.¹⁰⁰ Eine erhebliche Rolle spielte auch die öffentliche Skandalisierung, die nicht nur zu dieser wachsenden Skepsis der Ärzte beigetragen hat, son-

⁹⁵ PR 13: „Ich hab schon mitbekommen, dass, ähm, eine Pharmareferentin ein Frühstück in einer Praxis, ähm, gemacht hat, das sie dann mit ihrem eigenen Geld, ähm, bezahlt hat, was, was früher üblich war, was dann über Firmenkosten lief. Ähm, das is klar ein Compliance-Verstoß.“

⁹⁶ Einen Hinweis hierauf gibt jedoch das entgeltliche „Hospitieren“ bei niedergelassenen bzw. Klinikärzten oder das „Gastieren“ in Apotheken. Hierdurch versucht man sog. „Customer Insights“ zu erlangen, d.h. den dortigen „Entscheidungsprozess und den Einsatz des Medikamentes“ zu Marketingzwecken zu eruieren (dazu *Scholz*, *medstra* 2015, 344 [348]). Naheliegender ist, dass das Hospitationsentgelt zudem als versteckte Verschreibungszuwendung fungiert.

⁹⁷ Für ein Bsp. vgl.

<http://www.stern.de/investigativ/die-skrupellosen-geschaefte-der-krebsmafia-6692272.html> (9.4.2016).

Die dort beschriebene Spielart des klassischen Anreizmodells hat indes ebenso wie ähnliche Formen (Einbindung der adressierten Ärzte in Beteiligungsgesellschaften; Apotheker- oder Ärzte-Kickbacks; Ankauf und Verwertung von Verschreibungsdaten) eine klar gesunkene Relevanz. Die Frage der Anwendungsbeobachtungen ist Gegenstand eines eigenen Projektbausteins.

⁹⁸ Dazu, dass das Ziel des Beziehungsaufbaus auch ohne den Einsatz von Goodies etc. verfolgt wird und werden kann, vgl. die dramaturgische Analyse von Arzt-Referenten-Treffen bei *Somerset/Weiss/Fahey*, *BMJ* 2010, 1481.

⁹⁹ *Kölbel/Herold/Lubner* (Fn. 12).

¹⁰⁰ PC 1: „Das heißt, äh, das waren so, äh, massive Sparmaßnahmen, die wir machen mussten. Diesen Sparmaßnahmen unterliegen auch sämtliche anderen großen Firmen. [...] Und das hat, äh, vielfach natürlich auch etliche Stellen im Außendienst gekostet. [...] Funktioniert heute nicht mehr so, na? Das is vielfach so, dass die Ärzte sagen, also erstmal, 30, 40 % der Ärzte empfangen überhaupt keine Außendienstler mehr. Die sagen grundsätzlich will ich keinen sehen.“

dem in der Branche als Belastung wahrgenommen wird.¹⁰¹ Die absehbaren strafrechtlichen Interventionen (§§ 299a ff. StGB) waren für die strategischen Marketing-Entscheidungen der Unternehmen dagegen allenfalls indirekt von Belang (als Verstärker der Ablehnung im Feld und in der Öffentlichkeit).¹⁰² Auch in der unmittelbaren Vertriebspraxis vor Ort haben sie keine Bedeutung. Orientierungskräftig sind dort die detaillierteren Kodizes und internen Vorgaben, wohingegen die Außendienstler von den Strafnormen überhaupt nur sehr vage Vorstellungen haben.¹⁰³

Allerdings sind die ökonomischen Interessen, die hinter den früheren Außendienststrukturen standen, nicht weggefallen, sondern nur nicht mehr im früheren Maße realisierbar. Formen der Beeinflussung von Ärzten, die betriebswirtschaftlich weiterhin als sinnvoll erscheinen, werden daher beibehalten – wofür man die Bereiche des normativ Machbaren vielfach bis an die Grenzen und auch in den Grauzonen nutzt. Das zeigt sich etwa bei der sog. Landschaftspflege, bei der man durch allgemeine Serviceangebote oder „Freundlichkeiten“ das ärztliche Wohlwollen zu sichern sucht.¹⁰⁴ Und eben-

¹⁰¹ PC 4: „Und dann Konsequenzen für das Unternehmen. Einerseits Bußgelder, zweitens, äh, Eintrag in, äh, Gewerbezentralregister, drittens internationales Unternehmen, zusätzliche Sanktionen in anderen Ländern. Ähm, nächstes, Image-schaden, ja? Also schon die ganze Palette, je nach Intensität. [...] Wenn es jetzt tatsächlich um ne Veranstaltung geht, von der ich meine, sie ist noncompliant, ja, dann kann ich auch mal sagen, also wir sind, äh, wir müssen ja auch ein bisschen die Unternehmenskultur unseres internationalen Mutterunternehmens achten und das sieht nun mal vor, dass wir so was nicht machen, Punkt, ja? Und die Konsequenz ist: Tu’s nicht, ja? Bzw. ich sitz hier dran, drum tun wir es nicht. Und wenn wir es täten, dann wären die Konsequenzen eben, ja, erstens kommen unsere [...] Mitbewerber auf die Idee und pinkeln uns an, ja? Dann stehen wir im Rampenlicht, ja.“

¹⁰² Gerade für Großunternehmen spielt allerdings der ausländische und internationale regulatorische Rahmen wegen der teilweise nicht unerheblichen Unternehmensbebußung durchaus eine Rolle.

¹⁰³ PR 1: „Für, für mich ist in dem Moment natürlich unsere Compliance-Richtlinie, hmm, das Ausschlaggebende [...] Ja. So, hmm, dass es dann noch zusätzlich strafrechtliche Dinge gibt. Na, hmm, die, ich sag jetzt mal aus meinem vagen Wissen heraus etwas, ich sag jetzt mal höher angesiedelt sind, sprich dahingehend, also dann muss die Schwelle schon noch ein bisschen, hmm, hmm, hmm anders überschritten werden, hmm, das ist mir bekannt.“

¹⁰⁴ Beispiele aus den Interviews: firmenfinanzierte „Educational Visits“ (d.h. Einladungen zu Betriebsbesichtigungsreisen), Kurse für das Praxispersonal, Computerschulungen, DVDs mit Abrechnungs-, Kodier- und Verschlüsselungshilfen, Seminare zur betriebswirtschaftlichen Praxisführung und zur Gestaltung von Praxisseiten im Internet. Zu weiteren Spielarten vgl. *Fösken*, *pharma marketing journal* 2012, 28; *Breitenbach/Fischer*, in: *Fischer/Breitenbach* (Hrsg.), *Die Pharmaindustrie*, 2013, S. 269 (278 ff.). Die in Fn. 53 erwähnte „Transparenzoffensive“ der Industrie bezieht sich

so verhält es sich beim sog. Fortbildungssponsoring, bei dem die Industrie die Veranstaltungen nicht nur – unter Betonung der eigenen Produkte – finanziert, organisiert und inhaltlich gestaltet,¹⁰⁵ sondern für niedergelassene Ärzte nicht selten auch die Teilnahme- und Reisekosten übernimmt.¹⁰⁶ Korruptionsstrafrechtlich ist all dies – ganz unabhängig von der psychologischen Wirksamkeit – durchweg legal, da hier keine Kopplung an konkrete Verschreibungen oder Behandlungsmaßnahmen besteht.¹⁰⁷ Und soweit (wie bei der Fortbildungsgestaltung) gewisse außerstrafrechtliche Vorgaben bestehen (Branchenkodizes bzgl. Örtlichkeit, Verpflegung u.a. Eventaspekte)¹⁰⁸, entwickeln die Unternehmen das, was man kriminologisch als „Creative Compliance“ beschreibt: Man testet, forscht,¹⁰⁹ und gestaltet die bestehenden Spielräume in einem „Legal Engineering“ aus.¹¹⁰

allein auf eine (bedingte) Publikation der hier verwendeten Mittel – bei Beibehaltung der Praxis selbst.

¹⁰⁵ Dies geschieht bisweilen auch durch Einsatz (unerlaubter) Werbung, meist aber „nur“ mittels fachlicher Positiv-Präsentation durch eigenes Personal oder kooperierende Fachexperten. PR 2: „Die suchen sich die Mietmäuler, die das Ganze für sie verbreiten und liefern denen Slidesets, das is in der Medizin das übliche, Powerpoint-Präsentationen mit 20 Diagrammen. Und schlagen denen natürlich auch Redetexte vor.“

¹⁰⁶ Hinweise zur Häufigkeit bei *Wiesner/Lieb*, in: *Lieb/Klemperer/Ludwig* (Hrsg.), *Interessenkonflikte in der Medizin*, 2011, S. 161 (165) m.w.N.; aufschlussreich jetzt auch *Wild/Küllinger/Hintringer*, *Sponsoring österreichischer Ärztefortbildung*, 2015

¹⁰⁷ Allerdings hat die Branche momentan (mit Blick auf § 299a StGB) einen gewissen „Beratungsbedarf“: Das Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung steht zwar bei der Landschaftspflege usw. einer Strafbarkeit regelmäßig entgegen, nicht aber der Durchführung von Ermittlungen – v.a. weil bestimmte Zuwendungen einen Anfangsverdacht bzgl. einer vorliegenden Unrechtsvereinbarung hervorrufen können.

¹⁰⁸ Diese klammern das Sponsoring (insbesondere die Reisekostenübernahme) allerdings ausdrücklich aus (vgl. § 20 Abs. 4 FSA-Kodex und § 32 Abs. 2 MBO).

¹⁰⁹ Nach Einführung einer regionalen Sonderregelung, die die Bedingungen der Fortbildungsveranstaltungen verschärft, nimmt die Industrie zu den hierfür Verantwortlichen Kontakt auf, um das Machbare auszuloten: PS 16: „[...] passive Teilnahme an Fortbildungen geht nicht in Niedersachsen. Und dieser eine Satz hat dann die Welle ausgelöst. Den Tsunami sozusagen. Dann wurde nämlich die Pharmaindustrie wieder aktiv [...] Ähm, und dann kam eben halt die Überlegung auf der Seite, welche, sag ich mal, Umgehungsstrategien kann man da möglicherweise fahren.“

¹¹⁰ Das schließt ein, es bei der Fortbildungsgestaltung auch einfach „darauf ankommen zu lassen“ (dazu auch oben Fn. 72). Dies zeigt sich im Rahmen des hiesigen Projekts sowohl in teilnehmenden Beobachtungen einer mit uns kooperierenden Ärztin als auch in einer Analyse der nicht abreißenden Folge von Überprüfungen, die durch die Schiedsgerichte deutscher und britischer Branchenverbände in eben

3. Fortbestand und Zuwachs funktionaler Äquivalente

Zur Einordnung der beschriebenen Beobachtungen zur direkten Industrie-Arzt-Beziehung sind außerdem auch die indirekten Marketing-Kanäle zu berücksichtigen, über die gleichsam auf Umwegen ein gewisser Einfluss auf das ärztliche Therapie- und Verschreibungsverhalten genommen wird – ohne dass dies ein Gegenstand der (oben II. und III.) erörterten Regulierungen wäre. Dabei wird eine erste Grundvariante seit einigen Jahren verstärkt diskutiert und (jedenfalls international) immer wieder dokumentiert:¹¹¹ Da medizinische Handlungsentscheidungen auf Wissenschaftswissen gestützt werden müssen und Ärzte deshalb auf fachliche Information angewiesen und durch Wissenschaftsautoritäten ansprechbar sind, kann deren diesbezüglicher Bestand durch die Herstellerunternehmen in vertriebsunterstützender Weise gestaltet und genutzt werden. Darauf gerichtete Aktivitäten zeigen sich etwa darin, auf eine Studienlage hinzuwirken, die für die eigenen Produkte vorteilhaft ist und innerfachlich entsprechend präsentiert werden kann. So hat man immer wieder gezeigt, wie Auftrags- oder andere industriefinanzierte Untersuchungen gezielt initiiert und an einem interessengesteuerten Design ausgerichtet werden.¹¹² Solche Arbeiten kommen deutlich häufiger zu einer Empfehlung für das geprüfte Medikament als unabhängige Studien.¹¹³ Da die Veröffentlichung von gesponserter Arzneimittel-Forschung teilweise über Publikationsklauseln (und bisweilen auch Ghostwriter¹¹⁴) gesteuert wird, gelangen die vom Hersteller gewünschten Resultate ohnehin öfter in Fachjournale als unklare oder abtrüglische Befunde – womit die Evaluationssituation insge-

dieser Sache durchgeführt werden (angestoßen nicht selten übrigens durch die Wettbewerber).

¹¹¹ Vgl. bspw. *Krimsky*, *Science in the Private Interest*, 2003; für einen Überblick *Lexchin*, in: *Burke/Tomlinson/Cooper* (Hrsg.), *Crime and Corruption in Organizations*, 2011, S. 249 ff.; *Schott u.a.*, in: *Lieb/Klemperer/Ludwig* (Fn. 106), S. 265 ff.

¹¹² Dazu *Fugh-Berman*, *PLoS Medicine* 2010, e1000335; vgl. auch die Literatur-Auswertung bei *Schott u.a.*, *Deutsches Ärzteblatt International* 2010, 279 und 295; *Becker-Brüser*, *Zeitschrift für Evidenz, Qualität und Fortbildung im Gesundheitswesen* 2010, 183.

¹¹³ Vgl. *Als-Nielsen u.a.*, *Journal of the American Medical Association* 2003, 921; *Jelinek/Neate*, *The Journal of Law and Medicine* 2009, 216; *McPartland*, *PLoS One* 2009, e5092; sekundär- und metaanalytisch *Bekelman u.a.*, *Journal of the American Medical Association* 2003, 454; *Lexchin u.a.*, *BMJ* 2003, 1167; *Schott u.a.*, *Deutsches Ärzteblatt International* 2010, 279 und 295; *Becker-Brüser*, *Zeitschrift für Evidenz, Qualität und Fortbildung im Gesundheitswesen* 2010, 183; *Lundh u.a.*, *Cochrane Database of Systematic Reviews* 2012, MR000033; vgl. auch die hierzu durchgeführten und bei *Baethge*, in: *Lieb/Klemperer/Ludwig* (Fn. 106), S. 289, aufgeführten Untersuchungen. Speziell zu nachteiligen Folgeeffekten für die Entwicklung von Behandlungsleitlinien vgl. *Schott u.a.*, *Deutsches Ärzteblatt* 2013, 575 (576 ff.).

¹¹⁴ Dazu *Ngai u.a.*, *Accountability in Research* 2005, 103.

samt eine absatzförderliche Tendenz erlangt.¹¹⁵ Da dieser Weg nach einigen wissenschaftseigenen Gegenmaßnahmen jedoch etwas erschwert ist,¹¹⁶ wird es für die Hersteller wichtiger, die Key Opinion Leader (KOL) zu binden oder für eine „produkt-fürsprechende“ Haltung zu gewinnen (sei es durch Honorarverträge, Berufung in Advisory Boards oder institutionelle Förderung).¹¹⁷ Häufig gezeigt worden ist dies mit Blick auf Personen in Schlüsselstellungen (v.a. Autoren von Behandlungsleitlinien).¹¹⁸ Hinweise darauf, dass von all dem

¹¹⁵ Zum Publication Bias, bei dem die veröffentlichten Befunde ein deutlich positiveres Bild als bei Einbeziehung nicht publizierter Studien zeigen, vgl. etwa *Turner u.a.*, *New England Journal of Medicine* 2008, 252, und Tabelle 1 bei *Torfs u.a.*, *Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen* 2010, 177; vgl. ferner Sachverständigenrat (Fn. 14), S. 336, sowie am Bsp. von Reboxetine *Eyding u.a.*, *BMJ* 2010, c4737. Dass das Publication Bias in etlichen Fällen allerdings auch auf industrieunabhängigen, wissenschaftseigenen Strukturen beruht (Präferenz positiver Befunde und dgl.), ist unbenommen.

¹¹⁶ Vor allem in den USA erfolgen inzwischen eine freiwillige Vorab-Registrierung von Studien und eine Publikation ihrer Ergebnisse unter:

www.clinicaltrials.gov (9.4.2016); zu den hohen Anteilen an gemeldeten Studien, die trotzdem nicht publiziert werden, vgl. jetzt aber *Chen u.a.*, *BMJ* 2016, i637. Eine vergleichbare europäische Datenbank existiert bislang nur in Ansätzen, soll aber in einer neuen Variante aufgebaut werden und noch weitergehende Informationen enthalten (vgl. Art. 78 des Entwurfs einer Verordnung über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln = KOM [2012] 369 endg., 2012/0192). Kennzeichnend im Übrigen auch BGH GRUR 2013, 649, der die Anforderungen an Studien verschärft, derer sich die Heilmittelwerbung bedient. Speziell zu den Transparenzklärungen wissenschaftlicher Journals (und deren Umgehung) vgl. *Baethge* (Fn. 106), S. 291 ff.

¹¹⁷ Speziell zur Instrumentalisierung der wissenschaftlichen Autoritäten *Smith*, *Journal of Medical Marketing* 2009, 291; *Sismondo*, *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 2013, 635; zum gezielten Aufbau von KOL vgl. *Meffert*, *Dermatologic Therapy* 2009, 262.

¹¹⁸ Dass die fraglichen Personen tatsächlich interessengebunden agieren, ist empirisch nur schwer aufzuzeigen; es lassen sich aber die bestehenden Interessenkonflikte rekonstruieren. Dazu bei Leitlinien-Autoren bspw. die Studien von *Choudry u.a.*, *Journal of American Medical Association* 2002, 612; *Taylor/Giles*, *Nature* 2005, 1070; *Cosgrove u.a.*, *Psychotherapy and Psychosomatics* 2006, 154; *Moynihan u.a.*, *PLoS Medicine* 2013, e1001500; zur auch hierdurch drohenden Beeinträchtigung der Leitlinienqualität *Schott u.a.*, *Deutsches Ärzteblatt* 2013, 575 (578 ff.). Die deutschen medizinischen Fachgesellschaften sind gehalten, sich bei der Leitlinienformulierung u.a. auch mit Blick auf Interessenkonflikte an gewisse Qualitätsstandards zu halten (zu diesen vgl.

<http://www.awmf.org/leitlinien/awmf-regelwerk.html> [9.4.2016]). Zur hier nur eingeschränkt gegebenen Compliance vgl. die Dokumentation unter:

– d.h. von einer Verstrickung des Wissenschaftssektors, die aber primär die alltäglich medizinische Anwendungspraxis beeinflussen soll¹¹⁹ – in der gleichen Weise wie vom korrupsionsnahen Außendienstesatz abgerückt wird, gibt es momentan nicht.¹²⁰

Daneben vollzieht sich ein sehr dynamischer Übergang von einem Marketing der bisherigen „push-“ zu dem der „pull-Strategie“. Diese Entwicklung speist sich aus Veränderungen im Arzt-Patientenverhältnis: nämlich dem sukzessiven Abbau von Asymmetrien einer ursprünglich paternalistischen Behandlungsbeziehung, die heute dagegen zunehmend die Züge eines Dienstleistungs- bzw. Kundenverhältnisses trägt.¹²¹ Patientenseitig wohnt dem ein neuer Anspruch auf Mitspra-

<https://www.leitlinienwatch.de> (9.4.2016).

¹¹⁹ Natürlich sind weite Teile der medizinischen Forschung von den beschriebenen Mechanismen unbeeinflusst, aber eben nicht alle. Im Übrigen ist die Rezeption „gesteuerten Wissenschaftswissens“ von den Herstellern nur bedingt steuerbar – ebenso wie deren Einfluss auf das Wissenschaftssystem insgesamt Grenzen hat. Zugleich besteht in der Wissenschaft (durch Finanzierungs- und Karrierebedingungen) aber auch eine strukturelle Anfälligkeit. Dazu für Deutschland näher *Kliche*, in: *Kliche/Thiel* (Hrsg.), *Korruption*, 2012, S. 265 (268 ff.), der hier eine Konstellation von Corporate Corruption ausmacht (S. 288): „Auf der einen Seite machen sich Unternehmen durch Begünstigung (teilweise auch Einschüchterung) Professionsmitglieder, Meinungsführer, Datenlagen, Tagungen und Forschungsgruppen gefügig. Auf der anderen Seite verfallen damit ganze Einrichtungen – Fachgesellschaften, Departments, Universitäten, Forschungsgruppen oder Teilfächer – in verstetigte Austauschmuster, die voraus-eilend die Interessen der Geldgeber berücksichtigen.“ Siehe hierzu auch *Smith*, *Journal of Medical Marketing* 2009, 291; aus psychologischer Warte *Sah/Fugh-Berman*, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 2013, 665, (669 ff.).

¹²⁰ Dazu am Bsp. eines Interviews, in dem nach der Einrichtung von industriefinanzierten Stiftungslehrstühlen und der dann bestehenden Bindung der Lehrstuhlinhaber/innen an das finanzierende Pharmaunternehmen gefragt wurde: „PS 12: Is, also, haben Sie vollkommen recht. Is ein rie-, also das is etwas – I: Weil dann kann ich mir sozusagen ja auch n wissenschaftlich seriösen Anstrich geben nach außen hin. PS 12: Also das is etwas, was wir in der Ärzteschaft extrem kritisch sehen. Das gibt es. Und damit haben wir n richtiges Problem. Ja? [...] Äh, also wenn einer von uns sich von der Pharmafirma seinen Job bezahlen lässt – I: Ja. PS 12: dann is er angestellt bei der Pharmafirma und damit sind seine Aussagen nicht mehr neutral. Und wenn der ne Publikation schreibt, is es nicht mehr neutral.“

¹²¹ Dazu etwa *Rogler*, in: *Kingreen/Laux* (Hrsg.), *Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs*, 2008, S. 69 ff.; *Fischer/Sibbel* (Hrsg.), *Der Patient als Kunde und Konsument*, 2011. Vgl. auch die inzwischen breit geführte Debatte um das Kundenmanagement (bzw. Patient-Relation-Management) der unterschiedlichsten Leistungserbringer (dazu stellvertretend die Beiträge in *Busse/Schreyögg/Stargardt* [Hrsg.], *Management im Gesundheitswesen*, 2006).

che inne,¹²² was wiederum den Arzneimittelherstellern die Möglichkeit gibt, dort einen Produktbedarf zu erzeugen und diesen dann an die Ärzte herantragen zu lassen. Die hierzu vorliegende Forschung hat nämlich eindrücklich gezeigt, dass sich die „Endabnehmer“ durch die diversen Formen der „direkten Patientenansprache“ prinzipiell in ihren Vorstellungen beeinflussen lassen und dass sie diese Behandlungswünsche gegenüber den Ärzten zur Geltung bringen (d.h. die bevorzugte Verschreibung oftmals durchsetzen) können¹²³ – so dass dies (unabhängig von einer etwaigen therapeutischen Überlegenheit) zu klaren Absatzerfolgen bei den beworbenen Arzneimitteln führt.¹²⁴ Daher wird der Fokus der Branche immer stärker auf die Patienten gerichtet¹²⁵ und über unterschiedliche Verfahren versucht, einen offiziösen Dienstleistungscharakter („Aufklärung der mündigen Patienten“, „Produktinformation“) mit Werbeelementen zu verquicken.¹²⁶

¹²² Sichtbar werdend bspw. in: gezielter Arztsuche, Aufklärungsansprüchen, shared decision making, Einholung von Zweitmeinungen, Reklamation von Behandlungsfehlern. Zu den beziehungsimmanenten Grenzen der Patientenmündigkeit allerdings *Stollberg*, in: *Saage/Vogd* (Hrsg.), *Moderne Mythen der Medizin*, 2008, S. 345 ff.; vgl. auch *Begenau/Schubert/Vogd* (Hrsg.), *Die Arzt-Patient-Beziehung*, 2010.

¹²³ *Mintzes u.a.*, *Canadian Medical Association Journal* 2003, 405 (411); *Kravitz u.a.*, *Journal of the American Medical Association* 2005, 1995 (1999 f.); *Law, u.a.*, *BMJ* 2008, a1055; *Khanfar, u.a.*, *Journal of Health Communication: International Perspectives* 2009, 451; *Liu/Gupta*, *International Journal of Research in Marketing* 2011, 205 (215 ff.); *Campbell u.a.*, *Journal of the American Medical Association internal medicine* 2013, 237; *McKinlay u.a.*, *Medical Care* 2014, 297; meta-analytisch *Gilbody u.a.*, *Quality & Safety in Health Care* 2005, 246 (247 ff.); Überblicksdarstellung auch bei *Diekwisch/Schaaber*, *Zeitschrift für Allgemeinmedizin* 2009, 329.

¹²⁴ *Mintzes u.a.*, *BMJ* 2002, 278; *Myers u.a.*, *Journal of Public Policy & Marketing* 2011, 110; *Mintzes*, *Annual Review of Public Health* 2012, 259 (264 ff.).

¹²⁵ Vgl. etwa *Röthele*, *Public Health Forum* 2010, 4.e1; *Rao*, *Journal of Medical Marketing* 2012, 229; *Schramm*, *pharma marketing journal* 2012, 14; *Schäfer/Huber*, *pharma marketing journal* 2010, 22; *Camacho*, in: *Ding/Eliashberg/Stremersch* (Hrsg.), *Innovation and Marketing in the Pharmaceutical Industry*, 2014, S. 433 ff.

¹²⁶ Eine besondere Variante besteht in Strategien des „Disease Mongering“. Hierbei wird durch „Erfindung“ neuer Krankheitsbilder ein Markt überhaupt erst erzeugt – sei es durch Neudefinition diagnostischer Kriterien, durch Dramatisierung alltäglicher Symptome oder durch Uminterpretation von Befindlichkeitsstörungen in behandlungsbedürftige Zustände (vgl. etwa die Studie von *Spielmanns*, *Social Science & Medicine* 2009, 14). Dies geschieht nicht nur durch Einflussnahmen auf den professionell-medizinischen Fachdiskurs, sondern auch durch Öffentlichkeitsarbeit, die „Störungen“ problematisiert und darüber die gewünschten Umdeutungen evoziert. Aus den vorhandenen Fallstudien (bspw. zu: Erektions- und Erregungsstörung, Bipolaren Störung, ADHS, Rest-

Zwar ist das in den eindeutigen Formen (Direct-to-Consumer-Marketing) in Deutschland¹²⁷ regulatorisch erschwert,¹²⁸ doch findet es in verdeckten und indirekten Spielarten gleichwohl statt (von Patienteninformationsveranstaltungen über schein-redaktionelle Pressebeiträge¹²⁹ bis zur Instrumentalisierung von Patientenorganisationen¹³⁰). Dabei erfährt dieser Kanal insbesondere durch die Entwicklungen in der Kommunikationstechnologie momentan einen enormen Zusatzimpuls: Mit Blick auf das Aufkommen einer wahrlich massenhaften Informationssuche der Patienten im Internet¹³¹ bieten sich zahlreiche neue Wege des Product Placements,¹³² deren umsatzbezogene Wirksamkeit bereits gezeigt worden

less Legs Syndrom und der Sozialphobie) vgl. stellvertretend *Moynihan/Cassels*, *Selling Sickness*, 2005; *Mintzes*, *PLoS Medicine* 2006, 463; zuletzt etwa *Hall u.a.*, *Australian Family Physician* 2011, 143; *Moynihan u.a.*, *PLoS Medicine* 2013, e1001500; *Moynihan*, *British Medical Journal* 2014, g6246, sowie im Kontext der Medikalierungsdebatte etwa *Dellwing/Harbusch*, *Krankheitskonstruktionen und Krankheitstreiberei*, 2013.

¹²⁷ Anders als in den USA. Zum Missverhältnis zwischen Informations- und Anpreisungsgehalt vgl. etwa die Inhaltsanalyse von Arzneimittelanzeigen bei *Perry/Cox/Cox*, *American Business Law Journal* 2013, 729 (761 ff.).

¹²⁸ Zum Werbeverbot bzgl. verschreibungspflichtiger Medikamente vgl. §§ 10, 11 HWG. Zu weiterführenden Erwägungen in diesem Bereich siehe auch *Greß u.a.*, *Direkte Patienteninformationen für verschreibungspflichtige Arzneimittel – Internationale Erfahrungen und Optionen für Deutschland*, 2007.

¹²⁹ Für die dahingehende journalistische Feldforschung vgl. *Walter/Kobylinski*, *Patient im Visier*, 2010, S. 15 ff., 47 ff., 127 ff.

¹³⁰ Diese sind potenzielle „Produkt-Botschafter“. Speziell zu den fließenden Übergängen zwischen der bloßen finanziellen Unterstützung und der Beeinflussung solcher Organisationen vgl. *Schubert/Glaeske*, *Einfluss des pharmazeutisch-industriellen Komplexes auf die Selbsthilfe*, 2006; *Klemperer*, *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz* 2009, 71 (74 f.); *Feyerabend/Görlitzer*, *Ungleiche Partner*, 2015, S. 8 ff.; auf europäischer Ebene zum Sponsoring vgl. *Perehudoff/Alves*, *Patient & Consumer Organizations at the European Medicines Agency: Financial disclosure & transparency*, 2010; *Wild/Khan/Erdoş*, *Sponsoring von PatientInneninitiativen in Österreich*, 2015.

¹³¹ Zur außerordentlichen Verbreitung von Gesundheitsanfragen im Netz vgl. *Rader u.a.*, *International Journal of Pharmaceutical and Healthcare Marketing* 2014, 193; *Feng/Xie*, *Journal of Health Communication* 2014, 60; *Baumann/Czerwinski*, in: *Böcken/Braun/Meierjürgen* (Hrsg.): *Gesundheitsmonitor 2015*, 2015, S. 57 ff.; Central-Studie „Praxis Dr. Internet“ (unter <https://www.central.de/presse/praxis-dr-internet/alle-materialien-zum-download/> -7.6.2016).

¹³² Dazu aus der Branchenliteratur etwa *Bäder/Schmölzer*, *pharma relations* 2014, 22; zu den sich hier stellenden regulatorischen Fragen etwa *Liang/Mackey*, *Journal of the American Medical Association* 2011, 824.

ist.¹³³ De facto wahrgenommen werden diese Optionen in einem weiten und wachsendem Spektrum, das von der Verbreitung vertriebsförderlich gestalteter Informationsdienstleistungen (Beratungs- und Lifestyle-Seiten mit Marketinginhalten) bis zur Beeinflussung der nutzergenerierten Inhalte in sozialen Netzwerken, Frage-Antwort-Portalen und Gesundheitsforen reicht (über den Einsatz scheinbarer Privater für Einträge, Meinungen, Tipps usw.).¹³⁴ Allein von 2013 auf 2014 stieg so der Einsatz dieser und anderer digitaler Marketing-Kanäle um über 30 %.¹³⁵

V. Institutionelle Korruption und die Grenzen von Strafrecht und Compliance

Das Marketingverhalten der einzelnen Arzneimittelhersteller tritt natürlich in ganz unterschiedlichen Mischungen auf, die bspw. mit dem medizinisch-pharmazeutischen Sektor, den jeweiligen Marktbedingungen und den Gegebenheiten des jeweiligen Unternehmens variieren. Doch im Ganzen gesehen haben Einwirkungen auf Ärzte, die auf Direktkontakten beruhen, in den letzten Jahren eine weitgehende Umstellung durch eine merkliche Orientierung an den Branchenkodizes erfahren. Insofern dominiert meist eine formale Konformität, die die angekündigten §§ 299a ff. StGB vorwegnimmt, dabei aber weniger von derartigen normativen Rahmensetzung herrührt, sondern eher auf (hiervon relativ unabhängige) ökonomische Aspekte zurückgeht. Demgemäß werden die wirtschaftlich weiterhin interessanten Formen (Landschaftspflege, Fortbildungssponsoring) unter Ausschöpfung des „rechtlich irgendwie noch Machbaren“ aufrechterhalten. Daran zeigt sich allerdings auch, dass Strafrecht und Compliance etliche Formen der Vertriebsförderung, die als funktionale Äquivalente des früheren, korruptionsnahen Außendienstes gelten können, unberührt lassen. Noch deutlicher machen dies jene Marketing-Verfahren, die auf die indirekte Arzt-Industrie-Beziehung setzen: Ohne von den normativen Rahmensetzungen betroffen zu sein, erfahren diese Techniken eine Aufwertung: sie werden verfeinert, ausdifferenziert und extensiviert.¹³⁶

¹³³ Vgl. für Produkte zur Gewichtsreduktion auf Facebook die Auswertung von *Raghupathi/Fogel*, *Journal of Medical Marketing: Device, Diagnostic and Pharmaceutical Marketing* 2014, 201.

¹³⁴ Vgl. *Boeschen u.a.*, *Pillenreport 2015*, 2015, S. 30 ff.; für ein Bsp. vgl.

<http://www.sueddeutsche.de/digital/heimliche-werbung-im-internet-das-geschaef-mit-der-gefaelschten-meinung-1.2211777> (9.4.2016).

¹³⁵ *Ims Health*, *Global Pharmaceuticals Marketing Channel Reference*, 2015; vgl. auch *Mackey u.a.*, *BMC Health Service Research* 2015, DOI 10.1186/s12913-015-0885-1.

¹³⁶ Dies hängt auch zusammen mit dem merklichen Übergang zum Multi-Channel-Marketing, bei dem – angepasst an das jeweilige Unternehmen und Produkt – ganz verschiedene Methoden der Vertriebsförderung systematisch kombiniert werden (v.a. auch internetbasierte Formen), um mehrere Zielgruppen (Kliniken, Ärzte, Meinungsbildner, Kostenträger usw.) koordiniert anzusprechen (repräsentativ dazu *Raupach*,

Damit wird das medizinisch-gesellschaftliche Problem, das sich hinter dem (kriminologischen) Korruptionsbegriff verbirgt, von der Vertriebspraxis der Herstellerfirmen auch unter den Bedingungen der neuen strafrechtlichen und Compliance-Vorgaben reproduziert. Genau besehen zielt nämlich jede Form von Pharmamarketing, die den Einsatz konkreter Arzneimittel fördern soll und sich dabei nicht auf sachliche Informationen über das Produkt und dessen Eigenschaften beschränkt, auf die Herstellung von Verschreibungsmotiven bzw. Nutzungsgründen, die jenseits der medizinischen Sachgerechtigkeit liegen. Das gilt ganz unabhängig von ihrem direkten oder indirekten Wirkungsmodus und ihrer formalen Legalität.

Trotz der skizzierten Veränderungen und Konformitätszuwächse bleibt die Praxis des Pharmamarketings also ein Anwendungsfall jenes Konzeptes, das in der Kriminologie als „Institutional Corruption“ amtiert.¹³⁷ Kennzeichnend hierfür ist die Einflussnahme von Institutionen auf Entscheidungsträger, die auf finanziellen oder anderen juristisch meist legalen Mitteln, nicht aber einer direkten Bestechung beruht und dennoch systematisch auf Dauer gestellte subtile Abhängigkeiten erzeugt. Bei den Adressaten unterminiert dies die funktionsgerechte Ausübung von Entscheidungsgewalt, was wiederum deren Integrität und gesellschaftliche Akzeptanz erodieren lässt.¹³⁸ Da sich dieses Vorgehen aus strukturellen (Anreiz-)Bedingungen speist und gleichsam funktionslogisch ist,¹³⁹ bildet es einen immanenten Bestandteil der beteiligten Organisations- und Professionspraxis, der durch das alltägliche Agieren normalisiert und fortwährend stabilisiert wird. Gemessen an dieser Grundproblematik ist durch oberflächli-

che Konformitätsgewinne – und im Übrigen auch die künftige Implementierung von § 299a StGB – wenig erreicht.

Pharmazeutische Industrie 2014, 532; *Sinner u.a.*, Multi-channel Excellence Europe, Customizing adds the magic! Is Pharma making headway?, 2014; *Jost*, in: Trilling (Hrsg.), Pharmamarketing, 3. Aufl. 2015, S. 148 ff.

¹³⁷ Zur aktuellen Diskussion um diese Kategorie vgl. *Newhouse*, Cornell Journal of Law and Public Policy 2014, 553; hierzu aus kriminologischer Warte zusammenfassend *Gray*, British Journal of Criminology 2013, 533 (536 f.); zur dahingehenden Einordnung des Pharmamarketings vgl. *Whitaker/Cosgrove*, Psychiatry Under the Influence, 2015; ferner *Gagnon*, Journal of Law, Medicine & Ethics 2013, 571; *Sah/Fugh-Berman*, The Journal of Law, Medicine & Ethics 2013, 665.

¹³⁸ Dazu, dass Patienten ihr Vertrauen in Ärzte teilweise verlieren, wenn sie um deren finanzielle Verbindung mit Arzneimittelherstellern erfahren, vgl. die Experimente bei *Perry u.a.*, Journal of Law, Medicine & Ethics 2014, 475.

¹³⁹ Hier konkret (*Köbel/Herold/Lubner* [Fn. 12]): Ärzte haben eine weitgehend kontrollfreie Entscheidungsgewalt und bestimmen dadurch über den Umsatz der Arzneimittelunternehmen wesentlich mit. Diese Gruppe anzusprechen und für sich zu gewinnen, ist für die Hersteller daher ein ökonomischer Schlüsselaspekt. Wenn diese Einflussnahme – auf welche Weise auch immer – gelingt, stellt sich der wirtschaftliche Erfolg allerdings auch ganz unabhängig von der jeweiligen Produktinnovation ein.

Tabelle

Wie wird Konformitätseffekt gemessen?	Studien, die Konformitätsgewinne feststellen	Studien, die unklare, schwache, uneinheitliche Effekte feststellen	Studien, die keine Konformitätsgewinne feststellen
<i>Direkt</i> (Deliktszahl, die dokumentiert, von den Urhebern berichtet oder bei Dritten beobachtet wurde)	3	5	2
<i>Indirekt</i> (Verhalten in Fallszenarien; problematisches, aber legales Verhalten, das von Urhebern berichtet oder bei Dritten beobachtet wurde)	16	8	14
<i>Sehr indirekt</i> (situationsgelöste Angaben zu eigenen bzw. betrieblichen Praktiken; Einstellungen; Einschätzungen von Effekten)	11	16	8

Die Bekämpfung der transnationalen organisierten Kriminalität in der EU

Von Prof. Dr. Bernd Hecker, Trier

Die Bekämpfung der in vielfältigen Erscheinungsformen auftretenden transnationalen Organisierten Kriminalität (TOK) stellt schon seit Jahrzehnten eine der größten Herausforderungen für die europäische Kriminalpolitik dar. Ausgehend von den Strategien und Programmen der EU für die Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zeichnet der vorliegende Beitrag die Entwicklung des Europäischen Strafrechts nach. Es wird gezeigt, dass der inzwischen erreichte „acquis communautaire“ eine Vielzahl von Rechtsinstrumenten umfasst, die darauf abzielen, die Gesellschaft und Volkswirtschaften Europas vor TOK zu schützen.

I. Transnationale organisierte Kriminalität

Die transnationale organisierte Kriminalität (TOK) erwirtschaftet jährlich Milliardengewinne, die typischerweise in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf eingeschleust werden.¹ Rasch fortschreitende Entwicklungen in der Kommunikations- und Transporttechnologie eröffnen grenzüberschreitend operierenden kriminellen Netzwerken neue technische Möglichkeiten der Tatbegehung. Die vielfältigen Erscheinungsformen der TOK und die von ihr ausgehenden Bedrohungen werden in der Entschließung des Europäischen Parlaments zu organisiertem Verbrechen, Korruption und Geldwäsche v. 23.10.2013² eindrucksvoll aufgezeigt. Demnach konnten in der EU operierende kriminelle Organisationen, deren Zahl auf ca. 3600 geschätzt wird, ihren Wirkungsbereich auf internationaler Ebene kontinuierlich ausweiten, ihre Tätigkeiten zunehmend diversifizieren, von der wirtschaftlichen Globalisierung profitieren und sich mit kriminellen Vereinigungen aus anderen Ländern verbünden, um Märkte und Einflussgebiete unter sich aufzuteilen. Die TOK vermag verschiedene Arten illegaler – aber zunehmend auch legaler – Güter und Dienstleistungen gleichzeitig bereitzustellen und hierdurch einen wachsenden Einfluss auf die europäische und weltweite Wirtschaft zu gewinnen. Sie verkürzt die Gesamtsteuereinnahmen der Mitgliedstaaten sowie der Union erheblich und kostet die Unternehmen Schätzungen zufolge mehr als 670 Milliarden Euro jährlich. Allein der durch Cyberkriminalität verursachte wirtschaftliche Schaden wird auf 290 Milliarden Euro geschätzt.

II. Europäische Kriminalpolitik

Die europäische Kriminalpolitik befasst sich seit Mitte der 1990er Jahre mit zunehmender Intensität der strafrechtlichen Bekämpfung der TOK.³ Zuvor spielte die Kriminalitätsbe-

kämpfung im Vergleich zu anderen Politikfeldern der früheren EG eine eher untergeordnete Rolle. Die europäische Integration sollte vor allem auf ökonomischem Gebiet vorangebracht werden, also in einem Bereich, in dem die Mitgliedstaaten am ehesten zu einem Verzicht auf Souveränitätsvorbehalte bereit zu sein schienen. Dass die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten (PJZS)⁴ immer stärker in den Fokus der Unionspolitik geriet, hängt vor allem mit dem gravierenden Anstieg der TOK zusammen. Nicht nur unbescholtene Bürger profitieren vom Wegfall der Kontrollen an den Binnengrenzen und der Freizügigkeit des Personen-, Dienstleistungs- und Warenverkehrs. Die Zentren der Wohlstandsgesellschaften der EU-Mitgliedstaaten stellen begehrte Absatzmärkte für illegale Produkte und Dienstleistungen aller Art dar. Sie bilden eine Zielscheibe für kriminelle Angriffe auf geordnete Finanz-, Wirtschafts-, und Wettbewerbsabläufe. Die Einsicht, dass auf sich allein gestellte nationale Strafverfolgungssysteme der Globalisierung der Kriminalität und ihres vielfältigen Bedrohungspotentials weithin hilflos gegenüberstehen, erzeugte einen massiven kriminalpolitischen Handlungsdruck. Dieser drängte nationale Souveränitätsvorbehalte immer stärker zurück und wertete die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zu einem bedeutenden Pfeiler europäischer Integrationspolitik auf. Die EU-Strategien für die Schaffung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, die in den vom Europäischen Rat verabschiedeten Programmen von Tampere (1999-2004), Den Haag (2005-2009), Stockholm (2009-2014) und Ypern/Brüssel (2015-2020) niedergelegt sind, zeugen davon, dass die effektive Verhütung und Bekämpfung der in vielfältigen Erscheinungsformen auftretenden TOK zu den zentralen Zielen der europäischen Kriminalpolitik gehört.⁵

Am 15./16.10.1999 beschloss der Europäische Rat auf seiner Tagung in Tampere⁶ das programmatische Leitziel, kriminelle Organisationen unionsweit zu bekämpfen. Durch die Bereitstellung gemeinsamer polizeilicher und justizieller Ressourcen sollte darauf hingewirkt werden, dass es in der Union keine Verstecke für Straftäter oder Erträge aus Straftaten gibt. In Bezug auf das nationale Strafrecht sollten sich die Bemühungen auf die Vereinbarung gemeinsamer Definitionen, Tatbestandsmerkmale und Sanktionen in einer zunächst

ZStW 121 (2009), 1 (2 ff.); *ders.*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), Einführung Rn. 202 ff.; *Weißer* (Fn. 1), § 9 Rn. 1.

⁴ *Hecker* (Fn. 3), § 5 Rn. 67 ff., 76; *Meyer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Vor Art. 82 ff. AEUV Rn. 21; *Zimmermann*, Jura 2009, 844; *Zöller*, ZIS 2009, 340.

⁵ *Hauck/Peterke*, International Review of the Red Cross 92 (100), 407 (426); *Zeder*, EuR 2012, 34.

⁶ Vgl. hierzu die Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rats in Tampere = Ratsdok. SN 200/99 v. 15./16.10.1999 sowie *Meyer* (Fn. 4), Vor Art. 82 ff. AEUV Rn. 15.

¹ *Hauck/Peterke*, International Review of the Red Cross 92 (100), 407; *Kreß/Gazeas*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 18 Rn. 1; *Weißer*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2013, § 9 Rn. 1.

² Vgl. hierzu und zum Nachfolgenden P7_TA(2013)0444.

³ *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 1 Rn. 10, § 11 Rn. 103 ff.; *Kreß/Gazeas* (Fn. 1), § 18 Rn. 5; *Sieber*,

auf eine begrenzte Anzahl besonders relevanter Kriminalitätsbereiche wie Finanzkriminalität, illegaler Drogenhandel, Menschenhandel, Ausbeutung von Frauen, sexuelle Ausbeutung von Kindern, Cyber- und Umweltkriminalität konzentrieren. Neben der Forderung nach Verbesserung des Informationsaustauschs wurde insbesondere der vom Binnenmarktrecht inspirierte Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen aus der Taufe gehoben.⁷ Die Schlussfolgerungen stellten explizit einen engen Zusammenhang von Strafrechtsangleichung und Zusammenarbeit in Strafsachen her und legten damit den Grundstein für das bis heute dominierende kriminalpolitische Konzept der EU.

In dem am 4./5.11.2004 angenommenen Haager Programm⁸ bekräftigte der Europäische Rat, dass er dem Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vorrangige Bedeutung beimisst. Die Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen sollte weiterhin durch die Annäherung strafrechtlicher Vorschriften erleichtert werden, wobei die besonders schwerwiegenden Deliktsbereiche mit grenzüberschreitender Dimension Priorität haben sollten. Überdies befand der Europäische Rat, dass es zur Verbesserung des grenzüberschreitenden Austauschs von Informationen zur Strafverfolgung einer Neuausrichtung bedarf. Als innovatives Konzept wurde der Grundsatz der Verfügbarkeit vorgestellt, wonach die Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats zur Erfüllung ihrer Aufgaben weitgehend ungehindert auf alle zweckdienlichen Informationen zugreifen können sollen, die bei Strafverfolgungsbehörden in anderen Mitgliedstaaten verfügbar sind.⁹

Durch sein am 10./11.12.2009 angenommenes Stockholmer Programm¹⁰ verlieh der Europäische Rat seiner Überzeugung Ausdruck, dass die Verstärkung von Maßnahmen auf europäischer Ebene in Verbindung mit einer besseren Koordinierung auf regionaler und nationaler Ebene für den Schutz vor transnationalen Bedrohungen, insbesondere Terrorismus und OK, Drogenhandel, Korruption, Menschenhandel, Schleusung sowie illegaler Waffenhandel von zentraler Bedeutung sind. Rat und Kommission wurden ersucht, eine umfassende Unionsstrategie der inneren Sicherheit anzunehmen.¹¹ In der daraufhin am 22.11.2010 verabschiedeten EU-

Strategie der inneren Sicherheit bildete die schwere und organisierte Kriminalität den ersten von fünf Handlungsschwerpunkten der Union, wobei der Bekämpfung von Menschenhandel, sexueller Ausbeutung von Kindern und Kinderpornografie, Cyberkriminalität, Wirtschaftskriminalität und Korruption, Drogenkriminalität sowie Terrorismus besondere Priorität beigemessen wurde.¹² Das vorrangige Ziel wurde in der Schwächung internationaler krimineller Netzwerke gesehen.¹³

Die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung für die Jahre 2015-2020 wurden auf der Tagung des Europäischen Rats am 26./27.6.2014 in Ypern/Brüssel festgelegt.¹⁴ Das „Post-Stockholm-Programm“ setzt auf Konsolidierung und effektive Implementierung des bereits geschaffenen „acquis communautaire“ und verlangt nur punktuell nach neuen Rechtsakten. Unter Ziff. 10 wird das Ziel bekräftigt, den europäischen Bürgern einen echten Raum der Sicherheit zu garantieren, indem die schwere und organisierte Kriminalität einschließlich Menschenhandel und Schleuserkriminalität sowie Korruption durch operative polizeiliche Zusammenarbeit verhütet und bekämpft wird.

Am 15./16.6.2015 nahm der Rat der EU – Justiz und Inneres – Schlussfolgerungen zur erneuerten Strategie der inneren Sicherheit der Europäischen Union (2015-2020) an.¹⁵ Ausgehend vom Postulat einer „ständig zunehmenden Bedrohung insbesondere durch Terrorismus und schwere und organisierte Kriminalität“ benannte der Rat für die kommenden Jahre die folgenden Schwerpunkte für den Bereich der inneren Sicherheit der Europäischen Union: Terrorismus (einschließlich dessen Finanzierung und einschließlich verstärkter Grenzsicherheit), schwere und organisierte Kriminalität, Cyberkriminalität und Cybersicherheit. An konkreten, unverzüglichen Maßnahmen forderte der Rat eine Verstärkung des Rechtsrahmens für Feuerwaffen und eine rasche Schaffung eines wirksamen EU-Systems für Fluggastdatensätze.

III. Unionsverfassungsrechtliche Entwicklungen und Europäisches Strafrecht

Bereits lange vor Inkrafttreten des Lissabonner Reformvertrags erwies sich das gemeinsame Vorgehen der EU-Mitgliedstaaten in den Bereichen innere Sicherheit und Justiz als zentraler und herausragender Faktor der international-arbeits teiligen Verbrechensbekämpfung. Der am 1.11.1993 in Kraft getretene Vertrag von Maastricht schuf erstmals gemeinsame Strukturen für eine intergouvernementale Zusammenarbeit in Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse. Hierzu gehörte namentlich die „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz

⁷ Gärditz, in: Böse (Fn. 1), § 3 Rn. 48; Hecker (Fn. 3), § 12 Rn. 53 ff.; Heger, ZIS 2009, 406 (410 f.).

⁸ ABl. EU 2005 Nr. C 53, S. 1. Vgl. hierzu Meyer (Fn. 4), Vor Art. 82 ff. AEUV Rn. 15.

⁹ Vgl. hierzu Böse, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der EU, 2007, S. 46 ff.; Pörschke, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen am Beispiel des Prümer Modells, 2014, passim.

¹⁰ ABl. EU 2010 Nr. C 115, S. 1, 21 ff. Vgl. hierzu Beukelmann, NJW 2010, 2081 (2083 ff.); Meyer (Fn. 4), Vor Art. 82 ff. AEUV Rn. 23; Zeder, EuR 2012, 34 (51 ff.).

¹¹ Diese umfasst neben der Kriminalitätsbekämpfung auch eine gemeinsame Grundrechtspolitik der Union. Vgl. hierzu Beukelmann, NJW 2010, 2081 (2084); Esser, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1329 (1336 ff.).

¹² KOM (2010) 673 endg., S. 5 ff.; vgl. hierzu Priebe, EuZW 2011, 2. Vgl. auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011 zur OK in der EU = P7_TA(2011)0459.

¹³ Vgl. hierzu KOM (2014) 154 endg., S. 10.

¹⁴ ABl. EU 2014 Nr. C 240, S. 13. Vgl. hierzu Brodowski, ZIS 2015, 79.

¹⁵ Ratsdok. 9798/15. Vgl. hierzu Brodowski, ZIS 2016, 106 (109).

und Inneres“ (ZBJI).¹⁶ Durch die Überführung der ZBJI in den Rahmen des ex-EUV wurden das Procedere für eine Zusammenarbeit aller EU-Mitgliedstaaten sowie die Art der möglichen Maßnahmen abschließend festgelegt.¹⁷ Die Eingliederung der ZBJI in den ex-EUV rechtfertigte sich vorrangig aus der zunehmend grenzüberschreitenden Dimension vieler innen- und justizpolitischer Problemfelder. Zu den in ex-Art. K.1 EUV in der Fassung des Maastrichter Vertrages aufgeführten neun Politikbereichen, die von den Mitgliedstaaten als „Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse“ angesehen wurden, gehörte nunmehr die justizielle Zusammenarbeit in Straf- und Zivilsachen, die Kooperation im Zollwesen sowie die polizeiliche Zusammenarbeit zur Verhütung und Bekämpfung schwerer Formen der internationalen Kriminalität wie Terrorismus und Drogenhandel. Dem Maastrichter Vertrag kommt das Verdienst zu, die bis zu diesem Zeitpunkt in Gestalt einer Vielzahl von Arbeitsgruppen praktizierte informelle Zusammenarbeit¹⁸ auf eine völkervertragsrechtliche Grundlage gestellt und damit in eine institutionalisierte Kooperationsform überführt zu haben.¹⁹ Seitdem gehört die Justiz- und Innenpolitik zu den dynamischsten Politikfeldern der EU.²⁰ Eine Frucht der ZBJI ist der am 16./17.6.1997 auf dem Europäischen Rat in Amsterdam beschlossene Aktionsplan gegen die organisierte Kriminalität, den die Hochrangige Gruppe „Organisierte Kriminalität“ in Ausführung des ihr vom Europäischen Rat in Dublin (13./14.12.1996) erteilten Auftrags ausgearbeitet hat.²¹ Diesem ersten Aktionsplan²² folgte die Gemeinsame Maßnahme 98/733/JI betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union v. 21.12.1998 (GM 98/733/JI)²³, mit der erstmals auf EU-Ebene ein Rechtsakt zur Bekämpfung der OK geschaffen wurde.

Der nächste bedeutsame unionsverfassungsrechtliche Entwicklungsschritt ist in dem am 1.5.1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam zu sehen, der die Grundlagen für

das neue Unionsziel der Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (ex-Art. 29 EUV) schuf. Die ehemalige ZBJI wurde umstrukturiert und als „polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen“ (PJZS) in die ex-Art. 29-42 EUV eingefügt. Die PJZS präziserte und erweiterte die zuvor praktizierte Polizei- und Justizkooperation der Mitgliedstaaten. Sie erfolgte nach Maßgabe der in ex-Art. 34 Abs. 2 lit. a-d) EUV abschließend aufgeführten Handlungsformen, wozu insbesondere auch die einstimmig zu erfolgende Annahme von Rahmenbeschlüssen gehörte. Als vordringliche Bereiche der PJZS, in denen gem. ex-Art. 29 EUV ein „gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten“ zu entwickeln war, wurden zum einen der strafrechtliche Schutz der EG-Finanzinteressen und zum anderen die Verhütung und Bekämpfung transnationaler Kriminalität wie Terrorismus, Menschenhandel, Straftaten gegenüber Kindern, illegaler Drogen- und Waffenhandel, Korruption, Geldwäsche und sonstige Erscheinungsformen schwerer organisierter und nichtorganisierter Kriminalität angesehen.²⁴ Das Unionsziel der Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ sollte durch eine engere Polizei-, Zoll- und Justizzusammenarbeit sowie durch eine Angleichung des mitgliedstaatlichen Strafrechts erreicht werden. Auf dieser Grundlage schuf der Rat in der damals noch intergouvernemental strukturierten sog. „dritten Säule der EU“²⁵ eine Vielzahl von Rahmenbeschlüssen mit strafrechtsrelevanten Mindestvorschriften, die sich über die gesamte Bandbreite schwerer grenzüberschreitender Kriminalität erstreckten, namentlich Terrorismus, OK, Geldfälschung, Drogenkriminalität, Geldwäsche, Menschenhandel, Schleuserkriminalität, Kinderpornographie und Cyberkriminalität.²⁶ Hierzu gehört insbesondere auch der am 11.11.2008 in Kraft getretene und bis auf weiteres fortgeltende²⁷ Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 24.10.2008²⁸ (RB OK), der die Gemeinsame Maßnahme 98/733/JI ersetzt und den für die Angleichung der mitgliedstaatlichen Strafvorschriften zur OK maßgeblichen Mindeststandard festlegt (vgl. unten IV. 1.).

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 begann für die PJZS eine neue Zeitrechnung.²⁹ Die Union tritt an die Stelle der EG, deren Rechtsnachfolgerin sie ist. Die primärrechtlichen Grundlagen der Union bilden fortan der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der den bisherigen EGV ersetzt. Die Gewährleistung eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des

¹⁶ Hecker (Fn. 3), § 5 Rn. 54 ff.; Sinn, in: Gropp/Huber (Hrsg.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, S. 296.

¹⁷ Vgl. hierzu Meyer (Fn. 4), Vor Art. 82 ff AEUV Rn. 8; Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres*, 1996, passim.

¹⁸ Vgl. zu den sog. TREVI-Arbeitsgruppen Hecker (Fn. 3), § 5 Rn. 26 ff.

¹⁹ Gleß, EuR 1998, 748 (749); Nelles, ZStW 109 (1997), 727 (734).

²⁰ Jokisch/Jahnke, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 2 Rn. 1.

²¹ ABl. EG 1997 Nr. C 251, S. 1. Vgl. hierzu ausführlich Sinn (Fn. 16), S. 311 ff.

²² Es folgten zahlreiche weitere Entschlüsse und Aktionspläne. Vgl. hierzu die Auflistung in Ziff. 1.2 der Mitteilung der Kommission „Strategiekonzept für die Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ v. 2.6.2005 = KOM (2005) 232 endg.

²³ ABl. EG 1998 Nr. L 351, S. 1. Vgl. hierzu Kreß, JA 2005, 220; Sinn (Fn. 16), S. 359 ff.

²⁴ Dannecker, Jura 2006, 95 (98 f.); Meyer (Fn. 4), Vor Art. 82 ff AEUV Rn. 13.

²⁵ Hecker (Fn. 3), § 5 Rn. 67 ff.

²⁶ Vgl. zu den derzeit noch fortgeltenden Rahmenbeschlüssen Hecker (Fn. 3), § 11 Rn. 10.

²⁷ Vgl. Art. 9 des Protokolls Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen = ABl. EU 2008 Nr. C 115, S. 322.

²⁸ ABl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42.

²⁹ Hecker (Fn. 3), § 1 Rn. 3; Heger, ZIS 2009, 406; Meyer (Fn. 4), Vor Art. 82 ff AEUV Rn. 21; Sieber, ZStW 121 (2009), 1 (57 ff.); Zöller, ZIS 2009, 340.

Rechts“ wird zum Unionsziel befördert (Art. 3 Abs. 2 EUV). Diese Zielsetzung wird in Art. 67 Abs. 1 AEUV noch einmal mit dem Zusatz bekräftigt, dass die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden. Näher konkretisiert wird die Politik der inneren Sicherheit durch die in Art. 67 Abs. 3 AEUV niedergelegte Programmatik³⁰: Die Union wirkt darauf hin, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität, Koordinierung und Zusammenarbeit von Organen der Strafrechtspflege, gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten. Alle dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zugehörigen Rechtsbereiche werden in Art. 67-89 AEUV zusammengeführt und die bisherige PJZS damit in den supranationalen Bereich überführt.

Der durch den Vertrag von Lissabon eingeführte Art. 83 Abs. 1 AEUV überträgt der Union erstmals eine originäre Strafrechtsangleichungsbefugnis³¹ in Form einer Richtlinienkompetenz für die Schaffung strafrechtlicher Mindeststandards in Fällen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension, wodurch die bislang intergouvernemental strukturierte PJZS auf supranationale Rechtssetzungsverfahren und Handlungsformen umgestellt wird.³² Als Gegenstand einer möglichen Strafrechtsangleichung benennt Art. 83 Abs. 1 S. 2 AEUV wie bereits ex-Art. 31 lit. e) EUV explizit den Bereich der OK. Zwar findet sich im Unionsrecht keine Legaldefinition dieses Begriffes.³³ Gewisse Konturen erhält er jedoch dadurch, dass es sich bei den der OK zuzurechnenden Taten jedenfalls um solche handeln muss, die typischerweise planvoll und arbeitsteilig von mindestens drei organisatorisch verbundenen Personen auf längere Dauer angelegt in Gewinnerzielungsabsicht begangen werden.³⁴ Den nach Art. 83 Abs. 1 AEUV unter dem Aspekt der Zugehörigkeit zur OK angleichungsfähigen Delikten sind neben den Organisations- und Bandendelikten im engeren Sinne auch solche Straftaten zuzurechnen, bei denen ein organisiertes Zusammenwirken mehrerer Täter zwar kein Tatbestandsmerkmal ist, die jedoch typischerweise unter Einsatz techni-

scher, logistischer, finanzieller und personeller Mittel im Rahmen einer arbeitsteilig agierenden Organisation mit Gewinnstreben begangen werden.³⁵

IV. Unionsrechtliche Instrumente zur strafrechtlichen Bekämpfung der TOK

1. Organisierte Kriminalität (RB OK 2008/841/JI)

Der im Rahmen der früheren 3. Säule der EU (PJZS) erlassene, am 11.11.2008 in Kraft getretene und bis auf Weiteres fortgeltende RB OK 2008/841/JI³⁶ (RB OK) basiert auf den Vorgaben des Übereinkommens der Vereinten Nationen v. 15.11.2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität („Palermo-Konvention“), dem die damalige EG durch Beschluss des Rates v. 29.4.2004 beigetreten ist.³⁷ Der RB OK zielt auf eine Angleichung der Definitionen der Straftaten ab, die im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung begangen werden. Hierdurch soll die gegenseitige Anerkennung von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen sowie die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit erleichtert werden.

Als „kriminelle Vereinigung“ bezeichnet Art. 1 Nr. 1 RB OK einen „auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind“.

Das hierin enthaltene Begriffsmerkmal „organisatorischer Zusammenschluss“ wird in Art. 1 Nr. 2 RB OK definiert als ein „Zusammenschluss, der nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung eines Verbrechens gebildet wird und der auch nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat“. Der unionsrechtliche Begriff der kriminellen Vereinigung ist somit durch ein personales (mindestens drei Personen), zeitliches (auf längere Dauer angelegt), organisatorisches (nicht nur zufälliger Zusammenschluss) sowie voluntatives Element (Absicht gemeinsamer Straftatverwirklichung) charakterisiert.³⁸ Überdies werden nur Vermögensdelikte im weitesten Sinne (finanzieller oder sonstiger materieller Vorteil) in Bezug genommen.

Der RB OK 2008 verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 2, eine oder beide der folgenden Verhaltensweisen im Zusammenhang mit einer kriminellen Vereinigung zu inkriminieren:

³⁰ Vgl. hierzu *Jokisch/Jahnke* (Fn. 20), § 2 Rn. 1 ff.; *Meyer* (Fn. 4), Vor Art. 82 ff AEUV Rn. 25 ff.

³¹ Zu der hiervon strikt zu unterscheidenden strafrechtlichen Annexkompetenz der Union gem. Art. 83 Abs. 2 AEUV vgl. *Böse*, in: *Böse* (Fn. 1), § 4 Rn. 16 ff.; *Hecker* (Fn. 3), § 8 Rn. 36 ff.; *Meyer* (Fn. 4), Art. 83 AEUV Rn. 42 ff.

³² *Böse* (Fn. 31), § 4 Rn. 7, 21; *Hecker* (Fn. 3), § 11 Rn. 4 ff.; *Meyer* (Fn. 4), Art. 83 AEUV Rn. 5 ff.; *Zöller*, ZIS 2009, 340 (343).

³³ *Hauck/Peterke*, International Review of the Red Cross 92 (100), 407 (408 ff.); *Kreß/Gazeas* (Fn. 1), § 18 Rn. 2; *Weißer* (Fn. 1), § 9 Rn. 5.

³⁴ Vgl. hierzu *Hauck/Peterke*, International Review of the Red Cross 92 (100), 407 (426); *Kreß/Gazeas* (Fn. 1), § 18 Rn. 2; *Krißmann*, Transnationales Strafprozessrecht, 2009, S. 87 ff.; *Sinn*, in: *Gropp/Sinn* (Hrsg.), OK und kriminelle Organisationen, 2006, S. 503 (507).

³⁵ *Hecker* (Fn. 3), § 11 Rn. 103. Vgl. auch *Gropp/Huber*, in: *Gropp/Huber* (Fn. 16), S. 1 (3), die den Terminus „Organisierte Kriminalität“ als funktionalen Sammelbegriff für typische Gruppenstraftaten verstehen, ohne damit eine spezifische Begriffsbestimmung zu verbinden.

³⁶ ABl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42.

³⁷ ABl. EU 2004 Nr. L 261, S. 69.

³⁸ *Kreß/Gazeas* (Fn. 1), § 18 Rn. 14; *Weißer* (Fn. 1), § 9 Rn. 6.

- a) „das Verhalten einer Person, die sich vorsätzlich und in Kenntnis entweder des Ziels und der allgemeinen Tätigkeit der kriminellen Vereinigung oder der Absicht der Vereinigung, die betreffenden Straftaten zu begehen, aktiv an den kriminellen Tätigkeiten der Vereinigung beteiligt, einschließlich durch Bereitstellung von Informationen oder materiellen Mitteln, Anwerbung neuer Mitglieder oder durch jegliche Art der Finanzierung der Tätigkeiten der Vereinigung, und sich bewusst ist, dass diese Beteiligung zur Durchführung der kriminellen Tätigkeiten der Vereinigung beiträgt“ (sog. „Organisationsmodell“);³⁹
- b) „das Verhalten einer Person, das darin besteht, mit einer oder mehreren Personen eine Vereinbarung über die Ausübung einer Tätigkeit zu treffen, die, falls durchgeführt, der Begehung von in Artikel 1 genannten Straftaten gleichkäme – auch wenn diese Person nicht an der tatsächlichen Durchführung der Tätigkeit beteiligt ist“ (sog. „Verschwörungsmodell“).⁴⁰

Die dem Organisationsmodell (Art. 2 lit. a) RB OK) folgende Konzeption bewirkt eine Strafbarkeitsausdehnung durch Vorverlagerung der Strafbarkeit hinsichtlich künftiger Straftaten, die aus der kriminellen Vereinigung heraus begangen werden sollen. Des Weiteren werden klassische Beihilfehandlungen wie das Unterstützen durch Informationsbeschaffung oder das Anwerben von Mitgliedern zu täterschaftlichen Beiträgen hochgestuft. Ein auf dem Verschwörungsmodell (Art. 2 lit. b) RB OK) basierender Straftatbestand setzt demgegenüber keinerlei organisatorisch verfestigte Vereinigungsstruktur voraus. Vielmehr lässt er es genügen, dass mindestens zwei Personen die Begehung einer konkreten, auf Gewinnerzielung gerichteten Tat verabreden. Nicht erforderlich ist, dass die hieran beteiligte Person tatsächlich einen Beitrag zur Durchführung der verabredeten Tat leistet.⁴¹

Art. 3 Abs. 1 RB OK gibt vor, dass die in Art. 2 lit. a) und lit. b) RB OK genannten Straftaten mit einer Mindesthöchststrafe von zwei bis fünf Jahren bedroht werden müssen. Folgt ein Mitgliedstaat dem in Art. 2 lit. b) RB OK angelegten „Verschwörungsmodell“, wird ihm die Option eröffnet, für die Tat den gleichen Strafrahmen vorzusehen wie für die Straftat, auf die sich die Verabredung bezieht (Art. 3 Abs. 1 lit. b) RB OK). Des Weiteren muss nach Art. 3 Abs. 2 RB OK sichergestellt werden, dass die Begehung einer Straftat nach Art. 2 RB OK im Rahmen einer kriminellen Vereinigung als erschwerender Umstand betrachtet werden kann. Diese Vorgabe verlangt nicht zwingend die Einführung eines Qualifikationsstatbestandes. Vielmehr kann die Strafschärfung auch im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung erreicht werden.⁴² Art. 4 RB OK gestattet den Mitgliedstaaten die Gewährung von Strafmilderungen bis hin zum Absehen von Strafe für Fälle der tätigen Reue und für Kronzeugen.

³⁹ *Kreß/Gazeas* (Fn. 1), § 18 Rn. 10; *Weißer* (Fn. 1), § 9 Rn. 5, 7.

⁴⁰ *Kreß/Gazeas* (Fn. 1), § 18 Rn. 16; *Weißer* (Fn. 1), § 9 Rn. 5, 9.

⁴¹ *Weißer* (Fn. 1), § 9 Rn. 9.

⁴² *Kreß/Gazeas* (Fn. 1), § 18 Rn. 18.

Art. 5 Abs. 1 RB OK verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass eine juristische Person für eine Straftat nach Art. 2 RB OK verantwortlich gemacht werden kann, die zu ihren Gunsten von einer Person begangen wird, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt hat und die eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person innehat. Nach Art. 6 Abs. 1 RB OK müssen gegen eine im Sinne des Art. 5 Abs. 1 RB OK verantwortliche juristische Person wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen verhängt werden können, zu denen straf- oder nichtstrafrechtliche Geldsanktionen gehören und andere Sanktionen gehören können, beispielsweise der Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen oder Hilfen, das vorübergehende oder ständige Verbot der Ausübung einer Handelstätigkeit, die richterliche Aufsicht, die richterlich angeordnete Auflösung oder die vorübergehende oder endgültige Schließung von Einrichtungen, die zur Begehung der Straftat genutzt wurden.

Art. 7 Abs. 1 RB OK verlangt von jedem Mitgliedstaat, sicherzustellen, dass seine Gerichtsbarkeit sich mindestens auf die Fälle erstreckt, in denen die Straftaten nach Art. 2 RB OK

- a) ganz oder teilweise in seinem Hoheitsgebiet begangen wurden, unabhängig von dem Ort, an dem die kriminelle Vereinigung ihre Operationsbasis hat oder ihre kriminellen Tätigkeiten ausübt;
- b) von einem seiner Staatsangehörigen begangen wurden oder
- c) zugunsten einer im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats niedergelassenen juristischen Person begangen wurden.

Bemerkenswert ist, dass die Mitgliedstaaten ihre Strafverfolgungszuständigkeit für ganz oder teilweise auf ihrem Hoheitsgebiet begangene Straftaten nach Art. 2 RB OK auch auf die Beteiligung an einer ausländischen kriminellen Vereinigung außerhalb der EU erstrecken müssen.⁴³ Sofern ein Mitgliedstaat seine Staatsangehörigen nicht ausliefert, muss er nach Art. 7 Abs. 3 RB OK die Voraussetzungen dafür schaffen, Auslandstaten seiner Staatsangehörigen im Wege der stellvertretenden Strafrechtspflege verfolgen zu können.

2. Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vermögenswerte (RL 2014/42/EU)

Bereits im Stockholmer Programm (vgl. oben II.) wurde gefordert, rechtswidrig erlangte Vermögenswerte wirksamer zu ermitteln und abzuschöpfen, um kriminellen Netzwerken den finanziellen Tatanreiz zu nehmen. In Umsetzung dieser Forderung erfährt das europäische Gewinnabschöpfungsrecht mit der am 19.5.2014 in Kraft getretenen Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union⁴⁴ eine

⁴³ *Kreß/Gazeas* (Fn. 1), § 18 Rn. 22.

⁴⁴ ABl. EU 2014 Nr. L 127, S. 39. Die Richtlinie bindet Dänemark und GB nicht (vgl. Erwägungsgründe Ziff. 43, 44).

erhebliche Umgestaltung.⁴⁵ Nach Auffassung des EU-Gesetzgebers ist das Streben nach Profit die wichtigste Triebfeder der TOK. Daher gehören das effiziente Aufspüren und die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten zu den wirksamsten Maßnahmen zur ihrer Bekämpfung. Da sich die bestehenden Regelungen für die erweiterte Einziehung und die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen nur als eingeschränkt wirksam erwiesen haben, sollen die Regelungen der Mitgliedstaaten zur Sicherstellung und Einziehung durch die Annahme von Mindestvorschriften einander angenähert werden (Art. 1 Abs. 1 RL 2014/42/EU). Den zuständigen Behörden sollen die Rechtsinstrumente zur Verfügung gestellt werden, die erforderlich sind, um die aus Straftaten erlangten Erträge ermitteln, sicherstellen, verwalten und einziehen zu können.

Das derzeit geltende Konzept zur Abschöpfung illegaler Gewinne aus Straftaten soll dergestalt präzisiert werden, dass es nicht nur die unmittelbar aus einer kriminellen Tätigkeit erlangten Erträge umfasst, sondern auch alle mittelbaren Vorteile einschließlich der aus einer späteren Reinvestition oder Umwandlung direkter Erträge erlangten Vorteile (Art. 2 Nr. 1; 3 lit. a-k) RL 2014/42/EU). Somit können Erträge alle Vermögensgegenstände umfassen, einschließlich derer, die ganz oder teilweise in andere Vermögensgegenstände umgeformt oder umgewandelt wurden, oder derer, die mit aus rechtmäßigen Quellen erworbenen Vermögensgegenständen vermischt wurden, bis zur Höhe des Schätzwerts der Erträge, die vermischt wurden. Sie können auch Einkommen oder andere Gewinne umfassen, die aus Erträgen aus Straftaten oder aus Vermögensgegenständen, in die bzw. mit denen diese Erträge aus Straftaten umgeformt, umgewandelt oder vermischt wurden, stammen.

Art. 2 Nr. 2 RL 2014/42/EU enthält eine weit gefasste Definition der „Vermögensgegenstände“, die sichergestellt und eingezogen werden können. Diese Definition erstreckt sich auch auf rechtserhebliche Schriftstücke oder Urkunden, die das Recht auf solche Vermögensgegenstände oder Rechte daran belegen. Bei diesen Schriftstücken oder Urkunden kann es sich beispielsweise um Finanzinstrumente oder Schriftstücke handeln, die Ansprüche von Gläubigern begründen können und sich in der Regel im Besitz der von den einschlägigen Verfahren betroffenen Person befinden.

Zur effektiven Bekämpfung der TOK sollen nach einer strafrechtlichen Verurteilung nicht nur Vermögensgegenstände eingezogen werden können, die mit einer bestimmten Straftat in Zusammenhang stehen, sondern darüber hinaus auch weitere Vermögensgegenstände, die das Gericht als Erträge aus anderen Straftaten ansieht („erweiterte Einziehung“; vgl. Art. 5 Abs. 1 RL 2014/42/EU). Der frühere Rahmenbeschluss des Rates v. 24.2.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten⁴⁶ sah drei Fallkonstellationen vor, in denen sich die Mitgliedstaaten für eine erweiterte Einziehung entscheiden

können. Bei der Umsetzung dieses Rahmenbeschlusses haben die Mitgliedstaaten unterschiedliche Optionen gewählt, die zu uneinheitlichen Konzepten der erweiterten Einziehung im nationalen Recht geführt haben. Diese Unterschiede behindern nach Auffassung des EU-Gesetzgebers die grenzübergreifende Zusammenarbeit im Zusammenhang mit Einziehungsfällen. Die Bestimmungen über die erweiterte Einziehung sollen daher durch die Vorgabe einer einheitlichen Mindestregelung weiter harmonisiert werden (Art. 5 Abs. 2 RL 2014/42/EU).

3. Illegaler Drogenhandel (RB 2004/757/JI)

Illegaler Drogenhandel bildet seit jeher ein wesentliches Betätigungsfeld der TOK.⁴⁷ Er stützt Strukturen der OK, wirkt auf besonders betroffene Staaten destabilisierend, gefährdet die öffentliche Gesundheit und wird nicht zuletzt auch zur Finanzierung terroristischer Aktivitäten genutzt. Der Umsatz im weltweiten Drogengeschäft wird auf 320 Mrd. US-Dollar pro Jahr geschätzt. Die Anti-Drogenpolitik der EU umfasst daher neben gesundheitspolitischen Programmen zur Drogenprävention und Maßnahmen zur Überwachung des Handels mit Drogenausgangsstoffen auch den Einsatz strafrechtlicher Instrumente gegen Betäubungsmittelkriminalität.⁴⁸ Am 17.12.1996 nahm der Rat im Rahmen der ZBJI (vgl. oben III.) die Gemeinsame Maßnahme 96/750/JI betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften und der Verfahren der Mitgliedstaaten der EU zur Bekämpfung der Drogenabhängigkeit und zur Verhütung und Bekämpfung des illegalen Drogenhandels⁴⁹ an. In ex-Art. 29 EUV wurde die Verhütung und Bekämpfung des illegalen Drogenhandels als zentrales Unionsziel hervorgehoben. Nach ex-Art. 31 lit. e) EUV umfasste das gemeinsame Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der PJZS (vgl. oben III.) auch die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in dem Bereich des illegalen Drogenhandels. Auf dieser Grundlage nahm der Rat am 25.11.2004 den bis auf weiteres fortgeltenden Rahmenbeschluss 2004/757/JI zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels⁵⁰ an. Der Rahmenbeschluss legt einen Mindeststandard für die Ausgestaltung des nationalen Betäubungsmittelstrafrechts fest.⁵¹ Im Oktober 2011 hat die Kommission in einer Mitteilung an Rat und Parlament ein noch entschlosseneres Vorgehen gefordert und weitergehende Maßnahmen zur gezielten Bekämpfung der Netze der TOK und des grenzüberschreitenden Drogenhan-

⁴⁷ Weißer (Fn. 1), § 9 Rn. 22.

⁴⁸ Böse, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 20 Rn. 3 ff.

⁴⁹ ABl. EG 1996 Nr. L 342, S. 6.

⁵⁰ ABl. EG 2004 Nr. L 335, S. 8. Vgl. hierzu Böse (Fn. 48), § 20 Rn. 6 ff.; Hecker (Fn. 3), § 11 Rn. 45 ff.; Weißer (Fn. 1), § 9 Rn. 27 ff.

⁵¹ Vgl. den Bericht der Kommission zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses in den Mitgliedstaaten = KOM (2009) 669 endg.

⁴⁵ Vgl. hierzu Hecker (Fn. 3), § 11 Rn. 57 ff.; Kilchling, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 16 Rn. 21.

⁴⁶ ABl. EG 2005 Nr. L 68, S. 49.

dels angekündigt.⁵² Durch den am 7.12.2012 angenommenen und am 30.11.2013 in Kraft getretenen Drogenaktionsplan der EU (2013-2016)⁵³ wird der politikübergreifende Ansatz der Vorläuferpläne mit den Schwerpunkten Koordinierung der Drogenpolitik auf EU-Ebene, Reduzierung des Drogenangebots und der Drogennachfrage, internationale Zusammenarbeit, Forschung und Evaluierung der bisher durchgeführten Maßnahmen fortgeführt.

4. Menschenhandel (RL 2011/36/EU) und sexuelle Ausbeutung von Kindern (RL 2011/93/EU)

Menschenhandel – eine Form moderner Sklaverei – gehört zu den bedeutsamsten Betätigungsfeldern der TOK.⁵⁴ Im engeren Sinne lässt sich der vom Menschenschmuggel („Schleuser- bzw. Schlepperkriminalität“) abzugrenzende Menschenhandel als das Verbringen einer Person gegen ihren Willen unter Anwendung von Gewalt oder Drohung, Ausnutzen eines Abhängigkeitsverhältnisses oder Täuschung umschreiben. Als besonders praxisrelevante Erscheinungsformen des Menschenhandels sind der Prostitutionstourismus, organisierte Heiratshandel, Organhandel und Adoptionskinderhandel zu nennen.⁵⁵ Der jährliche Ertrag aus dem Menschenhandel wird auf 25 Milliarden Euro geschätzt.⁵⁶

Am 15.4.2011 ist die Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer⁵⁷ in Kraft getreten, die den Rahmenbeschluss 2002/629/JI v. 29.7.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels ersetzt. Die Richtlinie zielt darauf ab, dem Menschenhandel durch ein umfassendes strafrechtliches Konzept zu begegnen, bei welchem dem Opferschutz eine besondere Bedeutung zukommt. Jeder Mitgliedstaat hat nach Art. 2 Abs. 1 RL 2011/36/EU die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass folgende vorsätzliche Handlungen einschließlich Anstiftung, Beihilfe und Versuch (Art. 3 RL 2011/36/EU) unter Strafe gestellt werden:

„Die Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen, einschließlich der Übergabe oder Übernahme der Kontrolle über diese Personen, durch die Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderer Formen der Nötigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung, Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit oder durch Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen oder Vorteilen zur Erlangung des

Einverständnisses einer Person, die die Kontrolle über eine andere Person hat, zum Zwecke der Ausbeutung“.

Eine besondere Schutzbedürftigkeit liegt vor, wenn die betreffende Person keine wirkliche oder für sie annehmbare andere Möglichkeit hat, als sich dem Missbrauch zu beugen (Art. 2 Abs. 2 RL 2011/36/EU). Ausbeutung umfasst mindestens die Ausnutzung der Prostitution anderer oder andere Formen sexueller Ausbeutung, Zwangsarbeit oder erzwungene Dienstleistungen, einschließlich Betteltätigkeiten, Sklaverei oder sklavereiähnliche Praktiken, Leibeigenschaft oder die Ausnutzung strafbarer Handlungen oder die Organentnahme (Art. 2 Abs. 3 RL 2011/36/EU). Das Einverständnis eines Opfers von Menschenhandel zur beabsichtigten oder tatsächlich vorliegenden Ausbeutung ist unerheblich, wenn eines der in Art. 2 Abs. 1 aufgeführten Mittel vorliegt (Art. 2 Abs. 4 RL 2011/36/EU). Betrifft die Handlung nach Art. 2 Abs. 1 RL 2011/36/EU ein Kind (Person unter 18 Jahre), so ist sie auch dann als Menschenhandel unter Strafe zu stellen, wenn keines der in Art. 2 Abs. 1 RL 2011/36/EU aufgeführten Mittel vorliegt (vgl. Art. 2 Abs. 5 RL 2011/36/EU). Straftaten nach Art. 2 RL 2011/36/EU sind mit einer Mindesthöchststrafe von fünf Jahren zu bedrohen (Art. 4 Abs. 1 RL 2011/36/EU). Mindestens eine Höchststrafe von zehn Jahren ist für qualifizierte Straftaten vorzusehen, insbesondere von solchen, die sich gegen Kinder richten (Art. 4 Abs. 2 lit. a RL 2011/36/EU) oder die im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangen wurden (Art. 4 Abs. 2 lit. b RL 2011/36/EU).

Der strafrechtliche Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung wird durch die am 17.12.2011 in Kraft getretene Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.11.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des RB 2004/68/JI des Rates⁵⁸ ergänzt.

5. Schleuserkriminalität (RB 2002/946/JI)

Angeichts des anhaltend hohen, durch die aktuelle „Flüchtlingskrise“ extrem verstärkten Zuwanderungsdrucks auf die Außengrenzen der EU ist die Entwicklung einer koordinierten Asyl-, Einwanderungs- und Grenzsicherungspolitik zu einem Kernbereich der europäischen Innen- und Justizpolitik geworden. Nur durch ein abgestimmtes Vorgehen lässt sich verhindern, dass divergierende Regelungen in den Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Belastungen führen. Auch der Einsatz strafrechtlicher Mittel zur Bekämpfung illegaler Migration wird mit Recht als bedeutsames Steuerungselement der europäischen Migrationspolitik begriffen.⁵⁹ Denn im Bereich der Schleuserkriminalität – verstanden als Mitwirkung an illegaler Migration – stoßen die Strafverfolgungsbehörden

⁵² KOM (2011) 689 endg.

⁵³ ABl. EU 2013 Nr. C 351, S. 1.

⁵⁴ Huber, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 21 Rn. 1; Weißer (Fn. 1), § 9 Rn. 41.

⁵⁵ Rabe, APuZ 2013, 15; Zimmermann, Die Strafbarkeit des Menschenhandels im Lichte internationaler und europarechtlicher Rechtsakte, 2010, S. 1 ff.

⁵⁶ Vgl. hierzu die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23 Oktober 2013 zu organisiertem Verbrechen, Korruption und Geldwäsche = P7_TA(2013)0444.

⁵⁷ ABl. EU 2011 Nr. L 101, S. 1. Vgl. hierzu Hecker (Fn. 3), § 11 Rn. 25 ff.; Huber (Fn. 54), § 21 Rn. 19 ff.; Weißer (Fn. 1), § 9 Rn. 47 ff.

⁵⁸ ABl. EU 2011 Nr. L 335, S. 1 sowie Berichtigung in ABl. EU 2012 Nr. L 18, S. 7. Vgl. hierzu Hecker (Fn. 3), § 11 Rn. 34 ff.; Huber (Fn. 54), § 23 Rn. 39 ff.; Weißer (Fn. 1), § 9 Rn. 63 ff.

⁵⁹ KOM (2000) 757, S. 11 f.

immer wieder auf grenzüberschreitende, organisierte Täterstrukturen.⁶⁰

Das zentrale Rechtsinstrument zur Bekämpfung der Schleuserkriminalität auf Unionsebene bildet nach wie vor der am 6.12.2002 in Kraft getretene Rahmenbeschluss 2002/946/JI v. 28.11.2002 betreffend die Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt.⁶¹ Dieser Rahmenbeschluss verlangt von den Mitgliedstaaten, die in Art. 1 der Richtlinie 2002/90/EG des Rates v. 28.11.2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt⁶² benannten Formen der Schleuserkriminalität (Beihilfe zur illegalen Einwanderung) mit kriminalstrafrechtlichen Mitteln zu bekämpfen, wenn diese den unerlaubten Grenzübertritt im engeren Sinne betrifft oder wenn ein Netzwerk zur Ausbeutung von Menschen unterhalten wird. Nach Art. 1 Abs. 3 sind Handlungen, die zu Gewinnzwecken im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangen werden, mit Freiheitsstrafen im Höchstmaß von mindestens acht Jahren zu bedrohen.

6. Fälschung von Zahlungsmitteln (RL 2014/62/EU sowie RB 2001/413/JI)

Zu den bevorzugten Tätigkeitsfeldern der TOK gehört das Herstellen und Inverkehrbringen von Falschgeld. Geldfälschung wird in allen Mitgliedstaaten seit jeher mit strengen strafrechtlichen Sanktionen geahndet. Auch die EU hält es für unerlässlich, das Vertrauen der Bürger und Unternehmen in die Echtheit von Bargeld zu schützen. Dies gilt besonders für den Euro als einheitliche Währung von über 330 Mio. Menschen im Euro-Währungsgebiet und als zweitwichtigste internationale Währung. Am 22.5.2014 ist die Richtlinie 2014/62/EU des EP und des Rates v. 15.5.2014 zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2000/383/JI in Kraft getreten.⁶³ Durch die Angleichung der mitgliedstaatlichen Straftatbestände soll gewährleistet werden, dass der Euro und andere Währungen in allen Mitgliedstaaten wirksam geschützt werden. Außerdem enthält die Richtlinie Bestimmungen für eine verstärkte Bekämpfung und eine verbesserte Ermittlung dieser Delikte sowie für eine effektivere Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden.

Für den Bereich der unbaren Zahlungsmittel statuiert der am 3.6.2001 in Kraft getretene und bis auf weiteres fortgeltende Rahmenbeschluss 2001/413/JI v. 28.5.2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln⁶⁴ Pönalisierungspflichten, die dazu

beitragen sollen, einen gleichwertigen und zugleich auch verstärkten strafrechtlichen Schutz von unbaren Zahlungsmitteln sicherzustellen.

7. Korruption (EU-BestÜbk.; RB 2003/568/JI)

Das Europäische Parlament weist in seiner Entschließung v. 23.10.2013⁶⁵ darauf hin, dass die Bestechung von Amtsträgern in vielen Fällen den illegalen Geschäften der OK förderlich ist, da diese dadurch unter anderem auf vertrauliche Informationen zugreifen, falsche Dokumente erhalten, Ausschreibungsverfahren steuern, eigene illegale Einkünfte waschen und Gegenmaßnahmen von Justiz- und Polizeibehörden ausweichen kann. Angesichts der globalen wirtschaftlichen Verflechtung hat sich der Kampf gegen Korruption von der nationalen auf die europäische und internationale Ebene verlagert und um den privaten Sektor erweitert.⁶⁶ Dies spiegelt sich in den Rechtsakten der EU wider, in denen rechtliche Vorgaben des Europarats, der UNO und der OECD gegen öffentliche und private Korruption aufgegriffen worden sind. Zur strafrechtlichen Bekämpfung der mit Angriffen auf den Finanzhaushalt der EG zusammenhängenden Amtsträgerkorruption nahm der Rat das Protokoll zur Bekämpfung der Bestechung und Bestechlichkeit v. 27.1.1996⁶⁷ an, das am 17.10.2002 gemeinsam mit dem Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG (PIF-Konvention)⁶⁸ in Kraft getreten ist. Am 26.5.1997 erfolgte die Annahme des am 28.9.2005 in Kraft getretenen Übereinkommens über die Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der europäischen Union beteiligt sind (EU-Bestechungsübereinkommen)⁶⁹, durch das der strafrechtliche Schutz auch auf Bestechungshandlungen ausgedehnt wurde, die nicht im Zusammenhang mit der Schädigung von EG-Finanzinteressen stehen und das die Anwendbarkeit des nationalen Strafrechts auf die Bestechung von Gemeinschaftsbeamten und Beamten anderer Mitgliedstaaten sicherstellen soll. Nach Auffassung des Rates gefährdet auch die Bestechung im privaten Bereich die Rechtstreue der Gesellschaft, verzerrt den Wettbewerb im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen und hemmt eine gesunde wirtschaftliche Entwicklung. Mit dem bis auf weiteres fortgeltenden Rahmenbeschluss 2003/568/JI v. 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor⁷⁰ soll gewährleistet werden, dass die Korruption im privaten Sektor in allen Mitgliedstaaten unter Strafe gestellt wird, juristische Personen für diese Straftaten haftbar

⁶⁵ P7_TA(2013)0444.

⁶⁶ Dannecker (Fn. 64), § 8 Rn. 79 ff.; Killmann (Fn. 64), § 13 Rn. 1 ff.

⁶⁷ ABl. EG 1996 Nr. C 313, S. 2. Vgl. hierzu Dannecker, in: Dannecker/Leitner (Hrsg.), Handbuch Korruption, 2012, S. 159 (167 f.); Killmann (Fn. 64), § 13 Rn. 3 ff.

⁶⁸ ABl. EG 1995 Nr. C 316, S. 48. Vgl. hierzu Dannecker (Fn. 64), § 8 Rn. 33 ff.

⁶⁹ ABl. EG 1997 Nr. C 195, S. 1. Vgl. hierzu Dannecker (Fn. 64), § 8 Rn. 93 ff.

⁷⁰ ABl. EG 2003 Nr. L 192, S. 54; vgl. hierzu Dannecker (Fn. 64), § 8 Rn. 97; Killmann (Fn. 64), § 13 Rn. 8 ff.

⁶⁰ Kilchling/Herz, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 22 Rn. 2; Oegel, in: Gehl (Hrsg.), Europa im Griff der organisierten Kriminalität, 2006, S. 39.

⁶¹ ABl. EG 2002 Nr. L 328, S. 1.

⁶² ABl. EG 2002 Nr. L 328, S. 17.

⁶³ ABl. EU 2014 Nr. L 151, S. 1. Vgl. hierzu Kuhl, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 14 Rn. 3 ff.

⁶⁴ ABl. EG 2001 Nr. L 149, S. 1. Vgl. hierzu Dannecker, in: Böse (Fn. 1), § 8 Rn. 16 ff.; Killmann, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 15 Rn. 1 ff.

gemacht werden können und die zu verhängenden Strafen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind.

8. Angriffe auf Informationssysteme (RL 2013/40/EU)

Elektronische Informationssysteme sind von grundlegender Bedeutung für die moderne Informationsgesellschaft. Von ihrer Funktionsfähigkeit sind etwa das Finanzsystem, die Produktionssteuerung in Unternehmen, die Verkehrsinfrastruktur im Bahn- und Flugverkehr, die Stromversorgung, die Steuerung von Kraftwerken, die öffentliche Verwaltung, die militärischen Systeme sowie – ganz allgemein – die Kommunikationsinfrastruktur abhängig. Sie bieten aufgrund bestehender technischer Sicherheitslücken eine empfindliche Angriffsfläche für Manipulationen und schädliche Einwirkungen jeder Art, die mit Hilfe des Internets von jedem Ort der Welt aus begangen werden können.⁷¹ Zu denken ist insbesondere an Computerspionage (unberechtigtes Eindringen in fremde Rechner und Ausforschung fremder Daten; „Hacking“), Computersabotage (Beschädigung oder Vernichtung von Daten), Computermanipulation (Datenveränderung mit dem Ziel, das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges zu beeinflussen) sowie Urheberrechtsverletzung (unberechtigte Nutzung und Verwertung von Computerprogrammen und -daten).⁷² Die für solche Taten entwickelten Werkzeuge bilden vielfach auch den Modus Operandi für die computergestützte Begehung von Betrug, Wirtschaftsdelikten und illegalem Glücksspiel sowie für die Verbreitung illegaler Inhalte im Internet (z. B. Propagandadelikte, Kinderpornografie).

Nach Auffassung der Union bedrohen Angriffe auf Informationssysteme das Ziel des Aufbaus einer sichereren Informationsgesellschaft. Es fänden – insbesondere im Rahmen der TOK – Angriffe auf Informationssysteme statt und es wachse die Furcht vor Terroranschlägen auf Informationssysteme, die Teil der kritischen Infrastruktur der Mitgliedstaaten seien. Vor dem Hintergrund dieser Lageeinschätzung hat der Rat am 24.2.2005 den Rahmenbeschluss 2005/222/JI über Angriffe auf Informationssysteme⁷³ angenommen, der am 16.3.2005 in Kraft trat und zu weiten Teilen über die Cyber-Crime-Konvention des Europarats v. 23.11.2001⁷⁴ hinausgeht. Am 12.8.2013 verabschiedete der EU-Gesetzgeber schließlich die am 10.9.2013 in Kraft getretene Richtlinie 2013/40/EU des EP und des Rates über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates⁷⁵. Durch eine Mindestangleichung des materiellen Strafrechts soll sichergestellt werden, dass alle Formen schwerwiegender Angriffe auf Informationssysteme mit Hilfe der verfügbaren Techniken und Methoden

aufgeklärt, verfolgt und geahndet werden können. Auf diese Weise soll eine hohe Abschreckungswirkung erzielt und die für die internationale Rechtshilfe erforderliche beiderseitige Straf- und Verfolgbarkeit gewährleistet werden.⁷⁶

9. Geldwäsche (RL [EU] 2015/849)

Als „Geldwäsche“ werden üblicherweise Vorgänge bezeichnet, die darauf abzielen, die illegale Existenz, Quelle oder Verwendung von Geld oder geldwerten Gütern zu verbergen bzw. so zu bemänteln, dass sie aus einer legalen Herkunft herzurühren scheinen.⁷⁷ Es liegt auf der Hand, dass die liberalisierten Wirtschafts- und Finanzstrukturen des zusammenwachsenden Europas der grenzüberschreitend operierenden OK vielfältige Möglichkeiten eröffnet, „schmutzige“ Vermögenswerte in den legalen Wirtschaftskreislauf des Binnenmarktes einzuschleusen, zu verwerten oder zu erneuten illegalen Aktivitäten zu nutzen.⁷⁸ Die durch Geldtransfer entstehenden Schwarzgeldströme gefährden die Stabilität und das Ansehen des Finanzsektors und stellen eine Bedrohung für den Binnenmarkt dar. Vor diesem Hintergrund hat die EU bereits seit Beginn der 1990er Jahre strafrechtliche und außerstrafrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche ergriffen, weil diesem Phänomen nach ihrer Überzeugung nur in einem europäischen Rahmen wirksam begegnet werden kann.⁷⁹ Außerdem wurde befürchtet, dass die angestrebte Vollendung des Binnenmarktes Rückschläge erleiden könnte, wenn die Mitgliedstaaten divergierende Maßnahmen zum Schutz ihres nationalen Finanzsektors ergreifen.⁸⁰

Der unionsrechtliche Mindeststandard der Geldwäschestrafbarkeit wird heute maßgeblich durch die Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (4. Geldwäscherichtlinie)⁸¹ vorgezeichnet. Das spezifische Gefährdungspotential der Geldwäsche ergibt sich aus einem Täuschungselement, nämlich dem Einschleusen inkriminierter Gegenstände in den legalen Wirtschaftskreislauf als diesem entstammend. Diesen Ansatz aufgreifend, normiert Art. 1 Abs. 3 lit. a-c) RL (EU) 2015/849 drei sich teilweise überschneidende Tatbestände (Verschleierungs-, Absichts- und Vermögenshehlereiartbestand), in denen das geldwäschspezifische Täuschungselement in objektiver oder subjektiver

⁷¹ Sieber (Fn. 3), § 24 Rn. 1 ff.

⁷² Bär, in: Gierhake/Bockemühl/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintzel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1 (3 ff.); Meier, in: Hilgendorf/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag, 2012, S. 209 (210 ff.).

⁷³ ABl. EU 2005 Nr. L 69, S. 67.

⁷⁴ ETS Nr. 185.

⁷⁵ ABl. EU 2013 Nr. L 218, S. 8. Vgl. hierzu Sieber (Fn. 3), § 24 Rn. 70 ff.

⁷⁶ Vgl. hierzu bereits Hilgendorf, in: Schwarzenegger/Arter/Jörg (Hrsg.), Internet-Recht und Strafrecht, 2005, S. 257, (271 ff.).

⁷⁷ Dannecker (Fn. 64), § 8 Rn. 120.

⁷⁸ Sinn (Fn. 34), S. 509 f.

⁷⁹ Dannecker (Fn. 64), § 8 Rn. 128 ff.; Hecker (Fn. 3), § 8 Rn. 11 ff.; Kilchling (Fn. 45), § 16 Rn. 1 ff.

⁸⁰ Dannecker (Fn. 64), § 8 Rn. 129.

⁸¹ ABl. EU 2015 Nr. L 141, S. 73.

Ausprägung in Erscheinung tritt.⁸² In dem Katalog des Art. 3 Nr. 4 lit. a-f) RL (EU) 2015/849 sind diejenigen Handlungen aufgeführt, die von den Mitgliedstaaten zwingend als geldwäscherelevante Vortaten einzustufen sind. Neben der strafrechtlichen Sanktionierung bilden die Sicherstellung und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (Gewinnabschöpfung) das weitere Hauptinstrument der Geldwäschebekämpfung (vgl. oben IV. 2.).

10. International-arbeitsteilige Strafverfolgung in der EU

Im Hinblick darauf, dass die kriminellen Netzwerke grenzüberschreitend agieren, kommt den EU-Agenturen Europol, Eurojust und Frontex eine zentrale Rolle bei der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung zu.⁸³

a) Europol

Europol unterstützt und verstärkt die Tätigkeit der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie deren Zusammenarbeit bei der Prävention und Bekämpfung von OK, Terrorismus und anderen Formen schwerer Kriminalität, wenn zwei oder mehr Mitgliedstaaten betroffen sind. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im Sammeln, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen von Informationen und Erkenntnissen („Intelligence-Arbeit“) sowie in der Unterrichtung und Unterstützung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten. Mit Hilfe von Europol sollen Spezialkenntnisse der nationalen Ermittlungsbehörden vertieft, Beratungen angeboten, strategische Erkenntnisse übermittelt und Gesamtberichte über den Stand der Arbeit verfasst werden. Europol erfüllt diese Aufgaben mit Hilfe automatisierter Informationssammlungen, das Europol-Informationssystem und das Analysesystem.⁸⁴ Europol besitzt keine eigenen Exekutiv- oder Ermittlungsbefugnisse. Nach Art. 88 Abs. 3 AEUV darf Europol „operative Maßnahmen“ nur in Verbindung und in Absprache mit den Behörden der betroffenen Mitgliedstaaten ergreifen. Faktisch ist Europol jedoch bereits häufig im Rahmen sog. „Joint Investigation Teams“ an operativen Einsätzen nationaler Polizei- und Zolldienststellen beteiligt. Als Beispiele aus der Praxis sind zu nennen: die Koordinierung kontrollierter Lieferungen (polizeilich überwachte Drogengeschäfte) quer durch Europa; unterstützende Einbindung in Taskforces der Ostseeanrainerstaaten gegen grenzüberschreitende Schwarzgeldbewegungen und KfZ-Verschiebungen; gezielte Bekämpfung schwerer und organisierter Kriminalität und deren Infrastruktur im Rahmen der im September 2014 von Europol koordinierten „Operation Archimedes“, an der

mehr als 20.000 Polizisten und Sicherheitskräfte aus 34 Ländern beteiligt waren.⁸⁵

b) Eurojust

Die Aufgabe von Eurojust besteht darin – gestützt auf Europol-Analysen und in enger Zusammenarbeit mit dem Europäischen Justiziellen Netz – eine zweckdienliche und effektive Zusammenarbeit der nationalen Strafverfolgungsbehörden zu ermöglichen, die strafrechtlichen Ermittlungen in Fällen transnationaler Kriminalität zu erleichtern und die Erledigung von Rechtshilfeersuchen zu vereinfachen.⁸⁶ Der Zuständigkeitsbereich von Eurojust erstreckt sich auf alle Kriminalitätsformen, die in die Zuständigkeit von Europol fallen. Eurojust kann z. B. bei den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaates anregen, zur Aufklärung eines strafrechtlich relevanten Sachverhaltes bestimmte Ermittlungen zu führen, die Strafverfolgung aufzunehmen bzw. der Übernahme der erforderlichen Ermittlungen oder Strafverfolgung durch einen anderen Mitgliedstaat zuzustimmen. Die Agentur unterstützt die Koordination mitgliedstaatlicher Ermittlungsmaßnahmen, hilft bei der Bildung gemeinsamer Ermittlungsteams, übermittelt Rechtshilfeersuchen und sorgt für den Austausch aller Informationen, die für eine optimale Aufgabenerfüllung zweckdienlich erscheinen. Die nationalen Mitglieder sorgen für die wechselseitige Unterrichtung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten über die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen, von denen Eurojust Kenntnis hat und die die Mitgliedstaaten betreffen. Derzeit ist Eurojust als reine Service- und Koordinierungsstelle angelegt. Die Agentur könnte sich aber – wie in Art. 86 AEUV angelegt – in Richtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft weiterentwickeln.⁸⁷

c) Frontex

Seit ihrer Gründung im Jahre 2005 hat sich die Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen „Frontex“ zu einem wichtigen Pfeiler bei der Koordinierung des Schutzes der EU-Außengrenzen entwickelt.⁸⁸ Zu den wesentlichen Aufgaben von Frontex gehören die Koordinierung der Zusammenarbeit der Grenzpolizeien der Mitgliedstaaten beim Schutz der EU-Außengrenzen und die Unterstützung von Mitgliedstaaten in Situationen, die unmittelbar einen erhöhten technischen und personellen Bedarf erfordern. In diesem Zusammenhang erfolgen u. a. die Erstel-

⁸² Hecker, in: Görge/Hoffmann-Holland/Schneider/Stock (Hrsg.), Interdisziplinäre Kriminologie, Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag, 2008, S. 216; Vogel, ZStW 109 (1997), 335 (339 ff.).

⁸³ KOM (2010) 673 endg., S. 6. Vgl. hierzu ausführlich Esser, in: Sinn/Zöller (Hrsg.), Neujustierung des Strafrechts durch Terrorismus und OK, 2012, S. 61.

⁸⁴ Esser (Fn. 83), S. 70 ff.; Neumann, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 44 Rn. 25 ff., 29 ff.

⁸⁵ Vgl. hierzu und zu weiteren Aktivitäten die Jahresberichte (annual reports) von Europol, abrufbar im Internet unter: <http://www.europol.europa.eu> (7.6.2016).

⁸⁶ Esser (Fn. 83), S. 78 ff.; Grotz, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 45 Rn. 8 ff.

⁸⁷ Zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft vgl. KOM (2013), 534 endg. und hierzu Esser, StV 2014, 494 (496 ff.); Hecker (Fn. 3), § 14 Rn. 40 ff.; Schramm, JZ 2014, 749.

⁸⁸ Vgl. hierzu ausführlich Neumann, Die Europäische Grenzschutzagentur Frontex, Integrierter Außengrenzschutz und humanitäre Standards, 2014, passim.

lung von Risikoanalysen zur illegalen Migration sowie gemeinsame Einsätze und Rückführungsmaßnahmen. Nach der EU-Strategie der inneren Sicherheit (vgl. oben II.) soll Frontex in Zukunft einen stärkeren Beitrag zur Kriminalitätsbekämpfung an den Grenzen leisten.

V. Ausblick – Bildung eines europäischen Raums der inneren Sicherheit

Neben dem Terrorismus stellt die TOK in ihren vielfältigen Erscheinungsformen eine erhebliche Bedrohung für die innere Sicherheit der EU-Mitgliedstaaten dar.⁸⁹ In der EU wurden seit Mitte der 1990er Jahre bereits zahlreiche Rechtsinstrumente geschaffen, um die Gesellschaft und die Volkswirtschaften Europas vor schwerer und organisierter Kriminalität zu schützen. Die EU bleibt aufgefordert, ihre Reaktionsfähigkeit an die Bedrohungen kontinuierlich anzupassen und ihre Maßnahmen innerhalb und außerhalb ihrer Grenzen zu koordinieren. Angesichts der zunehmenden Verflechtung der Sicherheitsbedrohungen muss das Vorgehen der mitgliedstaatlichen Sicherheitsbehörden untereinander und darüber hinaus der zuständigen EU-Agenturen (Europol, Eurojust, Frontex) bestmöglich abgestimmt werden. Hierbei fällt der operativen Zusammenarbeit zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten eine zentrale Rolle zu. Das Vertrauen dieser Behörden untereinander sollte gestärkt und der Einsatz von gemeinsamen Ermittlungsgruppen ausgebaut werden. Der Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und den EU-Agenturen sollte intensiviert und effektiviert werden.

Kriminelle Organisationen lassen sich von der Erwartung immenser Gewinne leiten, die sie mit Schmuggel, Korruption, Finanzkriminalität und anderen kriminellen Aktivitäten erzielen können. Die Bekämpfung dieser Tatanreize und der Schutz der legalen Wirtschaft vor der Einschleusung illegaler Erträge bedürfen größerer Anstrengungen. Die Richtlinie 2014/42/EU über die Sicherstellung und Einziehung von Erträgen aus Straftaten in der EU (vgl. oben IV. 2.) muss unverzüglich umgesetzt werden. Vermögensabschöpfungsstellen, Strafverfolgungsbehörden, Gerichte und Behörden sollten ihre Zusammenarbeit ausweiten, um das Aufspüren von Vermögenswerten zu verbessern.

Für die Zerschlagung terroristischer und krimineller Netzwerke ist es von entscheidender Bedeutung, die Bewegungen von Straftätern zu verfolgen. Der EU-Gesetzgeber sollte daher die Arbeit zur Einführung eines EU-Systems für Fluggastdatensätze (PNR) zügig abschließen. Die Auswertung der zum Zeitpunkt der Buchung und Abfertigung bereitgestellten PNR-Daten hilft den Strafverfolgungsbehörden, ihnen bisher nicht bekannte Reisende mit hohem Risikopotenzial zu identifizieren. Eine PNR-Richtlinie kann dazu beitragen, eine bessere Abstimmung der nationalen Systeme

⁸⁹ Vgl. hierzu und zum Nachfolgenden KOM (2014) 154 endg. „Ein offenes und sicheres Europa: Praktische Umsetzung“ sowie KOM (2015) 185 endg. „Die Europäische Sicherheitsagenda“.

zu gewährleisten und Sicherheitslücken zwischen den Mitgliedstaaten zu schließen.⁹⁰

Da in den kommenden Jahren mit einem Anstieg der Cyberangriffe zu rechnen ist, sollte die operative Kapazität zur Bekämpfung der Cyberkriminalität ausgebaut werden. Die EU hat am 11.1.2013 bei Europol ein Europäisches Zentrum zur Bekämpfung der Cyberkriminalität („European Cybercrime Center“) eingerichtet. Bereits im ersten Jahr seines Bestehens hat das ECC seinen Wert unter Beweis gestellt, indem es die Ermittlungen der Mitgliedstaaten in einer Vielzahl von Straftaten unterstützte, die von Betrug bis zum sexuellen Missbrauch von Kindern im Internet⁹¹ reichten. Die zukünftige Aufgabe der EU wird darin bestehen, die Mitgliedstaaten bei der Entwicklung ihrer Fähigkeiten zur Bekämpfung der Cyberkriminalität zu fördern. Im Idealfall sollten alle Mitgliedstaaten über ein Zentrum zur Bekämpfung der Cyberkriminalität verfügen. Die Union hat sich bereits auf eine Verschärfung der Rechtsvorschriften zur Bekämpfung der Cyberkriminalität verständigt (vgl. oben IV. 8.), die nun rasch umgesetzt werden müssen.

Zur Verwirklichung der sicherheitspolitischen Ziele der EU tragen auch spezifische Maßnahmen in den Bereichen Verkehr, Finanzen, Zoll, Bildung, Gefahrenabwehr im Seeverkehr, Informationstechnologien, Energie und öffentliche Gesundheit bei. Maßnahmen in Bezug auf den digitalen Binnenmarkt und die Europäische Nachbarschaftspolitik können die Europäische Sicherheitsagenda ebenso ergänzen wie die künftige Europäische Migrationsagenda, die sich mit Fragen von unmittelbarer Bedeutung für die innere Sicherheit wie Schleusung von Migranten, Menschenhandel und Grenzmanagement befassen wird.⁹²

Die effektive Bekämpfung aller Erscheinungsformen der TOK bleibt auch in Zukunft eine zentrale Aufgabe der international-arbeitsteiligen Strafrechtspflege in der Union. Bei der Entwicklung eines Raums der inneren Sicherheit steht die europäische Kriminalpolitik vor der Herausforderung, für eine gerechte Balance zwischen den Belangen einer effektiven Strafrechtspflege einerseits und der rechtsstaatlich gebotenen Wahrung von Freizügigkeit und Bürgerrechten andererseits zu sorgen.⁹³

⁹⁰ Vgl. hierzu KOM (2015) 185 endg. „Die Europäische Sicherheitsagenda“, S. 8.

⁹¹ Vgl. zu dem neuartigen Phänomen des „Cyber-Grooming“ Eisele, in: Hilgendorf/Rengier (Fn. 72), S. 697.

⁹² Vgl. hierzu KOM (2015) 185 endg. „Die Europäische Sicherheitsagenda“, S. 7.

⁹³ Vgl. hierzu das von der European Criminal Policy Initiative veröffentlichte Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, vorgestellt von Satzger/Zimmermann, ZIS 2013, 406.

Die Internationalen Menschenrechte und das Strafrecht

Einige Anmerkungen zur Rechtslage in Deutschland und Brasilien

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin*

Auch das materielle Strafrecht ist in Rechtsstaaten an die international bzw. regional anerkannten Menschenrechte gebunden. Das gilt vor allem für Grundfragen eines rechtsstaatlichen Strafrechts wie das Schuldprinzip, das Gesetzlichkeitsprinzip, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Grundsatz der Humanität vor allem bei der Ausgestaltung der Strafen. Dazu gekommen ist in den letzten Jahrzehnten die Idee, dass der Kernbestand der international garantierten Menschenrechte auch durch Strafrecht abgesichert werden soll; hierfür zu nennen sind das Völkerstrafrecht einerseits und grundrechtliche Schutzpflichten der Staaten andererseits. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem mit Anmerkungen versehenen Vortrag, welchen der Verf. aus Anlass des 25jährigen Jubiläums des Inkrafttretens der brasilianischen Verfassung am 13. März 2014 am brasilianischen Obersten Gerichtshof (Superior Tribunal de Justiça) in Brasília gehalten hat. Die Vortragsform ist beibehalten worden.

I. Einleitung

Die Grund- und Menschenrechte sind heute in demokratischen Staaten wie Deutschland und Brasilien regelmäßig in einem Grundrechtskatalog in der nationalen Verfassung verankert.¹ Diese binden zunächst den Strafgesetzgeber, denn von den Grundrechten gedecktes Verhalten darf nicht bei Strafe verboten werden. Auch die Strafjustiz muss bei der Anwendung der Strafnormen die Grundrechte beachten; in Deutschland spricht man insoweit von einer verfassungskonformen Interpretation der Strafgesetze. Seit einigen Jahrzehnten gibt es daneben auch auf internationaler Ebene Grund- und Menschenrechte, die von den jeweils daran gebundenen Staaten ebenfalls auf dem Gebiet ihres Strafrechts beachtet werden müssen. Für Deutschland spielen vor allem die Menschenrechtsgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK),² die 1952 in Kraft getreten ist, sowie die Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Union, die in deren Verträgen (EUV, AEUV, Grundrechte-Charta) verankert sind, eine wichtige Rolle.³

* Der Verf. ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Zur Entwicklung von nationalen und internationalen Menschenrechten aus politikwissenschaftlicher Sicht vgl. nur *Fritzsche*, Menschenrechte, 2004, S. 45 ff.

² Dazu einführend nur *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016; *Peters/Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012.

³ Zu den EU-Grundrechten vgl. *Heselhaus/Nowak* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006; *Grabenwarter* (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 2: Europäischer Grundrechtsschutz, 2014; *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015.

II. Zur Eingrenzung des Themas

Wenn man über den Einfluss der seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen verankerten und teilweise sogar zu zwingendem Völkergewohnheitsrecht erstarkten Grund- und Menschenrechte auf das Strafrecht redet, steht dabei zumeist das Strafverfahrensrecht im Mittelpunkt.⁴ Nur beispielhaft zu nennen sind das Folterverbot (Art. 3 EMRK), die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), der Anspruch auf ein faires Verfahren („fair trial“; Art. 6 Abs. 1 EMRK) und Beschränkungen der vorläufigen Festnahme (Art. 5 EMRK).⁵

Hier und heute möchte ich den Blick aber vorrangig auf das materielle Strafrecht wenden. Es geht mir also darum herauszuarbeiten, welchen Einfluss die inzwischen weltweit verbürgten Menschenrechte auf Inhalt und Anwendung der in den nationalen Strafgesetzbüchern kodifizierten Strafnormen haben. Dabei konzentriere ich mich schon mangels darüber hinausgehender Kompetenz auf die Situation in Deutschland, bin aber überzeugt, dass sich eine vergleichbare Situation nicht nur für die anderen kontinentaleuropäischen Staaten ergibt, sondern auch für diejenigen Lateinamerikas, schon weil deren Strafrechtsordnungen – soweit mir bekannt ist – durchaus verwandt zu der deutschen sind und es bereits traditionell enge wissenschaftliche Beziehungen der deutschen Strafrechtswissenschaft zu derjenigen im ibero-amerikanischen Raum gibt. Eine Orientierung an der deutschen Rechtslage ist aber auch deshalb von Interesse, weil einzelne bis heute prägende Grundprinzipien des Strafrechts wie der Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ vor rund 200 Jahren durch den berühmten Strafrechtler Paul Johann Anselm von Feuerbach,⁶ den Mitverfasser des Bayerischen StGB von 1813, in Deutschland erstmals formuliert worden ist (heute Art. 103 GG).⁷ Beginnen könnte man deshalb mit den Voraussetzungen, die sich aus menschenrechtlicher Sicht an die Strafgesetze und insbesondere an die darin kodifizierten Straftatbestände stellen lassen.

Ich möchte aber etwas anderes, für das Strafrecht vielleicht noch grundlegenderes zunächst in den Vordergrund stellen: nämlich die Strafe als die charakteristische und na-

⁴ Exemplarisch *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002.

⁵ Rechtsvergleichend zur Untersuchungshaft *Alves Machado*, Die Untersuchungshaft aus Sicht des brasilianischen und des deutschen Rechts, 2015; zur Haftbeschwerde bzw. „habeas corpus“ im brasilianischen Recht *M. Vormbaum*, ZIS 2011, 996.

⁶ Zu diesem vgl. nur *Radbruch*, Paul Johann Anselm von Feuerbach, Ein Juristenleben, 1934.

⁷ Vgl. dazu *Th. Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2015, S. 40 ff. und 66; *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694.

mensgebende Sanktion am Ende eines Strafverfahrens.⁸ Die Strafe war auch zunächst der maßgebliche Punkt im angesprochenen Gesetzlichkeitsprinzip, hieß dieses doch zunächst mit Feuerbach lange nur „nulla poena sine lege“. Und diese Kriminalstrafe unterscheidet bis heute das Strafrecht von allen anderen Rechtsgebieten, die zwar auch repressive Sanktionsregelungen enthalten (etwa Verwaltungs-, Vertrags- und Verbandsstrafen), aber eben keine Kriminalstrafe vorsehen. Eine Kriminalstrafe ist dabei anzunehmen, wenn das zugrunde liegende verbotene Verhalten nicht bloß mit irgendeiner Sanktion geahndet wird, sondern auch eine Freiheitsstrafe möglich ist⁹ und in der Verhängung dieser Strafe durch den Richter – in Deutschland explizit „im Namen des Volkes“ – eine sozial-ethische Missbilligung¹⁰ des Verhaltens zum Ausdruck gebracht wird.¹¹ Eine im Strafverfahren verhängte Geldstrafe ist damit etwas kategorial anderes als eine im Zivilprozess oder Verwaltungsstrafverfahren verhängte Geldsanktion in gleicher Höhe. Das Ziel der Verhängung einer Kriminalstrafe bestimmt Beginn und Fortsetzung des Strafverfahrens;¹² ohne fortbestehende Möglichkeit der Verhängung einer gesetzlich vorgesehenen Strafe entfällt jede Rechtfertigung für eine fortdauernde Strafverfolgung. Steht zu irgendeinem Zeitpunkt fest, dass sich der Beschuldigte nicht strafbar gemacht haben kann (weil er das vorgeworfene Verhalten nicht begangen hat oder sein Verhalten bei näherem Hinsehen gar nicht strafbar ist), muss das laufende Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft eingestellt oder – wenn es schon zu einem Strafprozess gekommen ist – der Angeklagte von dem erhobenen Vorwurf freigesprochen werden. Die Ermöglichung einer Kriminalstrafe ist aber auch schon das Leitprinzip für den Gesetzgeber, wenn er darüber nachdenkt, ob ein Verhalten bei Strafe verboten sein soll oder nicht. Strafrecht ist ja – gerade wegen der zusätzlichen sozial-ethischen Missbilligung und dem davor erforderlichen relativ komplizierten Verfahren – nur ultima ratio, das heißt letztes Mittel für einen effektiven Schutz hochwertiger Rechtsgüter.

⁸ Zum Denken von der Strafe zum Strafrecht vgl. nur *Kühl*, in: Dölling (Hrsg.), *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht*, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 439, und *ders.*, in: Kühl/Reichold/Ronellenfisch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2015, § 30 Rn. 6 ff. Dies wird auch deutlich im Titel des Werkes von *Lampe*, *Strafphilosophie*, 1999.

⁹ Die sog. Engel-Kriterien des EGMR (EuGRZ 1976, 221) sind etwas weiter.

¹⁰ Dazu näher *Kühl*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 149.

¹¹ Grundlegend *Kühl*, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 2001, S. 9 f.

¹² *Heger*, *Strafprozessrecht*, 2013, Rn. 31 f.

III. Zu den Strafen

1. Abschaffung der Todesstrafe

Geht man nun wieder zwei Jahrhunderte zurück in der Strafrechtsgeschichte, so war das damals bereits von staatlichen Institutionen betriebene Strafrecht – die hohe Strafgerichtsbarkeit – dadurch charakterisiert, dass die Richter Strafen an „Leib und Leben“ verhängen konnten, das heißt für auch deshalb sogenannte „Kapitalverbrechen“ Körperstrafen bis hin zur Todesstrafe. Gefängnisse und damit die Freiheitsstrafe entwickelten sich erst langsam. Mildere Strafen wie Auspeitschen etc. konnte dagegen auch der Grundherr an den auf seinem Landgut beschäftigten Bauern und ihren Familien verhängen.

Vor allem bei schweren Verbrechen stand dabei die Verhängung der Todesstrafe im Vordergrund. Und auch wenn es bereits im 18. Jahrhunderte Diskussionen um deren Sinn und Berechtigung gegeben hat und etwa Franz v. Liszt,¹³ der als der damals vielleicht berühmteste deutschsprachige Strafrechtslehrer im ausgehenden 19. Jahrhundert in Berlin gelehrt hat, sich gegen die Todesstrafe gewandt hat, sollte diese archaische Strafform in Europa zumeist bis weit nach dem Zweiten Weltkrieg fortleben. Dagegen haben einige Staaten Südamerikas bereits im 19. Jahrhundert die Todesstrafe abgeschafft.

Neben der vermuteten, aber – wie wir heute wissen – nicht bewiesenen Abschreckungswirkung war es vor allem nach einem Mord wohl das alttestamentarische Grundprinzip eines „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ (Exodus 21, 23-25), das die meisten Staaten an dieser Strafe festhalten ließ. Erst ihre Pervertierung zur Eliminierung politischer Gegner in totalitären Staaten führte Ende der 1940er Jahre dazu, dass die beiden vormals faschistischen Staaten Deutschland und Italien die Todesstrafe abgeschafft haben. Sowohl die traditionellen westlichen Demokratien wie Großbritannien, Frankreich und die USA als auch die kommunistischen Diktaturen Osteuropas hielten dagegen zunächst ausnahmslos daran fest. In der 1953 in Kraft getretenen Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit der völkerrechtlich für Europa wesentliche Mindeststandards für die Grund- und Menschenrechte etabliert worden sind, findet sich zwar in Art. 3 EMRK ein Verbot für alle unmenschlichen und erniedrigenden Strafen; in Art. 1 EMRK ist die Menschenwürde garantiert und in Art. 2 EMRK das Recht auf Leben. Dass alle diese grundlegenden Postulate aber von den Verfassern der Konvention Anfang der 1950er Jahre keinesfalls als ein Widerspruch zur Verhängung und Vollstreckung einer Todesstrafe verstanden worden sind, zeigt sich ganz deutlich an der Regelung in Art. 2 Abs. 1 S. 2 EMRK, wonach die Verhängung und Vollstreckung einer Todesstrafe ausdrücklich nicht als Verstoß gegen die EMRK angesehen wird, sofern sie nur zur Tatzeit gesetzlich vorgeschrieben war; es galt also auch

¹³ Zu diesem als Strafrechtler und Kriminalpolitiker vgl. nur *Munoz Conde*, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle (Hrsg.), *Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 439.

insoweit lediglich „nulla poena sine lege“. Daraus folgte, dass aus Sicht des internationalen Menschenrechtsschutzes bis Ende der 1970er jeder Staat frei entscheiden konnte, ob er die Todesstrafe anwenden will oder nicht. In der Bundesrepublik Deutschland verbot zwar Art. 102 GG diese Strafe, aber eine völkerrechtliche Grundlage für dieses Verbot gab es nicht.

Erst 1983 kamen einige Mitgliedstaaten der EMRK überein, in einem 6. Zusatzprotokoll zur EMRK die Todesstrafe zumindest in Friedenszeiten abzuschaffen. Damit wurde erstmals völkervertraglich eine Grundlage geschaffen, diese Strafe in der Zukunft auszuschließen. Es dauerte zwar Jahrzehnte, bis alle Staaten des Europarats – das heißt alle europäischen Staaten bis auf Weißrussland (Belarus) – diesem Zusatzprotokoll beigetreten sind, aber heute ist dadurch tatsächlich in fast ganz Europa die Todesstrafe auch völkerrechtlich abgeschafft. In einem weiteren 13. Zusatzprotokoll wurde dann 2002 die Todesstrafe auch in Kriegszeiten abgeschafft, so dass zu dem heutigen Menschenrechtsstandard in Europa gehört, dass auch bei schweren Verbrechen und auch in Notsituationen nicht mehr auf die Todesstrafe zurückgegriffen werden darf.

Brasilien hat – mit Ausnahme des Sonderstrafrechts – die Todesstrafe bereits in Art. 72 § 21 der Verfassung 1891 abgeschafft; die letzte Hinrichtung datiert sogar schon von 1876. Inzwischen sind die meisten Staaten Lateinamerikas (jüngst – 2015 – Surinam; Ausnahmen bilden Guyana sowie einige Staaten in der Karibik und in Zentralamerika) diesem Beispiel gefolgt, so dass heute für beide Kontinente – Europa wie Südamerika – diese archaische Strafe weitgehend nicht mehr existiert. Von einer weltweiten Ächtung der Todesstrafe und damit einer völkergewohnheitsrechtlichen Abschaffung dieser Strafe kann aber nicht die Rede sein, schon weil neben den USA vor allem zahlreiche Staaten Asiens daran jedenfalls für einzelne, besonders schwer wiegende Verbrechen festhalten wollen.¹⁴ Derzeit wird noch in 66 von über 200 Staaten, das heißt in einem knappen Drittel der Staatengemeinschaft, die Todesstrafe angewendet; bedenkt man allerdings, dass in den meisten anderen Staaten die Todesstrafe erst in den letzten drei Jahrzehnten abgeschafft worden ist, sieht man, dass sich das Verständnis der Menschenrechte insoweit weltweit deutlich geändert hat. Man könnte sagen, die anderen Kontinente haben sich zunehmend am Vorbild Südamerikas orientiert.

2. Verbot von unmenschlicher und erniedrigender Bestrafung

Im Kontext mit dem völkerrechtlichen Verbot von Folter hat sich auch ein Verbot von unmenschlichen oder erniedrigenden Bestrafungen durchgesetzt. Neben grausamen Strafen sind damit auch solche verboten, die den Bestraften in besonderem Maße entwürdigen und als Menschen bloßstellen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte dies etwa für einige Formen der Prügelstrafe angenommen.¹⁵ Aber auch generell für den Vollzug einer Freiheitsstrafe gilt,

¹⁴ Zur weltweiten Einstellung gegenüber der Todesstrafe vgl. nur *Neubacher/Bachmann/Goek*, ZIS 2011, 517 m.w.N.

¹⁵ EGMR EuGRZ 1979, 163 (Tyrer).

dass dieser nicht so ausgestaltet sein darf, dass dadurch der Gefangene in besonderem Maße entwürdigt wird. Im Fall „Soehring“ hatte der EGMR dann erstmals die Auslieferung in die USA angesichts der konkret zur erwartenden Umstände bei einer Verhängung der Todesstrafe – das sog. Death Row Syndrom – als Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewertet;¹⁶ und im Fall „Öcalan“¹⁷ hat er auch angesichts der dem Angeklagten drohenden Gefahr einer Verurteilung zum Tode einzelne Verstöße gegen Verteidigungsrechte als so gravierend eingestuft, dass dadurch das Strafverfahren insgesamt nicht mehr als „fair“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK bewertet werden konnte.¹⁸

3. Strafzwecke

Ein anderer Aspekt ist bereits angeklungen. Während man früher – in Deutschland bis in die 1950er Jahre – den Hauptzweck der Verhängung einer Kriminalstrafe in der Vergeltung für das begangene Unrecht gesehen hat¹⁹ (frei nach dem Talionsprinzip: „Auge um Auge, Zahn um Zahn“) und daneben von der Bestrafung der Täter eine Abschreckungswirkung für diese und die gesamte Gesellschaft erhofft wurde (sogenannte Spezial- und Generalprävention) trat seit Ende der 1960er Jahre der Grundsatz der Resozialisierung in den Vordergrund. Der Täter sollte – so besonders nachdrücklich § 2 S. 1 StVollzG (1977) – durch den Vollzug der Strafe befähigt werden, danach ein straffreies Leben in der Gesellschaft zu führen. Auch wenn die damit verbundenen Hoffnungen und Erwartungen sich leider nicht in kriminologisch-empirischen Studien erhärten ließen, wird das Ziel der Resozialisierung vor allem bei der Art des Strafvollzugs heute international vertreten. Vor kurzem hat daher auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) für die Europäische Union anerkannt, dass mit Blick auf den sogenannten Europäischen Haftbefehl eine unterschiedliche Behandlung von in einem EU-Staat lebenden Inländern und Ausländern nur solange gerechtfertigt sein kann, als dadurch die Resozialisierung der Ausländer nicht erschwert wird.²⁰

IV. Grundprinzipien des materiellen Strafrechts

1. Schuldprinzip

Die Verhängung einer Kriminalstrafe setzt angesichts des damit verbundenen sozial-ethischen Unwerturteils ein Verschulden des Angeklagten voraus. Das Bundesverfassungsge-

¹⁶ EGMR NJW 1990, 2183.

¹⁷ EGMR NVwZ 2006, 1267.

¹⁸ Zur Fairness im deutschen Strafverfahren vgl. nur *Gaede*, Fairness durch Teilhabe, Das Recht auf konkrete und wirk-same Teilhabe durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK, 2006, und jüngst *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 m.w.N.

¹⁹ Jüngst aber wieder für eine Betonung der Vergeltung als Grundlage der Strafe (unter der freilich provokanten Überschrift: „Vergeltung als Strafzweck“) *Walter*, ZIS 2011, 636.

²⁰ EuGH Slg. 2009, I-9621 (Wolzenburg), und EuGH NJW 2013, 141 (Lopes da Silva Jorge); dazu auch *Heger/Wolter*, in: *Ambos/Rackow/König* (Hrsg.), *Rechtshilfe* in Strafsachen, 2014, 2. Hauptteil Rn. 674.

richt hat daher das Schuldprinzip zu dem Kernprinzip des Strafrechts überhaupt erhoben, obwohl es in der deutschen Verfassung nicht einmal explizit enthalten ist.²¹ Dagegen enthält etwa die italienische Verfassung ein ausdrückliches Bekenntnis zum Schuldprinzip.²² Gleichwohl ist das Schuldprinzip in einem strengen Sinne nicht auf internationaler Ebene verbürgt. Zwar verbietet das Menschenwürdepostulat, dass der Angeklagte zu einem bloßen Objekt staatlicher Willkür wird; daher wäre es natürlich unzulässig, einen erkanntermaßen Unschuldigen allein deshalb zu verurteilen, weil man für einen Missstand einen Verantwortlichen als „Sündenbock“ braucht. Auch die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)²³ begründet nicht das strafrechtliche Schuldprinzip, denn bei der Unschuldsvermutung geht es um eine prozessuale Regel, nicht um die materiellen Anforderungen an das Vorliegen einer Straftat. Die Unschuldsvermutung endet bereits mit dem rechtsförmig erbrachten Beweis aller Voraussetzungen der Strafbarkeit, ohne dass damit gesagt ist, dass auch alle Merkmale eines Straftatbestandes vom Verschulden umfasst sein müssen. Daher stellen etwa strict liability-Delikte²⁴ des englischen Rechts kein Problem im Lichte der Unschuldsvermutung dar.²⁵ Aber auch in Staaten, die verbal das Schuldprinzip als notwendiges Kernprinzip des Strafrechts anerkennen, besteht Uneinigkeit, was darunter im Einzelnen zu verstehen sein soll. Meint man damit – wie in Deutschland die zumindest noch ganz herrschende Meinung – eine persönliche Vorwerfbarkeit des Verhaltens,²⁶ lassen sich Kriminalstrafen für Unternehmen oder andere juristische Personen nur schwer begründen.²⁷ Gleichwohl kennt inzwischen die Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten, darunter auch dem deutschen Rechtskreis zugehörigen Staaten wie Österreich, aber auch etwa die traditionell mit dem deutschen

rechtsdenken eng verbundene Schweiz²⁸ ein solches Unternehmensstrafrecht.²⁹

2. Verhältnismäßigkeit

Seit für staatliche Eingriffe in Grundrechte der Bürger sich durchgesetzt hat, dass diese verhältnismäßig sein müssen und unverhältnismäßig schwere Eingriffe damit einen Grundrechtsverstoß begründen, wird auch mit Blick auf das Strafrecht über die Auswirkungen dieses Verhältnismäßigkeitsprinzips diskutiert. Allerdings wird dem Gesetzgeber zumindest in Deutschland vom Bundesverfassungsgericht ein weiter Spielraum eingeräumt, so dass er weitgehend frei darin ist zu entscheiden, ob ein Verhalten auch unter Strafe gestellt wird oder nicht. Das hat das Bundesverfassungsgericht erst vor wenigen Jahren mit Blick auf das in Deutschland strafbewehrte Verbot des Inzests unter Geschwistern (§ 173 StGB) betont.³⁰ Darin liegt zwar eine Einschränkung der Persönlichkeitsrechte von Bruder und Schwester, die eben nicht miteinander sexuell verkehren dürfen; doch ist diese nicht vollkommen willkürlich, sondern vom Gesetzgeber – wenn auch zugegebenermaßen relativ schwach³¹ – begründet worden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat diese Einschätzung gebilligt, so dass auch im Lichte des in Art. 8 EMRK enthaltenen Rechts auf Privatheit eine nationale Inzest-Strafnorm nicht gegen die Konventionensgarantien verstößt.³²

Aus dem Schuldprinzip wird häufig hergeleitet, dass bei der Strafzumessung die Schuld des Täters maßgeblich sein muss. So besagt in Deutschland § 46 StGB, die Strafe müsse tat- und schuldangemessen sein.³³ Während einige daraus ableiten wollen, dass die Schuld nur die Obergrenze der zulässigen Strafe markiert,³⁴ sehen andere in der Schuld auch eine Untergrenze, so dass eine zu niedrige Strafe ebenfalls einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz darstellen kann.³⁵ Daran anknüpfend ist inzwischen auf der Ebene der Europäi-

²¹ Ständige Rspr. seit BVerfGE 20, 323 (331); 95, 96 (104); 101, 1 (13).

²² Art. 27 Abs. 1 der ital. Verf. – Vgl. dazu *Maiwald*, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht, 2009, S. 29.

²³ Dazu vgl. nur *Kühl*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1993; *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998. Aus spanischer Sicht jüngst *Nieva-Fenoll*, ZIS 2016, 138.

²⁴ Dazu vgl. nur *Dubber*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, S. 74 ff.

²⁵ Näher zur subjektiven Tatseite und zur Schuld im englischen Strafrecht *Safferling*, Vorsatz und Schuld, Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, 2008, S. 343 ff.

²⁶ Siehe nur *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 10 Rn. 2 ff. m.w.N.

²⁷ Zur in Deutschland durch einen Entwurf Nordrhein-Westfalens für ein Unternehmensstrafrecht erneut entfachten Debatte vgl. nur die Beiträge in ZIS 1/2015.

²⁸ Zu dessen Einführung 2003 vgl. nur *Niggli/Schmuki*, Anwaltsrevue 2005, 347.

²⁹ Dazu grundlegend *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996.

³⁰ BVerfGE 120, 224.

³¹ Vgl. nur die krit. Anmerkungen im Schrifttum, z.B. *Greco*, ZIS 2008, 234; *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Zabel*, JR 2008, 453; *Ziethen*, NStZ 2008, 617; *Roxin*, StV 2009, 544.

³² EGMR, NJW 2013, 215, m. Anm. *Kubiciel*, ZIS 2012, 282; krit. *Jung*, GA 2012, 617. – Zum generellen Streit um die Legitimierbarkeit einer Inzeststrafbarkeit vgl. *Kanwischer*, Der Grenzbereich zwischen öffentlichem Strafanspruch und intimer Lebensgestaltung (§ 173 StGB), 2013, S. 178 (dagegen); *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 399 (dafür).

³³ Vgl. dazu nur *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 46 Rn. 22 ff.

³⁴ Z.B. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 54.

³⁵ Z.B. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 879 f.

schen Union in Art. 49 Abs. 3 GRCh ein Rekurs auf die Verhältnismäßigkeit zwischen Straftat und Strafe enthalten. Bei der Ausgestaltung ihrer nationalen Strafnormen müssen danach die EU-Mitgliedstaaten zukünftig aufgrund dieser EU-Vorgaben bedenken, dass die von dem Straftatbestand inkriminierten Verhaltensweisen nicht außer Verhältnis zu den verhängten Strafen stehen. Das möchte ich kurz an einem Beispiel verdeutlichen: In Umsetzung von Vorgaben der EU zum Umweltstrafrecht³⁶ wurde in Deutschland eine Strafnorm für fahrlässige Verstöße gegen das Jagdrecht modifiziert (§§ 38 f. BJagdG). Die Vorgängernorm sah als Höchststrafe sechs Monate Gefängnis vor. Im Zuge der Umsetzung sollte diese Höchststrafe nach dem Referentenentwurf auf drei Jahre Gefängnis angehoben und damit versechsfacht werden.³⁷ Dazu kam es letztlich nicht, aber nach dem Abschluss der Umsetzung der EU-Vorgaben wurde angesprochen, dass eine derartige Ausweitung des Strafrahmens im Lichte der von Art. 49 Abs. 3 GRCh gebotenen Verhältnismäßigkeit von Straftat und möglicher Strafe jedenfalls fragwürdig gewesen wäre. Für lediglich fahrlässige Jagdrechtsverstöße wären drei Jahre Gefängnis auch im schlimmsten denkbaren Falle schlicht zu viel gewesen; der deutsche Gesetzgeber hat daher die Strafrahmengrenze mit Recht bei einem Jahr Gefängnis gezogen.

3. Gesetzlichkeitsprinzip (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

Wie ich bereits erwähnt habe, gilt vielen nicht nur in Deutschland der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* als die Grundlage des materiellen Strafrechts. In vielen Ländern wird dieses Prinzip auch als Legalitätsprinzip tituliert, doch ist dies aus deutscher Sicht missverständlich, weil wir mit „Legalitätsprinzip“ den Verfolgungs- und Anklagezwang durch die Staatsanwaltschaft meinen.

Grob gesagt soll der Täter vor Begehung seiner Tat erkennen können, ob diese strafbar ist und welche Strafe dafür vorgesehen ist. In Deutschland ist dieser Grundsatz in der Verfassung in Art. 103 Abs. 2 GG verankert. Auf europäischer Ebene findet er sich ähnlich in Art. 7 EMRK und Art. 49 GRCh. Allerdings sind die daraus zu ziehenden Folgerungen nicht identisch. Während in Deutschland der *nullum crimen*-Grundsatz sehr streng gilt, geht es auf internationaler Ebene vor allem um einen Vertrauensschutz des Täters, der nicht durch eine spätere Strafbarkeit überrascht werden soll.³⁸

In Deutschland liest man folgendes aus dem *nullum crimen*-Grundsatz heraus:³⁹

- (1) Nur geschriebene Strafgesetze sind zulässig, so dass strafbegründendes Gewohnheitsrecht ausscheidet (*nullum crimen sine lege scripta*)
- (2) Alle Strafgesetze müssen in der Form parlamentarischer Gesetze ergehen, so dass es nicht ausreicht, wenn die Regierungen Strafvorschriften in Rechtsverordnungen erlässt (*nullum crimen sine lege parlamentaria*)
- (3) Die einzelnen Regelungen müssen hinreichend bestimmt sein und dürfen nicht nur allgemein gehalten sein (*nullum crimen sine lege stricta*)
- (4) Die Strafnorm darf nicht rückwirkend angewandt werden, so dass das Strafgesetz vor Begehung der Straftat bereits in Kraft gewesen sein muss (*nullum crimen sine lege praevia*)

Man sieht sogleich, dass an diesen Maßstäben nicht alle Strafnormen in der ganzen Welt gemessen werden können. Das ist nicht so sehr eine Frage der Rechtsstaatlichkeit, als vielmehr auch der unterschiedlichen Rechtstraditionen vor allem des anglo-amerikanischen Rechtskreises und des romanisch-germanischen Rechtskreises, der ja Kontinentaleuropa mit Lateinamerika verbindet. So beruht das englische Strafrecht traditionell⁴⁰ auf *common-law*-Straftatbeständen,⁴¹ die weder als Parlamentsgesetze ergangen sind noch überhaupt schriftlich fixiert sein müssen, sondern deren Inhalte erst im Zuge von Gerichtsentscheidungen sichtbar gemacht worden sind. Das lässt sich natürlich nicht mit der sprachlichen Bestimmtheit geschriebener Rechtsnormen vergleichen.

Und auch das Rückwirkungsprinzip wird dort – wie auch in vielen anderen Ländern – flexibler gehandhabt. Konnte der Täter nicht auf Straflosigkeit vertrauen, kommt es nicht entscheidend darauf an, ob eine ganz konkrete Strafnorm bereits vor Tatbegehung in Kraft gewesen ist oder nicht. Verdeutlichen möchte ich dies an einem Beispiel aus dem Sexualstrafrecht, das in einer Vielzahl von Ländern in ähnlicher Weise abgelaufen ist. Traditionell war die Vergewaltigung innerhalb einer Ehe weder nach englischem noch nach deutschem Recht strafbar. In Deutschland folgte dies aus der Fassung des damals geltenden § 177 StGB, der als Tathandlung explizit allein die Abnötigung des „außerehelichen Beischlafs“ kannte; in England akzeptierte die Rechtsprechung den Rechtfertigungsgrund einer bestehenden Ehe.⁴² In England kam es dann Anfang der 1990er Jahre erstmals zu Verurteilungen von Ehemännern wegen Vergewaltigung ihrer Frau, wenn die Ehe faktisch keinen Bestand mehr hatte;⁴³ da die

³⁶ Richtlinie 2008/99/EG (ABl. EU 2008, L 328, S. 28); zu dieser u.a. Zimmermann, ZRP 2009, 74. – Zur Entwicklung bis dahin ausführlich Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009.

³⁷ Vgl. Heger, HRRS 2012, 211 (221).

³⁸ Vgl. nur Eser, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 49 Rn. 13.

³⁹ Vgl. dazu nur Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 53 ff.

⁴⁰ Aus deutscher Sicht grundlegend bereits Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 2. Aufl. 1947.

⁴¹ Vgl. nur Mansdörfer (Hrsg.), Die Straftatlehre des *common law*, 2005.

⁴² Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 4 Rn. 93 Fn. 221.

⁴³ Vgl. Safferling (Fn. 42), § 4 Rn. 93 ff. m.w.N.

zugrunde liegende Einschränkung der Rechtfertigungsnorm des common law dem auf Vorentscheidungen beruhenden Gewohnheitsrecht entstammte, war für die englischen Gerichte bei ihrem Wechsel der Rechtsprechung entscheidend, ob zur Tatzeit die Täter – d.h. hier die Ehemänner – erkennen konnten, dass ihr Verhalten inzwischen als strafbar eingestuft werden dürfte. Dafür sprach vor allem ein allgemeiner Anschauungswandel in Bezug auf das Verhältnis von Mann und Frau und das Wesen der Ehe; der seit dem 17. Jahrhundert für die Straflosigkeit der Vergewaltigung im englischen Recht angeführte Grund, dass sich dabei der Mann nur – wenn auch mit Gewalt – nimmt, was ihm aufgrund des Eheversprechens zusteht, hatte sich jedenfalls bei Zerrüttung der ehelichen Lebensgemeinschaft erkennbar überlebt. In Deutschland kam es dagegen allein auf den Wortlaut der maßgeblichen Strafnorm an, so dass erst ab 1997, als der Gesetzgeber im Tatbestand der Vergewaltigung das Erfordernis gestrichen hat, dass der Täter das Opfer zum „außerehelichen Beischlaf“ genötigt haben muss,⁴⁴ auch die Vergewaltigung innerhalb der Ehe strafbar wurde.⁴⁵ Auf Fragen der Vorhersehbarkeit für den Täter kam es nicht an. Die deutsche Regelung ist natürlich absolut rechtssicher; allerdings konnte sie dem Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen auch nur nach einer gesetzlichen Änderung folgen, so dass insoweit die common-law-Rechtsprechung flexibler und in der Sache vielleicht auch gerechter ist. Vor allem konnte die Gesetzesänderung in Deutschland nur für die Zukunft wirken, während ein Wandel der Rechtsvorstellungen bereits zur Tatzeit auch rückwirkend durch die Gerichte festgestellt werden kann, solange ein solcher Wandel zur Tatzeit wenigstens absehbar war.

Das zeigt besonders deutlich der unterschiedliche Blick auf die NS-Kriegsverbrechen, die in den Nürnberger Prozessen durch die alliierten Hauptsiegermächte aufgrund von zuvor geschaffenen Tatbeständen abgeurteilt worden sind. Vor allem aus anglo-amerikanischer Sicht verstieß dies schon deshalb nicht gegen das Rückwirkungsverbot, weil die NS-Hauptkriegsverbrecher zur Zeit der Begehung ihrer Straftaten auch ohne ausdrückliche Straftatbestände hätten realisieren können, dass auf völkerrechtlicher Ebene ihre Taten nicht bloß als rechtswidrig, sondern auch schon als strafbar angesehen worden sind. Deutsche Juristen tun sich damit schwerer, fordert man hier doch traditionell das Vorliegen eines geschriebenen Straftatbestandes, der vor Tatbegehung in Kraft getreten ist und das fragliche Verhalten erfasst. Deshalb werden bis heute in Deutschland die noch lebenden NS-Kriegsverbrecher nicht nach dem für die Nürnberger Prozesse erstmals etablierten Völkerstrafrecht,⁴⁶ sondern allein nach

⁴⁴ Zu diesem 33. StÄG vgl. nur *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 33), Vor § 174 Rn. 9 m.w.N.

⁴⁵ Dazu auch rechtsvergleichend ausführlich *Wetzel*, Die Neuregelung der §§ 177-179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen, 1998. Vgl. auch *Brüggemann*, Zu Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, Die Reform der Sexualdelikte einst und jetzt, 2013.

⁴⁶ Zum Kontrollratsgesetz Nr. 10 vgl. nur *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 34 ff.

den klassischen Strafnormen – hier namentlich wegen Mordes (§ 211 StGB)⁴⁷ – verfolgt und verurteilt.

Aber auch wenn die Taten der NS-Helfer – wie namentlich der Massenmord an den europäischen Juden – unzweifelhaft vorsätzliche Tötungen aus Gründen des Rassenhasses darstellen und damit den Mordtatbestand verwirklichen – blieb im Lichte des traditionellen engen nullum crimen-Prinzips das Problem, dass diese Morde vielfach durch Nazi-Gesetze bzw. Rechtssätze (wie einen sog. Führerbefehl) nach außen hin legitimiert gewesen sind. Weil der nullum crimen-Grundsatz in Deutschland auch die allgemeinen Regeln für Straftaten und damit auch Rechtfertigungsgründe erfasst, wurde darüber diskutiert, ob auch solche Nazi-Gesetze als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen können. Mit dem bekannten Rechtsphilosophen Gustav Radbruch setzte sich die sogenannte Radbruchsche Formel⁴⁸ durch, wonach insbesondere unerträglich ungerechte Gesetze nicht wirksam sind;⁴⁹ um solche Gesetze handelt es sich natürlich bei den Normen zur Legitimation von Massenmord, so dass diese Normen nicht mehr zur Rechtfertigung von diesen Morden herangezogen werden konnten.

Darüber hinaus geht auf internationaler Ebene etwa Art. 7 Abs. 2 EMRK.⁵⁰ Danach schließt das europaweite nullum crimen-Gebot nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war. Deutschland hatte bei der Ratifizierung der EMRK Anfang der 1950er Jahre gegen diese Regelung einen Vorbehalt eingelegt, weil man zu diesem Zeitpunkt an einem ganz strikten Rückwirkungsverbot festhalten wollte. Inzwischen hat man diesen Vorbehalt aber aufgegeben, weil man erkannt hat, dass gerade bei der strafrechtlichen Bewältigung von staatlichem Unrecht ein allein formal begründetes Rückwirkungsverbot problematisch sein kann.⁵¹

Eng verbunden mit dem Grundsatz nulla poena sine lege ist der lex mitior-Grundsatz. Danach führt eine spätere Mildere der Strafraumen dazu, dass auch auf davor begangene und noch nicht abgeurteilte Straftaten nur der mildere Strafraumen zur Anwendung kommt. Wird ein zur Tatzeit strafbares Verhalten später für straflos erklärt, führt dieser Grundsatz rückwirkend zur Straflosigkeit auch für bei ihrer Bege-

⁴⁷ Dieser Straftatbestand ist – mit Ausnahme der zunächst vorgesehenen Todesstrafe – seit 1941 inhaltlich unverändert.

⁴⁸ Dazu grundlegend *Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995; *Adachi*, Die Radbruchsche Formel, Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs, 2006; *Forschner*, Die Radbruchsche Formel in den höchstgerichtlichen „Mauerschützenurteilen“, 2003 (abrufbar unter: <https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/43690/pdf/Diss.PDF> [15.4.2016]).

⁴⁹ Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

⁵⁰ Dazu nur *Sinner*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2012, Art. 7 Rn. 26 ff.

⁵¹ Vgl. *Sinner* (Fn. 50) Art. 7 Rn. 28; *Renzikowski*, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 407 (409).

hung noch strafbare Verhaltensweisen. Dieser Grundsatz, der in Deutschland in § 2 Abs. 3 StGB kodifiziert ist, hat sich vor allem innerhalb der Europäischen Union durchgesetzt. Als Leitentscheidung hierfür ist der Fall „Berlusconi“ zu nennen, über den der EuGH im Jahre 2005 zu entscheiden hatte.⁵² Der damalige italienische Ministerpräsident Silvio Berlusconi hatte angesichts gegen ihn und seine Geschäftspartner laufender Strafverfahren wegen Bilanzfälschung nachträglich die Verjährungsfristen für diese Delikte in Italien derart verkürzt, dass alle Vorwürfe bereits verjährt waren. Die damit faktisch eingeführte Strafflosigkeit der Bilanzfälschung in Italien widersprach zwar der europarechtlichen Verpflichtung zu einer effektiven Durchsetzung von Bilanzvorschriften.⁵³ Trotzdem verlangte der EuGH keine Strafverfolgung, weil wegen der zwischenzeitlich aufgrund der neuen Gesetzgebung bereits eingetretenen Verjährung eine weitere Strafverfolgung unzulässig wäre.⁵⁴

4. Rechtfertigungsgründe

Schon seit Inkrafttreten der EMRK gilt manchen das weite deutsche Notwehrrecht als menschenrechtswidrig. Das folgt daraus, dass nach der Notwehr-Definition des § 32 StGB auch zum Schutz von bloßen Sachwerten die Angreifer verletzt und im Extremfall – wenn es für den Erhalt der Sache kein milderes Mittel gibt – sogar getötet werden dürfen. Anders als im anglo-amerikanischen Recht⁵⁵ und im Völkerstrafrecht (vgl. Art. 31 IStGH-Statut)⁵⁶ gibt es im deutschen Notwehrrecht dabei keine echte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Nur in Ausnahmefällen kann wegen eines krassen Missverhältnisses des verteidigten zu dem angegriffenen Gut Notwehr mangels Gebotenheit entfallen.⁵⁷ Darin sehen einige einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 lit. a) EMRK, weil danach Eingriffe in das Recht auf Leben nur zulässig sind, um je-

manden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen.⁵⁸ Zwar verpflichtet die EMRK zunächst nur die Staaten. Allerdings – so wird vertreten – könnte aus dieser völkerrechtlichen Verpflichtung für den Staat die Pflicht abzuleiten sein, sein Strafrecht so auszugestalten, dass es nicht zu rechtmäßigen vorsätzlichen Tötungen um des Sachschutzes Willen kommen darf; die herrschende Meinung in Deutschland lehnt dies aber wegen des erwähnten Staatsbezugs von Art. 2 EMRK ab.

V. Menschenrechtsschutz durch Strafrecht

1. Verfolgung schwerer Menschenrechtsverstöße

Das materielle Strafrecht in Deutschland dient dem Rechtsgüterschutz.⁵⁹ Indem bestimmte sozialschädliche Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden, soll möglichst verhindert werden, dass diese allzu oft vorkommen. Daher ist spätestens seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges und den sich daran anschließenden Kriegsverbrecherprozessen der alliierten Siegermächte in Nürnberg (gegen Vertreter Deutschlands)⁶⁰ und in Tokio (gegen Vertreter Japans)⁶¹ anerkannt, dass jedenfalls auf schwerste Menschenrechtsverletzungen und Kriegsverbrechen auch gegenüber den dafür individuell verantwortlichen Personen strafrechtlich vorgegangen werden soll.⁶²

Dieses Prinzip wurde in den letzten beiden Jahrzehnten wieder aktuell in der Folge des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien, des Völkermordes in Ruanda und anderer extrem blutiger Konflikte in Afrika und Asien, für die jeweils internationale Gerichtshöfe (sogenannte Ad-hoc-Tribunale) gebildet wurden.⁶³ Zugleich versuchte man die gerade auch in

⁵² EuGH Slg. 2005, I-3565.

⁵³ Deswegen hat der EuGH im Fall „Taricco“ (Urt. v. 8.9.2015 – Az. C-105/14) jüngst die kurzen Verjährungsregelungen des italienischen Strafrechts bei der Sanktionierung von Verstößen gegen EU-Recht als unanwendbar angesehen. Allerdings waren die Taten hier noch nicht verjährt; es drohte nur angesichts der Komplexität Verjährung vor einem Abschluss des Strafverfahrens, so dass faktisch Strafflosigkeit eintreten dürfte.

⁵⁴ EuGH Slg. 2005, I-3565; dazu *Satzger*, JZ 2005, 998.

⁵⁵ Dazu vgl. *Dubber* (Fn. 24), S. 150 ff.; *Wössner*, Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA, 2006; *Wittemann*, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, 1997; *Nourse*, in: *Dubber/Hörmle* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, S. 607 ff.

⁵⁶ Dazu *Werle* (Fn. 46), Rn. 587 ff.; *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. Aufl. 2004, S. 830 ff.; *Weigend*, in: *Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter* (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1439.

⁵⁷ Dazu nur *Kühl* (Fn. 26), § 7 Rn. 157 ff.

⁵⁸ Dazu *Lührmann*, *Tötungsrecht zur Sachverteidigung?*, 1999, und – schon vom Titel her leicht polemisch – *Siciliano*, *Das Leben des fliehenden Diebes*, Ein strafrechtliches Politikum, 2003.

⁵⁹ Zur aktuellen Debatte vgl. nur *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2002, und *Hefendehl*, GA 2007, 1; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 33. Vgl. auch *Filó*, in: *Karsai/Nagy/Szomora* (Hrsg.), *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht*, 2011, S. 65.

⁶⁰ Dazu nur *Weinke*, *Die Nürnberger Prozesse*, 2006; *Heydecker/Leeb*, *Der Nürnberger Prozeß*, 1979; *Ginsburgs/Kudriavtsev* (Hrsg.), *The Nuremberg Trial and International Law*, 1990; *Taylor*, *Die Nürnberger Prozesse*, 1992; *Smith*, *Der Jahrhundert-Prozess*, 1977; *Priemel/Stiller* (Hrsg.), *NMT, Die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtschöpfung*, 2013; *Kastner*, *Die Völker klagen an*, *Der Nürnberger Prozess 1945-1946*, 2005; *Darnstädt*, *Nürnberg – Menschheitsverbrechen vor Gericht*, 2015; *Andoor*, ZJS 2015, 356, und *ders.*, ZJS 2015, 473.

⁶¹ Dazu näher *Osten*, *Der Tokioter Kriegsverbrecherprozess und seine Rezeption in Japan*, 2003; *Cassese*, *The Tokyo Trial and Beyond*, 1993.

⁶² Dazu nur *Werle* (Fn. 46), Rn. 15 ff.

⁶³ Dazu *Werle* (Fn. 46), Rn. 45 ff.; *Ambos*, *Strafflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, (abrufbar unter:

Militärdiktaturen verbreitete Straflosigkeit für die herrschende Klasse – in Deutschland vielfach in Anklang an das Spanische auch sogenannte „Impunidad“⁶⁴ – dadurch auszuhebeln, dass man schwere Menschenrechtsverstöße gestützt auf das Universalitätsprinzip (vgl. § 6 StGB) oder das passive Personalitätsprinzip (vgl. § 7 Abs. 1 StGB) auch in anderen Staaten verfolgt.⁶⁵ Signifikantestes Beispiel hierfür waren die Bemühungen der spanischen Justiz, den zu diesem Zeitpunkt in Großbritannien weilenden vormaligen chilenischen Diktator Augusto Pinochet wegen der Ermordung auch spanischer Staatsangehöriger in der Folge seines Militärputsches in Madrid vor Gericht zu stellen.⁶⁶ Bekanntlich wurde Pinochet später in Chile angeklagt, doch konnte wegen Verhandlungsunfähigkeit der Prozess nicht durchgeführt werden.

In Deutschland ermittelte die Justiz gegen die argentinischen Junta-Generale, weil zu den Todesopfern in der Folge ihres Putsches 1976 unter anderem auch eine deutsche Professorin zählte;⁶⁷ derzeit laufen Strafverfahren gegen in Deutschland lebende Mitwirkende in der „Colonia Dignidad“ in Chile, in der massive Menschenrechtsverletzungen vorgenommen worden waren. Im Herbst 2012 wurden vor der somalischen Küste aktive Piraten in Hamburg verurteilt;⁶⁸ inzwischen folgte die Verurteilung eines für den Völkermord in Ruanda Verantwortlichen durch das OLG Frankfurt.⁶⁹ Schwer wiegende Menschenrechtsverletzungen sollen dadurch nicht länger allein deshalb unbestraft bleiben, weil

<https://www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/straf/s60.html> [15.4.2016]), S. 163 ff.; zur Untersuchungspflicht bei Menschenrechtsverletzungen *Jeßberger*, KJ 1996, 290, (293 ff.).

⁶⁴ Vgl. nur *Wolf*, Über Impunität und Verbrechen ohne Strafen, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 305; *Ambos* (Fn. 63).

⁶⁵ Vgl. dazu nur *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbe- reich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 168 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu ausf. *Ahlbrecht/Ambos*, Der Fall Pinochet(s), Auslieferung wegen staatsverstärkter Kriminalität, 1999, sowie jüngst *Capdepon*, Vom Fall Pinochet zu den Ver- schwundenen des Spanischen Bürgerkriegs, Die Ausein- dersetzung mit Diktatur und Menschenrechtsverletzungen in Spanien und Chile, 2015 (speziell zum Streit um die Auslie- ferung S. 153 ff.). Allg. zur Vergangenheitsbewältigung in Chile bereits *Ambos*, in: Nolte (Hrsg.), Vergangenheitsbewäl- tigung in Lateinamerika, 1996, S. 139.

⁶⁷ Dazu *Ambos/Grammer*, in: Jahrbuch der juristischen Zeit- geschichte, Bd. 4, 2002/03, S. 529; *Kaleck*, Kampf gegen die Straflosigkeit, Argentinien Militärs vor Gericht, 2010.

⁶⁸ LG Hamburg, Urt. v. 19.10.2012 – 603 KLS 17/10 (juris).

⁶⁹ Die Verurteilung durch das OLG Frankfurt am 18.2.2014 „nur“ wegen Beihilfe zum Völkermord ist vom BGH mit Urt. v. 21.5.2015 (JZ 2016, 103 m. Anm. *Burghardt*, JZ 2016, 106) aufgehoben worden; am 29.12.2015 ist der Angeklagte nunmehr wegen mittäterschaftlich begangenen Völkermords zu lebenslanger Haft verurteilt worden (vgl.

<http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-frankfurt-4-3-ste-4-10-onesphore-rwabukombe-lebenslang-voelkermord-massake-r-ruanda/> [16.4.2016]).

der Tatortstaat nicht Willens oder nicht in der Lage ist, sie effektiv zu verfolgen.

Allerdings ist diese relativ selektive Verfolgung solcher Taten in einzelnen Staaten, die teilweise von der Nationalität der konkreten Opfer abhängt, sicher nicht die optimale Lösung. Deshalb hat ja die Weltgemeinschaft im Jahre 2002 gestützt auf das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) in Den Haag ein Weltstraengericht zur internationalen Verfolgung schwer wiegender Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen geschaffen.⁷⁰ Brasilien und Deutschland gehören zu den Unterstützern der ersten Stunde. Der Argentinier Luis Moreno Ocampo wurde sein erster Chefankläger. Und ebenfalls aus Südamerika wurde der frühere bolivianische Justizminister René Blattmann zu einem der Vizepräsidenten dieses Gerichtshofs; hier ergibt sich auch eine weitere Verbindung zwischen meiner Univer- sität – der Humboldt-Universität zu Berlin – und diesem Vortrag, denn von 2013 bis 2015 lehrte Professor Blattmann, dem bereits zur 200-Jahr-Feier der Berliner Juristenfakultät die Ehrendoktorwürde verliehen worden ist, als Gastprofessor an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, so dass die Berliner Studenten die Praxis des Völker- strafrechts und damit auch die weltweite effektive Durchset- zung der grundlegenden Menschenrechte aus dem Mund eines in Lateinamerika aufgewachsenen Juristen erfahren können.

Eine Pflicht jedenfalls zur Aufnahme von strafrechtlichen Ermittlungen entnimmt heute auch der EGMR aus dem Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 1 EMRK). Stirbt jemand in polizeilichem Gewahrsam unter ungeklärten Umständen muss der Staat daher durch unabhängige Ermittlungsorgane – das heißt gerade nicht allein durch die Polizei selbst und auch nicht durch die Polizei- oder Militärjustiz, zumindest soweit deren Angehörige faktisch (etwa mit Blick auf ihrer Karriere) vom Wohlwollen der Polizei- oder Militärführung abhängig sind – mit allen gesetzlich zulässigen Mitteln aufzuklären versuchen, ob eine Straftat vorliegt und die dafür gegebenenfalls Ver- antwortlichen, also Polizeibeamte oder Militärangehörige, vor Gericht stellen.⁷¹

2. Strafpflichten aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten

Seit einigen Jahrzehnten ist in der deutschen Grundrechts- dogmatik anerkannt, dass Grundrechte nicht bloß Freiheits- recht sind, die darauf zielen, den Freiheitsraum der Bürger zu optimieren. Als weitere Dimension ist der Gedanke hinzuge- treten, dass aus Grundrechten auch Schutzpflichten für den Staat erwachsen, der sich schützend vor den jeweiligen Grundrechtsträger stellen muss, um Angriffe von Dritten abzuwehren.⁷² In den 1970er Jahren wurde dann in Deutsch- land erstmals darüber diskutiert, ob solche Schutzpflichten den Staat verpflichten, Angriffe auf einzelne Grundrechtsträ- ger auch mittels einer Strafbewehrung des Verhaltens abzu-

⁷⁰ Dazu nur *Werle* (Fn. 46), Rn. 56 ff.

⁷¹ EGMR NJW 1989 (Grams/Deutschland), und EGMR NJW 2001, 1991 (Ogur/Türkei).

⁷² Allgemein zur Schutzpflichtlehre *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2005.

wehren. Aus Grundrechten folgt dann eine Pflicht zur Schaffung oder Beibehaltung von Strafnormen, obwohl Strafnormen prinzipiell und primär auch bis heute als Eingriffe in die Grundrechte des potenziellen Straftäters verstanden werden. Dies überzeugt auch sicherlich, wenn es um etwa einen vorsätzlichen Todesfall geht. In einem solchen Fall sind andere als Strafsanktionen nicht denkbar; hier würde – selbst wenn sich der Tod nicht in staatlichem Gewahrsam ereignet hat – die Schutzpflichtlehre den Staat zur Schaffung effektiver Strafnormen gegen Mord und Totschlag verpflichten. In einigen Fällen verpflichtet auch das Völkerrecht die Völkergemeinschaft und damit die einzelnen Staaten zur Bestrafung schwerer Menschenrechtsverletzungen.⁷³

Die Diskussion um eine Strafbewerhungspflicht als Ausfluss einer grundrechtlich begründeten Schutzpflicht entzündete sich aber am Abtreibungsstrafrecht (§§ 218 ff. StGB) und damit einem Gebiet, auf dem in Deutschland seit fast einem halben Jahrhundert intensiv über das Verhältnis der Rechte der Mutter zu denen des ungeborenen Kindes diskutiert wird. Nachdem der Gesetzgeber 1974 mit dem 5. Strafrechtsreformgesetz⁷⁴ erstmals in der Bundesrepublik Deutschland⁷⁵ eine sogenannte Fristenlösung eingeführt hatte, so dass ein Schwangerschaftsabbruch in den ersten drei Monaten generell straflos sein sollte, entschied das Bundesverfassungsgericht, dass dieser Verzicht auf eine Strafbarkeit die Grundrechte des ungeborenen Lebens nicht hinreichend berücksichtige.⁷⁶ Weil der Gesetzgeber dadurch seiner Schutzpflicht für dieses Rechtsgut nicht nachgekommen sei, müsse er eine solche Strafnorm wieder einführen. Auch wenn die Idee einer Schutzpflicht sicherlich nicht falsch ist, mag man bezweifeln, ob die daraus gefolgerte Pönalisierungspflicht wirklich besteht. Jedenfalls solange es auch noch andere Möglichkeiten eines effektiven Schutzes gegeben hätte, ist das meines Erachtens nicht der Fall. Daher ist es auch zu begrüßen, dass das Bundesverfassungsgericht, als es 1992 erneut die Chance erhalten hatte, über eine nach der Wiedervereinigung von einer breiten Gruppe von Abgeordneten des Deutschen Bundestags entworfenen Fristenlösung zu entscheiden, diese im seinem nunmehr 2. Abtreibungs-Urteil nicht mehr in „Bausch und Bogen“ verworfen hatte, sondern vielmehr andeutete, dass ein grundloser Schwangerschaftsabbruch zwar unverändert im Lichte der Gesamtrechtsordnung nicht als gerechtfertigt bzw. rechtmäßig angesehen werden kann, wohl aber der Strafgesetzgeber nicht verpflichtet ist, ihn unter allen Umständen bei Strafe zu verbieten, wenn es – etwa in Form von Beratungs- und Hilfsangeboten für die Schwangere – andere, mildere Mittel zu dessen Vermeidung gibt.⁷⁷ Dem entspricht heute die Rechtslage in Deutschland: Die §§ 218 ff. StGB beruhen zwar seither im Grundsatz auf der Fristenlösung, doch ist innerhalb dieser Frist eine Abtrei-

bung nur dann straflos, wenn sich die Schwangere davor hat beraten lassen; weil obendrein in diesem Fall nach der Regelung in § 218a Abs. 1 StGB nur der Tatbestand von § 218 StGB „nicht verwirklicht“ ist, bleibt Raum für die Gesamtrechtsordnung, einen „nur“ fristgemäß vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch – außerhalb der in § 218a Abs. 2 und 3 StGB expliziert als Rechtfertigungsgründe konzipierten medizinisch-sozialen und kriminologischen Indikation – trotz dessen Straflosigkeit als „rechtswidrig“ bzw. als „Unrecht“ im Sinnen der Gesamtrechtsordnung zu qualifizieren.⁷⁸

VI. Fazit

Die Grund- und Menschenrechte beeinflussen heute in erheblichem Maße die nationalen Strafrechtsordnungen. Dabei sind es vor allem die internationalen Menschenrechtsgarantien, die die Staaten immer wieder vor Herausforderungen stellen, wenn es darum geht, das teilweise jahrhundertalte nationale Kriminaljustizsystem⁷⁹ den heutigen völkerrechtlichen Vorgaben anzupassen. Insgesamt gesehen hat aber die Orientierung an menschenrechtlichen Standards in vielen Ländern zu einer Humanisierung des Strafrechts und vor allem der Strafen geführt, wie sie seit vielen Jahren als kriminalpolitisches Postulat unserer Zeit gefordert wird.⁸⁰

⁷³ Dazu *Werle* (Fn. 46), Rn. 224 ff. m.w.N.

⁷⁴ BGBl. I 1974, S. 1297.

⁷⁵ In der DDR galt eine solche damals bereits (zur dortigen Rechtslage vgl. *M. Vormbaum*, Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, 2015, S. 391 f.).

⁷⁶ BVerfGE 39, 1.

⁷⁷ BVerfGE 88, 203.

⁷⁸ Vgl. nur *Kühl* (Fn. 33), Vor § 218 Rn. 7.

⁷⁹ Zu diesem Begriff vgl. nur *Vogel*, JZ 2004, 487.

⁸⁰ Nachdrücklich etwa von *Jescheck/Weigend* (Fn. 35) S. 27 f.

Völkermord durch Tötung zweier litauischer Partisanen?

Besprechung von EGMR (GC), Urt. v. 20.10.2015 – 35343/05 (Vasiliauskas v. Lithuania)

Von Prof. Dr. Hans Vest, Bern

I. Einleitung

Die Entscheidung der Grand Chamber (GC) des EGMR in Sachen Vasiliauskas vom 20.10.2015¹ betrifft dessen Verurteilung wegen Völkermords durch die litauischen Gerichte wegen der 1953 erfolgten Tötung von zwei Mitgliedern der litauischen Partisanenbewegung. Der EGMR heißt die wegen Verletzung des Rückwirkungsverbots gem. Art. 7 EMRK erhobene Beschwerde mit neun zu acht Stimmen gut. Knapper kann der Ausgang eines Beschwerdeverfahrens nicht sein. Allerdings wollten die Richter Sajó, Vućini und Turković die Beschwerde aufgrund einer Entscheidung des litauischen Verfassungsgerichts vom 18.3.2004 wegen mangelnder Erschöpfung des nationalen Instanzenzugs gem. Art. 35 EMRK für ungültig erklären (siehe hierzu Rn. 56 ff.). Die übrigen fünf in der Minderheit verbliebenen Richter steuern insgesamt fünf abweichende Meinungen bei.

Art. 7 Abs. 1 EMRK („Keine Strafe ohne Gesetz“) hält fest, dass niemand „wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden“ darf, „die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.“ Das Urteil wirft grundsätzliche Fragen der Interpretation der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermords vom 9.12.1948 (VMK) und seiner Umsetzung ins litauische Recht auf, die einer eingehenden Auseinandersetzung bedürfen (III.). Dazu sind vorerst der entscheidungsrelevante Sachverhalt und die die Entscheidung tragenden rechtlichen Erwägungen zu rekapitulieren (II.).

II. Sachverhalt

1. Hintergrund

Litauen und Polen vereinigten sich 1569 zu einem Staat. Durch die dritte polnische Teilung kam Litauen 1795 zu Russland. 1918 wurde das Land unabhängig. Der nationalistische Politiker Antanas Smetona wurde 1926 durch einen Militärputsch Präsident, errichtete ein diktatorisches System und übernahm 1929 nach Ausschaltung des Parlaments und Absetzung des Ministerpräsidenten die alleinige Macht. Litauen wurde in Folge des Geheimabkommens zum Nichtangriffsvertrag zwischen dem nationalsozialistischen Deutschland und der Sowjetunion (Molotov-Ribbentrop-Pakt) vom 23.8.1939 (mit Zusätzen vom 28.9.1939 und 10.1.1940) am 15.6.1940 durch sowjetische Truppen besetzt und am 3.8.1940 als Litauische Sozialistische Sowjetrepublik annektiert und in die UdSSR integriert (Rn. 11 ff.). Am 22.6.1941 überfiel die deutsche Wehrmacht die Sowjetunion und be-

setzte Litauen. Der Großteil der Litauer begrüßte die Deutschen und viele waren zur Kooperation bereit, wurden aber in ihrer Hoffnung auf erneute Unabhängigkeit schnell enttäuscht. Bereits am 3.7.1941 begann die systematische Erschießung der über 200.000 litauischen Juden, sodass Ende 1941 nur noch etwa 40.000 in Arbeitslagern und Ghettos am Leben waren. Letztere wurden 1943 in Konzentrationslager umgewandelt oder aufgelöst, wobei die Überlebenden 1943 und 1944 deportiert wurden. Insb. sowjetisch kontrollierte Partisanen mit einem beträchtlichen Anteil jüdischer Widerstandskämpfer und Partisanen der polnischen Heimatarmee leisteten Widerstand gegen die Nationalsozialisten. Im Sommer und Herbst 1944 eroberte die Rote Armee, darunter die litauische Schützendivision Nr. 16, die zu ca. 50 Prozent aus Juden bestand, Litauen zurück und reinstallierte die Litauische Sowjetrepublik. Dagegen entstand eine landesweite Partisanenbewegung (die sog. „Waldbrüder“), die sich 1949 zur Befreiungsbewegung LKKS zusammenschloss. Bis zum Tod Stalins 1953 wurden über 100.000 Personen in die Sowjetunion deportiert. Armee, NKVD und das Ministerium für Staatssicherheit MGB bekämpften und unterdrückten die Partisanen in den 1950er Jahren, wobei diese mindestens 20.000 Tote zu beklagen hatte. Die Führung der LKKS wurde 1953 von Seiten des Staates liquidiert (Rn. 13).

2. Tatvorwurf

Vasiliauskas wurde von 1950 bis 1952 an der MGB-Schule in Vilnius ausgebildet. Am 8.4.1952 wurde er operativer Assistenzagent und ab 15.9.1952 operativer Agent im Bezirk Šakiai. Ab 1.7.1953 wurde er leitender Agent des MGB und in der Folge des KGB. Seine Aufgabe bestand in der Bekämpfung und Ausrottung des „bandenmäßigen und nationalistischen Untergrunds“, d.h. der Partisanenbewegung (Rn. 16 f.). Der Verurteilung wegen Völkermords liegt die Beteiligung an einer Operation gegen zwei litauische Partisanen zugrunde, die Brüder J.A. und A.A.², die sich in einem Wald im Bezirk Šakiai in einem Bunker versteckt hielten. Sie gehörten der 37. Einheit der Partisanen des Taunasbezirks an (Rn. 30; siehe auch Rn. 40). Am 2.1.1953 versuchten der Beschwerdeführer, andere Angehörige des MGB und einige Soldaten, die beiden Brüder, deren Versteck verraten worden war, festzunehmen. J.A. und A.A. wehrten sich, indem sie das Feuer auf die Sicherheitsorgane eröffneten. In der Folge wurden die beiden Brüder erschossen (Rn. 25). Im Berichtsentwurf des MGB-Chefs des Bezirks Šakiai wurde festgehalten, dass Vasiliauskas zum Erfolg der Operation beigetragen habe, bei der zwei nationalistische Banditen liquidiert worden seien. Vasiliauskas erhielt dafür am 15.9.1953 eine Belohnung von 500 Rubeln (Rn. 26). Am 23.12.1953 wurde er

¹ EGMR (GC), Urt. v. 20.10.2015 – 35343/05 (juris). Die zur Beschwerdebehandlung eingesetzte Kammer der 2. Sektion verzichtete mit Entscheid vom 17.9.2013 zugunsten der Grand Chamber auf ihre Entscheidungsbefugnis, wogegen keine der Parteien rekurrierte (Rn. 5).

² Bzgl. möglicher Aktivitäten von J.A. und A.A. während der Okkupation durch die Nazis siehe die Auszüge aus der Entscheidung des Berufungsgerichts *zitieren* in Rn. 37.

Mitglied der Kommunistischen Partei der Sowjetunion (Rn. 21).

Vasiliauskas wurde im nationalen Strafverfahren nicht vorgeworfen bzw. es konnte ihm nicht nachgewiesen werden, die Brüder selber erschossen oder dies versucht zu haben (Rn. 29, 41; siehe aber Rn. 31), sondern es wurde ihm die vorbereitende und während der Operation erfolgte Schaffung der Bedingungen zur Last gelegt, welche die Tötung ermöglicht hatten. Er habe den Bunker, in dem die Brüder J.A. und A.A. sich verbargen, zusammen mit anderen MGB-Beamten und Soldaten umzingelt und angegriffen. Damit habe er den objektiven Tatbestand des Völkermords gem. Art. 99 des neuen litauischen Strafgesetzbuches erfüllt, das am 1. Mai 2003 in Kraft getreten ist (Rn. 41).³ Auf die möglichen Probleme, welche diese landesrechtliche (wohl mittäterschaftliche) Form der Mitwirkung aufwerfen könnte, ist nicht einzugehen. Vasiliauskas bekannte sich zur Beteiligung an der Tötungsoperation (Rn. 31). Der subjektive Tatbestand wurde von den nationalen Gerichten damit begründet, dass der Beschwerdeführer das Hauptziel des MGB gekannt habe, die litauischen Partisanen physisch auszurotten (Rn. 31), woraus sich sein direkter (Vernichtungs-)Vorsatz ergebe (Rn. 35, 41).

3. Urteilsbegründung

Die GC betont vor Eintritt in die materielle Prüfung der Beschwerde, dass keine Gründe ersichtlich seien, von den Tatsachen abzuweichen, welche durch die sorgfältige Beweisaufnahme und -würdigung erstellt worden seien. Entsprechend wird der Einwand des Beschwerdeführers, die Brüder seien im Zeitpunkt nicht mehr Partisanen und im Übrigen während der deutschen Besetzung Nazikollaborateure gewesen, zurückgewiesen (Rn. 163 f. J.A. und A.A. sei 1998 respektive 2001 seitens des „Lithuanian Genocide and Resistance Research Center“ posthum der Status von „freiwilligen Kämpfern“ verliehen worden, was auch bedeute, dass sie weder Verbrechen gegen die Menschlichkeit verübt noch Zivilpersonen getötet hätten, Rn. 37 a.E., 40, 66 f.). Der Gerichtshof hält fest, dass der Tatbestand des Völkermords 1992 ins litauische Recht aufgenommen worden sei. Die Staatsanwaltschaft klagte Vasiliauskas im Jahre 2001 wegen Völkermords gegenüber litauischen Partisanen als Angehörige einer politischen Gruppe i.S.d. 1998 erweiterten Art. 71 Abs. 2 des litauischen StGB (Rn. 52) an. Der Angeklagte wurde 2004 erstinstanzlich gem. Art. 99 des 2004 in Kraft getretenen neuen StGB (Rn. 53) verurteilt (Rn. 165). Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer aufgrund von Strafbestimmungen abgeurteilt worden ist, die 1953 nicht in Kraft gewesen waren. Seine Verurteilung sei demnach rückwirkend und verstoße gegen Art. 7 EMRK, sofern nicht festgestellt werden könne, dass sie auf, im Tatzeitpunkt geltendem internationalen Recht beruhe (Rn. 166).

In der Folge bestätigt der EGMR seine ständige Rechtsprechung zu Art. 7 EMRK, die entscheidend darauf abstellt,

³ Die englische Übersetzung dieser Vorschrift findet sich in Rn. 53 des Urteils (EGMR [GC], Urt. v. 20.10.2015 – 35343/05 [juris]).

ob die angewendete Strafbestimmung dem Angeklagten zugänglich („accessibility“) gewesen ist, was mit Bezug auf Art. II VMK mit Recht bejaht wird (Rn. 167 f.). Anlass zu vertiefteren Ausführungen gibt die zusätzliche Bedingung der Voraussehbarkeit („foreseeability“) einer Verurteilung (Rn. 169 ff.). Hier hält die GC fest, dass Art. II VMK, wie auch sämtliche, in der Folge erlassenen internationalen Verträge und Gerichtsstatute auch, politische Gruppen nicht erwähnen – und die Entstehungsgeschichte der VMK verdeutliche, dass diese Auslassung der erklärten Absicht der seinerzeit am Verhandlungsprozess beteiligten Vertragsstaaten entspreche, sie nicht aufzunehmen (Rn. 170). Danach wirft der Gerichtshof die Frage auf, ob der Tatbestand des Völkermords ggf. in völkergewohnheitsrechtlicher Hinsicht politische Gruppen mitumfasse (Rn. 171 ff.), und gelangt zum Ergebnis, die Auffassungen seien geteilt,⁴ jedoch bleibe der Umstand, dass alle kodifizierten Instrumente Völkermord enger definierten (Rn. 173, 175). Damit scheint das Ergebnis vorentschieden.

Die GC wendet sich aber noch dem von Seiten des Berufungsgerichts und des litauischen Supreme Court verfochtenen Argument zu, die litauischen Partisanen seien prominenter Teil einer (durch die VMK geschützten) nationalen Gruppe (Rn. 36 a.E., 40). Insoweit hält sie dafür, dass die zum subjektiven Tatbestand gehörende Absicht, eine der geschützten Gruppen ganz oder teilweise als solche zu zerstören, sich wenigstens im Tatzeitpunkt auf einen zumindest substantiellen Teil der konkret betroffenen Gruppe bezogen haben müsse (Rn. 176 f., 178). Der EGMR billigt den litauischen Behörden und Gerichten zwar zu, das Tatbestandselement der nationalen Gruppe breiter als nach Art. II VMK anerkannt interpretieren zu können. Es fehlten aber überzeugende Hinweise in den nationalen Urteilen, auf welcher Basis die litauischen Gerichte zum Ergebnis gelangten, dass der Begriff der nationalen Gruppe 1953 auch die litauischen Partisanen erfassen würde (Rn. 181). Trotzdem sei nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht unmittelbar einleuchtend, dass die Begriffe „national“ oder „ethnisch“ auch als getrennte und klar besondere Gruppe identifizierbare bewaffnete Partisanen erfassen würden (Rn. 179, 181, 183). Da die Verurteilung Vasiliauskas auch nicht auf allgemeine Rechtsgrundsätze gem. Art. 7 Abs. 2 EMRK gestützt werden konnte (Rn. 187 ff.), wurde die Beschwerde gutgeheißen (Rn. 191).

⁴ Dies ist höchst ungenau. Vielleicht könnte man zwar behaupten, die Meinungen seien geteilt, ob politische Gruppen de lege ferenda durch einen revidierten Tatbestand des Völkermords geschützt sein sollten, siehe Vest, in: Vest/Ziegler/Lindenmann/Wehrenberg (Hrsg.), Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB, Kommentar, 2014, Art. 264 Rn. 347 ff. m.w.N. Die Autoren, die das de lege lata verfechten, sind jedoch eine kleine Minderheit. Im Urteil zitiert wird nur Schaak, Yale Law Journal 106 (1997), 2259. Nersessian, Genocide and Political Groups, 2010, erscheint grundlegender.

III. Diskussion

Die knappe Entscheidung der GC des EGMR ist, wie nachfolgend zu demonstrieren sein wird, im Ergebnis richtig, weist aber in der Begründung Schwächen auf. Vorerst gilt es, sich der maßgeblichen rechtlichen Grundlagen zu versichern (1.). Darauf sind in gebotener Kürze einige entscheidungserhebliche Elemente des Völkermordtatbestands zu bestimmen, vorerst den objektiven Tatbestand betreffend (2.), wobei ein konfliktvölkerrechtlicher Exkurs anzuschließen ist (3.). Schließlich ist die Absicht der ganzen oder teilweisen Zerstörung einer der geschützten Gruppe als solcher als Bestandteil des subjektiven Tatbestands zu analysieren, was sich als deutlich komplexer erweisen wird, als die Richterinnen und Richter anzunehmen scheinen (4.).

1. Rechtliche Grundlagen

In der durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen (VN) am 11.12.1946 einstimmig verabschiedeten Resolution 96 (I) wird Völkermord als Verbrechen gem. Völkerrecht bestimmt, welches das Existenzrecht ganzer menschlicher Gruppen verneint, und festgehalten, dass viele Fälle vorgefallen sind, bei denen rassische, religiöse, politische oder andere Gruppen ganz oder teilweise zerstört worden sind (Rn. 78). Über den Text der VMK wurde ab 1947 auf der Basis von u.a. Entwürfen des Sekretariats für Menschenrechte (mit Konsultation der Experten *Raphael Lemkin*, *Henri Donnedieu de Vabres*, *Vespasian Pella*) und des Ad hoc-Komitees beraten.⁵ Der am 9.12.1948 beschlossene Art. II VMK lautet wie folgt: „In dieser Konvention bedeutet Völkermord eine der folgenden Handlungen, die in der Absicht begangen wird, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören: Tötung von Mitgliedern der Gruppe; [...]“.

Gem. Art. XIII trat die VMK nach Ablauf von 90 Tagen seit Hinterlegung der zwanzigsten Ratifikations- oder Beitrittsurkunde am 12. Januar 1951 in Kraft. Die Sowjetunion ratifizierte die VMK am 3. Mai 1954. Für Litauen wurde die VMK nach Erringung der Unabhängigkeit am 1. Mai 1996 wirksam (Rn. 79). Völkervertragsrechtlich galt somit die VMK im Tatzeitpunkt Januar 1953 nicht.

Es bleibt zu untersuchen, ob Art. II VMK im Tatzeitpunkt völkergewohnheitsrechtlich Geltung beanspruchen konnte. Ein deutlicher Hinweis dafür enthält die eben erwähnte Resolution 96 (I) der Generalversammlung der VN.⁶ Wichtiger noch, auch der Internationale Staatengerichtshof (IGH) bezeichnete 1951 in seiner „Advisory Opinion on the Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide“⁷ die der VMK unterliegenden Prinzipien auch ohne vertragliche Verpflichtung als für alle Staaten bindend (Rn. 80). Dieser Standpunkt wurde auch in späte-

ren Verfahren zur VMK vor dem IGH bestätigt.⁸ Es ist ihm auch für den Tatzeitpunkt im Januar 1951 zu folgen.

Im gemeinsamen abweichenden Minderheitsvotum der Richter Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque und Kūris (Villiger u.a.) wird ausgeführt, dass die VMK soziale und politische Gruppen nicht erwähne und somit nicht als Grundlage für eine Verurteilung wegen Völkermords „an einer rein politischen Gruppe per se“ dienen könne (Rn. 9). Es wäre jedoch für den EGMR exzessiv formalistisch, die litauischen Partisanen ausschließlich in der Perspektive einer „politischen Gruppe“ zu sehen und die Prüfung dann abzubauen, ohne zu untersuchen, ob sie gleichzeitig Mitglieder einer durch Art. II VMK geschützten Gruppe sind.⁹ Infolgedessen gehe es um die Auswirkungen einer Vernichtung der litauischen Partisanen als einem signifikanten bzw. emblematischen Teil der Nation auf das Überleben der gesamten nationalen oder ethnischen Gruppe (Rn. 11, 24).

2. Tatobjekt nationale oder ethnische Gruppe

In der völkerstrafrechtlichen Debatte ist unbestritten, dass sich die durch Art. II VMK geschützten Gruppen theoretisch, zumal sie das damalige Verständnis „nationaler“ Minderheiten widerspiegeln,¹⁰ und in der Anwendung auf konkrete Situationen überlappen können. Es ist nicht notwendig, an dieser Stelle auf die besonders schwierige Problematik der soziologischen und der juristischen Konzeption der Gruppe als Schutzobjekt des Völkermords einzugehen.¹¹ Auch die Bestimmung der einzelnen geschützten Gruppen ist alles andere als einfach. „National“ wird im Kontext der Gruppe einerseits in rechtlich-politischem Sinn als Beziehung zu einem Staat, der die Staatsangehörigkeit verleiht, andererseits als Bezug auf die ethnographisch-soziologische Herkunft einer Gruppe verstanden.¹² Die Bevölkerung Litauens bestand im Tatzeitpunkt und besteht auch heute noch aus Angehörigen litauischer und solchen russischer Abstammung. Auch wenn beiden Gruppen die damalige Staatsangehörigkeit der Litauischen Sowjetrepublik und/oder der UdSSR zugekommen sein dürfte, sind die Gruppen der Litauer und der Russen zumindest ethnographisch-soziologisch zu unterscheiden. Das Kriterium der ethnographisch-soziologischen Herkunft ist jedenfalls eng mit Ethnizität i.S.d. ebenfalls durch Art. II VMK geschützten ethnischen Gruppen verwandt. Das Wort „ethnisch“ verweist in seinem wissenschaftlichen Kern auf die geteilte Vorstellung einer gemeinsamen

⁵ *Schabas*, *Genocide in International Law, The Crime of Crimes*, 2. Aufl. 2009, S. 59 ff.

⁶ Aus ihr allein abzuleiten, politische Gruppen seien völkergewohnheitsrechtlich mitgeschützt, verbietet sich jedoch, *Nersessian* (Fn. 4), S. 99 ff.

⁷ ICJ Reports 1951, S. 23.

⁸ IGH, Urt. v. 26.2.2007 – (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Rn. 161; siehe ferner IGH, Urt. v. 3.2.2015 (*Croatia v. Serbia*), Rn. 87.

⁹ Die Richtermehrheit nimmt eine solche Prüfung aber gerade vor, Rn. 176 f. s.o.

¹⁰ *Schabas* (Fn. 5), S. 119 f., 121 ff.; *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 39 f.

¹¹ *Schabas* (Fn. 5), S. 121 ff., 124 ff.; *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 42 ff.

¹² *Schabas* (Fn. 5), S. 134 ff. m.w.N.; *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 89 f. m.w.N.

Abstammung und Herkunft.¹³ Nicht entscheidend ist, ob diese Vorstellung mit der Realität übereinstimmt oder nicht – und ob sie ggf. nachweisbar ist oder nicht.¹⁴ Die ubiquitären dogmatischen Hinweise auf divergierende Geschichte, Sprache, Lebensweise, Glaubensweise, Sittenordnung etc. betreffen somit primär die unmittelbar wahrnehmbaren – und deshalb leicht beweisbaren – Merkmale einer ethnischen Gruppe.¹⁵

Selbstverständlich sind auch die litauischen Partisanen Bestandteil der Gruppe der Litauer. Dass sie sich durch den bewaffneten Widerstand gegen die Sowjetunion von der restlichen litauisch-stämmigen Bevölkerung unterscheiden, ändert entgegen der Richtermehrheit (Rn. 182 f.) an der Gruppenzugehörigkeit nichts. Dem Diktum der GC, es sei (im Lichte von Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969) nicht unmittelbar einsichtig, dass die normale Bedeutung der Adjektive „national“ oder „ethnisch“ in der VMK sich auch auf Partisanen erstrecke (Rn. 183), kann daher nicht gefolgt werden, ebensowenig der Auffassung, eine entsprechende Auslegung sei eine verbotene Analogie (Rn. 183). Hinter dieser irrigen Meinung steht jedoch ein Sachproblem, das der EGMR mehr erahnt als versteht. Die Ahnung, dass das Problem mit dem bewaffneten Widerstand zusammenhängt (Rn. 182), trägt die GC jedenfalls nicht. Aber sie packt es nicht an der Wurzel und verfehlt deshalb auch eine begründete Lösung. Die wenigen Urteilsausführungen über den bewaffneten Konflikt zwischen Partisanen und Sowjetmacht bilden lediglich Hintergrundinformationen (Rn. 179, 182). Die Thematik wird lediglich in der „dissenting opinion“ von Richter Ziemele angesprochen, der die Mehrheit dafür kritisiert, dass sie dem Argument Vasiliauskas Gewicht beimisst, die Partisanen seien eine getrennte und klar identifizierbare Gruppe, die durch den bewaffneten Widerstand gegen die Sowjets bestimmt sei (Rn. 22).

3. Konfliktvölkerrechtlicher Exkurs

Der Partisanenkampf besteht definitionsgemäß in der Anwendung organisierter militärischer Gewalt. In Litauen bestand zwischen 1944 und 1953 wohl zumindest für gewisse Zeit ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt i.S.d. gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Konventionen vom 12.8.1949 (GK).¹⁶ Entsprechend haben die Brüder A. denn

¹³ „Wir wollen solche Gruppen, welche auf Grund von Ähnlichkeiten des äusseren Habitus oder der Sitten oder beider oder von Erinnerungen an Kolonisation und Wanderung einen subjektiven Glauben an eine Abstammungsgemeinsamkeit hegen, derart, dass dieser für die Propagierung von Vergemeinschaftungen wichtig wird, dann wenn sie nicht ‚Sippen‘ darstellen, ‚ethnische‘ Gruppen nennen, ganz einerlei, ob eine Blutsgemeinsamkeit objektiv vorliegt oder nicht.“ (Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922 [Nachdruck 1980], S. 237).

¹⁴ Vest (Fn. 4), Art. 264 Rn. 96 m.w.N.

¹⁵ Vest (Fn. 4), Art. 264 Rn. 96; vgl. Schabas (Fn. 5), S. 143 ff.

¹⁶ Kein Thema ist hier, ob ggf. die Merkmale eines bewaffneten Konflikts vorgelegen haben, in dem Litauen i.S.d. später

auch beim Versuch, sie festzunehmen, das Feuer eröffnet („J.A. and A.A. resisted by opening fire on the MGB officers and Soviet soldiers“, Rn. 25), worauf sie erschossen worden sind. Dies wird in den tragenden Urteilerwägungen jedoch erstaunlicherweise mit Stillschweigen übergangen. Allein Ziemele hält es anders, indem er die Frage anschließt: „Does this mean that the Court accepts arbitrary killings of combatants, assuming that partisans were combatants, or that it accepts extrajudicial killings?“ (Rn. 22). Hinter dieser Bemerkung verbirgt sich eine merkwürdige Optik. Im bewaffneten Konflikt ist das Ziel stets der Sieg und die Tötung oder Verwundung des militärischen Gegners¹⁷ das Mittel dazu. Der Sieg setzt entweder die Aufgabe einer der gegnerischen Parteien – z.B. infolge ausreichender Überlegenheit der anderen oder aus Einsicht, die Sache sei den Einsatz doch nicht wert –, die totale Erschöpfung einer oder beider Seiten oder die militärische Vernichtung des Feindes durch die siegreiche Seite voraus.¹⁸ Worin daher im Fall des Beschwerdeführers die willkürliche Tötung bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Es wird in den vom EGMR angeführten nationalen Urteilsauszügen nirgendwo geltend gemacht, die Brüder J.A. und A.A. hätten sich ergeben gehabt oder seien nach ihrer Festnahme vor Ort liquidiert worden.¹⁹

Lehnt man die Ansicht ab, dass der militärische Widerstand der litauischen Partisanen Anfang 1953 (noch) die Schwelle des bewaffneten Konflikts erreicht habe und nimmt stattdessen an, es habe sich nur mehr um innere Unruhen oder vereinzelt auftretende Gewalttaten i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Zusatzprotokoll II zu den vier Genfer Konventionen vom 8.6.1977, so läge ein innerstaatlicher Polizeieinsatz vor. Für die polizeiliche Tätigkeit einschließlich der Strafverfolgung sind Polizeigesetze, Strafprozessordnung und ähnliche Erlasse maßgebend. Im Urteil finden sich dazu keine Angaben. Auch der *Autor* hat keine Kenntnisse darüber, welche Regeln hier in Litauen im Tatzeitpunkt Anfang 1953 galten. Der Einsatz von Schusswaffen ist jedoch regelmäßig an besondere Voraussetzungen gebunden, die in einem Erlass oder ggf. in einer internen Weisung enthalten sind. Vielfach begegnet man Regelungen hinsichtlich des Schusswaffeneinsatzes bei der Verhinderung und ggf. auch bei der Verfolgung bestimm-

erlassenen Art. 1 Abs. 4 Zusatzprotokoll I zu den Genfer Konventionen v. 8.6.1977 (ZP I) gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung in Ausübung seines Rechts auf Selbstbestimmung gekämpft hat, was den Konflikt normativ einem internationalen gleichgestellt hätte.

¹⁷ Siehe zum konfliktvölkerrechtlichen Unterscheidungsgebot nur *Solis*, *The Law of Armed Conflict, International Humanitarian Law in War*, 2010, S. 251 ff.

¹⁸ Zur Brutalität des Vorgehens der staatlichen Kräfte siehe *Christ*, *Die Erstickung des Waffenwiderstands in Litauen 1944-1953*, abrufbar unter:

http://elibrary.lt/resursai/Ziniasklaida/Pasaulio_lietuviu/Sveicarija/Laima_Maldunaite.pdf (8.4.2016).

¹⁹ Zur heutigen Situation sog. nicht-privilegierter „Kombattanten“ im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt *Gasser/Melzer*, *Humanitäres Völkerrecht, Eine Einführung*, 2012, S. 87 ff.; siehe auch *Solis* (Fn. 17), S. 206 ff.

ter schwerer Verbrechen, insb. wenn diese die physische oder sexuelle Integrität von Menschen akut gefährden. Allerdings ist durchaus auch möglich, dass der Einsatz von Schusswaffen in Litauen in weiterem Ausmaß vorgesehen und somit ggf. mehr oder weniger problematisch war. Er ist indes zur Selbstverteidigung und zur Notwehrhilfe eigentlich grds. immer erlaubt. Da die Brüder A. nach dem Urteil das Feuer eröffnet haben, ist zumindest prima facie von einer entsprechenden Notwehrsituation auszugehen. Mithin ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb Richter Ziemele von extralegalen bzw. -justizieller Liquidierung spricht.²⁰

Eine konfliktvölkerrechtlich zulässige Tötung von Kombattanten kann weder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit noch ein Völkermord sein.²¹ Den Regeln des humanitären Völkerrechts entsprechen „Tötungen, die während der Kampfhandlungen von Kombattanten an anderen Kombattanten verübt werden.“²² Anders formuliert, Kombattanten dürfen im Kampf gegnerische Kombattanten töten, riskieren aber auch, selber vom Gegner getötet zu werden. Art. 43 Abs. 2 ZP I formuliert dieses sog. Kombattantenprivileg²³ dahingehend, dass sie berechtigt sind, „unmittelbar an Feindseligkeiten teilzunehmen.“ Tötung gegnerischer Kämpfer im Kampf ist demnach grds. jederzeit erlaubt und gilt weitergehend, wie wir alle wissen, sogar als noble Pflicht im Dienst für das Vaterland. Für kriegsrechtskonformes Verhalten dürfen Kombattanten (auch vom Gegner) nicht zur Verantwortung gezogen werden.²⁴ Es ist dies in aller Klarheit festzuhalten, auch wenn jeder Versuch, das kriegerische Abschlagen von Menschen, dem über die Kombattanten hinaus i.d.R. zehnmal mehr Zivilisten zum Opfer fallen, zukünftig faktisch oder de lege ferenda einzudämmen, die volle Sympathie des *Autors* besitzt.²⁵ Kombattanten genießen kriegsrechtlich erst dann wieder Schutz, wenn sie sich i.S.v. Art. 41 ZP I infolge Gefangennahme, Ergebung, Krankheit, Verletzung etc. hors de combat befinden.²⁶ Die Zulässigkeit der Tötung und Verletzung gegnerischer Kombattanten ist auch nicht etwa an sog. militärische Notwendigkeiten gebunden, wie sie sonst an sich verbotene Verhaltensweisen unter den entsprechenden Voraussetzungen erlaubt machen.²⁷

²⁰ Möglicherweise ergeben sich aus den dem Gericht vorliegenden Unterlagen entsprechende Hinweise, im Urteilstext findet sich aber keine. Der *Autor* geht davon aus, dass ein etwaiges (kriegs- oder staats-) rechtswidriges Vorgehen im Urteil erwähnt worden wäre.

²¹ Siehe *Vest* (Fn. 4), Einleitung, Rn. 164 ff. m.w.N.

²² *Werle*, Völkerstrafrecht, 2012, Rn. 1125.

²³ *Solis* (Fn. 17), S. 41 f.; *Werle* (Fn. 22), Rn. 1040.

²⁴ *Werle* (Fn. 22), Rn. 1040.

²⁵ Siehe betreffend die Einschränkung der Tötung von Kombattanten *Eser*, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 665; *Hankel*, Das Tötungsverbot im Krieg, Ein Interventionsversuch, 2011.

²⁶ Vgl. den gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Konventionen und Art. 4, 7 ZP II, sowie *Werle* (Fn. 22), Rn. 1127 f.

²⁷ Siehe *Vest* (Fn. 4), Einleitung, Rn. 163 m.w.N. auf Art. 8 Abs. 2 lit. a) UAbs. iv und Art. 8 Abs. 2 lit. e) UAbs. xii

Da 1953 wohl höchstens noch ein nicht-internationaler Konflikt vorlag, wäre der Waffeneinsatz gegen die Brüder A auf der Grundlage des humanitären Konfliktvölkerrechts nach dem im Tatzeitpunkt geltenden litauischen Recht zu überprüfen gewesen. Nach dem Urteil scheint er offensichtlich nicht Armeeingehöriger gewesen zu sein (Rn. 17), zumal in den Erwägungen zum Tathergang ausdrücklich auf ihn begleitende Soldaten hingewiesen wird (Rn. 25). Vielfach gehören jedoch nach nationalem Recht auch paramilitärische oder bewaffnete Vollzugsorgane zu den Streitkräften,²⁸ was nach Art. 43 Abs. 3 ZP I zulässig ist. Das gemeinsame Vorgehen des Beschwerdeführers mit Soldaten gegen die Brüder A. im Tatzeitpunkt ist ein relevantes Indiz dafür. Mangels einschlägiger Informationen kann dies jedenfalls aus der Perspektive des außenstehenden *Autors* hier nicht nachvollzogen und die Frage damit nicht entschieden werden. Während noch erklärbar erscheint, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers wohl mangels Kenntnis der konfliktvölkerrechtlichen Problematik den Punkt offenbar nicht aufgeworfen zu haben scheint, ist es gelinde gesagt erstaunlich, dass es der EGMR gleichfalls unterlässt, diese unmittelbar entscheidungserhebliche Frage abzuklären. Es bleibt insoweit deshalb bei einem non liquet. Gleiches gilt im Fall, dass es sich nicht um eine militärische, sondern eine polizeilich-straßprozessuale Durchsetzungsmaßnahme gehandelt haben sollte (dafür spricht der Hinweis, dass die Brüder A. ergriffen werden sollten, Rn. 25), bzgl. der Frage eines erlaubten Schusswaffeneinsatzes aus Notwehr oder einem sonst zulässigen Grund. Es werden im Urteil zwar keine Umstände genannt, die dagegen sprechen, jedoch wird generell nicht auf die Thematik eingegangen, womit man versucht ist, auch insoweit von einem non liquet zu sprechen.

Auf der Basis der vorliegenden Informationen zum Sachverhalt erweist sich die Guttheißung der Beschwerde als richtig. Obwohl der Tatbestand des Völkermords gem. Art. II VMK, anders als die Richtermehrheit meint, auch die litauischen Partisanen als Bestandteil der nationalen (ggf. ethnischen) Gruppe der Litauer schützt, fehlt bereits der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung gem. lit. a, da die Tötung der das Feuer eröffnenden Brüder L.A. und A.A. unter den gegebenen Umständen konfliktvölkerrechtlich bzw. polizeirechtlich zulässig erscheint.

4. Zerstörungsabsicht

Das Element der besonderen Zerstörungsabsicht²⁹ als Krux des Völkermords bräuchte demnach an sich gar nicht mehr diskutiert zu werden. Da dies aber sowohl die Mehrheitsauffassung als insbesondere auch die verschiedenen Minderheitsvoten anders sehen, ist kurz darauf einzugehen – auch

Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs und Art. 264c Abs. 1 lit. d) StGB.

²⁸ Ein Beispiel wäre der frühere deutsche Bundesgrenzschutz, heute Bundespolizei. Vielfach sind es jedoch auch Sondereinheiten des Innenministeriums, zu deren Aufgaben bspw. auch die Aufstandsbekämpfung gehört. Siehe für Litauen *Christ* (Fn. 18), S. 16 ff.

²⁹ *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 203 ff.

um weitere Missverständnisse auszuräumen. Sämtliche Ausführungen verfehlen die Tragweite der spezifischen völkermörderischen Zerstörungsabsicht allein schon deshalb, weil sie die entsprechende tatbestandsmäßige Formulierung und Konzeption verkürzen. Art. II VMK spricht von der Absicht, „eine Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“. Keiner der Richter diskutiert den Passus „als solche“ mit einem Wort, so als ob er entbehrlich wäre – ein folgenschwerer Irrtum (geradezu exemplarisch insoweit Richter Power-Forde in seiner zusätzlichen abweichenden Einzelmeinung). Jedoch der Reihe nach.

Mehrheit und Minderheit diskutieren die Frage kontrovers, wann die Absicht der teilweisen Zerstörung einer geschützten Gruppe ausreicht. Die Mehrheit bezieht sich insoweit stärker auf im Tatzeitpunkt vorliegende wissenschaftliche Artikel und die Monographie von *Drost*³⁰ (Rn. 93, 98, 176). Dabei wird die These vertreten, dass sich die Zerstörungsabsicht auf einen substantiellen Teil der Gruppe beziehen müsse. Das greift deshalb zu kurz, weil der unklare Bezugspunkt von „teilweise“ (Land, Region, Stadt etc.) aus dem Blick zu geraten droht. Die damaligen *Autoren* waren insoweit, wie den unterlegenen Richter aber entgangen ist, gerade relativ flexibel.³¹ In den abweichenden Meinungen wird insoweit vermehrt auf die Rechtsprechung des Tribunals der Vereinten Nationen betreffend das frühere Jugoslawien eingegangen, wo dem quantitativen Kriterium der Substantialität das mehr qualitative der Signifikanz zur Seite gestellt wird („dissenting opinion“ Villiger u.a., Rn. 11, 17 ff. m.w.N. auf Rn. 98 ff., 102 des Urteils).³² Abgestützt wird dies u.a. mit Hinweisen aus den Urteilen *Prosecutor v. Sikirica*³³ und *Prosecutor v. Krstić*.³⁴ Weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum ist bisher allerdings geklärt, wie die Konturen der beabsichtigten Zerstörung eines signifikanten Teils einer Gruppe genau zu bestimmen sind. Stets wird die Führungsschicht einer Gruppe genannt, ohne dass deren Zusammensetzung und Umfang aber näher konkretisiert würde. Die in der *Sikirica*-Entscheidung genannten – potentiellen – (Selbst-)Verteidigungskräfte sind eine durchaus diskutabile Ausweitung.³⁵ Selbst halte ich die – auch miteinander verbundene!³⁶ – Koppelung der Ansätze für grds. richtig und das numerische (absolute bzw. proportionale) Zahlenspiel für überaus

problematisch.³⁷ Ich verfechte daher einen umgekehrten Ansatz, wonach genügt, dass die Zerstörungsabsicht sich auf einen Teil der Gruppe bezieht, der weder proportional noch absolut noch qualitativ unerheblich erscheint.³⁸

Die hoch hergehende Debatte über die Frage, welche Konzeption etwaige Gerichte Anfang 1953 angewandt hätten, ist allerdings rein spekulativer Natur. Hätte man den Holocaust als negatives „Vorbild“ herangezogen, so wäre die Antwort möglicherweise grds. quantitativ ausgerichtet gewesen, wie die Mehrheit annimmt (Rn. 176.). Nicht ausgeschlossen, wohl aber eher unwahrscheinlicher, ist die Lesart der Minderheit. Es ist dies schlicht nicht zu entscheiden, sodass man darüber natürlich endlos debattieren kann.

Obwohl die Sympathie des *Autors* in der Frage des beabsichtigten Ausmaßes der Gruppenzerstörung auf Seiten der abweichenden Richter liegt, führt dieser Standpunkt nicht zur von diesen geforderten Gutheißung der Beschwerde. Erstens ist der Unterschied zwischen Fällen wie *Sikirica* und *Krstić* und dem des Beschwerdeführers *Vasiliauskas* ebenso offensichtlich wie grundlegend. In den durch das Jugoslawientribunal behandelten Fällen von Völkermord wurden Zivilpersonen ermordet. Paradigmatisch ist insoweit *Krstić*, wo es um ca. 7.000 bis 8.000 nach dem Fall der „Schutzzone“ *Srebrenica* gefangen genommenen bosnisch-muslimischen männlichen Zivilisten ging, darunter Knaben und Alte, die bis auf ganz wenige zufällig Überlebende allesamt liquidiert worden sind.³⁹ Die angeklagten bosnischen Serben begründeten die Liquidierung, soweit sie sie eingestanden haben, mitunter damit, diese seien im militärdienstfähigen Alter gewesen. Dies mag fürs Gros vielleicht noch stimmen, sicher aber nicht für die beiden Ränder des Alterssegments, ändert aber am Status der Opfer als Angehörige der Zivilbevölkerung nicht das Geringste. Zudem wäre auch die Ermordung von gefangen genommenen Kombattanten in der Absicht, die Gruppe der muslimischen Bosnier in und um *Srebrenica* zu zerstören, Völkermord. Im Kampf getötete muslimische Kombattanten der Schutzzone, die für sich und viele Tausende von männlichen Zivilisten glücklicherweise den Durchbruch ins durch Regierungskräfte gehaltene Staatsgebiet freikämpften, sind dagegen nicht Opfer eines Völkermords, eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechens, sondern Kriegsoffer – genauso wie die gegen die Staatsmacht kämpfenden Brüder J.A. und A.A. in der diskutierten Entscheidung

³⁰ *Pieter N. Drost*, *The Crime of State, Volume II: Genocide*, 1959. Nicht aber auf den Kommentar von *Robinson*, *The Genocide Convention*, *The Jewish Institute*, 1960.

³¹ *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 259 ff., insb. 264 ff. (268) m.w.N.

³² *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 270 ff., insb. 287 ff. m.w.N.

³³ Vgl. ICTY, Urt. v. 3.9.2001 – IT-95-8-T (*Prosecutor v. Sikirica* u.a.), Rn. 61 ff.

³⁴ Vgl. ICTY, Urt. v. 14.12.1999 – IT-95-10-T (*Prosecutor v. Jelisić*), Rn. 80, 82; ICTY, Urt. v. 19.4.2004 – IT-95-10-A (*Prosecutor v. Krstić*), Rn. 8, 12, 26 ff. Richter Ziemele stützt sich darüber hinaus auch auf die beiden Urteile des IGH zur VMK, Rn. 6 ff. Siehe dazu oben Fn. 8.

³⁵ *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 288 f.

³⁶ ICTY, Urt. v. 3.9.2001 – IT-95-8-T (*Prosecutor v. Sikirica* u.a.), Rn 65; *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 287.

³⁷ *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 284 ff.

³⁸ *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 291 ff. Aber auch dafür würde die Absicht, zwei Widerstandskämpfer entgegen dem Kriegrecht zu töten, nicht genügen. Wenn der Fall so gelagert gewesen wäre, hätte man mehr über weitere Tötungen durch Militär und Sicherheitsbehörden sowie die Absichten des Beschwerdeführers wissen müssen, um entscheiden zu können, ob sich ein angeklagter Täter in einen systemisch-kollektiven Aktionszusammenhang zu einer beabsichtigten, wenigstens teilweisen Zerstörung der Opfergruppe einreihet, *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 27 ff.

³⁹ Siehe auch die Urteile des ICTY zu IT-05-88 (*Prosecutor v. Popović* u.a.).

der GC.⁴⁰ Dass dieser absolut zentrale und entscheidende Unterschied von den Richtern, insb. der Minderheit, übersehen oder weggewischt worden ist, ist bedenklich. Ob ideologische Scheuklappen des justiziellen Eintretens gegen den Kommunismus bei dieser grotesken Fehlinterpretation eine Rolle gespielt haben könnte, weiß der *Autor* nicht; unmöglich scheint es nicht. Dass der ideologische Kampf der Weltanschauungen in dem seinerzeit sehr direkt betroffenen Litauen noch virulent ist, lässt sich nachvollziehen. Dass aber auch fünf Richter diesen unübersehbaren Unterschied nicht wahrnehmen wollten oder juristisch nicht *lege artis* würdigen konnten, berührt eigenartig.

Zweitens liegt Völkermord nur vor, wenn der Täter die Absicht hat, eine nationale oder ethnische Gruppe als solche wenigstens teilweise zu zerstören. Die Schwierigkeiten der Interpretation dieses subjektiven Elements begannen schon bei den Beratungen zur VMK.⁴¹ Sie sind Legion und sollen hier (deshalb) nicht ausgebreitet werden.⁴² Sinn macht der Passus „as such“, wenn er i.S.v. *Lemkin* dahingehend verstanden wird, dass Mitglieder der Gruppe schon qua – und d.h. wegen ihrer – Zugehörigkeit zur attackierten Gruppe getötet etc. werden⁴³ – und nicht allein wegen eines bestimmten Verhaltens. Das „als solche“ markiert und präzisiert damit gleichzeitig den Bezugspunkt der völkermörderischen Zerstörungsabsicht.⁴⁴ Sehr deutlich wird dies etwa beim Völkermord an den Tutsi von 1994 in Ruanda. Tutsis wurden von den Killern der Hutu allein in ihrer bzw. der ihnen zugeschriebenen Eigenschaft als Mitglieder dieser Ethnie vergewaltigt und liquidiert. Die ca. 200.000 Hutus, die gleichfalls ermordet wurden, starben, weil sie „falsche“, d.h. gemäßigte politische Ansichten vertraten, Tutsis halfen oder sie zu beschützten suchten oder sich den Mördern in den Weg stellten. Ihre Liquidierung ist nicht Völkermord, sondern Ausrottung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit.⁴⁵

Der Text von Art. II VMK wurde wörtlich in alle seitherigen statutarischen Regelungen übernommen (Rn. 85 ff.). In der litauischen Ausführungsgesetzgebung ist das Element „als solche“ indessen aus dem *Autor* unbekanntem Gründen nicht übernommen worden (Rn. 51 f., 53). Damit entsprechen

die litauischen Straftatbestände (früher Art. 71, heute Art. 99 StGB) weder der durch Art. II VMK vorgegebenen Vorschrift noch einer etwaigen völkergewohnheitsrechtlichen Bestimmung über Völkermord, da „as such“ ein unverzichtbares Element darstellt.⁴⁶ Es handelt sich insoweit um rein nationales Strafrecht, das dem Rückwirkungsverbot von Art. 7 Abs. 1 EMRK unterliegt. Der Unterschied scheint den Richtern entgangen zu sein, wird er doch im Urteil und den abweichenden Meinungen nicht thematisiert.⁴⁷ Während dieser Irrtum für die Mehrheitsauffassung keine rechtlichen Konsequenzen hat, schlägt er bei Teilen der Minderheit voll durch. Ohne „as such“ als Bezugspunkt der völkermörderischen Zerstörungsabsicht würde jede Tötungshandlung an Mitgliedern einer Gruppe, welche auf die Vernichtung dieser Mitglieder abzielt, zu Völkermord. Man muss sich diese Konsequenz klarmachen: Kriege zwischen Nationen wären notwendig und ausnahmslos Völkermord, Bürgerkriege immer dann, wenn die Kombattanten, gegen die sich die Tötungsabsicht richtet, einen signifikanten Teil der Gruppe bildeten.

Da Partisanen und Freiheitskämpfer, die als bspw. nationale oder ethnische Gruppe um nationale Unabhängigkeit kämpfen, nach Ansicht der Richter Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque, Kūris (Rn. 24 ff.) und Ziemele (Rn. 22 f.) das Signifikanzkriterium i.d.R. erfüllen, wäre, um allein dieses von vielen möglichen Beispielen zu nennen, das Vorgehen der Israeli Defence Forces gegen die Hamas (versuchter) Völkermord. Dies kann nicht richtig sein und ist denn auch ganz verfehlt. Ebenso verfehlt ist es, wenn die erwähnten Richter in ihren abweichenden Meinungen diese Überlegung anstellen. Die Tötung von Kombattanten einer Befreiungsbewegung im Rahmen einer bewaffneten Auseinandersetzung ist grds. nicht Völkermord, genauso wenig wie jede andere kriegsrechtlich erlaubte Tötung des Gegners im Kampf. Sonst wäre, wie gesagt, jede zulässige Tötung im Staatenkrieg zwingend auch Völkermord, weil der Staatenkrieg definitionsgemäß zwischen Staaten und damit zwischen nationalen Gruppen ausgefochten wird. Der Kurzschluss vom Tötungsvorsatz von Vasiliauskas gegenüber den Brüdern A. – auch die Tötung im Kampf bzw. in Notwehr ist vorsätzlich – auf das Vorliegen der völkermörderischen Absicht entbehrt somit von vornherein jeder faktischen Grundlage. Sämtliche Hinweise auf das Ziel der Aufstandsbekämpfung in den nationalen Urteilen (Rn. 31, 35, 41) helfen nicht darüber hinweg. Die Absicht, die Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören, kann nicht aus einer kriegs- oder staatsrechtlich zulässigen Tötung abgeleitet werden. Sie ist vielmehr ein separates subjektives Tatbestandselement, das auch separat zu beweisen und zu begründen ist. Alle materiellen Sondervoten verkennen diesen Umstand, sodass mangels rechtlicher

⁴⁰ Keine Relevanz kommt in diesem Zusammenhang dem Punkt zu, dass der (bewaffnete) Kampf der Litauer gegen das brutale sowjetische Unrechtsregime um nationale Unabhängigkeit legitim – und i.S.d. ZP I zudem auch legal – erscheint.

⁴¹ Vgl. *Schabas* (Fn. 5), S. 294 ff., der die Formulierung als eine Art Platzhalter für ein rassistisches bzw. diskriminierendes Motiv versteht.

⁴² Vgl. *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 297 ff.

⁴³ *Lemkin*, *Axis Rule in Occupied Europe*, *Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, 1944, S. 79.

⁴⁴ *Vest* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 306 ff.; *Schabas*, *The International Criminal Court, A Commentary to the Rome Statute*, 2010, S. 130, ICTR, Urt. v. 9.7.2004 – ICTR-16-14 (*Niyitegeka v. Prosecutor*), Rn. 53.

⁴⁵ *Vest*, ZStrR 1999, 351 (355 ff.); *ders.* (Fn. 4), Art. 264 Rn. 309 f.

⁴⁶ In der Schweiz wurde zunächst auch eine Vorschrift ohne den Bezugspunkt „als solche“ vorgeschlagen, vgl. *Vest*, ZStrR 1999, 351 (355).

⁴⁷ „As such“ kommt zwar im Urteil und den abweichenden Meinungen 25 mal vor, aber bloß referierend in Urteilen, Art. II VMK zitierend u.ä., sowie als nichtjuristischer Ausdruck.

Bedeutung darauf nicht näher einzugehen ist. Auch wenn die Mehrheit den Punkt gleichfalls übersehen hat, folgte sie zumindest insgesamt der richtigen juristischen Intuition und diese führte sie hier auch zum richtigen Ergebnis. Die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Völkermords i.S.v. Art. II VMK verstieß gegen Art. 7 EMRK.

IV. Schlussbemerkung

Ende gut, alles gut? Für den Beschwerdeführer ja, auch wenn es mit Bezug auf die richterliche Entscheidungsfindung eine Zitterpartie gewesen ist. Für die Richterinnen und Richter der GC ergibt sich hingegen eine durchgezogene Bilanz. Menschenrechtlich ist die Entscheidung korrekt, völkerstrafrechtlich die Begründung jedoch in wesentlichen Punkten falsch. Dies ist auf den zweiten Blick weniger erstaunlich als auf den ersten. Völkerstrafrecht ist eine Querschnittsdisziplin, den Quellen nach Völkerrecht, dem Inhalt nach Strafrecht. Deshalb kommen Richterinnen und Richter der internationalen Strafgerichtshöfe von Seiten beider Disziplinen. Die Spezialisierung des Völkerstrafrechts schreitet indessen schnell voran. Dabei stellen sich aus strafrechtlicher Perspektive Fragen, die zumindest gleich komplex sind wie im nationalen Strafrecht. Zumindest, weil modernes Völkerstrafrecht ohne Kenntnisse in strafrechtlicher Rechtsvergleichung kaum mehr zu bewältigen ist. Die besprochene Entscheidung des EGMR in Sachen Vasiliauskas demonstriert das überaus eindrucksvoll. Letztlich war es wohl Glück, dass das Ergebnis, wenn auch nicht die Begründung, menschen- und völkerstrafrechtlich wasserdicht geworden ist. Auf Glück allein kann sich der Europäische Menschenrechtsgerichtshof allerdings zukünftig nicht verlassen. Im Zug von bewaffneten Konflikten wie im früheren Jugoslawien (oder wie in casu in Litauen) und generell von (völker-)strafrechtlicher Reaktion auf gravierendes Systemunrecht ist schon eine größere Anzahl ähnlich komplexer Fälle zu lösen gewesen. Es werden nicht die letzten sein. Der EGMR wird hier Mittel und Wege finden müssen, dass notwendige völkerstrafrechtliche „know how“ zu erwerben und personell sowie institutionell abzusichern. Sonst sind Fehlurteile prognostiziert.