

AUSGABE 1/2020

S. 1 - 38

15. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes und die großen Ordnungswidrigkeiten

Von Prof. Dr. Hans Achenbach, Osnabrück

1

Die Bannkreisverletzung als Straftat im Chronotop

Ein Rückblick auf § 106a StGB a.F. aus Anlass des 20. Jahrestages seiner Streichung durch die rot-grüne Bundesregierung

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin

7

Die metateleologische Reduktion im Strafrecht Zum Wesen der Sozialadäquanz

Von Dr. Felix Ruppert, Bayreuth

14

Der Aufwendungsabzug bei der Wertersatzentziehung

Von Niklas Wolf, München

29

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafvollzugsrecht

OLG Jena, Beschl. v. 20.2.2019 – 1 Ws 54/17

(Zur Zulässigkeit der Fesselung eines Strafgefangenen an Händen und Füßen)

(Wiss. Mit. Edith Arians, Köln)

36

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. 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)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos, Richter am
Kosovo Sondertribunal,
Den Haag

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Dennis
Klein

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Veronika Schmidt

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes und die großen Ordnungswidrigkeiten

Von Prof. Dr. Hans Achenbach, Osnabrück

Der Beitrag kritisiert, dass der 2019 vorgelegte Referentenentwurf eines Verbandssanktionengesetzes nur an Straftaten anknüpfende Sanktionen regelt und die Entwicklung in der neueren Gesetzgebung zu immer höheren Sanktionsdrohungen für Verbandsgeldbußen i.S.v. § 30 OWiG ignoriert. Der Verf. plädiert dafür, die schwerwiegenden „großen“ Ordnungswidrigkeiten in den Kreis der Neuregelung einzubeziehen, und macht Vorschläge für ihre Eingrenzung und ihre sachliche Behandlung. Ausgewählte Einzelheiten des Entwurfs werden abschließend einer knappen Überprüfung ihrer Übernahmewürdigkeit und -fähigkeit unterzogen.

I. Fragestellung

Im August 2019 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität vorgelegt.¹ Den wesentlichen Inhalt dieses Entwurfs macht dessen Art. 1 aus, der ein umfangreiches „Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG)“ enthält. Die Details dieses Gesetzesvorschlages werden noch zu eingehenden und kontroversen Diskussionen führen. Der vorliegende Beitrag verfolgt eine andere Zielsetzung. Er stellt die Frage, ob es sinnvoll ist, allein Sanktionen zur Ahndung aus Verbänden heraus begangener Straftaten im strikten Sinne einer isolierten Neuregelung zuzuführen, ohne zugleich den Blick auf die verbandsbezogenen Ordnungswidrigkeiten zu richten, und so die bedeutsamen Entwicklungen außer Betracht zu lassen, die sich namentlich im Zusammenhang mit den beiden Finanzmarktnovellierungsgesetzen von 2016 und 2017, aber auch im Kartellordnungswidrigkeitenrecht ereignet haben.²

II. Die „Verbandsgeldsanktion“ – eine Geldbuße?

1. § 1 E-VerSanG stellt ausdrücklich klar: „Dieses Gesetz regelt die Sanktionierung von Verbänden wegen Straftaten [...]“ – und sonst nichts. Im Unterschied etwa zu Art. 1 § 4 des 2013 vom Land Nordrhein-Westfalen vorgelegten, später aber wieder zurückgezogenen „Entwurfs eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“³ sieht der hier analysierte RefE des BMJV jedoch keine Verbandsstrafen im dezidiert kriminalrechtlichen Sinne und damit insbesondere auch keine Verbandsgeldstrafe vor, sondern will statt dessen als eine Form einer „Verbandssanktion“ neuer Art eine Rechts-

folge einführen, die als „Verbandsgeldsanktion“ bezeichnet wird (E-VerSanG § 8 Nr. 1 und § 9).⁴

Die Rechtsnatur dieses neuen Sanktionsinstruments lässt der RefE in der Schwebe. Bei Vorstellung des wesentlichen Inhalts des Entwurfs kennzeichnet er generell den übergeordneten Typus der „Verbandssanktion“ als „eigenständige Sanktionsart“⁵, was dann auch für die „Verbandsgeldsanktion“ gelten muss. Die Begründung verhehlt aber auch nicht, dass der Entwurf in ihr vorhandene Elemente der bisherigen Verbandsgeldbuße aufgreift.⁶ In der Tat unterscheidet sich die „Verbandsgeldsanktion“ in ihrer Einzelausgestaltung kaum von dem bisherigen eigentümlichen Mischtypus der an eine unternehmensbezogene Straftat einer Leitungsperson anknüpfenden Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung i.S.v. § 30 OWiG. So heißt es denn auch in der Begründung des RefE, bezogen auf die entsprechenden Definitionen in § 2 Abs. 1 E-VerSanG, der Begriff des „Verbandes“ decke sich inhaltlich mit der Regelung in § 30 OWiG, der Begriff der „Leitungsperson“ entspreche dem Täter der Anknüpfungstat und die „Verbandsstraftat“ entspreche der strafbaren Anknüpfungstat i.S.d. § 30 OWiG.

Allerdings legt der RefE Wert auf einen mit der Neuregelung verbundenen Wechsel in der Wertung der neuen Rechtsfolgen: Die in den §§ 8 ff. des Entwurfs normierten Verbandssanktionen gehen nach seiner Begründung „über die *Pflichtenmahnung* der Geldbuße des Ordnungswidrigkeitenrechts hinaus, die als Reaktion gegenüber Verbänden auf verbandsbezogene Straftaten ihrer Leitungspersonen *nicht mehr angemessen* erscheint“.⁷ In der Sache äußert sich dies vor allem in der vorgeschlagenen Einführung des Legalitätsprinzips gemäß § 25 Abs. 1 E-VerSanG i.V.m. § 152 Abs. 2 StPO und in der Errichtung eines Verbandssanktionenregisters gemäß §§ 55 ff. E-VerSanG.

2. Einer definitiven Aussage, was denn nun statt dessen die Rechtsnatur der Verbandssanktion positiv ausmacht, enthält sich der RefE aber. Eine Strafe soll sie jedenfalls nicht sein. Das ergibt sich aus den Aussagen des RefE, die Einführung eines Unternehmensstrafrechts als Alternative erscheine nach derzeitiger Einschätzung nicht zwingend geboten und bei einer Evaluierung nach Ablauf von fünf Jahren solle geprüft werden, ob der Übergang zu einem Unternehmensstrafrecht geboten sei.⁸

Ob es aber wirklich sinnvoll und notwendig ist, neben den Sanktionstypen der Geldstrafe und der Geldbuße, die ja beide ebenfalls ahndende Geldsanktionen darstellen, einen zwischen beiden stehenden weiteren, in seinem Wesen blass und

¹ Der Entwurf auf dem Bearbeitungsstand vom 15.8.2019 wird hier im Folgenden als „RefE“ abgekürzt. Er ist bisher noch nicht im Internet veröffentlicht, liegt aber verschiedenen Verbänden und Medien vor.

² Genauer dazu unten III. 1.

³ Der nur im Internet zugänglich gemachte Entwurf ist dort nicht mehr abrufbar. Siehe aber etwa Kutschaty, ZRP 2013, 49; ders., DRiZ 2013, 16.

⁴ Neben der Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt und der Verbandsauflösung (§ 8 Nr. 2 und 3 E-VerSanG).

⁵ RefE S. 56.

⁶ Hier und im Folgenden RefE S. 56, siehe ferner S. 83 zu § 8 Nr. 1.

⁷ Hervorhebung vom Verf.

⁸ RefE S. 2 und 70.

vage bleibenden eigenen Typus einer verbandsbezogenen Geldsanktion einzuführen, erscheint zweifelhaft. Der Sache nach steht die „Verbandsgeldsanktion“ einer Verbandsgeldbuße wegen einer unternehmensbezogenen Straftat gleich, wie sie der geltende § 30 OWiG bereits regelt. Die Unterschiede liegen nicht in der sachlichen Ausgestaltung der Sanktion oder ihrer Voraussetzungen als solcher, sondern in den daran anknüpfenden verfahrens-, zumessungs- und registerrechtlichen Regelungen.

III. Die zentrale Lücke des Entwurfs: die Aussparung der großen Ordnungswidrigkeiten

1. Allerdings verbleibt die These des Entwurfs, die Geldsanktion für Verbandsstraftaten sei im Unterschied zu der für die Verbandsgeldbuße i.S.v. § 30 OWiG bisher vorherrschenden Sicht mehr als eine bloße nachhaltige Pflichtenmahnung.⁹ Indes muss die Frage gestellt werden, ob sich das dabei zugrunde gelegte hergebrachte Verständnis der Geldbuße – das in einen Gegensatz gestellt wird zu der Kriminalstrafe, die mit einem ethischen Schuldvorwurf und einem autoritativen Unwerturteil verbunden sei¹⁰ – angesichts der neueren Entwicklung der Gesetzgebung auf dem Gebiet der wirtschaftsbezogenen Ordnungswidrigkeiten heute noch generell so halten lässt:

§ 81 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB lassen seit 2005/2007 Geldbußen wegen Kartellrechtsverstößen bis zu 10 % des Gesamtumsatzes des Unternehmens im Sinne einer weltweit operierenden wirtschaftlichen Einheit von natürlichen und juristischen Personen und Personenvereinigungen zu.¹¹ Die 9. GWB-Novelle von 2017¹² hat zudem in den seinerzeit neu geschaffenen Absätzen 3a–3c des § 81 GWB die Schuldnerstellung für die Kartellgeldbuße über den Verband, aus dem heraus der zu ahnende Verstoß begangen wurde, hinaus auf die lenkende(n) Gesellschaft(en) im Unternehmen und deren rechtliche und wirtschaftliche Nachfolger erweitert und in Abs. 4a ausdrücklich die Zumessung der Kartellgeldbuße anhand der wirtschaftlichen Verhältnisse des gesamten Unternehmens in diesem Sinne (oder einer Unternehmensvereinigung) angeordnet. Die so genannte ECN+-Richtlinie

(EU) 2019/1¹³ schließlich macht den Mitgliedstaaten eine entsprechende gesetzliche Regelung zur Pflicht und ermöglicht ihnen sogar die gesetzliche Anordnung von Geldbußen, die ein Höchstmaß von 10 % des Unternehmens-Gesamtumsatzes übersteigen (Art. 2 Abs. 1 Nr. 10, Art. 13 und 15 RL 2019/1).¹⁴

Im Kapitalmarktrecht haben namentlich die beiden Finanzmarktnovellierungsgesetze von 2016 und 2017¹⁵ zu massiven Ausweitungen des Höchstmaßes von Verbandsgeldbußen wegen einschlägiger Ordnungswidrigkeiten geführt.¹⁶ Diese können im Rahmen einer im Einzelnen sehr differenzierten Gesamtregelung bis zu dem höheren Betrag von 15 Mio. Euro oder 10 % des Gesamtumsatzes der sanktionierten juristischen Person oder Personenvereinigung oder des Gesamtumsatzes des Konzerns betragen, dem diese angehört; einzelne Normen drohen sogar ein Höchstmaß von 20 Mio. oder 15 % des Gesamtumsatzes an. Über diese Beträge hinaus lassen die meisten der ge-nannten Vorschriften zudem die Ahndung mit einer Geldbuße bis zum Zweifachen oder Dreifachen des aus dem Verstoß gezogenen wirtschaftlichen Vorteils zu.

Allerdings gilt das in diesen Vorschriften ermöglichte Höchstmaß einer Geldbuße nur für die allerschwersten Fälle, in denen das höchste Unrechts- und Schuldmaß anzunehmen und ein Milderungsgrund schlechthin nicht erkennbar ist. Aber auch unabhängig davon lässt die auf den Konzernumsatz bezogene Bestimmung des Höchstmaßes neben Verbandsgeldbußen in dreistelliger Millionenhöhe sogar solche in Milliardenhöhe als künftig nicht ausgeschlossen erscheinen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass es hierbei allein um den Ahndungsanteil der Verbandsgeldbuße geht. Ihre Höhe der Geldbuße resultiert also nicht, wie bisher, vor allem aus der Abschöpfung eines aus der Tat gezogenen wirtschaftlichen Vorteils, der zu dem der Ahndung dienenden Teil der Geldbuße addiert wird (§ 30 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4

⁹ Im Sinne dieser Wertung der Geldbuße BVerfGE 27, 18 (33), und BVerfGE 45, 272 (289); siehe ferner etwa Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, Bd. 1, 27. Lfg., Stand: Februar 2019, Vor § 1 Rn. 13; Gürtler, in: Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 17. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 9.

¹⁰ Insoweit noch immer grundlegend BVerfGE 22, 49 (79 f.); und BVerfGE 27, 18 (29, 33).

¹¹ Siehe zur Entwicklung in der 7. GWB-Novelle von 2005 und der Preismisbrauchsnovelle von 2007 bis hin zur 9. GWB-Novelle von 2017 genauer Achenbach, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: August 2019, GWB § 81 Rn. 226, 228, 517, 519 Fn. 4.

¹² Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1.6.2017 (BGBl. I 2017, S. 1416).

¹³ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ABl. EU Nr. L 11/3 v. 14.3.2019).

¹⁴ Näher dazu Achenbach, wistra 2018, 185 (186 ff.); ders., wistra 2019, 257 (258 ff.).

¹⁵ Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) v. 30.6.2016, BGBl. I 2016, S. 1514; Zweites Gesetz etc. (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I 2017, S. 1693.

¹⁶ Im Einzelnen § 50 Abs. 10 f. BörsG, § 340 Abs. 7 f. KAGB, § 56 Abs. 6a–6d KWG, § 332 Abs. 6–8 VAG, § 120 Abs. 17–23 WpHG, § 60 Abs. 4–7 WpÜG; siehe ferner den schon vor den FiMaNoG eingeführten § 172 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 SAG. Zum Ganzen auch Achenbach, wistra 2018, 13; Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2019, WpHG § 120 Rn. 376 ff.

OWiG). Im Kartellrecht lässt § 81 Abs. 5 GWB reine Ahndungsgeldbußen in dieser Höhe zu, und im Kapitalmarktrecht stellt jedenfalls § 56 Abs. 7 KWG die Abschöpfung des aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteils neben die hohen Verbandsgeldbußen nach den Absätzen 6a–6d des Gesetzes (siehe ferner § 172 Abs. 3 SAG); die übrigen kapitalmarktrechtlichen Gesetze sprechen ausdrücklich davon, dass die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu einem tatbestandsmäßigen Vielfachen des wirtschaftlichen Vorteils „geahndet werden“ könne.¹⁷

Angesichts dessen bedeutet die hergebrachte Redeweise von der Geldbuße als bloßer, sei es auch nachhaltiger, „Pflichtenmahnung“ eine gänzlich unangebrachte Bagatellisierung der Substanz einer derartigen Sanktion. Die in der Praxis bereits seit längerer Zeit verwirklichten hohen Milliongeldbußen im europäischen und auch im deutschen Kartellgeldbußrecht werden in den Medien häufig als „Strafen“ bezeichnet, und das spiegelt eine ganz zutreffende Wahrnehmung der Öffentlichkeit wider.¹⁸ Eine Geldsanktion, die eine oder mehrere konzernangehörige Gesellschaft(en) mit einer öffentlichrechtlichen Zahlungspflicht bis zu 10 % oder z.T. gar 15 % des Konzernumsatzes belastet, ist einfach keine bloße Mahnung mit erhobenem Zeigefinger mehr, sondern bedeutet ein nachhaltiges Übel, mit dessen Festsetzung ein gesellschaftlich deutlich spürbarer Tadel ausgesprochen wird, der – neben der Möglichkeit keineswegs irrelevanten wirtschaftlicher Folgen – durchaus die Reputation, also wirtschaftlich gesprochen: das Image der sanktionierten Einheit beschädigen kann.

2. Dieser Bedeutungswandel hoher Verbandsgeldbußen lässt es als halbherzig erscheinen, wenn der RefE des VerSanG von dem „für bloßes Verwaltungsunrecht konzipierte(n)“ OWiG spricht.¹⁹ Nicht zu leugnen ist allerdings, dass das Gesetz ursprünglich so konzipiert war. Das heutige Ordnungswidrigkeitengesetz fußt auf dem OWiG 1968; dieses stand im Zeichen der Entkriminalisierung der Bagatelldelinquenz²⁰ und ist in vielen Details, namentlich im Verfahrensrecht, von dem Blick auf geringfügige Massenordnungswidrigkeiten und damit von einer ausgesprochenen Bagatellideologie geprägt.²¹ Doch kann die Betrachtung dabei nicht stehenbleiben. Das ließe die Ausbildung schwerwichtiger und durchaus sozialschädlicher „großer“ Ordnungswidrigkeiten außer Acht, die bereits mit dem GWB 1958 begonnen hatte.²²

¹⁷ § 50 Abs. 10 S. 3 BörsG, § 340 Abs. 7 S. 2 KAGB, § 332 Abs. 7 S. 1 VAG, § 120 Abs. 17, 18, 19, 20, 21, 22, jeweils S. 3 WpHG, § 60 Abs. 3 S. 1 WpÜG.

¹⁸ Siehe dazu auch Möschel, WuW 2010, 869.

¹⁹ RefE S. 1, 50.

²⁰ Achenbach, GA 2008, 1 (8) = ders., in: C. Schröder (Hrsg.), Grundfragen des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, S. 112 (121 f.).

²¹ Siehe dazu den RegE des OWiG 1968, BT-Drs. V/1269, S. 23 ff.

²² Siehe dazu genauer Achenbach GA 2008, 1 (5 f., 12 ff.) = ders. (Fn. 20 – Grundfragen) S. 117 ff., 126 ff.; ferner ders.,

Generell ist die Entwurfsbegründung gekennzeichnet durch eine durchgängige negative Sicht auf die Sanktionierung von Verbänden durch die Verbandsgeldbuße des geltenden Rechts. Sie wird nicht müde, deren Defizite zu beschreiben.²³ Änderungen des OWiG als legislatorische Alternative lehnt der RefE des VerSanG²⁴ nicht nur unter Hinweis auf vermeintliche systematische Verwerfungen ab,²⁵ sondern auch deshalb, weil sie „an der ungeeigneten Verbandsgeldbuße sowie dem Opportunitätsprinzip festhalten müssten“.

3. Doch diese Konsequenz ist alles andere als zwingend. Im Gegenteil verfehlt der RefE mit dieser Attitüde untätiger Resignation gegenüber dem Ordnungswidrigkeitenrecht eine der Gesetzgebung heute gestellte wesentliche Aufgabe: die Schaffung eines angemessenen sachlichrechtlichen und prozeduralen Sanktionsrechts für die Gesamtheit der schwerwiegenden wirtschaftlichen Zuwiderhandlungen. Es geht nicht an, in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben im Kapitalmarkt-Ordnungswidrigkeitenrecht die Möglichkeit gigantischer Verbandsgeldbußen zu schaffen und sich dann mit einem Hinweis auf die nun einmal leider defizitäre deutsche Rechtslage von den Konsequenzen zu dispensieren. Wenn unser heutiges Ordnungswidrigkeitenrecht die bezeichneten Mängel hat, dann ist es halt Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, diese abzustellen! Weder das Opportunitätsprinzip noch etwaige Eignungsmängel der Verbandsgeldbuße sind der Gesetzgebung unabänderlich vorgegeben, sondern können von ihr aufgegriffen und durch besser funktionsfähige Regelungen ersetzt werden.

Nur so kann auch die mit den umgesetzten kapitalmarktrechtlichen europäischen Rechtsakten verbundene Verpflichtung zur Schaffung wirksamer und abschreckender Verwaltungssanktionen erfüllt werden.²⁶ Für das Kartellordnungswidrigkeitenrecht mag sich der Gesetzgeber mit dem Gedan-

in: Beulke/Popp/Wittig (Hrsg.), Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts, Symposium für Bernhard Haffke, 2009, S. 101 (107 ff.) = ders., in: C. Schröder (Fn. 20), S. 134 (140 ff.).

²³ Siehe vor allem RefE S. 50, 53–56.

²⁴ S. 1 und 61, siehe ferner S. 50.

²⁵ Wegen einer „Vielzahl der erforderlichen verbands- und strafrechtsspezifischen Sonderregelungen“, die allerdings nicht einmal exemplarisch dargelegt werden.

²⁶ Siehe dazu die Nachw. in den Regierungsentwürfen der beiden FiMaNoG (BT-Drs. 18/8099, S. 1, und BT-Drs. 18/10936, S. 1 f.), sowie im Einzelnen die Richtlinien 2014/65/EU (ABl. EU Nr. L 173/149), Art. 70 Abs. 1 S. 2, 2014/57 (ABl. EU Nr. L 173/179) Art. 9, 2014/59 (ABl. EU Nr. L 173/190) Art. 110 Abs. 1 S. 3, und die Verordnungen (EU) 909/2014 (ABl. EU Nr. L 257/1) Art. 61 Abs. 1 S. 2, 1286/2014 (ABl. EU Nr. L 352/1) Art. 22 Abs. 1 S. 2, 2015/2365 (ABl. EU Nr. L 337/23) Art. 22 Abs. 2, und 2016/1011 (ABl. EU Nr. L 171/1) Art. 42 Abs. 1 S. 2; generell zu beachten ist die Verpflichtung der Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, geeignete Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen zu ergreifen, sowie zur effektiven Durchführung des Unionrechts gemäß Art. 197 Abs. 1 AEUV.

ken beruhigen, dass insofern die Zuständigkeiten bereits abweichend vom OWiG geregelt sind (siehe §§ 83 f., 91, 94 GWB) und im Übrigen in Umsetzung der ECN+-Richtlinie²⁷ das Bußgeld-Verfahrensrecht einer konkreteren Umarbeitung unterzogen wird. Aber auch der im Oktober 2019 vorgelegte Referentenentwurf einer 10. GWB-Novelle²⁸ greift die Geltung des Opportunitätsprinzips ebensowenig auf wie die von dem RefE des VerSanG angenommenen Defizite des § 30 OWiG, von Schwächen des Verfahrensrechts ganz zu schweigen.

IV. Die Notwendigkeit eines eigenen Sanktionsrechts für schwerwiegende verbandsbezogene Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

1. An dieser Stelle ist noch einmal zu erinnern: Die im Zentrum des im RefE vorgeschlagenen Verbandssanktionsgesetzes stehende „Verbandsgeldsanktion“ ist der Sache nach nichts anderes als ein neues Gewand für die seit langem nach § 30 OWiG mögliche Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung wegen einer verbandsbezogenen Straftat einer Leitungsperson. Sie löst der Entwurf des VerSanG aus dem Zusammenhang mit verbandsbezogenen Ordnungswidrigkeiten heraus und macht sie zum Gegenstand einer umfangreichen Neuregelung unter anderer Flagge, die dann auch noch mit Elementen eigener Art angereichert wird. Nach meiner Auffassung zieht der RefE damit die Trennlinie nicht an der richtigen Stelle. Denn die Fragen, die der Entwurf des VerSanG für Straftaten des Leitungspersonals von Unternehmensträgern beantwortet, stellen sich für schwerwiegende „große“ Ordnungswidrigkeiten im Rahmen von Verbänden in gleicher Weise oder jedenfalls sehr ähnlich. Sie hätten deshalb in den Anwendungsbereich der Neuregelung einbezogen werden sollen. Angesichts der vorstehend geschilderten Ausweitungen der Sanktionshöhe auch bei Ordnungswidrigkeiten wäre anstelle eines isolierten Vorstoßes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität eher ein Gesetz zur Bekämpfung der schwerwiegenden Unternehmensdelinquenz erforderlich gewesen.²⁹

²⁷ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ABl. EU Nr. L 11/3 v. 14.3.2019).

²⁸ Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) – bisher nicht veröffentlicht.

²⁹ Zu dem hier zugrunde gelegten Begriff der Wirtschaftsdelinquenz als Gesamtheit der vom geltenden Recht mit Strafe oder Geldbuße bedrohten Formen wirtschaftlich abweichenden Verhaltens siehe Achenbach, in: Feltes/Pfeiffer/Steinhilper (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 177 (180) = *ders.*, in: C. Schröder (Fn. 20), S. 15 (19).

2. Damit stellt sich die Frage der Abgrenzung der schwerwiegenden von den übrigen, nicht in diese Kategorie fallenden Zuwiderhandlungen.

a) Im Strafrecht lokalisierte Zuwiderhandlungen von Leitungspersonen eines Verbandes³⁰, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte, also Verbandsstraftaten i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 E-VerSanG, sieht der RefE offensichtlich als stets so gewichtig an, dass sie den Einsatz des im VerSanG institutionalisierten Sanktionsinstrumentariums auslösen. Diese Entscheidung soll für die hier verfolgte Fragestellung nicht weiter problematisiert werden.

b) Bezogen auf das weite Feld der Ordnungswidrigkeiten erscheint eine derart formalisierte Eingrenzung dagegen von vornherein unmöglich. Die Praxis des § 30 OWiG lehrt, dass auch weniger gewichtige Vorgänge durch kleinere Verbandsgeldbußen geahndet werden können. Die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestandes durch die Leitungsperson eines Verbandes unter den Voraussetzungen des § 30 OWiG allein kann also nicht als Kriterium einer schwerwiegenden Ordnungswidrigkeit herangezogen werden. Vielmehr ist eine zusätzliche inhaltliche Abgrenzung hier unumgänglich. Zunächst muss es also stets um die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gehen. Im Einzelnen scheidet dann aber eine tatbestandsbezogene Bestimmung einfach wegen der schieren Menge des Materials aus. Auch eine auf die konkrete Sanktionserwartung abstellende Abgrenzung erscheint wenig praxismäßig, da sich diese während des Verfahrens noch deutlich verändern kann.³¹

Vielmehr dürfte sich eine Betrachtung anbieten, die auf die abstrakte Geldbußdrohung in den Tatbeständen abstellt, deren Verwirklichung den Gegenstand des Verbandsgeldbußverfahrens bildet. Die Anwendung eines reformierten Rechts der Verbandsgeldbußen auslösen sollten nach meiner Auffassung sämtliche auf den Gesamtumsatz eines Unternehmens bezogenen Verbandsgeldbußdrohungen, ferner alle Tatbestände, die die Anordnung einer Verbandsgeldbuße in Höhe eines Mehrfachen des aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteils erlauben, und schließlich zumindest alle Zuwiderhandlungen, welche durch Verbandsgeldbuße mit einem festen Höchstbetrag von 1 Mio. Euro und mehr geahndet werden können.

3. a) Dieser Gedanke hat eine bedeutsame Konsequenz: Zumindest im Bußgeld-Verfahrensrecht erscheint es danach unabweisbar, eine Zweiteilung in Regeln für kleine und mittlere Ordnungswidrigkeiten einerseits und für schwerwie-

³⁰ = Juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, nicht rechtsfähiger Verein oder rechtsfähige Personengesellschaft, § 2 Abs. 1 Nr. 1 E-VerSanG.

³¹ Man muss sich klarmachen, dass die hier zum Vergleich herangezogenen Regelungen für die sachliche gerichtliche Zuständigkeit in Strafsachen (§§ 24 f., 73 ff., 120 GVG) erst am Ende des Ermittlungsverfahrens eingreifen, während das Verfahrensrecht für die Ermittlung von Ordnungswidrigkeiten durch die zuständige Fachbehörde (§§ 35 Abs. 1, 36 OWiG) bereits feststehen muss, wenn diese mit der Ermittlung des Sachverhalts beginnt.

gende Ordnungswidrigkeiten andererseits einzuführen.³² Wie man das gesetzestechisch ausführen könnte, wirft allerdings schwierige Fragen auf. Angesichts des weit vorangeschrittenen Denk- und Formulierungsprozesses für ein VerSanG scheint es mir wenig aussichtsreich, insofern weitgehende Veränderungen an dessen Text vorzuschlagen. Zu denken wäre eher daran, im OWiG einen eigenen Abschnitt über besondere Verfahrensregeln für schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten einzufügen – ob im Wege einer Ergänzung des vorliegenden RefE oder einer OWiG-Novelle, bleibe hier dahingestellt.

b) Zu diskutieren wäre des Weiteren, inwieweit eine Übernahme der besonderen Normen des VerSanG (§§ 9, 16–19 i.d.F. des RefE) über die Zumessung der „Verbandsgeldsanktion“, also insbesondere über die (freilich bisher eher rudimentär angedeutete) Bedeutung von Compliance-Maßnahmen und über die Berücksichtigung von verbandsinternen Untersuchungen³³, für schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten sinnvoll und geboten erscheint und wie sie sich gesetzestechisch zu § 17 OWiG verhalten soll. In diesem Zusammenhang spricht vieles für den Vorschlag des RefE,³⁴ bei der Verbandsgeldbuße wegen Ordnungswidrigkeiten die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils mittels deren Erhöhung gemäß § 30 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG zu ersetzen durch die nicht mehr subsidiäre Einziehung des Wertes von Taterträgen i.S.v. § 29a OWiG – ebenso wie der RefE für die „Verbandsgeldsanktion“, also die Verbandsgeldbuße in Anknüpfung an eine Straftat, die Anwendbarkeit der §§ 73 ff. StGB vorsieht und eine dem heutigen § 30 Abs. 5 OWiG entsprechende Ausschlussregel ablehnt.³⁵ Der Erörterung bedürfte nur, ob diese Änderung für sämtliche Bußgeldtatbestände gelten soll (so der RefE) oder ob auch sie auf schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten beschränkt werden müsste.

c) Kopferbrechen bereitet der Umgang mit der materiellrechtlichen Regelung der Geldsanktion für Verbände. Inhaltlich deckt sich § 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 E-VerSanG mit den Voraussetzungen für die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße in Anknüpfung an eine Straftat gemäß dem geltenden § 30 OWiG (s.o. II.).³⁶ Wenn aber auch Geldbußen in mehrstelliger Millionen- oder gar Milliardenhöhe über eine bloße „Pflichtenmahnung“ hinaus gewichtige ahndende Sanktionen mit spürbaren Folgen für die Reputation der sanktionierten Einheit bedeuten, dann wäre es nur konsequent, anzuerkennen, dass die „Verbandsgeldsanktion“

i.S.d. E-VerSanG der Sache nach weiterhin nichts anderes ist als eine Art der Verbandsgeldbuße. Richtig ist der Vorschlag, diese Verbandsgeldbuße wegen einer verbandsbezogenen Straftat einer Leitungsperson aus § 30 OWiG herauszulösen; denn als Rechtsfolge einer Straftat gehört sie nicht in ein Gesetz, das sich seinem legislatorischen Programm nach allein mit Ordnungswidrigkeiten befasst.³⁷ Dann kann aber letztlich auch die Benennung als „Verbandsgeldsanktion“ und die Regelung in einem Verbandssanktionengesetz mangels bezeichnungskräftiger Alternativen beibehalten werden – wenn man sich nur inhaltlich darauf verständigt, dass damit nicht eine Rechtsfolge *sui generis*, sondern eine Verbandsgeldbuße in Anknüpfung an eine Straftat einer Leitungsperson gemeint ist.³⁸

V. Abreviatur einiger Konsequenzen

Bezieht man in dieser Weise die großen, schwerwiegenden Ordnungswidrigkeiten in die Betrachtung ein, so sind sämtliche Vorschläge des vorliegenden Gesetzentwurfs darauf hin zu prüfen, ob sie auch für deren sachliche Behandlung und für das ihrer Verfolgung dienende Verfahren tauglich und übernahmewürdig erscheinen. Hier soll es mit einigen ausgewählten Andeutungen sein Bewenden haben:

1. Der RefE sieht über die Verweisung auf die StPO in § 25 Abs. 1 E-VerSanG mangels einer dem § 47 Abs. 1 OWiG entsprechenden Vorschrift vor, dass für die Festsetzung einer „Verbandsgeldsanktion“ das Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO gilt.³⁹ Die §§ 36 ff. E-VerSanG enthalten dann Gründe für ein Absehen von der Verfolgung, die den §§ 153 ff. StPO nachgebildet und an die Besonderheiten der Sanktionierung von Verbänden angepasst sind. Bezogen auf Verbandsgeldbußen im Ordnungswidrigkeitenrecht ist zu berücksichtigen, dass eine Arbeitsgruppe der OECD auch für diese im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Auslandsbestechung eine Abschaffung des Opportunitätsprinzips und die Einführung des Legalitätsprinzips empfiehlt.⁴⁰ 2011 hatte sich die Arbeitsgruppe noch mit der Forderung nach einer Herausgabe von Leitlinien über den Gebrauch des Verfolgungsermessens begnügt, um die Wirksamkeit der Verantwortlichkeit juristischer Personen sicher-

³² Siehe dazu bereits *Achenbach*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2012, S. 271 (275 f.).

³³ Siehe weiter unten V. 4.

³⁴ RefE S. 41, 142.

³⁵ Siehe RefE S. 76 zu § 3.

³⁶ Mit dem Unterschied, dass die Adressaten der Sanktion nicht mehr als „juristische Personen und Personenvereinigungen“, sondern zusammenfassend als „Verbände“ bezeichnet werden und dass die Verletzung betriebsbezogener Pflichten und die eingetretene oder intendierte Bereicherung des Verbandes in § 2 Abs. 1 Nr. 3 E-VerSanG als Begriffsmerkmale der „Verbandsstraftat“ auftauchen.

³⁷ Siehe zur Vertiefung dieses Gedankens *Achenbach* (Fn. 11), *GW* § 82 Rn. 10 f.

³⁸ Dann wäre allerdings eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung zu fordern, dass auch für die Verbandsgeldbuße in den hier zugrunde gelegten Dimensionen die Interpretation als bloße Pflichtenmahnung ohne den Ernst einer ahndenden Sanktion von Gewicht nicht mehr angemessen erscheint (vgl. oben II. 1.).

³⁹ RefE S. 59, 115.

⁴⁰ So der Phase 4-Bericht der Arbeitsgruppe für Bestechungsfragen im internationalen Geschäftsverkehr (OECD Working Group on Bribery) zur Überprüfung der Umsetzung des OECD-Übereinkommens über die Bestechung ausländischer Amtsträger, siehe dazu *Burkhart/Fratzky*, *wistra* 2019, 41 (44) mit Nachw.

zustellen.⁴¹ Das Minimum wären Regelbeispiele für Einschränkungen des Verfolgungsermessens in § 47 OWiG; für eine gänzliche Aufgabe des Opportunitätsprinzips des § 47 Abs. 1 OWiG spräche aber der Gedanke der Gleichbehandlung mit der „Verbandsgeldsanktion“ im soeben bezeichneten Sinne.

2. Problematisch erscheint die Behandlung der Rechtsnachfolgeproblematik. Der RefE übernimmt in § 6 E-VerSanG den § 30 Abs. 2a S. 1 OWiG mit seinen Lücken, die in Kartellbußgeldverfahren nach 2013 offenbar geworden sind;⁴² er unternimmt keinen Versuch, diese selbst zu schließen. Statt dessen importiert er in § 7 E-VerSanG aus dem Kartellrecht die dort in § 81a GWB geregelte „Ausfallhaftung“ bei Erlöschen des Verbandes oder bei Verschiebung von Vermögen nach Einleitung des Sanktionsverfahrens. Diese Konstruktion überzeugt jedoch schon im Kartellrecht nicht.⁴³ Die Idee, anstelle einer Verbandsgeldbuße (bzw. einer „Verbandsgeldsanktion“) gegen den Verband, aus dem heraus die Anknüpfungstat begangen wurde, in diesen Konstellationen einen gleich hohen „Haftungsbetrag“ gegen die herrschende Gesellschaft im Konzern oder ihre Rechtsnachfolger festzusetzen ist ein – m.E. vergeblicher – Kunstgriff, der im Kartellrecht dazu dienen soll, ein Eingreifen des Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG oder Art. 20 Abs. 3 GG auszuschließen. Die vermeintliche reine Haftung der Konzernmutter etc. bedeutet in Wahrheit eine Erstreckung der Geld(buß)sanktion auf die herrschende Gesellschaft, deren Verantwortlichkeit jedoch nicht an den dafür geltenden Kriterien (Vorsatz oder Fahrlässigkeit ihrer Leitungspersonen, Sanktionsbegründungs- und Sanktionszumessungsschuld) gemessen wird.

3. In eine ähnliche Richtung gehen die Bedenken gegen die umsatzbezogene Bestimmung des Geldbußhöchstmaßes, wie sie jetzt auch § 9 Abs. 2 E-VerSanG für die Verbandsgeldsanktion vorschlägt. Die Ausweitung des Geldbußrahmens auf 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes der mit dem sanktionierten Verband als wirtschaftliche Einheit operierenden natürlichen Personen und Verbände i.S.v. § 9 Abs. 2 E-VerSanG steht in einem auffälligen Widerspruch zu der Regelung für die Zumessung der Verbandsgeldsanktion in § 16 E-VerSanG, die im Einklang mit dem Schuldprinzip auf die Schuld des Täters der Verbandsstraftat und deren Unrecht abhebt. Der RefE sieht (zu Recht) auch davon ab, eine den Absätzen 3a bis 3e des § 81 GWB entsprechende (Gesamt-)Schuldnerstellung der lenkenden Gesellschaft(en) und ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolger für die Geldsanktion anzuordnen. Dennoch belastet § 9 Abs. 2 E-

VerSanG den Verband, dessen Leitungsperson die Anknüpfungstat begangen hat, mit einer völlig unverhältnismäßigen, im Widerspruch zum Schuldmaßprinzip⁴⁴ stehenden Sanktionsandrohung, deren Höhe nichts mit den Parametern der konkreten Anknüpfungstat zu tun hat. Dass der Sanktionsrahmen nicht eine fest bestimmte Obergrenze, sondern nur ein anhand des Umsatzes bestimmbares Höchstmaß aufweist, verstößt m.E. gegen das auch für die Sanktionsandrohung geltende Gebot der Gesetzesbestimmtheit. Zudem ist das nach § 9 Abs. 2 S. 2 E-VerSanG von dem Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre vor der Sanktionsverhängung abhängige Höchstmaß nicht, wie es Art. 103 Abs. 2 GG verlangt, für den Normadressaten voraussehbar, „bevor die Tat begangen wurde“.

4. Zu intensiven Diskussionen werden die Vorschläge des RefE zur gesetzlichen Regelung verbandsinterner Untersuchungen (also internal investigations) führen (§§ 17–19 E-VerSanG). Ob die Lösung über eine bloße Milderung der Verbandssanktion bei umfassender Kooperation des Verbandes oder von ihm beauftragter Dritter hier das letzte Wort sein kann, scheint mir fraglich, zumal letztlich nur eine Reduktion des Höchstmaßes der Verbandssanktion auf die Hälfte und damit auf immerhin noch 5 % des durchschnittlichen Umsatzes der wirtschaftlichen Einheit versprochen wird (§ 19 E-VerSanG).

5. Fragen wir schließlich die Kompetenzregelung auf. Der RefE sieht für die Verhängung von Verbandssanktionen bei einer Sanktionserwartung von mehr als 1 Mio. Euro eine Zuständigkeit der Strafkammer beim LG, bei geringerer Sanktionserwartung die Zuständigkeit des Schöffengerichts beim AG vor (Neufassung der §§ 74 Abs. 1 und 25 GVG gemäß Art. 2 des Entwurfs). Die Forderung, auch für hohe Verbandsgeldbußen i.S.v. § 30 OWiG anstelle der derzeit geltenden Ahndungskompetenz der einschlägigen Fachbehörde gemäß § 35 Abs. 2 OWiG die Zuständigkeit eines gerichtlichen Spruchkörpers einzuführen, schiene mir dagegen rechtspolitisch keine Aussicht auf Erfolg zu versprechen.⁴⁵ Einer Revision dringend bedürftig ist aber die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters beim AG für Einsprüche gegen den Bußgeldbescheid,⁴⁶ die keinerlei Rücksicht nimmt auf Umfang und Schwere der Sache und die Höhe der Geldbuße (§ 68 Abs. 1 OWiG). Hier sollte eine Parallele zu der geschilderten erstinstanzlichen Gerichtszuständigkeit für Verbandssanktionen nach dem VerSanG erwogen werden.⁴⁷

⁴¹ So der Phase 3-Bericht der Arbeitsgruppe auf S. 87 zu einer nicht umgesetzten Empfehlung des Phase 1-Berichts; Fundstellennachweise bei *Burkhart/Fratzky*, wistra 2019, 41 (43 Fn. 15).

⁴² Stichwort „Wurstlücke“, siehe dazu nur etwa *Achenbach*, wistra 2018, 185 f.; und zu den in § 30 Abs. 2a OWiG nicht erfassten Konstellationen *ders.*, wistra 2013, 369 (373); sowie *ders.* (Fn. 11), GWB § 81 Rn. 140, 467.

⁴³ Siehe dazu eingehend *Achenbach* (Fn. 11), GWB § 81a Rn. 18 ff. mit ausführlichen Nachw.

⁴⁴ Strafe und strafähnliche Sanktionen nur nach dem Maß der Schuld, siehe etwa BVerfGE 45, 187 (260); 81, 228 (237); 110, 1 (13 f.); 140, 317 Rn. 55.

⁴⁵ Obwohl sie nicht ohne Berechtigung in der Literatur erhoben wird, siehe etwa *Möschel*, WuW 2010, 869 (874 ff.); grundsätzlich *Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. 2, 1982, S. 349 ff.

⁴⁶ Außerhalb des Rechts der Kartellordnungswidrigkeiten (§§ 83 f. GWB) und der Übernahmeordnungswidrigkeiten (§ 62 WpÜG).

⁴⁷ Mit der Maßgabe, dass anstelle einer Sanktionserwartung auf die festgesetzte Höhe der Verbandsgeldbuße abzustellen wäre.

Die Bannkreisverletzung als Straftat im Chronotop

Ein Rückblick auf § 106a StGB a.F. aus Anlass des 20. Jahrestages seiner Streichung durch die rot-grüne Bundesregierung

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin*

I. Einführung

Vor rund zwei Jahrzehnten eroberten mit dem Antritt der rot-grünen Koalition unter Bundeskanzler Gerhard Schröder (SPD) auf Bundesebene auch zwei Gruppen vormaliger Demonstranten die Sessel der Macht: Einerseits die „Alt68er“, die Ende der 1960er und Anfang der 1970er Jahre mit teils neuen Formen des Protests die Talare der Altordinarien aus den Universitäten und damit – so zumindest ihre Erwartung – zugleich den „Muff von 1.000 Jahren“ aus dem Denken der Intelligenzija vertrieben haben;¹ dies brachte sie freilich auch immer wieder mit dem damals teils recht rigiden Strafrecht in Konflikt und damit vor die Schranken der Strafgerichte.² Andererseits folgten ein Jahrzehnt später – teils, aber keineswegs durchgängig deckungsgleich – die Mitglieder der Friedens-, Frauen- und Umweltbewegung, die seit den ausgehenden 1970er Jahren in wiederum klassischen wie auch innovativen Protestformen ihren Anliegen Gehör zu verschaffen suchten; man erinnere sich nur an die Debatten um die (vermeintliche) Zulässigkeit von Gewalt (nur) gegen Sachen³ und die Rechtfertigbarkeit von zivilem Ungehorsam.⁴ Auch ihr Protest brachte sie immer wieder – vor allem wegen Nötigung (§ 240 StGB)⁵ – mit der Strafjustiz in Konflikt; Folge war eine punktuelle Kriminalisierung der Friedensbewegung und damit deren Stigmatisierung als „unfriedlich“;⁶ bis schließlich – wenngleich erst 1995 – das BVerfG eine restriktive Interpretation des zuvor vergeistigten Gewaltbegriffs verlangte.⁷

Beiden Protestgruppen eigen war, dass gerade auch den Parlamentariern ihre Anliegen unmittelbar zu Gehör gebracht werden sollten. Das gilt in ganz besonderer Weise für die Friedensbewegung Mitte der 1980er Jahre; dem Wahlsieg der schwarz-gelben Koalition vom 6.3.1983 – und der damit im Bundestag erreichten Mehrheit von den Forderungen der

Friedensbewegung ablehnend gegenüber stehenden Parlamentariern – wurde in der folgenden Zeit immer wieder öffentlich die massiv steigende Zahl der Unterzeichner des sog. „Krefelder Appells“, der die Ziele der Friedensbewegung festgeschrieben hatte,⁸ entgegengehalten und damit auch medial die Forderung verbunden, die Parlamentsmehrheit solle doch diesen (zumindest vermeintlich) von der Bevölkerungsmehrheit unterstützten Forderungen folgen und die mit dem sog. NATO-Doppelbeschluss geplante Stationierung neuer Mittelstrecken in der Bundesrepublik Deutschland ablehnen.⁹

Da die Verfassung angesichts schlechter Erfahrungen aus der Weimarer Republik und der NS-Zeit mit guten Gründen auf plebiszitäre Elemente wie Volksabstimmungen oder die Direktwahl des Bundespräsidenten weitestgehend verzichtet hat (Ausnahme ist nur die Länderneugliederung in Art. 29 GG) und zur Zeit von Studentenprotesten und Friedensbewegung auch auf Länder- und zumeist sogar Kommunalebene Volksabstimmungen oder Volksbefragungen allenfalls ausnahmsweise möglich waren, schien bis Ende der 1980er Jahre allein das jeweilige Parlament – vor allem der Bundestag, bei Länderangelegenheiten auch die jeweiligen Landtage – als Ort der Entscheidung durch die dort versammelten Repräsentanten des Staatsvolkes von Relevanz. Demonstranten waren dadurch nicht selten bestrebt, ihr Anliegen gerade den zu dieser Thematik debattierenden Abgeordneten etwa des Deutschen Bundestages vorzutragen, und wollten deshalb ihren Demonstrationszug vor den Toren des Parlaments mit einer Kundgebung enden lassen. Umgekehrt fürchtete man den „Druck der Straße“ auf die Parlamentarier, die ja nach der Verfassung ausdrücklich allein ihrem Gewissen und nicht etwa einer lautstark kundgegebenen fremden Ansicht folgen sollten. Ein – von den Grünen zunächst lautstark eingefordertes – sog. „imperatives Mandat“, welches die Abgeordneten an eine andernorts getroffene Mehrheitsentscheidung gebunden hätte, wurde vom politischen Establishment im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben prinzipiell abgelehnt.

Die erste rot-grüne Bundesregierung entsandte ab Ende 1998 einige Vertreter dieser beiden vormaligen Protestgruppen in hohe Regierungsämter. Und das sollte auch auf deren Kriminalpolitik – zumindest in den drei Jahren vor dem 11. September 2001 – abfärben. Die Endphase der Regierung Kohl war gerade auf diesem Gebiet durch extremen Aktio-

* Besonderen Dank schulde ich der Kollegin Prof. Dr. Gabriele Metzler aus dem Institut für Geschichtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin für wertvolle Hinweise aus zeithistorischer Perspektive.

¹ Vgl. aus historischer Sicht nur Siegfried, 1968, Protest, Revolte, Gegenkultur, 2018.

² Vgl. nur Dostal, 1968 – Demonstranten vor Gericht, 2006.

³ Zumindest die Rspr. hielt dies damals für strafbar (vgl. BGH, JR 1988, 75).

⁴ Dazu vgl. nur Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 108 ff.

⁵ In mehreren Leitentscheidungen hatte das BVerfG noch 1986/87 einen weiten Gewaltbegriff gebilligt, wonach Gewalt auch bei friedlichen (und damit nach der Selbsteinschätzung der Täter eigentlich gewaltfreien) Blockadeaktionen vor Raketendepots vorliegen sollte (BVerfGE 73, 206; 76, 211).

⁶ Vgl. nur Butterwege/Docke/Hachmeister, Kriminalisierung der Friedensbewegung: Abschreckung nach Innen?, 1985.

⁷ BVerfGE 92, 1.

⁸ Die nach repräsentativen Umfragen Ende 1983 wohl die Mehrheit der Bundesdeutschen ablehnte.

⁹ Ironie des Schicksals ist es vielleicht, dass die ab 1987 zwischen den USA und der UdSSR mit dem sog. INF-Vertrag vereinbarte Abrüstung gerade auf dem Gebiet der Mittelstreckenraketen durch Kündigung dieses Vertrags und den Wiederbeginn der Rüstung mit solchen Waffen vor wenigen Monaten zu Grabe getragen worden ist.

nismus geprägt. Das 6. StrRG¹⁰ brachte nicht nur zahlenmäßig überhaupt (und bis heute) die meisten Änderungen des StGB seit dessen Inkrafttreten 1871, sondern wurde sehr rasch durch den Bundestag gepeitscht, weshalb sich die damalige Justitiarin der SPD-Bundestagsfraktion Herta Däubler-Gmelin Anfang 1998 über den „Schweinsgalopp“ bei der Gesetzgebung beschwerte.¹¹ Es war daher wenig verwunderlich, dass sie nach der Übernahme des Postens der Bundesjustizministerin im ersten Kabinett Schröder in den ersten Jahren eine „Politik der ruhigen Hand“ verfolgte und das StGB nur in homöopathischen Dosen geändert wissen wollte.¹² Die erste nennenswerte Änderung war dann am 11. August 1999 die Streichung von § 106a StGB und damit des Straftatbestandes der Bannkreisverletzung. Auch die nächsten beiden Jahre – in denen das Zivilrecht und der Zivilprozess grundlegend umgestaltet worden sind – führten nur zu minimalen Veränderungen des Strafrechts.¹³ Die Sachverständigenkommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionenrechts¹⁴ blieb letztlich ohne Erfolg. Selbst die aus einer gemeinsamen Maßnahme der EU von 1998 folgende Pflicht zur Einführung einer Strafbarkeit auch für die Mitgliedschaft in ausländischen kriminellen oder terroristischen Vereinigungen wurde im Sommer 2001 noch bewusst missachtet. Insoweit brachten erst die Terroranschläge eine Wende. Ab dem Herbst 2001 wurde das StGB wiederholt verändert; den Startschuss markierte nun doch die – so nur leicht verspätete – Einfügung von § 129b StGB. Der strafrechtliche Schutz vor Terror, aber auch gegenüber Sexualstraftätern gewann massiv an Bedeutung und schlug sich in der weiteren rot-grünen Kriminalpolitik bis 2005 nieder.

Vor diesem Hintergrund kann man die Kriminalpolitik der sieben Jahre rot-grüner Regierungszeit im Bund in zwei Phasen trennen, in die knapp drei Jahre vor dem 11. September 2001 und in die vier Jahre danach. Die erste Phase beschränkte sich eben weitgehend auf die auf die Entkriminalisierung der Bannkreisverletzung, so dass diese Strafnorm

offenbar symptomatisch für das durch die rot-grüne Mehrheit als überholt angesehene Strafrechtskonzept angesehen wurde. Die Streichung von § 106a StGB war dabei offenbar nicht bloß eine redaktionelle Korrektur des Strafgesetzes, sondern vor allem ein symbolischer Akt.¹⁵ Während die Strafgesetzgebung zuvor – gerade, aber nicht nur mit dem 6. StrRG – und auch seit dem 11. September 2001 wieder vor allem durch eine Ausweitung der Strafbarkeit in neue Felder geprägt ist, wählte der Strafgesetzgeber in den Jahren von 1998 bis 2001 gerade die Bannkreisverletzung, um im Sinne eines ultima ratio-Konzepts verbotene Demonstrationen im Bannkreis nicht mehr zu kriminalisieren, sondern nur noch – aber auch immerhin – mit einem Bußgeld zu bewehren. Der Bannkreis als Tatort von Straftat oder – heute – Ordnungswidrigkeit ist damit ein symbolträchtiges Schlachtfeld zur Klärung der Fronten zwischen der demonstrativen Geltendmachung von Forderungen und der Freiheit des Parlamentsbetriebs gegenüber dem aktuellen Willen der außerparlamentarischen Aktivistinnen bzw. – negativ konnotiert – dem Druck der Straße. Im Folgenden soll daher zunächst näher auf den Bannkreis als einzig relevanten Ort der Tatbegehung eingegangen werden (II.), bevor dann die Bannkreisverletzung als Tathandlung des zunächst Straf- und heute noch Ordnungswidrigkeitentatbestands näher vorgestellt wird (III.). In einem Ausblick (IV.) werden dann noch Überlegungen zum anderweitigen Schutz der Freiheit der parlamentarischen Willensbildung angedeutet.

II. Der Bannkreis als Tatort – ein Chronotopos?

Vor diesem Hintergrund war (und ist) der um das jeweilige Parlament gezogene Bannkreis eine Demarkationslinie; der synonym gebrauchte Begriff der Bannmeile¹⁶ bringt zum Ausdruck, wie weit dieser Kreis um das jeweilige Schutzzobjekt – in Deutschland heute der Bundestag, der Bundesrat, alle Landtage und das Bundesverfassungsgericht – gedacht

¹⁰ Vgl. dazu nur BT-Drs. 13/8587 und *Dencker/Nelles/Stein/Struensee*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998.

¹¹ *Däubler-Gmelin*, ZRP 1998, 327; aufgegriffen von *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vor § 38 Rn. 8.

¹² Programmatisch für die beiden damaligen Regierungsparteien die Beiträge ihrer Rechtspolitiker *Däubler-Gmelin*, ZRP 1999, 81; und *Volker Beck*, ZRP 1999, 89.

¹³ Insgesamt gab es zwischen dem letzten StGB-ändernden Gesetz der Regierung vom September 1998 und den ersten Strafrechtsänderungen ab Ende 2001 nur fünf Gesetze, die zu Änderungen des StGB führten. Nach der Streichung von § 106a StGB folgten zumeist nur Anpassungen des StGB an außerstrafrechtliche Reformen; eine Ausweitung der Strafbarkeit erfolgte lediglich durch den – inzwischen wieder aufgehobenen – § 143 StGB (Strafnorm gegen Kampfhunde) und § 153 Abs. 2 StGB (Erstreckung der Strafbarkeit wegen Falschaussage auch auf Untersuchungsausschüsse).

¹⁴ Vgl. dazu nur *Kühl*, in: *Heß* (Hrsg.), *Wandel der Rechtsordnung*, 2003, S. 141.

¹⁵ Im Unterschied zu der Phase der strafrechtlichen Reformgesetzgebung von 1969 bis 1994, in der der Gesetzgeber in erheblichem Maße angesichts veränderter kriminalpolitischer Vorstellungen überholte Strafnormen gestrichen und damit zu einer Entkriminalisierung in nicht unerheblichen Bereichen beigetragen hat (dazu *Heger*, in: *Petzsche/Heger/Metzler* [Hrsg.], *Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit*, 2019, S. 47 [49 f.]; *Baumann*, in: *Nörr* [Hrsg.], *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 40 Jahre Rechtsentwicklung*, 1990, S. 293; sowie *Lenckner*, ebenda, S. 325; *Scheffler*, in: *Th. Vormbaum/Welp* [Hrsg.], *Das Strafgesetzbuch, Supplementband 1*, 2004, S. 174; *Ebert*, in: *Pauly* [Hrsg.], *Wendepunkte – Beiträge zur Rechtsentwicklung der letzten 100 Jahre*, 2009, S. 186; *Th. Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2015, S. 218 ff.), waren die ersten drei Jahre der rot-grünen Koalition eher durch eine Strafgesetzgebung der „ruhigen Hand“ geprägt, weshalb der Bestand der – zuvor erheblich ausgeweiteten – Strafnormen weitestgehend unangetastet geblieben ist.

¹⁶ Vgl. auch zur Gesetzgebungsgeschichte *Breitbach*, *Die Bannmeile als Ort von Versammlungen*, 1994.

sein soll. Für den um die Bundesorgane gezogenen Bannkreis hat der Bund bereits seit den 1950er Jahren gesetzliche Regelungen erlassen; dem Bannmeilengesetz vom 6. August 1955¹⁷ folgte am 11. August 1999 – parallel zur Streichung von § 106a StGB – das Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes (BefBezG),¹⁸ welches nach der Föderalismusreform seit dem 11. Dezember 2008¹⁹ auch das zuvor im Versammlungsgesetz geregelte grundsätzliche Verbot von Versammlungen innerhalb der Bannkreise regelt. Innerhalb des Bannkreises, dessen Grenzen durch Beschilderung auf den hineinführenden Straßen ablesbar sind, sind nach dem bundesweit geltenden Versammlungsrecht Versammlungen unter freiem Himmel grundsätzlich verboten (§ 16 VersG).

Zöge man um alle entsprechenden Legislativorgane in Berlin als der Bundeshauptstadt, in den Stadtstaaten sowie den Hauptstädten der dreizehn anderen Bundesländer und schließlich in Karlsruhe um das Bundesverfassungsgericht tatsächlich Kreise mit einem Radius von einer Meile (ca. 1,6 Kilometer), in welchen Versammlungen unter freiem Himmel regelmäßig ausgeschlossen und sanktionsbewehrt wären, wäre der Innenstadtbereich von nicht weniger als siebzehn deutschen Großstädten²⁰ auch für friedliche Demonstrationen weitgehend tabu. Gerade an symbolträchtigen und medial präsenten Orten wären politische Versammlungen unmöglich. Potenziellen Demonstranten wäre es im Regelfall verwehrt, ihr Anliegen den möglicherweise gerade zu diesem Problem tagenden Parlamentariern unmittelbar und gemeinsam zu Gehör zu bringen. Das wäre eine erhebliche Einschränkung der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), zumal diese ja gerade der politischen Meinungsäußerung und -bildung im öffentlichen Raum und auch an politisch symbolträchtigen Orten dient.²¹ Müsste man alle den Bannkreis betreffenden Demonstrationen in die Außenbezirke der Städte verlagern, wäre die öffentliche Wirkung der demonstrativ vorgetragenen und unterhalten Meinungen im wahrsten Sinne eher eine Randerscheinung, die nur die daran Interessierten und eben nicht das breite Publikum wahrnehmen dürften. Das Parlament und vor allem dessen Mitglieder wären zwar vor öffentlicher Einflussnahme von außen weitgehend abgeschirmt; die öffentlich kundgetane Meinung einzelner Bevölkerungsteile wäre aber in ihrer Wirkungsmacht zugleich ausgesperrt.

¹⁷ BGBl. I 1995, S. 504.

¹⁸ BGBl. I 1999, S. 1818.

¹⁹ BGBl. I 2008, S. 2366.

²⁰ Eine gewisse Ausnahme bildet Schwerin als Landeshauptstadt von Mecklenburg-Vorpommern, weil sie angesichts von „nur“ gut 95.000 Einwohnern nicht in die Liste der deutschen Großstädte aufgenommen worden ist (vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Gro%C3%9Fst%C3%A4dte_in_Deutschland [3.1.2020]).

²¹ Man beachte nur dieser Tage die regelmäßigen Demonstrationen von Brexit-Gegnern vor dem Britischen Parlament, während in demselben just dieses Thema kontrovers verhandelt wird.

Dem trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, dass er den Bannkreis als solchen zwar durchgehend aufrechterhalten wissen will (und deshalb auch die auf diesen verweisenden Straßenschilder stehen lassen kann), Versammlungen in demselben aber zugleich im Regelfall dann für zulässig erklärt, wenn keine Sitzungen im Parlament stattfinden. In § 3 Abs. 1 BefBezG ist demgemäß festgehalten:

„Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge innerhalb der nach § 1 gebildeten befriedeten Bezirke sind zuzulassen, wenn eine Beeinträchtigung der Tätigkeit des Deutschen Bundestages und seiner Fraktionen, des Bundesrates oder des Bundesverfassungsgerichts sowie ihrer Organe und Gremien und eine Behinderung des freien Zugangs zu ihren in dem befriedeten Bezirk gelegenen Gebäuden nicht zu besorgen ist. Davon ist im Falle des Deutschen Bundestages und des Bundesrates in der Regel dann auszugehen, wenn die Versammlung oder der Aufzug an einem Tag durchgeführt werden soll, an dem Sitzungen der in Satz 1 genannten Stellen nicht stattfinden. Die Zulassung kann mit Auflagen verbunden werden.“

Da Versammlungen unter freiem Himmel ohnehin regelmäßig anzumelden sind, bewirkt § 3 Abs. 1 S. 2 BefBezG letztlich, dass Demonstrationen innerhalb des Bannkreises außerhalb der Sitzungstermine der Parlamentarier auf entsprechenden Antrag hin zugelassen werden müssen. So kann Kritik etwa am Gesetzgeber demonstrativ auch vor dem Hintergrund des Sitzes des Gesetzgebungsorgans vorgetragen und dadurch in der präsenten wie medial angesprochenen Öffentlichkeit symbolisch mit dem Gesetzgeber verbunden werden. Wenngleich der Bannkreis als Ort per se ohne Bezug zur Zeit bestehen bleibt, wird er damit doch in seiner ausschließenden Wirkung in zeitlicher Hinsicht vollkommen relativiert; die weitgehende Beschränkung von Versammlungen im Bannkreis und damit von demonstrativen Einwirkungen auf die Mitglieder der Parlamente beschränkt sich angesichts ihres Schutzzweckes allein auf den Zeitraum, in welchem Sitzungen stattfinden. De facto ist daher der Bannkreis ein besonders befriedeter (und dadurch gegenüber seinem Umfeld abgegrenzter) Raum nur zu bestimmten Zeiten; man kann daher mit Blick auf die Wirkungen den Bannkreis insofern – mit dem russischen Literaturtheoretiker *Mikhail Bachtin* gesprochen – als einen Chronotopos ansehen,²² weil die Örtlichkeit nur zu bestimmten Zeiten ihren besonderen Schutzcharakter erhält und demgemäß Eingriffe in örtlicher Hinsicht in ihrer Wirkung von den temporären Gegebenheiten abhängen. Unter einem Chronotopos zu verstehen ist die spezifische Kreuzung zeitlicher und räumlicher Gegebenheiten, aus denen sich wiederum spezifische soziale Ordnungen ableiten, legitimieren oder auch (im Falle ihres Ignorierens oder Missachtens) delegitimieren lassen. Das Parlament als besondere Instanz in der sozialen Ordnung des Landes bedarf (oder bedurfte) offenkundig der festen Verankerung im Chronotop ‚Bannkreis‘, um einerseits einen vor äußeren Einflüssen geschützten Raum für politische Aushandlungsprozesse zu bilden, andererseits aber auch besondere Dignität für sich beanspruchen zu können, die wiederum durch die

²² Grundlegend *Bachtin*, Chronotopos, 2008.

Zeit-räumliche Sonderordnung um das Gebäude herum symbolisiert wurde bzw. wird; offensichtlichen Ausdruck findet diese temporäre Sonderordnung wiederum in der Beschilderung des Beginns des Bannkreises an den in diesen hinein-führenden Straßen. Demgemäß schwankt die normative Situation im Bannkreis je nachdem, ob gerade Sitzungen im jeweils geschützten Organ angesetzt sind oder nicht; es handelt sich mithin um einen Raum, in dem zeitweilig andere Regeln gelten sollen.²³

Während die Bannkreise solange bestehen bleiben, solange sich die jeweilige Institution an ihrem Ort befindet – ein Umzug (wie etwa just 1999 der des Bundestages von Bonn nach Berlin) bedeutet natürlich auch eine Neuziehung des Bannkreises –, ist das Verbot von Demonstrationen in demselben regelmäßig beschränkt auf Zeiten, in denen das Parlament etc. auch als solches genutzt wird. Sind die Abgeordneten in Sommerferien und ist keine Sitzungsperiode, kann der Bannkreis rechtmäßig und damit auch sanktionslos für Demonstrationen aller Art genutzt werden. Der Grund ist, dass es ja nicht um den Schutz des Gebäudes als solchem geht, sondern darum, dass in demselben Abgeordnete um eine politische Entscheidung ringen und diese Entscheidung eben nicht gestützt auf den Druck der Straße, sondern allein auf die Argumente und Überzeugungen der Parlamentarier selbst gefunden werden soll.

III. Die Bannkreisverletzungen als Tathandlung

Bannkreisverletzungen werden heutzutage nur noch als Ordnungswidrigkeit verfolgt; so sieht § 4 Abs. 2 BefBezG für Verletzungen der Bannkreise um die drei oben genannten Verfassungsorgane des Bundes Bußgelder von bis zu 20.000 € vor. Verletzungen von Bannkreisen um Landtage können nach § 29a Abs. 2 VersG mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 DM geahndet werden. Die im Gesetz noch anzutreffende Bemessung in überholter nationaler Währung ist schlicht einer Nichtanpassung durch den Gesetzgeber geschuldet, weshalb man auch nicht aus der in der Tat rechnerisch höheren Obergrenze für Sanktionen gegen Verletzungen eines Bannkreises um Bundesorgane etwa einen Rückschluss auf eine gestufte Wichtigkeit ziehen kann; freilich wäre eine Anpassung auch von § 29a VersG an die Euro-Einführung wohl immer noch – auch 18 Jahre nach Einführung des Euro als allgemeines Zahlungsmittel – eigentlich ein Gebot der Stunde.

Dies war aber nicht immer so, denn als kurz nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland diese ihr von den Alliierten im Zuge der Entnazifizierung des Strafrechts gestrichenes Staatsschutzstrafrecht im 1. Strafrechtsänderungs-

gesetz 1951 erneuerte,²⁴ fand mit § 106a StGB auch eine Strafnorm gegen Bannkreisverletzungen Eingang in das StGB. § 106a StGB lautete in der letzten Fassung – zwischen 1951 und 1953 war das Bundesverfassungsgericht noch nicht als möglicher Mittelpunkt eines Bannkreises strafrechtlich geschützt²⁵ – wie folgt:

„(1) Wer innerhalb eines befriedeten Bannkreises um das Gebäude eines Gesetzgebungsorgans des Bundes oder eines Landes sowie des Bundesverfassungsgerichts an öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel oder Aufzügen teilnimmt und dadurch Vorschriften verletzt, die über den Bannkreis erlassen worden sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft.

(2) Wer zu Versammlungen oder Aufzügen auffordert, die unter Verletzung der in Absatz 1 genannten Vorschriften innerhalb eines befriedeten Bannkreises stattfinden sollen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Auf den ersten Blick ist der niedrige Strafraum in § 106a Abs. 1 a.F. StGB bemerkenswert, denn obwohl die durch einen Bannkreis geschützten Institutionen sicherlich zu den für die repräsentativ-demokratische Ordnung der Bundesrepublik besonders wichtigen Staatsorganen gehören, ist im gesamten Zeitraum der Strafbewehrung von Bannkreisverletzungen (1951 bis 1999) die Strafe für solchen Taten am untersten Rand der Vergehen angesiedelt; zum Vergleich war die Höchststrafe für eine verbale Beleidigung im gesamten Zeitraum mit einem Jahr Gefängnis doppelt so hoch bemessen. Offenbar ging es dem Gesetzgeber bei Einführung von § 106a StGB mehr um eine prinzipielle Kriminalisierung von Bannkreisverletzungen, als um eine massive Sanktionierung derselben. Weiterhin bemerkenswert ist rückblickend, dass während der gesamten Geltungszeit von § 106a StGB die in dessen Abs. 2 pönalisierte Aufforderung zur Bannkreisverletzung mit einer viermal so hohen Höchststrafe versehen war, obwohl es sich dabei der Sache nach nur um eine tatbestandlich vertyppte Anstiftung zur Bannkreisverletzung i.S.v. § 106a

²⁴ Dazu *Schiffers*, Zwischen Bürgerfreiheit und Staatsschutz: Wiederherstellung und Neufassung des politischen Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1989; *Welp*, in: Th. Vormbaum/Welp (Fn. 15), S. 139 (149 ff.).

²⁵ Dies ist bemerkenswert, denn am 23.11.1951 – d.h. wenige Monate nach Inkrafttreten von § 106a StGB in seiner ursprünglichen Form – hat die damalige Bundesregierung den Antrag auf Verbot der KPD gestellt; als 1953 auch Bannkreisverletzungen rund um das BVerfG strafbewehrt worden sind, war zwar die SRP bereits verboten (BVerfGE 2, 1), über den KPD-Verbotsantrag war aber noch nicht mündlich verhandelt worden. Auch das zeigt die zumindest auch anti-kommunistische Zielrichtung von § 106a StGB, konnte doch für die anstehende Verhandlung durchaus mit Protesten von Anhängern der KPD vor dem BVerfG gerechnet werden (die durch die Ausweitung von § 106a StGB nunmehr ihrerseits kriminalisiert waren). Das KPD-Verbot folgte dann erst 1956 (BVerfGE 5, 85). Zur Dokumentation des Verfahrens *Pfeiffer/Strickert*, KPD-Prozeß, 1956.

²³ Daher besteht auch eine gewisse Nähe zu der in den späten 1960er Jahren von dem bekannten französischen Philosophen *Michel Foucault* favorisierten Figur sog. Heterotopien (dazu *Foucault*, Die Heterotopien/Der utopische Körper, deutsche Übersetzung 2005; dazu *Chlada*, Heterotopie und Erfahrung, Abriss der Heterotopologie nach Michel Foucault, 2005); da dieser von diesem Modell freilich später selbst Abstand genommen hat, soll es auch hier nicht weiter verfolgt werden.

Abs. 1 StGB handelte und für eine Anstiftung als Beteiligungsform im Allgemeinen nach § 26 StGB der gleiche Strafraum für die Haupttat gelten soll. Vor dem Hintergrund, dass 1951 die kommunistischen Aktivitäten und die Propaganda der KPD ein wesentlicher Grund für den Erlass des Staatsschutzstrafrechts gewesen sind, spricht wohl manches dafür, dass der Gesetzgeber vor allem die Anstifter zu Bannkreisverletzungen – d.h. eben etwa kommunistische Funktionäre, die zu Protestaktionen vor den Parlamenten aufrufen – fühlbarer Bestrafung zuführen wollte, während die potenziellen Adressaten bereits durch die prinzipielle Kriminalisierung von der Befolgung einer solchen Aktion abgehalten wurden. Zugleich war die Kriminalisierung einer gleichwohl stattfindenden Bannkreisverletzung eine gute Grundlage für die Polizei, diese Straftat unverzüglich zu unterbinden. Die vergleichsweise milde Strafandrohung war andererseits kombiniert mit einem zumindest nach dem Wortlaut von § 106a Abs. 1 StGB weiten Anwendungsbereich; nach diesem hätte bereits eine unerlaubte Versammlung von nicht mehr als drei Personen für eine strafbare Bannkreisverletzung ausreichend sein können, was allerdings teilweise als mit dem Schutzzweck der Norm unvereinbar angesehen wurde,²⁶ weil derart kleine Protestgruppen auf ein Parlament schwerlich Druck ausüben könnten.

Der Großteil des reetablierten Staatsschutzstrafrechts hatte damals eine deutliche anti-kommunistische Zielsetzung; auch der „Druck der Straße“ war ein Mittel, das nach dem Verschwinden nationalistisch motivierter Aufmärsche (etwa von „Stahlhelm“ und „SA“ in der Endphase der Weimarer Republik) – jedenfalls aus Sicht der damaligen konservativ-liberalen Regierungsmehrheit²⁷ – typischerweise kommunistischen Kräften zugeschrieben wurde.²⁸ Und in der Tat sollten

es in den folgenden Jahrzehnten vor allem linke bzw. alternative Gruppen sein, die als APO oder eben mit Blick auf ein „imperatives Mandat“ die altliberale Idee einer allein im Parlament frei sich entfaltenden politischen Meinungsbildung in Frage stellten und daher in Versammlungen auf die Entscheidungen der Parlamentarier einzuwirken suchten.

Dabei ging es aber von Anfang an um Eingriffe „von der Straße“; die faktisch weitgehende Bindung fraktionsangehöriger Abgeordneter an die Fraktions- bzw. Parteilinie, die zumeist nur bei der sog. „Aufhebung des Fraktionszwanges“ in regelmäßig ethisch hochsensiblen Bereichen ihr Ende findet, ist dadurch nicht erfasst, denn bei ihr geht es um innerhalb des Parlaments durch die Abgeordneten selbst gesetzte – und eben nicht von außen den Parlamentariern faktisch oktroyierte – Grenzen ihrer Freiheit. Dass der Bannkreis auch die Fraktionen als solche und die dort koordinierte bzw. regulierte Willensbildung der Fraktionsangehörigen in Hinsicht auf die Ausübung ihres freien Mandats im Parlament schützt, zeigt der oben zitierte § 3 Abs. 1 S. 1 BefBezG, indem er als Schutzobjekt die Tätigkeit des Deutschen Bundestages und seiner Fraktionen explizit gleichsetzt.

Mit Blick auf den Bannkreis als Chronotopos zeigt sich sowohl bei der ursprünglichen Strafnorm als auch bei der verbliebenen Ordnungswidrigkeit – einer Strafnorm im weiteren materiellen Sinne – ein im Strafrecht eher ungewöhnlicher Charakter, denn die Strafbarkeit hängt eben nicht davon ab, dass jemand an einem bestimmten Ort *oder* zu einer bestimmten Zeit eine tatbestandsmäßige Handlung – hier das Demonstrieren – vornimmt, wie es etwa in räumlicher Hinsicht für den Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) und in zeitlicher Hinsicht etwa für bestimmte strafbewehrte Jagdrechtsverstöße während der Schonzeit der Fall ist; vielmehr sind Zeit und Raum im Tatort einer Bannkreisverletzung aufeinander bezogen. Der Bannkreis ist strafrechtlich nur schützenswert, solange darin tatsächlich eine parlamentarische Sitzung stattfindet. Zu anderen Zeiten ist er ein Teil der Stadt wie jeder andere, in dem natürlich auch die in Art. 8 GG für alle Deutschen verbürgte Versammlungsfreiheit gilt. Der vom Tatbestand geforderte Tatort wird der Sache nach damit zu einem solchen nur, wenn die Tathandlung zu einer darauf bezogenen Zeit stattfindet.

Strukturelle Ähnlichkeiten der im materiellen Sinne strafbewehrten Bannkreisverletzung ergeben sich auf den ersten Blick etwa mit § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB, wonach eine schwere Brandstiftung auch vorliegt, wenn das Inbrandsetzen

²⁶ So AG Berlin-Tiergarten JR 1977, 207; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 23. Aufl. 1999, § 106a Rn. 2 (der wohl letzten Kommentierung dieser Strafnorm).

²⁷ Das Modell einer „wehrhaften Demokratie“, wie es die Bundesrepublik Deutschland ja in bewusster Abgrenzung zur zumindest vermeintlich gegenüber der Zerstörung der demokratischen Institutionen wehrlosen Weimarer Republik werden sollte, fokussierte vor allem in den Anfangsjahren gerade auch auf eine Abwehr militanter Aufmärsche bis hin zu Straßenkämpfen; in diesem Sinne folgte es der bereits 1937 von dem in die USA emigrierten deutschen Juristen (und ab Mitte der 1950er Jahre Professor für Politikwissenschaft) Karl Loewenstein aufgestellten Forderung einer „militant democracy“ zur Verteidigung von Grundrechten und Menschenwürde (Loewenstein, The American Political Science Review 31 [1937], 417 und 638).

²⁸ Dazu passte, dass die KPD auf ihrem Parteitag im März 1951 – vor Erlass von § 106a StGB – gefordert hat, zur Verhinderung der westdeutschen Wiederbewaffnung „die breiten Massen des gesamten Volkes zu mobilisieren“ (vgl. den Bericht über diesen Parteitag von Jacobi, Die Zeit v. 15.3.1951, abrufbar unter <https://www.zeit.de/1951/11/der-muenchener-parteitag-in-weimar> [3.1.2020]); bedenkt man, dass zumindest aus Sicht der KPD bereits damals die Bonner Regierungsmehrheit an

einer Wiederbewaffnung arbeitete, konnte ein solcher Aufruf an die breite Volksmasse nur als Widerstand gegen die zu erwartende Entscheidung seiner noch für zweieinhalb Jahre gewählten Repräsentanten verstanden werden. Im November 1952 forderte die KPD, die zu diesem Zeitpunkt – wenn gleich nur noch mit eingeschränkten Möglichkeiten – noch im Bundestag vertreten war, im „Programm der nationalen Wiedervereinigung Deutschlands“ dann offen den „revolutionären Sturz des Adenauer-Regimes“ (Heumann, Deutschlandfunk v. 17.8.2006, abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/auszeit-fuer-die-revolution.724.de.html?dram:article_id=98550 [3.1.2020]).

eine Räumlichkeit betrifft, „die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient, zu einer Zeit, in der Menschen sich dort aufzuhalten pflegen“. Ein solcher Raum, der dem Täter gehört oder mit dessen Anzünden der Eigentümer zumindest einverstanden ist (anderenfalls wäre in jedem Fall – d.h. auch außerhalb der zeitlichen Beschränkung – eine Strafbarkeit nach § 306 StGB gegeben), wird damit gegen Brandstiftungen nur zu bestimmten Zeiten geschützt; so ist eine Turnhalle nach dem üblichen Hallenschluss von § 306a Abs. 1 StGB nicht erfasst, selbst wenn sich darin zur Zeit des Anzündens ausnahmsweise noch ein Mensch aufhalten sollte.²⁹ Das zeigt aber auch schon einen Unterschied zur Strafbewehrung der Bannkreisverletzung, denn diese orientiert sich nicht daran, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt – etwa Werktags von 9 bis 18 Uhr – üblicherweise das umkreiste Parlament bzw. seine Untergliederungen zu Sitzungen zusammenkommen. Vielmehr geht es hier um die konkreten Zeitpunkte, zu denen Sitzungen tatsächlich stattfinden. D.h. auch wenn eine Sitzung im Bundestag zu unüblicher Zeit stattfindet, gelten die Restriktionen des Bannkreises und die Strafbewehrung von deren Verletzung. Es sei nur an die kürzliche Zusammenkunft des Bundestags in den Ferien zur Vereidigung der neuen Bundesverteidigungsministerin erinnert. Findet umgekehrt – warum auch immer – zu einem eigentlich üblichen Sitzungstermin tatsächlich keine Sitzung statt, können Demonstranten sanktionslos in den Bannkreis eindringen, sofern sie nur ihre Versammlung spätestens 48 Stunden vor Beginn angemeldet haben (§ 14 Abs. 1 VersG). Ist der Bannkreis als Schutzgebiet um das Parlament durch dessen Tätigwerden aktiviert, besteht mithin ein Versammlungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt, während zu anderen Zeiten – wie auch sonst in der Öffentlichkeit – nur eine Anzeigepflicht mit Verbotsmöglichkeit besteht (§ 15 VersG). Der Geschäftsgang des Parlaments bestimmt damit unmittelbar darüber, ob Versammlungen innerhalb des Bannkreises zugelassen werden sollen oder nicht; werden Versammlungen im Bannkreis nicht zugelassen, begeht derjenige, der gleichwohl darin demonstriert, eine bis 1999 strafbare und heute immerhin noch bußgeldbewehrte Bannkreisverletzung.

IV. Fazit und Ausblick

Die Entkriminalisierung der Bannkreisverletzung vor 20 Jahren war vor allem ein symbolkräftiger rechtspolitischer Akt, der gleichsam rückwirkend der Strafbewehrung von Demonstrationen in der Bannmeile während parlamentarischer Beratungen den Boden entzog. Dem gerade aus konservativer Sicht immer wieder geäußerten Vorhalt, Politiker der rot-grünen Bundesregierung hätten bei Demonstrationen in der Vergangenheit kriminelle Handlungen an den Tag gelegt,³⁰

konnte man damit entgegenhalten, dass es sich zumindest aus aktueller Sicht nicht mehr um strafbares Verhalten gehandelt habe. Noch laufende Verfahren wegen § 106a StGB mussten wegen § 2 Abs. 3 StGB zum 11.8.1999 eingestellt werden, bereits rechtskräftig verhängte Strafen konnten nicht mehr bzw. nicht weiter verbüßt werden.

Dass das Verhalten zwar weiterhin als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden konnte und damit verboten blieb, änderte an dieser Neubewertung politisch motivierter Straftaten nicht viel: Einerseits sind Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zu Straftaten eher Bagatellen und werden auch nicht in öffentlichen Strafverfahren (sondern allein von den Verwaltungsbehörden) verfolgt; andererseits ist mit der Verhängung einer (Kriminal-)Strafe stets eine Kriminalisierung des zugrunde liegenden Verhaltens und eine Stigmatisierung des Handelnden als eines „Kriminellen“ verbunden.³¹ Die nachträgliche Entkriminalisierung des Verhaltens, die nicht zu einer nachträglichen Aufhebung vorausgegangener Strafurteile bzw. einem Ausgleich für verbüßte Strafen führt, hat immerhin für die rückblickenden Betrachter die Wirkung, dass eine ursprünglich rechtmäßige Stigmatisierung inzwischen als überholt und unzeitgemäß angesehen wird. Den Straßenkämpfern von einst wurde damit zumindest partiell mit Wirkung für die Zukunft die Stigmatisierung als Kriminelle genommen. Ihr Verhalten sollte nach revidierter Betrachtung tendenziell eher in Richtung des Falschparkens oder anderer Ordnungswidrigkeiten anzusehen sein.

Dass auch seither Bestehenlassen der Bannkreisverletzung als Ordnungswidrigkeit und damit als einer Straftat im materiellen Sinne zeigt zugleich, dass auch der rot-grüne Gesetzgeber durchaus im Druck der Straße auf das Parlament ein für den parlamentarischen Betrieb und damit das Funktionieren einer repräsentativen Demokratie weiterhin potenziell gefährliches Verhalten gesehen hat.

Fünf Jahre später und damit in der zweiten kriminalpolitischen Phase der rot-grünen Bundesregierung, in welcher auch diese auf das Mittel verstärkter Kriminalisierung setzte, hat der Gesetzgeber dann – wenngleich nunmehr mittelbar – das Strafrecht wieder zur räumlichen Einschränkung von Demonstrationen nutzbar gemacht, nunmehr allerdings dezidiert gegen rechtsextreme Bestrebungen. Indem der 2004 neu geschaffene § 130 Abs. 4 StGB u.a. die öffentliche Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozia-

das BVerfG 1995 dem vergeistigten Gewaltbegriff eine Absage erteilt hat.

³¹ Vgl. für die Wahrnehmung innerhalb der Friedensbewegung Mitte der 1980er Jahre *Butterwege/Docke/Hachmeister* (Fn. 6). – Unmittelbar vor der Bundestagswahl 1998 wurde vor allem die Vergangenheit von Joschka Fischer, des damaligen Grünen-Sprechers und späteren Bundesaußenministers, in der militanten linken Hausbesetzerszene in Frankfurt in der ersten Hälfte der 1970er Jahre thematisiert. Vgl. dazu *Christian Schmidt*, „Wir sind die Wahnsinnigen ...“, Joschka Fischer und seine Gang, 1998 (dazu *Susanne Gaschke*, Die Zeit 35/1998 v. 20.8.1998, abrufbar unter https://www.zeit.de/1998/35/Abrechnung_mit_viel_Haeme [3.1.2020]).

²⁹ Dazu vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 306a Rn. 4.

³⁰ Dieser Vorhalt spielte lange auch bei der Diskussion um Gewalt gegen Sachen als Nötigungsmittel und damit die Frage, ob ansonsten friedliche Blockierer etwa eines US-amerikanischen Raketendepots oder des Bauplatzes für ein Atomkraftwerk wegen der § 240 StGB-Strafbarkeit kriminell seien, eine Rolle, doch ist insoweit eine – zumindest mittelbare – rückwirkende Rehabilitation dadurch eingetreten, dass

listischen Gewaltherrschaft unter Strafe stellt, sollen vor allem Demonstrationen von Neonazis etwa zu Ehren von Rudolf Heß kriminalisiert und deshalb auch verboten werden können.

Zugleich setzten Diskussionen ein, dass die Freiheit parlamentarischer Willensbildung häufig weit stärker, aber ungleich weniger offensichtlich als durch Demonstrationen vor den Parlamenten durch andere Arten der Einflussnahme – von der überhaupt erst 1994³² wieder³³ mittels § 108e a.F. StGB³⁴ (noch äußerst restriktiv) pönalisierte Abgeordnetenbestechung³⁵ über die Parteienfinanzierung und Nebeneinkünfte³⁶ bis hin zum Lobbyismus³⁷ – auf die Parlamentarier und ihr Umfeld in Frage gestellt werden kann.³⁸ Auch auf internationalen Druck hin hat der Gesetzgeber 2014 deshalb etwa den Straftatbestand der Mandatsträgerbestechung³⁹ erheblich ausgeweitet. Andere Formen der indirekten missbräuchlichen Einflussnahme, die im Ausland teilweise als *trading in influence* bzw. *traffic d'influence* im Rahmen der Korruptionsbekämpfung strafbewehrt sind,⁴⁰ sind hierzulande unverändert straflos.

Dafür ist und bleibt der Bannkreis aus Sicht des Versammlungs- und materiellen Strafrechts ein Chronotopos, weil der dabei umgrenzte öffentliche Raum unterschiedlichen Regimes unterstellt ist, je nachdem ob im fraglichen Parlament gerade der parlamentarische Betrieb läuft oder nicht. Und das ist sicherlich unverändert berechtigt, denn dass zumindest heute (früher wahrscheinlich auch schon) auch auf andere Weise – teils straflos – unlauterer Einfluss auf den Inhalt und das Ergebnis parlamentarischer Willensbildung genommen werden kann, bedeutet noch nicht, dass man die Straße vor dem Parlamentsgebäude zu jeder Zeit für jede Demonstration sanktionslos stellen und damit de facto freigeben muss. Vielmehr sollte der parlamentarische Gesetzgeber überlegen, ob es gegen andere Formen der Einflussnahme noch weiterer Sanktionen bedarf und diese Strafbarkeitslücken ggf. schließen.

³² Zur früheren Rechtslage vgl. nur *J.-D. Kühne*, Die Abgeordnetenbestechung, Möglichkeiten einer gesetzlichen Gegenmaßnahme unter dem Grundgesetz, 1971; *Römer*, Das strafrechtliche Problem der Abgeordnetenbestechung, 1964; *Schulze*, JR 1973, 485.

³³ Bis zur Streichung von § 109 a.F. StGB durch das 3. StrÄndG 1953 gab es eine rudimentäre Strafnorm gegen Abgeordnetenbestechung (dazu etwa *Meyer*, Der Wahlstimmenkauf des § 109 RStGB, 1912).

³⁴ Dazu *Barton*, NJW 1994, 1098; zur Entstehungsgeschichte BT-Drs. 12/5927.

³⁵ Zur Rechtslage bis zur Reform 2014 ausführlich *Epp*, Die Abgeordnetenbestechung – § 108e StGB, 1997; *Becker*, Korruptionsbekämpfung im parlamentarischen Bereich unter besonderer Berücksichtigung des § 108e StGB sowie der Verhaltensregeln des Bundestages, 1998; *Schaller*, Strafrechtliche Probleme der Abgeordnetenbestechung, 2002. Zu Reformbestrebungen bis dahin *Hartmann*, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013; *Peek*, ZStW 120 (2008), 785; *Michalke*, in: *Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch* (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 459; *Jäckle*, ZRP 2012, 97; *Hoven*, ZIS 2013, 33; *Wolf*, CCZ 2013, 99; *Möhrenschlager*, in: *Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 217.

³⁶ Dazu v. *Arnim*, NVwZ 2006, 249.

³⁷ Dazu *Richter*, Lobbyismus und Abgeordnetenbestechung, Legitimität und Grenzen der Einflussnahme von Lobbyisten auf Abgeordnete, 1997.

³⁸ Vgl. auch *Schlüchter*, in: *Schlüchter* (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 713.

³⁹ Dazu *Francuski*, HRRS 2014, 222; *Jäckle*, ZRP 2014, 121; *Michalke*, CB 2014, 215.

⁴⁰ Dazu vergleichend *Philipp*, Der Tatbestand des Einflusshandels (*Traffic d'influence*), 2016.

Die metateleologische Reduktion im Strafrecht

Zum Wesen der Sozialadäquanz

Von Dr. Felix Ruppert, Bayreuth*

I. Die Sozialadäquanz – Veraltete Figur oder zukunfts-trächtiges Korrektiv?

1. Aus dem Meinungsspektrum zu einer umstrittenen Rechts-figur

Eine wechselvolle Geschichte. Eine umstrittene Gegenwart. Einigkeit konnte die Figur der Sozialadäquanz im Strafrecht nie erzielen, dafür jedoch umso mehr Diskussion hervorru- fen¹. Ihr Anliegen, Handlungen, in denen sich das Gemein- schaftslieben nach seiner geschichtlich bedingten Ordnung vollziehe, von der Strafbarkeit auszunehmen,² fand viel An- klang,³ wusste im Ergebnis jedoch nie vollends zu überzeu- gen.⁴ So dürfte sie ihre stürmische Jugend bezüglich ihrer Akzeptanz im Schrifttum wohl nie hinter sich gelassen ha- ben.⁵ Daher wird sie nicht umsonst als eine der „umstritten- sten und schillerndsten Rechtsfiguren des Strafrechts“⁶ be-

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehr- stuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht von Herrn Prof. Dr. Brian Valerius in Bayreuth. Der Aufsatz beruht auf Erkenntnissen der Dissertation des Verfassers mit dem Thema „Die Sozialadäquanz im Strafrecht. Rechtsfigur oder Mythos?“, 2020.

¹ Eine anregende Wirkung auf das Schrifttum attestiert etwa Peters, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/ Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 415 (420).

² Erstmals Welzel, ZStW 58 (1939), 491 (517); ähnlich BGHSt 23, 226 (228); OLG München, NStZ 1985, 549 (550).

³ Siehe nur Dölling, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/ Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Ge- burtstag am 1. April 2007, 2007, S. 219 (225 f.); Eser, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Fest- schrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 199 (211); Klug, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 249 (257 ff.); Peters (Fn. 1), S. 426; Knauer, ZStW 126 (2014), 844 (860 f.).

⁴ Siehe nur Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 25 IV. 1.; Otto, in: Eser/Schittenhelm/ Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 193 (201); Roxin, in: Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Bd. 2: Strafrecht, Prozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht, 1983, S. 303 (312 f.); Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (93); Ja- kobs, ZStW 89 (1977), 1 (5); Putzke, MedR 2012, 229 (230); Rönnau, JuS 2011, 311 (313); Schünemann, GA 1985, 341 (346); Valerius, JA 2014, 561 (562); Frisch, Tatbestandsmä- ßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 296.

⁵ Zur „lebhaften und stürmischen Jugend“ Zipf, ZStW 82 (1970), 633 (633); und zustimmend Knauer, ZStW 126 (2014), 844 (847).

⁶ Roxin (Fn. 4), S. 303; ebenso Cancio Meliá, GA 1995, 179 (182); und Frisch (Fn. 4), S. 113.

zeichnet, die noch immer um ihren Standpunkt innerhalb des Strafrechtssystems ringe.

Der viele erfahrene Gegenwind scheint verständlich, ver- schleiere die Sozialadäquanz doch die Grenzen des Strafba- ren⁷ und residiere als ein Schlagwort ohne fassbaren Inhalt.⁸ Ferner sei sie als solches eine bloße Vokabel, die lediglich das offenbare, was zuvor an wünschenswertem Ergebnis in sie hineingelegt werde.⁹ Dementsprechend könne sie zwar Probleme artikulieren, jedoch keine Lösungen anbieten.¹⁰ Somit komme ihr auch keine tragende, dogmatische Rolle zu.¹¹ Vielmehr sei sie ein Seismograph, der die dogmatischen Unruheherde in unserem strafrechtlichen System aufzeige.¹² Sollte in ihr doch jemand eine Rechtsfigur erblicken wollen, so habe diese ihre Aufgabe jedenfalls bereits erfüllt¹³ und sei daher bestenfalls veraltet.¹⁴

In diametralem Gegensatz dazu wird die Sozialadäquanz andernorts als anerkannte Figur umschrieben¹⁵ oder ihre Renaissance zelebriert.¹⁶ Ihr Wert komme gar dem eines ungeschliffenen Diamanten gleich, sodass es die Lehre aus-

⁷ Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (93); Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961, S. 98.

⁸ Roxin (Fn. 4), S. 304; Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 205, begreift die Sozial- adäquanz ebenso wie Maiwald, in: Vogler/Herrmann/ Krümpelmann/Moos/Triffterer/Leibinger/Schaffmeister/ Meyer/Hünerfeld/Behrendt (Hrsg.), Festschrift für Hans- Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1985, S. 405 (409 Fn. 18), als eine bloße Formalkategorie.

⁹ So Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrich- tigen Verhaltens, 1960, S. 57.

¹⁰ Weigend, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 197 (200). Otto, in: Böse/ Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Straf- verfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Ge- burtstag, 2009, S. 225 (227), betont, dass sie lediglich eine begriffliche Selbstverständlichkeit abbilde.

¹¹ Statt vieler Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münche- ner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 160; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, § 10 Rn. 42; Otto (Fn. 10), S. 227.

¹² Lange, ZStW 71 (1961), 86 (89 f.); und Roeder, Die Ein- haltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau, 1969, S. 13.

¹³ Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (133); ähnlich Roxin (Fn. 11), § 10 Rn. 42.

¹⁴ Knauer, ZStW 126 (2014), 844 (845).

¹⁵ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, All- gemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 6 Rn. 35; Altermann, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisen- berg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 233 (236); Fahl, GA 2018, 418 (423).

¹⁶ Exemplarisch Knauer, ZStW 126 (2014), 844 (844): „Die Sozialadäquanz ist wieder da!“.

zubauen gelte.¹⁷ Dementsprechender Beliebtheit erfreut sich der Rückgriff auf die Sozialadäquanz in den letzten Jahren,¹⁸ vor welchem sich auch der Gesetzgeber nicht scheut, wie sich insbesondere an den jüngeren §§ 299a, 299b StGB zeigt, in deren Rahmen auf eine Geringwertigkeitsgrenze bewusst verzichtet wurde, um die als notwendig erachtete Tatbestandskorrektur der Sozialadäquanz zu überantworten.¹⁹ Exemplarisch für den zunehmenden Anklang lässt sich ferner das zuletzt vertieft diskutierte Feld der Verletzungen der Psyche hinsichtlich der Abgrenzung strafwürdigen Verhaltens von sozialadäquaten Handlungen anführen,²⁰ wie nicht nur die Phänomene des Stalkings²¹ oder Mobblings²² aufzeigen. Im Rahmen der Strafvereitelung durch normale bzw. alltägliche Handlungen gilt die soziale Adäquanz zudem ebenso als herrschende Ansicht²³ wie im Zuge der Übertragung singulärer Aufgaben des Betriebsinhabers im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB²⁴. Der Kurs der Figur scheint daher insbesondere in den letzten Jahren im Steigen begriffen, sodass der Eindruck vermittelt wird, es handle sich vielmehr um ein zukunftsträchtiges Strafbarkeitskorrektiv denn um ein veraltetes Konstrukt.

Das Meinungsbild über eine Rechtsfigur der Sozialadäquanz zeigt sich jedenfalls nach wie vor gespalten, Einigkeit

scheint in weiter Ferne. Festhalten lässt sich jedoch, dass eine schlichte Negation der Sozialadäquanz ihrem tatsächlichen Stellenwert nicht gerecht wird.

2. Zu den Hintergründen der mangelnden allgemeinen Akzeptanz

Die Hintergründe für den umstrittenen Status der Sozialadäquanz sind vielschichtig. An vorderster Stelle dürfte jedoch die Kritik an dem geübten Schluss von sozialer Üblichkeit auf normative Richtigkeit stehen.²⁵ Schließlich stelle die Rechtsordnung die Ober- und Untergrenzen des Strafbaren bereit, welche ihrerseits nicht durch die gesellschaftliche Anschauung verdrängt werden könnten, ohne dass die Soziologie zum Richter über das Recht erhoben werde.²⁶ Daher sei die Dichotomie von Sein und Sollen dergestalt zu wahren, dass es keinen Übergang von deskriptiven zu normativen Aussagen geben dürfe und nicht von einem Sein auf ein Sollen geschlossen werden könne.²⁷

Unbesehen dessen offeriere die Sozialadäquanz keine klaren Kriterien und schaffe durch die ihr immanente begriffliche Unschärfe lediglich eine Unbestimmtheit,²⁸ die im Hinblick auf die Garantiefunktion des Tatbestandes untragbar sei.²⁹ Ferner gebe diese mangelnde Bestimmtheit dem Richter die Möglichkeit, seine eigene Entscheidung über die des Gesetzgebers zu stellen,³⁰ sodass das bloße Rechtsgefühl über die Rechtsordnung herrsche.³¹ Als Resultat stehe der Verlust der gesetzlichen Bestimmtheit der Tatbestände.³² Dies er-

¹⁷ So Hassemer, wistra 1995, 41 (46); ähnlich Gracia Martín, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 205 (209), der die Lehre zu entwickeln gedenkt und ihr einen festen Platz im Verbrechenssystem zuweisen möchte.

¹⁸ So unter zahlreichen Beispielen resümierend Knauer, ZStW 126 (2014), 844 f.; sowie bereits zuvor Altermann (Fn. 15), S. 236 ff.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 17 f.; BR-Drs. 360/15, S. 14.

²⁰ Bublitz, RW 2011, 28 (51); Steinberg, JZ 2009, 1053 (1060); Knauer, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013, S. 94 f., 173 ff.

²¹ BT-Drs. 16/575, S. 1, 7 f.; BGHSt 54, 189 (194 f.); Meyer, ZStW 115 (2003), 249 (284).

²² Däubler, BB 1995, 1347 (1348); Dieball, BB 1996, 483 (484); Gralka, BB 1995, 2651 (2653); das ArbG Köln, Urt. v. 9.7.2002 – 6 Ca 3274/02, bezeichnet Mobbing als „sozial adäquat“.

²³ Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 258 Rn. 3; Cramer/Pascal, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 258 Rn. 28; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2017, Rn. 1118.

²⁴ Gürtler, in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2017, OWiG § 9 Rn. 32; Rogall, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2019, OWiG § 9 Rn. 89; Kühl (Fn. 23), 29. Aufl. 2018 § 14 Rn. 4; Demuth/Schneider, BB 1970, 642 (645 f.); Marxen, JZ 1988, 286 (288); Radtke, in: Joecks/Miebach (Fn. 11), § 14 Rn. 104; Bosch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 14 Rn. 16.

²⁵ Amelung, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 9 (11); Otto (Fn. 10), S. 228; Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 65; Rackow (Fn. 8), S. 205.

²⁶ Württenberger, in: Hohenleitner/Linder/Nowakowski (Hrsg.), Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag, 1957, S. 125 (136 f.).

²⁷ Eingehend dazu Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 44 ff.; und Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 129 ff.

²⁸ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 35; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 25 IV. 1.; Otto (Fn. 4), S. 201; Roxin (Fn. 4), S. 304; Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (93); Jakobs, ZStW 89 (1977), 1 (5); Küpper, GA 1987, 385 (388 f.); Valerius, JA 2014, 561 (562); Frisch (Fn. 4), S. 296; besonders deutlich mit Blick auf die Knabenbeschneidung Putzke, MedR 2012, 229 (229 f.).

²⁹ Württenberger (Fn. 26), S. 125 (129); Barton, StV 1993, 156 (158).

³⁰ Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1967, S. 65; Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (122).

³¹ Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (93); eine dogmatische Verflachung feststellend daher bereits Gallas, ZStW 67 (1955), 1 (22).

³² Mayer (Fn. 30), S. 108; kritisch dagegen Schaffstein, ZStW 72 (1960), 369 (376), da lediglich eine Strafbarkeitseinschränkung möglich sei.

scheine umso bedauerlicher angesichts der bereitstehenden, präziseren hermeneutischen Instrumente.³³

Damit ist die Sozialadäquanz zum einen von scharfer Kritik hinsichtlich ihrer Unschärfe behaftet, gilt zum anderen jedoch als Bruch der Dichotomie von Sein und Sollen, sodass sie in einem strafrechtlichen System nur ein Fremdkörper sein könne.

II. Erfordernis eines Strafbarkeitskorrektivs

Dass es eines der Sozialadäquanz vergleichbaren Strafbarkeitskorrektivs bedarf, liegt vornehmlich an der abstrakt-generellen Regelungstechnik des Gesetzes. Die im 19. Jahrhundert zuhauf geäußerte Vorstellung, die einzelnen Rechtsbegriffe zu Grundbausteinen zu erheben und von ihnen ausgehend das gesamte Recht erschließen zu können,³⁴ scheint überwunden. Vielmehr wird die Rechtsnorm als Elementarteilchen des Rechts begriffen und nimmt dementsprechend einen zentralen Part in der Rechtslehre ein.³⁵ Eine solche Rechtsnorm ist von deren Allgemeinheit gezeichnet³⁶ und beansprucht abstrakt-generelle Wirkung für eine Vielzahl an Fällen sowie einen unbestimmt großen Kreis an Personen. Dementsprechend hat auch der die Rechtsnorm sprachlich ausdrückende Rechtssatz abstrakt-generell gefasst zu sein. Für die Gesetzgebung ergibt sich eine entsprechende Bindung an den Grundsatz der Allgemeinheit der Gesetze zudem aus Art. 19 Abs. 1 GG, sodass die allgemeine Rechtsnorm auch daher in einem allgemeinen Rechtssatz niedertzulegen bleibt.³⁷

Die Stärke dieser als Resultat stehenden abstrakt-allgemeinen Regelungstechnik liegt darin, dass sie sich keiner Kasuistik bedienen muss, sondern subsumtionsfähige Oberbegriffe zur Umschreibung wesensmäßig gleichgelagerter, strafwürdiger Verhaltensweisen bereitstellt, welche die Anpassungsfähigkeit des Rechts ermöglichen.³⁸ Das ideale

Strafgesetz dürfte somit den Spagat zwischen Konkretheit sowie Abstraktheit dergestalt wahren, dass die richterliche Urteilsfindung mit dem Gesetzessinn übereinstimmt. Zur Subsumtion unter die gewählten Oberbegriffe bedarf es jedoch der Auslegung des Rechtssatzes, um den spezifischen Regelungsgehalt herauszuarbeiten.³⁹ Dies birgt freilich die Gefahr, dass durch die notwendige Oberbegriffsbildung sowie Auslegungsfähigkeit des Rechtssatzes dessen faktischer Anwendungsbereich über den intendierten hinaus ausgedehnt wird und so nicht beabsichtigte oder nicht bedachte Fälle der Strafbarkeit unterfallen. Die Kehrseite der Flexibilität des Strafgesetzes aufgrund der abstrakt-generellen Regelungstechnik liegt also in einer potenziellen Erfassung nicht vorgesehener Verhaltensweisen, welche umso mehr droht, je abstrakt-allgemeiner ein Gesetz abgefasst wird.

Dass dennoch keine für den Gesetzgeber komfortable, gänzlich allgemein gehaltene strafrechtliche Generalklausel droht,⁴⁰ liegt insbesondere an dem in Art. 103 Abs. 2 GG sowie einfachgesetzlich in § 1 StGB normierten Bestimmtheitsgrundsatz. Dieser vermag als Antagonist der abstrakt-allgemeinen Regelungstechnik interpretiert zu werden, er sucht er doch eine derart konkrete Ausgestaltung der Voraussetzungen der Straftatbestände, dass deren Adressaten erkennen können, ob und wie ein Verhalten strafbewehrt ist⁴¹ und zudem die Bedingungen der Strafe seitens der Legislative aufgestellt werden.⁴² Dergestalt verfolgt der Bestimmtheits-

Juristische Methodenlehre, 2017, § 4 Rn. 78; *Rüthers*, *Zeitgeist und Recht*, 1997, S. 10, 20 ff.

³⁹ Allgemein *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. 2016, S. 78 ff.; *Möllers* (Fn. 38), § 4 Rn. 18 ff.; aus strafrechtlicher Warte *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2016, Rn. 135 ff.; *Krey*, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, S. 113 ff.

⁴⁰ Bekannt ist insofern § 2 Abs. 1 RStGB, der durch Gesetz v. 28.6.1935 wie folgt gefasst wurde: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Gesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“, vgl. RGBL. I 1935, S. 839; zur resultierenden Strafbegründung durch Analogie *Vogel*, *ZStW* 115 (2003), 638 (652 Fn. 71). Eine noch weiterreichende Formulierung zeigt *Roxin* (Fn. 11), § 5 Rn. 11 auf: „Wer in unerträglicher Weise gegen das allgemeine Wohl verstößt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft“.

⁴¹ BVerfGE 71, 108 (114); 109, 133 (172); 126, 170 (195); BGHSt 18, 136 (140); 23, 167 (171); *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, 15. Aufl. 2018, GG Art. 103 Rn. 72; *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 11), § 1 Rn. 43.

⁴² BVerfGE 130, 1 (43); *Jäger*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 1 Rn. 6; *Hassemer/Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 14, weisen darauf hin, dass ein zu unbestimm-

³³ *Roxin* (Fn. 4), S. 304. *Altermann* (Fn. 15), S. 236, weist darauf hin, dass neue Rechtsfiguren stets weniger präzise seien und erst durch Rechtsprechung und Literatur konkretisiert werden müssten.

³⁴ Besonders v. *Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, 1852, war zunächst bestrebt, ein Rechtsalphabet aufzustellen, welches durch Zerlegung und Zusammenbau der zu schaffenden Definitionen das gesamte Recht abbilden könne.

³⁵ *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2015, § 23 Rn. 1; *Röhl/Röhl* (Fn. 27), S. 189; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 8. Aufl. 2015, Rn. 92; dahingehend bereits *Nawiasky*, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2. Aufl. 1984, S. 8.

³⁶ *Mahlmann* (Fn. 35), § 23 Rn. 1; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 35), Rn. 113, 219: „Grundmerkmal aller Rechtsquellen ist die Allgemeinheit der Normen“.

³⁷ Dazu BVerfGE 13, 225 (229); 25, 371 (396); *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 71 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 35), Rn. 219.

³⁸ *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), § 15 I. 1. f.; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl. 1983, S. 155; *Möllers*,

grundsatz die Ziele, den Normadressaten zu schützen und die Entscheidungszuständigkeit des Gesetzgebers zu wahren.⁴³

Während das Maß der anzulegenden Bestimmtheit in der Literatur hochgehalten wird und nach wie vor umstritten ist, ob inmitten des Konflikts zwischen der Notwendigkeit flexibler Regelungen und der hinreichenden Bestimmtheit der Gesetze etwa eine größtmögliche Bestimmtheit der Norm zu fordern sein soll,⁴⁴ ist die für die Praxis maßgebliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts diesbezüglich großzügig. Insbesondere sei das Bestimmtheitsgebot nicht überzustrapazieren.⁴⁵ Daher sei die Verwendung unbestimmter Tatbestandsmerkmale möglich, wenn der Betroffene jedenfalls nach Auslegung der Norm ein Strafbarkeitsrisiko erkennen könne.⁴⁶ Auch die Kumulation derartiger unbestimmter Begriffe sei möglich.⁴⁷ Schließlich müsse das Strafrecht nicht auf wertausfüllungsbedürftige Begriffe verzichten,⁴⁸ könne doch ansonsten aufgrund zu starrer Gesetze der

abzubildenden Vielgestaltigkeit des Lebens nicht mehr gerecht werden.⁴⁹ Auch sei umso weniger Bestimmtheit zu fordern, je niedriger die angedrohte Strafe ist.⁵⁰ Insbesondere sei aber der Bestimmtheitsgrundsatz selbst dann gewahrt, wenn das Gesetz selbst unbestimmt erscheint, sich jedoch auf Grundlage einer gefestigten Rechtsprechung konkretisieren lasse.⁵¹ Dementsprechend ergebe sich aus Art. 103 Abs. 2 GG auch ein an die Judikative gerichtetes Gebot, Unklarheiten eines Straftatbestandes durch sukzessive Auslegung zu konkretisieren und zunehmend zu beseitigen.⁵² Der dem nachfolgende Einwand, der Bestimmtheitsgrundsatz werde durch diese nachträgliche Heilungsmöglichkeit⁵³ zu einem Grundsatz der Bestimmbarkeit,⁵⁴ erscheint naheliegend. Von dieser Warte aus erstarkt zudem die Befürchtung, die Legisla-

tes Strafgesetz seine eigene Anwendung nicht beherrschen könne.

⁴³ BVerfGE 127, 170 (194 f.); *Schmitz* (Fn. 41), § 1 Rn. 43; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, GG Art. 103 Rn. 63; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 16; ferner *Calliess*, NJW 1985, 1506 (1512).

⁴⁴ *Schmitz* (Fn. 41), § 1 Rn. 45; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 4 Rn. 25; *Lenckner*, JuS 1968, 304 (305); *Naucke*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973, S. 3 ff.; kritisch hingegen *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 33 f.

⁴⁵ BVerfGE 45, 363 (372), hält fest, dass das Gebot der Bestimmtheit „nicht übersteigert werden darf“; so resümierend *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, GG Art. 103 Abs. 2 Rn. 35; *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., § 1 Rn. 183 ff., mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung in Rn. 191; *Schmitz* (Fn. 41), § 1 Rn. 51. So sei etwa der Beleidigungstatbestand ausreichend bestimmt, siehe BVerfGE 93, 266 (291 f.).

⁴⁶ BVerfGE 47, 109 (121); 75, 329 (345); 87, 209 (224); 87, 363 (391 f.); 105, 135 (153); 126, 170 (196); inhaltlich zustimmend *Erne*, Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung, 2016, S. 9.

⁴⁷ BVerfGE 45, 363 (371 f.); 87, 209 (225); 92, 1 (12); 96, 68 (97 ff.); BGHSt 28, 312 (313); *Degenhart* (Fn. 43), GG Art. 103 Rn. 64; kritisch *Schmitz* (Fn. 41), § 1 Rn. 46 ff.

⁴⁸ BVerfGE 96, 68 (97 f.); 126, 170 (198 f.); BVerfG NJW 2009, 2370 Rn. 21; BGHSt 37, 266 (273); insofern zustimmend *Radtke/Hagemeyer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Art. 103 Rn. 24 ff.; v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2019, § 1 Rn. 11; *Ransiek*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Fest-

schrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 171 (182 ff.); *Cornelius*, GA 2015, 101 (118).

⁴⁹ BVerfGE 37, 201 (208); 45, 363 (371); 47, 109 (120 f.); 48, 48 (56); 75, 329 (341 f.); *Roxin* (Fn. 11), § 5 Rn. 69; zustimmend ferner *Müller-Dietz*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Fn. 4), S. 179 (183 f.).

⁵⁰ BVerfGE 14, 245 (251 f.); 41, 314 (320); 86, 288 (311); 105, 135 (155 f.); ebenso BGHSt 32, 162 (163); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 1 Rn. 7. Diese Relativierung stößt in der Literatur überwiegend auf Kritik, vgl. etwa *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 89 f.; *Roxin* (Fn. 11), § 5 Rn. 70; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 120; *Erne*, Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung, 2016, S. 47; *Krahl*, Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgrundsatz, S. 319 f.; *Schünemann* (Fn. 44), S. 32 f.

⁵¹ BVerfGE 45, 363 (371 f.); 85, 69 (73); 94, 372 (394); 96, 68 (98 f.).

⁵² BVerfGE 126, 170 (198 f.); BVerfG wistra 2016, 21 Rn. 64; zustimmend *Neumann*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 197 (205 ff.); *Cornelius*, GA 2015, 101 (115); *Kuhlen*, JR 2011, 246 (249 f.); ähnlich bereits zuvor *ders.*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Fn. 3), S. 89 (102 ff.).

⁵³ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 41), GG Art. 103 Rn. 48; *Dannecker* (Fn. 45), § 1 Rn. 201; *Schmitz* (Fn. 41), § 1 Rn. 53; *T. Schröder*, Zum Begriff der Gesetzesumgehung im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung für die praktische Anwendung des Rechts, 2013, S. 374; *Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 2014, S. 140 ff.

⁵⁴ *Dannecker* (Fn. 45), § 1 Rn. 201; *Eser/Hecker* (Fn. 43), § 1 Rn. 20; *Kempff/Schilling*, NJW 2012, 1849 (1851); *Rotsch*, ZJS 2008, 132 (138 f.); kritisch ferner *Greco*, GA 2012, 452 (458 ff.). *Schmidhäuser*, in: Selmer/v. Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 231 (241 ff.), hält jedoch fest, dass die Bestimmbarkeit der Norm dem Verfassungsrechtssatz des Art. 103 Abs. 2 GG genüge.

tive werde dadurch von der Bindung an den Bestimmtheitsgrundsatz befreit.⁵⁵

Diese Handhabung des Bestimmtheitsgebotes durch das Bundesverfassungsgericht lässt den Gegenspieler der abstrakt-generellen Regelungstechnik zunehmend schwinden. Wo ohnehin schon die Gefahr der zu weit geratenen Abfassung des Bereichs des Strafbaren besteht, wird diese durch den Verzicht auf eine gesteigerte Normbestimmtheit potenziert. Was bleibt, ist ein erweiterter Spielraum des Gesetzgebers fernab des Antagonisten der Bestimmtheit sowie die Gefahr, nicht bedachte oder beabsichtigte Fälle vermehrt unter den Mantel des Abstrakt-Allgemeinen subsumieren zu können. Es bedarf daher eines Strafbarkeitskorrektivs, welches diesen Phänomenen entgegentritt.

III. Begründung des Strafbarkeitskorrektivs

Damit ist jedoch noch nicht über das grundsätzliche Bedürfnis nach einem Strafbarkeitskorrektiv hinausgelangt. Die dezisive Frage, wie sich ein solches in die Dichotomie von Sein und Sollen einfügen kann, ohne die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände preiszugeben und ein Wertesystem verschiedener Ordnungen zu etablieren, ist mit dem Verweis auf ein grundlegendes Bedürfnis nicht beantwortet. Insofern erscheint der Versuch vielversprechend, zunächst den dogmatischen Ursprung der Figur zu erschließen, um sodann ausgehend von diesem die sich anschließenden Folgefragen zu skizzieren.

1. Zweckerfüllendes Strafrecht

Die dogmatische Grundlage der Sozialadäquanz ist mittels eines Blicks auf den Sinn und Zweck der Strafe zu finden. Ein solcher mag in den Gefilden normierter Strafbarkeiten zwar zuvorderst verwundern, bleiben doch der Zweck einer zu verhängenden Strafe und die Aufgabe des Strafrechts als solche dem Grunde nach zu trennen.⁵⁶ Allerdings sind es die zahlreichen Verknüpfungen zwischen Strafrecht und Strafzweck, die einen solchen Blick dennoch ermöglichen bzw. gebieten. Schließlich ist der Strafzweck auf den dahinterstehenden Zweck des Strafrechts zu beziehen, sodass beide

bereits daher miteinander verwoben sind.⁵⁷ Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass auch die konkrete Strafe anhand der gesetzlich normierten Straftat zu bemessen ist.⁵⁸ Überhaupt ist es das Strafrecht, welches die staatliche Strafe als Institution erst schafft, sodass die Fragen des Sinns des Strafrechts sowie des Sinns der Strafe sich weitgehend überschneiden.⁵⁹ Eine Antwort auf letztere Sinnesfrage wird weithin im gesellschaftlichen Bereich verortet.⁶⁰ Auch die soziologische Geltung der Norm selbst wird anhand deren Tauglichkeit als Bestimmungsgrund menschlichen Verhaltens bemessen,⁶¹ die verhaltensdeterminierende Wirkung der Norm gar als deren zentraler Sinn interpretiert.⁶² Damit hat aus soziologischer Warte bereits der Geltung beanspruchende Straftatbestand gesellschaftliche Wirkung auszuüben, sodass in diesem die Zielrichtung des Strafzwecks aufscheint. Einigkeit besteht daher auch dahingehend, dass das Strafrecht seine gesell-

⁵⁵ Schmitz (Fn. 41), § 1 Rn. 53; Grünwald, in: Philipps/Frommel (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 433 (437 f.); Greco, GA 2012, 452 (458 f.); Rotsch, ZJS 2008, 132 (138), stellt daher den Niedergang des Bestimmtheitsgebots fest; zur Flucht des Gesetzgebers in die Generalklauseltechnik bereits früh Hedemann, *Die Flucht in Generalklauseln*, 1933, S. 58 ff.

⁵⁶ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl. 2015, S. 15; dem Grunde nach auch Hassemer/Kargl (Fn. 42), Vor § 1 Rn. 108, welche diese Trennung zwar anführen, im unmittelbaren Anschluss daran jedoch den engen Zusammenhang beider Elemente hervorheben; ähnlich Roxin (Fn. 11), § 3 Rn. 1, der die Grundthese ebenfalls nennt, aber zugleich betont, dass die Wirkung der Strafe elementar für die Aufgabenerfüllung des Strafrechts sei.

⁵⁷ Roxin (Fn. 11), § 3 Rn. 1; Frisch, in: Küper/Welp (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, 1993, S. 69 (85); Kühl, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, S. 433 ff.; Martins, ZIS 2014, 514 (514 ff., 520); auch Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 1 II., umschreiben die Funktionen der Strafe als Funktionen des Strafrechts. Hörnle, *Straftheorien*, 2. Aufl. 2017, S. 9 ff., scheint den Zweck strafgesetztlicher Normen auf den Zweck der Strafe zurückzuführen. Selbst die Existenz und Ausgestaltung des Strafrechts werden mit dem Zweck der Strafe begründet, so etwa Ambos/Steiner, JuS 2001, 9 (11); Hörnle/v. Hirsch, GA 1995, 261 (261); Bock, JuS 1994, 89 (89).

⁵⁸ Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2019, Rn. 7; Kühl (Fn. 57), S. 433; Hassemer, JuS 1987, 257 (260); ferner Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 56), § 46 Rn. 51 ff., und Stree/Kinzig, in: Schönte/Schröder (Fn. 43), 30. Aufl. 2019, § 46 Rn. 13 ff.

⁵⁹ Hassemer/Kargl (Fn. 42), Vor § 1 Rn. 101; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 1 I. 1.; Köhler (Fn. 50), S. 37; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2012, Rn. 6. Daher gilt die Strafe als Charakteristikum des Strafrechts, siehe Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 45), Einl. Rn. 57. Auch das Bundesverfassungsgericht verknüpft in seiner Rechtsprechung zur Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG Strafe und zugrundeliegende Tat, vgl. BVerfGE 109, 190 (212); 134, 33 (55).

⁶⁰ Hassemer/Kargl (Fn. 42), Vor § 1 Rn. 105; Streng (Fn. 59), Rn. 7 f.

⁶¹ Baer, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. 2017, § 9 Rn. 12 ff.; Raiser, *Das lebende Recht*, 1995, S. 259 f.; Röhl, *Rechtssoziologie*, 1987, S. 243 ff., 252 f.

⁶² BVerfGE 37, 201 (207); Dannecker (Fn. 45), § 1 Rn. 179; Jäger, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 1 Rn. 26; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 15 I. 1. f.; Eser, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Fn. 4), S. 25 (26 ff.); vgl. ferner BVerfGE 25, 269 (285 ff.); 57, 250 (261 f.); 78, 374 (381 f.).

schaftliche Wirkung durch die Strafe selbst entfaltet.⁶³ Die Schnittpunkte von Strafrecht und Strafe sind demgemäß mannigfaltig. Es ist die Sozialadäquanz, die diese Schnittpunkte verbindet, indem sie den Zweck der Strafe in das Strafrecht projiziert und diesem dort zur Geltung verhilft, sodass bereits die Straftatbestände gesellschaftliche Wirkung entfalten können. Diese Verbindung der Zwecke steht ihrerseits über dem Gesamtsystem des Strafrechts, ist sie doch diesem als Ganzem immanent.

Nach herrschender Auffassung ist der Zweck der Strafe zunehmend in einer Kombination der geläufigen Straftheorien zu suchen,⁶⁴ wobei das zentrale Anliegen der positiven Generalprävention das diesbezügliche Meinungsbild am deutlichsten zu färben scheint.⁶⁵ Nachdem die Sozialadäquanz diesen Strafzweck in das Strafrecht implementiert, sodass es dessen materielle Grundlage mit diesem harmonisiert, orientiert sie sich zwangsläufig an diesem. Demnach scheidet die Sozialadäquanz Fälle aus dem Unrechtsbereich aus, in denen eine Strafe die ersuchten präventiven Zwecke verfehlen oder gar konterkarieren würde. In der Folge übt der Straftatbestand die erwünschte präventive Wirkung auf die Gesellschaft aus, welche ihm bisweilen ohnehin zugeschrieben wird.⁶⁶ Indem nun Fälle, die zu Friktionen mit der Tauglichkeit als angenommenes Orientierungsmuster menschlichen Verhaltens führen würden, aus dem Unrechtsbereich ausgeschlossen werden, vermag die Norm als Bestimmungsmuster der Gesellschaft zu dienen. Im Lichte der Spezialprävention ist dies namentlich dann erforderlich, wenn ein Verhalten eine Strafe nach sich zöge, dessen Ausübung kein Unrechtsurteil zugeschrieben wird oder welches den Täter in

den Augen der Gesellschaft nicht als besserungsbedürftig erscheinen ließe. Daneben trägt der Aspekt der positiven Generalprävention, welcher die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung vor Augen hat, diesen Befund in ähnlicher Manier: Würde eine Handlung, der kein gesellschaftliches Unwerturteil zuteil wird, eine Strafe nach sich ziehen, so könnte damit kein Vertrauensgewinn in die Rechtsordnung einhergehen, bestünde doch überhaupt kein Strafbedürfnis. Vielmehr würde in diesem Falle eine Sanktion in der Gesellschaft mit Verwunderung und Kopfschütteln aufgenommen, sodass das Vertrauen in die Rechtsordnung vielmehr schwinden und so das Anliegen positiver Generalprävention konterkariert würde. Vor diesem Hintergrund nimmt die Sozialadäquanz derartige Verhaltensweisen, denen in der gesamtgesellschaftlichen Betrachtung aufgrund deren Akzeptanz kein Unwerturteil zugeschrieben wird, aus dem Unrechtsbereich heraus.

2. Metateleologische Reduktion

Versucht man die Einschränkung der Strafbarkeit mittels des Aspekts der Sozialadäquanz begrifflich zu konkretisieren, so dürfte sich der Begriff der metateleologischen Reduktion anbieten. Dieser verdeutlicht, dass die Strafbarkeitsrestriktion gerade nicht wie bisweilen proklamiert vom Sinn und Zweck des spezifischen Straftatbestandes getragen wird,⁶⁷ sondern sich vielmehr aus dem diesem Tatbestand übergeordneten Gesamtzweck von Strafrecht und Strafe ergibt. Schließlich verfolgt die Norm als Part des Strafrechts einen übergeordneten Gesamtzweck und stellt als solche einen Baustein des strafrechtlichen Systems dar, welches den Zweck des Strafrechts in sich trägt. Die Sozialadäquanz behandelt sie als solchen Baustein, welchen sie in Einklang mit dem übergeordneten Zweck des Strafrechts bringt, dem Metatelos.

Wird demgegenüber versucht, die Sozialadäquanz als bloße teleologische Reduktion zu begreifen,⁶⁸ so müsste jedenfalls der Wortlaut des Strafgesetzes weiter reichen, als dessen Gesetzeszweck vorgibt.⁶⁹ In der Folge würde der Anwendungsbereich der formell einschlägigen Normierung im Hinblick auf den Gesetzeszweck in materieller Hinsicht eingeschränkt.⁷⁰ Die Grenzen einer derartigen Reduktion ergeben sich daher aus ihrem Ursprung, dem Telos der zugrundeliegenden Norm. Vor diesem Hintergrund scheint etwa fragwürdig, wie ein Knochenbruch eine körperliche Miss-

⁶³ Jakobs (Fn. 44), § 1 Rn. 3; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 1 II.; Frisch (Fn. 57), S. 69 (85); Ambos/Steiner, JuS 2001, 9 (11); Dölling, ZStW 102 (1990), 1; Hassemer, JuS 1987, 257 (260); Hörnle/v. Hirsch, GA 1995, 261 (261 f.).

⁶⁴ In zahlreichen verschiedenen Ausgestaltungen, siehe nur Weigend (Fn. 59), Einl. Rn. 60; Joecks, in: Joecks/Miebach (Fn. 11), Einl. Rn. 75 ff.; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 8 V.; Heinrich (Fn. 39), Rn. 19 f.; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 6 I D; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 4 Rn. 21; Meier (Fn. 56), S. 35; vgl. ferner BVerfGE 21, 391 (404); 45, 187 (253 f.); BGHSt 7, 214 (216); 24, 40 (42).

⁶⁵ Joecks (Fn. 64), Einl. Rn. 78 f.; prinzipiell auch Hörnle (Fn. 57), S. 62 f., ergänzt um einen Blick auf berechnete Interessen des Opfers; einen Überblick über die einzelnen Spielarten verschafft Lackner, in: Lackner/Kühl (Fn. 23), § 46 Rn. 2. Roxin (Fn. 11), § 3 Rn. 37 ff., stellt Spezial- sowie Generalprävention gleichermaßen in das Zentrum seiner Straftheorie und konstatiert, dass der Ausgangspunkt jeder aktuellen Straftheorie in der Einsicht liegen müsse, dass der Strafzweck einzig präventiver Art sein könne.

⁶⁶ Diese verhaltensdeterminierende Wirkung einer Norm betonend etwa BVerfGE 37, 201 (207); Dannecker (Fn. 45), § 1 Rn. 179; Rudolphi/Jäger (Fn. 62), § 1 Rn. 11; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 15 I. 1. f.; Eser, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Fn. 4), S. 25 (26 ff.); Ernst, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2017, S. 74.

⁶⁷ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 47 Fn. 119; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 79; Roxin (Fn. 4), S. 312 f.; Dölling, ZStW 96 (1984), 36 (57).

⁶⁸ Sehr beliebt ist dies beispielsweise im Rahmen der Bestechungsdelikte, statt vieler Adamski, Die gesetzliche Konzeption der Bestechungsdelikte, 2013, S. 126; Merges, Die Strafausschließungsgründe der Bestechungsdelikte, 1996, S. 157 f. ⁶⁹ Kramer (Fn. 39), S. 233 f.; Larenz/Canaris (Fn. 37), S. 209 ff.; Möllers (Fn. 38), § 6 Rn. 115.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 2, 266 (282); 8, 28 (33 f.); 18, 97 (111); Heinrich (Fn. 39), Rn. 147; Möllers (Fn. 38), § 6 Rn. 115, 118; Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 35), Rn. 902 f.; Nestler, Jura 2018, 568 (575 f.).

handlung bzw. eine Gesundheitsschädigung im Sinne des § 223 StGB darstellen, erlitten im Rahmen eines Sportwettkampfes jedoch den Definitionen entfallen soll, obwohl die körperliche Unversehrtheit in gleichem Maße beeinträchtigt ist. Ferner ist eine bisweilen angeführte teleologische Reduktion des Kundgabebegriffs respektive des Tatbestands der Beleidigung gemäß § 185 StGB bezüglich Äußerungen im engsten Familienkreis⁷¹ nicht im Hinblick auf das Telos der Norm, den Schutz der Ehre,⁷² möglich. Schließlich wird die Ehre des Betroffenen auch bei einer Beleidigung in einem engen Kreis verletzt, was wie im Falle des Nachbarn, der innerhalb der benachbarten Familie beleidigt wird, mitunter gar besonders gravierend empfunden werden kann.⁷³ Der teleologischen Reduktion sind somit durch das jeweilige Telos der Norm Grenzen gesetzt, ein Rekurs auf gesellschaftliche Betrachtungen ist ihr fremd.

Diesen ermöglicht dagegen der Rückgriff auf den dem Straftatbestand übergeordneten Gesamtzweck des strafrechtlichen Systems, welcher sich aus der dem Strafzweck immanenten präventiven Wirkung speist. So wird mit dem Boden auch die Grenze einer auf das Telos des Straftatbestands gerichteten Reduktion verlassen und der Blick dem Telos des Gesamtsystems, dem Metatelos, zugewandt. Erst unter diesem Blickwinkel wird die Strafnorm reduziert, sodass von einer metateleologischen Reduktion gesprochen zu werden vermag, deren Grund und Grenzen dementsprechend in der gesamtgesellschaftlichen Akzeptanz des konkreten Handelns liegen. Das Strafrecht wird also, wie vielfach gewünscht, auf sozialschädliches Verhalten begrenzt,⁷⁴ während dessen fragmentarische Natur⁷⁵ gewahrt wird. Insbesondere aber vermag so ein weiterer Antagonist der abstrakt-allgemeinen Regelungstechnik etabliert zu werden, welcher die generöse Handhabung des Bestimmtheitsgrundsatzes in Teilen zu kompensieren vermag. Damit vermag die Judikative dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts nachzukommen, die Unklarheiten einer Norm im Wege der Gesetzesanwendung zu konkretisieren bzw. zu beseitigen. Die Ergründung des Metatelos durch den Richter ist in der Konsequenz obligato-

risch, handelt es sich dabei doch um eine rechtlich aufgebene Wertung sowie Reduktion.

3. Korrektiv zwischen Sein und Sollen

Versteht man die Sozialadäquanz nun als metateleologische Reduktion, so ist auch der Einwand der Durchbrechung der Dichotomie von Sein und Sollen kein treffender. Denn ihre Vorgehensweise hält sich innerhalb des rechtlich vorgegebenen Auftrags: Es sind Strafzweck sowie Strafrecht, die den Rahmen einer Reduktion formen sowie vorgeben. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung gesellschaftlicher Bewertung ergibt sich somit aus dem rechtlichen Bereich selbst. Es ist also das Recht, welches die Einbindung des Faktischen in seinen Zweck aufnimmt und damit vorgibt. Einzig durch die vorgegebene Berücksichtigung vermag der Richter den im Strafgesetz angelegten Willen des Gesetzgebers umzusetzen. Dementsprechend wird nicht das Sollen durch das Sein verdrängt, sondern die Frage des Sollens wie (und das ist entscheidend) durch das Sollen vorgegeben mittels des Seins eruiert. Die resultierende Beschränkung erlegt sich das Sollen und demnach der rechtliche Bereich allerdings selbst auf, indem eine soziologische Geltung beansprucht werden soll. Damit liegt keine Durchbrechung der Dichotomie von Sein und Sollen vor, sondern das Sollen konkretisiert seine eigenen Vorgaben und Maßstäbe.

IV. Verortung des Strafbarkeitskorrektivs

1. Grundlegende Verortung im Verbrechenaufbau

Ausgehend von diesem dogmatischen Ursprung erschließt sich die Verortung der Sozialadäquanz innerhalb des Verbrechenaufbaus. Schließlich ersucht die Rechtsfigur, das Strafrecht zu legitimieren und diesem durch die Einbindung des Strafzwecks Legitimation sowie gesellschaftliche Geltung zu verleihen. Zu diesem Zwecke nimmt sie konkrete Handlungen in materieller Hinsicht aus dem formell umschriebenen Unrechtsbereich heraus,⁷⁶ um die gesellschaftliche Wirkung der Straftatbestände zu erhalten und zu stärken. Aufgrund der mangelnden präventiven Wirkung einer Pönalisierung wird der Bereich des Strafbaren reduziert, indem der formelle Unrechtsrahmen präzisiert wird. Soll die Sozialadäquanz ihr Ziel erreichen und der Tatbestand als gesellschaftlich anerkanntes Orientierungsmuster dienen, so vermag eine Verortung lediglich auf Tatbestandsebene zu erfolgen, ist dies doch der materiell zu präzisierende Rahmen des Unrechts. Als derart interpretiertes Korrektiv ersucht die soziale Adäquanz insbesondere keine Abwägung widerstreitender Interessen wie im Rahmen der Rechtswidrigkeit, sondern eine legitimationsfestigende Konkretisierung des Unrechts.

⁷¹ So jedoch *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 43), Vor §§ 185 ff. Rn. 9a; *Eisele* (Fn. 23), Rn. 598; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 20. Aufl. 2019, § 28 Rn. 23 f.; *Engisch*, GA 1957, 326 (331 f.).

⁷² Ein Überblick über die diversen Ehrbegriffe findet sich jeweils mit weiteren Nachweisen bei *Valerius*, in: v. Heintzel-Heinegg (Fn. 48), Stand: 1.11.2019, § 185 Rn. 2 f.

⁷³ Worauf *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 185 Rn. 12, treffend hinweist; ebenso diesbezüglich *Lenckner/Eisele* (Fn. 71), Vor §§ 185 ff. Rn. 9a.

⁷⁴ Zu dieser Forderung *Joecks* (Fn. 64), Einl. Rn. 35 ff.; *Heinrich* (Fn. 39), Rn. 2 ff.; *Rengier* (Fn. 64), § 3 Rn. 5 ff.; *Zipf*, ZStW 82 (1970), 633 (648); dazu *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 16 ff., 393 ff.

⁷⁵ *Hillenkamp*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Fn. 52), S. 449 (458 f.); *Hefendehl*, JA 2011, 401 (401 ff.); eingehend zu den Ursprüngen *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (691 f.).

⁷⁶ Wie dies im Ergebnis bisweilen gefordert wird, begründe sich die unrechtsindizierende Wirkung eines Straftatbestandes doch aus der zu kodifizierenden Erfahrung um die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens, sodass der Tatbestand selbst letztlich zu allgemein gerate, siehe nur *Schaffstein*, ZStW 72 (1960), 369 (376 f.); *Zipf*, ZStW 82 (1970), 633 (648); ferner *Roxin* (Fn. 4), S. 306.

Damit bewegt sich die Sozialadäquanz auf dem ihr seitens der Literatur mehrheitlich zugeschriebenem Terrain der Kategorie des Tatbestandes,⁷⁷ wobei dies vielerorts bereits mit der allgemeinen gesellschaftlichen Billigung eines Verhaltens begründet wird.⁷⁸ Insbesondere kann sie entgegen einiger Stimmen nicht als eigenständiger Rechtfertigungsgrund begriffen werden.⁷⁹ Dafür streitet unbesehen der dogmatischen Herkunft bereits die offene Frage, wie sozioethische Regeln etwa im Rahmen des Notstands zu berücksichtigen sein sollen, zumal dem sozialadäquat Handelnden keine Gefahr droht. Zudem könnte so lediglich eine ausnahmsweise Gestattung des Handelns errungen werden, ohne dass die dahinterstehende allgemeine gesellschaftliche Akzeptanz eines Verhaltens gewürdigt würde.⁸⁰ Im Ergebnis müsste so im Einzelfall gestattet werden, was nach gesellschaftlicher Anschauung ohnehin gebilligt sei, sodass in widersinniger Weise das tatbestandliche Unrecht aufrechterhalten würde.⁸¹

Auch die Kategorie der Schuld kommt demzufolge nicht als Standpunkt im Verbrechensaufbau in Betracht, wird allerdings ohnehin allgemein abgelehnt.⁸² Wird dies gemeinhin bereits damit begründet, dass gesellschaftlich gebilligtes Verhalten keine Frage individueller Vorwerfbarkeit sei,⁸³ so

trifft dies für die Sozialadäquanz als metateleologische Reduktion umso mehr zu, gründet diese doch auf gesellschaftlichen Erwägungen zur Bestimmung des Strafbaren und gerade nicht auf Aspekten persönlicher Vorwerfbarkeit. Schließlich nimmt sie Verhaltensweisen von einer Strafbarkeit aus, die in materieller Hinsicht aufgrund allgemeiner Betrachtung bereits nicht als Unrecht zu klassifizieren sind.

2. Konkretisierung auf Tatbestandsebene

Umschreibt man die Sozialadäquanz als metateleologische Reduktion, so dürfte diese Bezeichnung, insbesondere angesichts der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, welche die teleologische Reduktion als anerkannten Auslegungsgrundsatz begreift,⁸⁴ ein Verständnis der Rechtsfigur als Auslegungsgesichtspunkt einzelner Tatbestandsmerkmale nahelegen, welches sich mit einer starken Literaturauffassung deckt.⁸⁵ Dies vermag indes schon vor dem Hintergrund nicht zu überzeugen, dass so einzig definitorische Ausnahmen erzielt werden könnten, die ihrerseits die Handhabung des Tatbestandes verwirren würden. Schließlich erscheint es im Sinne der Auslegung wenig stimmig, einen gebrochenen Fuß zwar als Körperverletzung zu begreifen, die identische Verletzung aber definitorisch nicht mehr als Körperverletzung erfassen zu wollen, wenn sie im Rahmen des Sports erlitten wird. Den Tatbestandserfolg zu negieren, weil die zugrundeliegende Handlung akzeptiert erscheint, vermengt zudem die der Betrachtung zugrundeliegenden Ansatzpunkte. Darüber hinaus hat die Figur der Sozialadäquanz keine einzelnen, auszulegenden Merkmale vor Augen, sondern lenkt den Blick auf die zugrundeliegende Handlung sowie deren gesellschaftliche Beurteilung. Ihr dogmatischer Ursprung liegt in dem der Strafnorm zukommenden Zweck innerhalb des strafrechtlichen Gesamtsystems, sodass eine Strafbarkeitsreduktion nur mit Blick auf die Handlung im Lichte der gesamten Norm selbst erfolgen kann. Demzufolge vermag auch keine Tatbestandseinschränkung unter dem Mantel des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu erfolgen, fokussiert dieses doch die Strafnorm als solche und hat dabei in der Regel keine konkreten Handlungen vor Augen, sondern lediglich die unter Strafe gestellte Handlung als Abstraktion.⁸⁶ Unbesehen dessen hätte eine solche gleichsam zur Folge, den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum punktuell ohne weitergehende Legitimation einzuschränken und ein Verdikt zu fällen, welches nicht auf die insoweit unstrittige Herkunft der Sozialadäquanz – die gesellschaftliche Wertung – gestützt würde. Demzufolge ist die Sozialadäquanz in Form der metateleologischen Reduktion ein Strafbarkeitskorrektiv sui generis, welches nach

⁷⁷ So etwa als Tatbestandsausschlussgrund *Heinrich* (Fn. 39), Rn. 519; *Altermann* (Fn. 15), S. 235; *Eser* (Fn. 3), S. 210 ff.; *Zipf*, ZStW 82 (1970), 633 (649 f.); als Auslegungsgesichtspunkt *Otto* (Fn. 10), S. 230; *Ebert/Kühl*, Jura 1981, 225 (226); *Hirsch*, ZStW 74 (1962), 78 (132); *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 79 f.; als Element der objektiven Zurechnung *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 51; *Preuß*, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974, S. 22 f., 215; *Murmann*, JuS 1999, 548 (552), sowie als Vorläufer der objektiven Zurechnung *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 38.

⁷⁸ *Dölling* (Fn. 3), S. 220; *Gracia Martín*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Fn. 48), S. 205 (210); *Ebert/Kühl*, Jura 1981, 225 (226); *Zipf*, ZStW 82 (1970), 633 (646).

⁷⁹ So jedoch *Gössel*, in: Lang (Hrsg.), Festschrift für Karl Bengl, 1984, S. 23 (38 f.); *Dohna*, ZStW 32 (1911), 323 (327 Fn. 10); *Nipperdey*, NJW 1957, 1777 (1778).

⁸⁰ *Dölling* (Fn. 3), S. 220; *Gracia Martín* (Fn. 78), S. 210; *Rönnau*, JuS 2011, 311 (312); *Valerius*, JA 2014, 561 (561 f.).

⁸¹ *Kudlich* (Fn. 77), S. 80.

⁸² Siehe nur *Roxin* (Fn. 4), S. 309 f.; *Rönnau*, JuS 2011, 311 (312); *Valerius*, JA 2014, 561 (561); *Zipf*, ZStW 82 (1970), 633 (639 f.). Auch *Roeder* (Fn. 12), S. 65 ff., der stets als Verfechter einer Einordnung auf Ebene der Schuld genannt wird, wählt die Schuldebene auf Grundlage der Prüfung der objektiven Sorgfaltspflichtwidrigkeit im Sinne der klassisch kausalen Lehre vom Erfolgsunrecht, sodass dessen Ausführungen auf die heute geläufige Dogmatik übertragen einer Verortung auf Tatbestandsebene gleichkommen.

⁸³ *Rönnau*, JuS 2011, 311 (312); *Valerius*, JA 2014, 561 (561); *Zipf*, ZStW 82 (1970), 633 (639 f.).

⁸⁴ BVerfGE 88, 145 (167); BVerfG NJW 2005, 352 (353).

⁸⁵ So etwa mit der Stimme von *Mitsch* (Fn. 15), § 6 Rn. 36; *Otto* (Fn. 10), S. 230; *Ebert/Kühl*, Jura 1981, 225 (226); *Hirsch*, ZStW 74 (1962), 78 (132); *Ostendorf*, GA 1982, 333 (344).

⁸⁶ Vgl. BVerfGE 50, 125 (136); 73, 206 (253); 120, 224 (240); dazu auch *Noltenius*, HRRS 2009, 499 (500 f.); *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 45 ff.

der formellen Einschlägigkeit des Tatbestandes einzugreifen vermag.

V. Kriterien und Handhabung

Bestrebungen, die als unbestimmt geltende⁸⁷ Figur der Sozialadäquanz zu konkretisieren, waren zahlreich. Ob die versuchte Angabe eines Rahmens sozialer Handlungsfreiheit,⁸⁸ die soziale Unverdächtigkeit⁸⁹ bzw. Werthaltigkeit einer Handlung⁹⁰ oder gar eine Auslegung der Begrifflichkeit als solcher⁹¹ – Anklang fanden sie allesamt nur bedingt. Damit hält sich weiterhin der Vorwurf, die Rechtsfigur agiere ohne belastbare Kriterien⁹² und reiße so die strafrechtlichen Grenzen ein.⁹³

Soll sich die Figur nun am Metatelos des Strafrechts orientieren, so ist danach zu fragen, ob die Klassifizierung des konkreten Handelns als Unrecht die einer Pönalisierung immanenten gesellschaftlichen Zwecke erfüllen oder diese in Frage stellen würde. Insofern ist, um dem Aspekt der Spezialprävention gerecht zu werden, danach zu fragen, inwiefern der Täter abzuschrecken ist⁹⁴ oder Besserung zu erfahren hat⁹⁵. Lässt das betreffende Verhalten weder die Gesellschaft als schutzbedürftig, noch den Täter als verbesserungsbedürftig erscheinen, so ist eine Pönalisierung respektive Unrechtsklassifizierung nicht geboten. Freilich hat die Spezialprävention zuvorderst den Blick auf das Individuum im Sinn, während der Sozialadäquanz ein Urteil der Gesamtgesellschaft zugrunde liegt. Ein solches liegt jedoch in dem Urteil über die spezifische Schutz- sowie Verbesserungsbedürftigkeit begründet und fällt negativ aus, wenn es sich um ein seitens der Gesellschaft akzeptiertes Verhalten handelt.

⁸⁷ So Rönna, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 51; Mitsch (Fn. 15), § 16 Rn. 35; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 25 IV. 1.; Otto (Fn. 4), S. 201; Roxin (Fn. 4), S. 304; Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (93); Jakobs, ZStW 89 (1977), 1 (5); Valerius, JA 2014, 561 (562).

⁸⁸ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 9. Aufl. 1965, S. 51; BGHSt 23, 226 (228); kritisch Roxin (Fn. 4), S. 304 f.

⁸⁹ BGHSt 23, 226 (228); Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht, Zur Knabenbeschneidung, 2011, S. 134 ff.

⁹⁰ Peters (Fn. 1), S. 426; Klug (Fn. 3), S. 260 ff.

⁹¹ Eser (Fn. 3), S. 211; zustimmend Knauer, ZStW 126 (2014), 844 (860 f.). Ähnlich Hassemer, wistra 1995, 81 ff.

⁹² Beckemper, Jura 2001, 163 (166); Jakobs, ZStW 89 (1977), 1 (5).

⁹³ Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (93); ähnlich zuvor Gallas, ZStW 67 (1955), 1 (22), der eine dogmatische Verflachung befürchtet. Knauer, ZStW 126 (2014), 844 (855 f.), begreift diese Verflachung dagegen als potenzielle Stärke, welche die Sozialadäquanz zu einem Zwischenlager werden lasse.

⁹⁴ Zur negativen Spezialprävention Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 8 IV. 1.; Roxin (Fn. 11), § 3 Rn. 12; Hörnle (Fn. 57), S. 22 ff.

⁹⁵ Zur positiven Spezialprävention Stree/Kinzig (Fn. 58), Vor §§ 38 ff. Rn. 7; Heinrich (Fn. 39), Rn. 18; Meier (Fn. 56), S. 25 f.

Richtet sich der abstrakt-generelle Straftatbestand an die Allgemeinheit als Ganzes, so ist er zudem bedeutend generalpräventiv orientiert. Nachdem das Anliegen negativer Generalprävention in der Abschreckung vor gesellschaftlich missbilligtem, strafwürdigem Verhalten liegt,⁹⁶ bleibt danach zu fragen, bezüglich welchen Verhaltens es keiner Abschreckung bedarf. Dies ist gleichsam jedenfalls der Fall, wenn das Handeln in der Gesellschaft akzeptiert ist. Ähnliches ergibt sich im Lichte positiver Generalprävention, welche das Rechtsbewusstsein sowie das Vertrauen der Bevölkerung auf die Rechtsordnung zu stärken ersucht.⁹⁷ Würde nunmehr ein gesellschaftlich akzeptiertes Verhalten pönalisiert, so würde das Vertrauen auf die Rechtsordnung gar erschüttert, würde diese doch in Frage gestellt und mitunter nicht mehr verstanden.

Damit lässt sich dem Ansinnen des Metatelos entnehmen, dass es der gesellschaftlichen Akzeptanz einer Handlung bedarf, um diese dem formellen Unrechtsrahmen zu entziehen. Erscheint dies zwar als ein bisweilen oft angeführtes Element,⁹⁸ so bringt dies zumindest insofern einen Konkretisierungsgewinn mit sich, als im maßgeblichen Lichte der gesamtgesellschaftlichen Akzeptanz andere Kriterien ausscheiden. Dementsprechend vermag beispielsweise die angeführte geschichtlich bedingte Ordnung des Gemeinschaftslebens⁹⁹ zwar ein Indiz zu liefern, vermag für sich jedoch keine Strafbarkeitsrestriktion zu begründen, ist eine gewisse Übllichkeit einer Handlung doch kein konstitutives Element deren Akzeptanz. Gleichwohl vermag auch ein neuartiges Verhalten gesellschaftlich gebilligt zu werden, sodass sich die soziale Adäquanz insofern entwicklungsoffen zeigt.

Eine weitere mit der Sozialadäquanz einhergehende Frage ist jene nach deren Relativität. So erscheint fraglich, ob die Rechtsfigur überhaupt relative Ergebnisse zu liefern vermag. Deutlich wird diese Problemstellung im Rahmen der Bestechungsdelikte, wo sozialadäquate Handlungen in Abhängigkeit des betroffenen Geschäftsbereichs, der sozialen Stellung sowie der Lebensumstände der Beteiligten zu bewerten sein sollen.¹⁰⁰ Je nach finanzieller sowie sozialer Stellung des

⁹⁶ Zur negativen Generalprävention Hoerster, GA 1970, 272 (273); Hoffmann, Vergeltung und Generalprävention im heutigen Strafrecht, 1995, S. 6 ff.

⁹⁷ Zur positiven Generalprävention Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 15), § 2 Rn. 26, 56; Roxin (Fn. 11), § 3 Rn. 26 ff.; Hörnle (Fn. 57), S. 27 f.

⁹⁸ Findet sie sich als Billigung umschrieben doch unter anderem bei BGHSt 23, 226 (228), und OLG München, NStZ 1985, 549 (550).

⁹⁹ So bereits Welzel, ZStW 58 (1939), 491 (517); ferner Heinrich (Fn. 39), Rn. 519; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 25 IV. 1.; Gracia Martín (Fn. 78), S. 207 f.

¹⁰⁰ So unter anderem Fischer (Fn. 50), § 299 Rn. 29; Krick, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 299 Rn. 29; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 299 Rn. 20; Thomas, in: Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, S. 973 (978); Sievers, Bestechung und

Beschenken sollen also Werbegeschenke oder Essenseinladungen mit unterschiedlichem materiellen Wert straffrei sein, wobei in betuchten Gesellschaftssphären gar Einladungen zu Opernpremierern oder Golfturnieren sozialadäquat sein sollen.¹⁰¹ Ein ähnliches Bild zeigt sich im Rahmen der Untreue, wo nach branchenspezifischer Üblichkeit beurteilt werden soll, sodass die Sozialadäquanz branchenabhängig zu beurteilen sei.¹⁰² Bekannt ist auch die Forderung, einzig dem Strafverteidiger einen erweiterten straffreien Raum im Gefilde der Geldwäsche und Strafvereitelung zuzugestehen.¹⁰³

Die Antwort auf die Frage nach der Möglichkeit relativer Lösungen ist wiederum in dem Grunde der metateleologischen Reduktion zu erblicken: so variiert die gesamtgesellschaftliche Akzeptanz eines Verhaltens mit den spezifischen Parametern des Einzelfalles. Die Gesellschaft differenziert danach, ob ein Klassenlehrer ein geringwertiges Geschenk vor Weihnachten, oder vor einer anstehenden Klassenarbeit annimmt. Einem Football-Spieler werden härtere Tacklings zugestanden als einem Badminton-Spieler. Der Chefarzt scheint sich weitaus weniger von fünf Euro beeindrucken zu lassen, als der Mittellose. Die gesellschaftliche Bewertung eines Verhaltens ist also von zahlreichen unterschiedlichen Faktoren geprägt, die das Meinungsbild zwangsläufig beeinflussen. Daher beschränkt sich die gesellschaftliche Akzeptanz auch nicht auf gewisse, starre Wertgrenzen, sondern speist sich aus den spezifischen Parametern des Einzelfalles.¹⁰⁴ Nur wenn die Sozialadäquanz das konkrete Handeln auf dessen gesellschaftliche Akzeptanz eruiert, vermag sie

die gesellschaftliche Wirkung des Straftatbestandes im Sinne des Metazwecks zu sichern.

Zu bestimmen ist der Maßstab gesellschaftlicher Akzeptanz nicht mittels sozialer Ordnungen oder Normen,¹⁰⁵ bilden diese doch nicht zwangsläufig die Billigung einer spezifischen Handlung in der Gesellschaft ab. Richtet sich die Sozialadäquanz auf die ersuchte präventive Wirkung, so kann einzig maßgeblich sein, ob die gegebene Gesellschaft das Verhalten akzeptiert oder nicht, was mittels Normen lediglich indiziert zu werden vermag. Zwar liefert die Sozialadäquanz als solche dann relative Ergebnisse. Diese bleiben indes alle auf den eigentlichen Zweck, die beabsichtigte Wahrung des Metatelos, zurückzuführen, sodass die gesellschaftliche Akzeptanz selbst die Ergebnisse differieren lässt. Der heranzuziehende Wertungsmaßstab richtet sich also nach der gesamten Gesellschaft als solcher, wobei die konkreten Umstände des Einzelfalles als Bewertungsfaktoren agieren.¹⁰⁶

Besonders umstritten ist seit jeher darüber hinaus die Frage, inwiefern die Sozialadäquanz subjektive Tendenzen abzubilden vermag.¹⁰⁷ Diese lässt sich bereits in die Anfangszeiten der Sozialadäquanz zurückverfolgen, in denen festgehalten wurde, dass zwar das Schwängern einer lungenkranken Frau, die an den Folgen der Schwangerschaft verstirbt, sozialadäquat sei, die Beurteilung sich jedoch ändern müsse, wenn die Schwängerung in der Absicht erfolge, die Frau möge in deren Folge versterben.¹⁰⁸ Schließlich sei dies lediglich ein raffiniertes Verbrechen unter dem Deckmantel der Sozialadäquanz. Ein entsprechender Tatvorsatz lasse also die Sozialadäquanz entfallen.¹⁰⁹ Später wurde die Rechtsfigur demgegenüber als rein objektives Korrektiv interpretiert, sodass auch eine Tötungsabsicht des Täters die Sozialadäquanz nicht entfallen lassen könne und ein Handeln im Rahmen der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens auch durch einen entsprechenden Vorsatz nicht dem sozialadäquaten Raum enthoben werden könne.¹¹⁰ Ein

Bestechlichkeit von Angestellten, 1963, S. 60. Auch die Rechtsprechung scheint sich von einer starren Wertegrenze (OLG Frankfurt a.M. NJW 1990, 2074 [2075], bzw. OLG Hamburg StV 2001, 277 [282]: 100 DM) zu einem relativen Maßstab zu bewegen, der auf „relativ geringwertige Aufmerksamkeiten“ (BGH NJW 2003, 763 [765]), den persönlichen Lebenszuschnitt (BGH NStZ 2005, 334 [335]) oder die soziale Stellung des Angeklagten (BGH NStZ-RR 2002, 272 [273]) abstellt.

¹⁰¹ Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 299 Rn. 59; Thomas (Fn. 100), S. 978; Lesch, AnwBl. 2003, 261 (262 f.).

¹⁰² Vgl. Altermann (Fn. 15), S. 241; Klug (Fn. 3), S. 257 ff.; ebenso differenzierend ohne die Sozialadäquanz zu nennen ferner BGHSt 47, 148 (150); BGH NStZ 2002, 262 (264); Hillenkamp, NStZ 1981, 161 (167 f.); Kubiciel, NStZ 2005, 353 (359); Rose, wistra 2005, 281 (288 f.).

¹⁰³ Eisele (Fn. 23), Rn. 119; Beulke, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 391 (400 ff.); Ambos, JZ 2002, 70 (71 f.); Bernsmann, StV 2000, 40 (41); Hassemer, wistra 1995, 81 (83 ff.); Nestler, StV 2001, 641 (647 f.).

¹⁰⁴ Zur Vielschichtigkeit der allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 316 ff.; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2007, S. 258 ff.; Becker, Verdrbnis und Entartung, 2002, S. 177 ff.; Smaus, Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung, 1998, S. 169 ff.

¹⁰⁵ So bereits Welzel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 1947, S. 35.

¹⁰⁶ Dergestalt differenzierend Valerius, JA 2010, 481 (483), bezüglich der Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Strafrecht: So sei als Bewertungsmaßstab die inländische Rechtsgemeinschaft anzulegen, welche ihr Verdikt unter Beachtung der kulturellen Besonderheiten des Einzelfalles treffe.

¹⁰⁷ Vgl. nur Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 25 IV. 1.; Cancio Meliá, GA 1995, 179 (185 ff.); Zipf, ZStW 82 (1970), 633 (635 f.); Kudlich (Fn. 77), S. 80.

¹⁰⁸ Welzel, ZStW 58 (1939), 491 (519 f.); Zipf, ZStW 82 (1970), 633 (634 f.); zustimmend Peters (Fn. 1), S. 427 f., der einen „besonders heimtückisch begangenen Mord“ attestiert.

¹⁰⁹ Dahingehend auch Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 95 f.

¹¹⁰ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 55 f.; ebenso Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 25 IV. 1.; Roxin (Fn. 4), S. 311, negiert dagegen die fehlende rechtliche Relevanz der Gefahrschaffung.

Rückgriff auf subjektive Tendenzen müsse der Sozialadäquanz somit verwehrt bleiben.¹¹¹

Dabei erscheint die Versagung der Berücksichtigung subjektiver Elemente auf dem Boden der herrschenden Auffassung konsequent, welche die Sozialadäquanz als Auslegungsinstrument oder objektives Tatbestandsmerkmal interpretiert.¹¹² Für die Prüfung subjektiver Umstände bleibt nach der Negation des objektiven Tatbestands üblicherweise bereits kein Raum.

Aber dennoch kann einem solch objektiven Verständnis nicht zugestimmt werden. Soll die Sozialadäquanz als metateleologische Reduktion interpretiert werden und sich aus der gesellschaftlichen Akzeptanz eines Verhaltens speisen, so ist die subjektive Vorstellung des Täters als Parameter in die Beurteilung dieser Akzeptanz einzustellen. Einzig so vermag die gesellschaftliche Akzeptanz auf einer gesamtheitlichen Betrachtung der Handlung zu beruhen,¹¹³ welche sich sodann zudem mit dem heutigen Strafrechtsverständnis deckt, nach welchem das Subjektive dem Unrechtstatbestand zugehörig ist. Denn die gesellschaftliche Beurteilung eines Verhaltens divergiert mit dem damit anvisierten Zweck.¹¹⁴ Schließlich steht die Gesellschaft einer Pervertierung¹¹⁵ des von ihr grundsätzlich akzeptierten Verhaltens ablehnend gegenüber. Dies belegen nicht zuletzt die zahlreichen Forderungen, welche ohne weitere Begründung die Sozialadäquanz nicht zu einem Deckmantel erheben wollen, sondern in Fällen subjektiv schädlicher Absichten eine Strafbarkeit proklamieren.¹¹⁶

¹¹¹ Jakobs (Fn. 44), § 7 Rn. 47; Jescheck/Weigend (Fn. 4), § 25 IV. 1.; Dölling, ZStW 96 (1984), 36 (50); Hassemer, wistra 1995, 41 (43).

¹¹² Als Auslegungsinstrument Mitsch (Fn. 15), § 6 Rn. 36; Otto (Fn. 10), S. 230; Ebert/Kühl, Jura 1981, 225 (226); Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 (132); Ostendorf, GA 1982, 333 (344); als Tatbestandselement Schaffstein, ZStW 72 (1960), 369 (378); Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, S. 132; Preuß (Fn. 77), S. 22 f., 215.

¹¹³ Diesbezüglich zutreffend Gracia Martín (Fn. 78), S. 218: „Das Urteil der Sozialadäquanz ist – wie das der Sozialinadäquanz – nur auf Grundlage einer ganzheitlichen synthetischen Bewertung der final-kausalen Einheit der einschlägigen Handlung formulierbar, und lässt sich deshalb weder auf eine Bewertung ihres objektiven Aspekts, noch auf ein allein auf den objektiven Tatbestand beschränktes Kriterium reduzieren.“

¹¹⁴ Zur insofern vergleichbaren Frage, inwiefern die objektive Zurechnung von subjektiven Elementen beeinflusst zu werden vermag Greco, ZStW 117 (2005), 519 (521 ff.).

¹¹⁵ Der Begriff der Pervertierung ist dem verkehrsfremden Inneneingriff im Rahmen des § 315b StGB entlehnt, siehe dazu BGHSt 41, 231 (233 f.); BGH NJW 2003, 1613 (1614); NStZ 2010, 391 (392).

¹¹⁶ Wohlgermerkt ohne weitere Begründungen, sondern zu-meist wertend, siehe etwa Welzel, ZStW 58 (1939), 491 (519 f.); und Zipf, ZStW 82 (1970), 633 (635): „All diese Beispiele machen deutlich, daß die Sozialadäquanz nie ein Deckmantel für absichtliche Rechtsverletzungen sein kann.“ Ferner Peters (Fn. 1), S. 427: „Mögen die äußeren Handlungen

Zielt der Täter also mittels eines dem Grunde nach akzeptierten Verhaltens im spezifischen Fall auf eine Pervertierung dieser Akzeptanz zur Schädigung eines Dritten, so steht dies der gesamtgesellschaftlichen Akzeptanz seiner konkreten Handlung entgegen. Die subjektive Tendenz des Täters lässt also die gesellschaftliche Akzeptanz und demzufolge die Sozialadäquanz des Verhaltens entfallen. Fraglich erscheint lediglich, welcher Qualität die subjektive Tendenz des Täters zu sein hat, um das Verdikt der Sozialadäquanz aufzuheben. Wenig lohnenswert erscheint insofern die Orientierung an den Charakteristiken des Vorsatzes, sind doch zahllose Beispiele der Sozialadäquanz von vorsätzlichem Handeln bestimmt. Insbesondere würde aber bereits in genereller Hinsicht, ließe man das Vorliegen eines Vorsatzes zur Negation des Adäquanz-Verdikts reichen, der Anwendungsbereich der Sozialadäquanz weithin zurückgedrängt¹¹⁷. Zudem speist sich die soziale Adäquanz aus der gesellschaftlichen Betrachtung, die nicht an die Kategorie des Vorsatzes geknüpft ist und auf außertatbestandsmäßiger Ebene angesiedelt ist, sich bereits daher nicht an den Tatbestandskategorien orientieren dürfte. Schließlich zielt auch die im Fokus stehende gesellschaftlich zu erzielende Wirkung über die Dimension eines Vorsatzes hinaus, sodass dieser als zentrales Kriterium untauglich erscheint. Orientiert man sich an dem Verständnis der Pervertierung im Rahmen des § 315b StGB,¹¹⁸ so sind die dortigen Erkenntnisse jedenfalls auf die Ebene der metateleologischen Reduktion zu heben. Zu fragen bleibt also, wann ein gesellschaftlich akzeptiertes Verhalten diese Akzeptanz aufgrund dessen subjektiver Zielsetzung einbüßt. Insofern dürfte, projiziert man die Grundsätze zur Pervertierung des Straßenverkehrs auf die gesellschaftliche Ebene, eine bewusste Zweckentfremdung des akzeptierten Verhaltens zur Erlangung missbilligter Ziele zu fordern sein. Die gesellschaftliche Akzeptanz einer Handlung endet somit dort, wo diese nicht nur von den üblichen Zielen getragen wird, sondern vielmehr auf eine Schädigung des Einzelnen als Teil der das Handeln grundsätzlich billigenden Gesellschaft zielt. So vermag der zuhauf geäußerten Forderung, die Sozialadäquanz nicht als Deckmantel bewusster Schädigungshandlungen heranzuziehen,¹¹⁹ auf Grundlage der gesamtgesellschaftlichen Akzeptanz nachgekommen zu werden.

an sich ihre Wertbedeutung haben, im Gesamtzusammenhang kehren sie sich ins Gegenteil“.

¹¹⁷ Dem sieht sich auch die seitens Gracia Martín (Fn. 78), S. 219, offerierte, kaum handhabbare Differenzierung des Vorsatzes bezüglich typischer und atypischer Folgen des Verhaltens gegenüber, wonach die gebilligte Verursachung atypischer Folgen sozialinadäquat sei.

¹¹⁸ Auch dazu wiederum BGHSt 41, 231 (233 f.); BGH NJW 2003, 1613 (1614); NStZ 2010, 391 (392).

¹¹⁹ Peters (Fn. 1), S. 427; Welzel, ZStW 58 (1939), 491 (519 f.); Zipf, ZStW 82 (1970), 633 (635).

VI. Beispiele sozialadäquater Handlungen

1. Infektion mit Krankheiten

Bereits seit langem wird die Übertragung ansteckender Krankheiten als Anwendungsfall der Sozialadäquanz begriffen.¹²⁰ Zwar unterfällt die Infektion eines anderen Menschen mit einer übertragbaren Krankheit dem Tatbestand der Körperverletzung.¹²¹ Die Übertragung leichter Ansteckungskrankheiten wird indes zuhauf als sozialadäquat begriffen.¹²² Demnach ziehe die Infizierung Dritter in Büroräumen oder Verkehrsmitteln keine Strafbarkeit nach sich.¹²³ Dies gelte jedenfalls für leichte Krankheiten wie alltägliche Infekte oder Erkältungskrankheiten mit lediglich geringer Gesundheitsgefahr,¹²⁴ oder schwerere Infektionen infolge kondomgeschützten Geschlechtsverkehrs.¹²⁵

Aus der Warte einer metateleologischen Reduktion bleibt danach zu fragen, ob eine Pönalisierung der Infektion mit leichteren Krankheiten den präventiven, gesellschaftlichen Zweck bedienen würde. Insofern bleibt im Grundsatz festzuhalten, dass eine völlige Abschirmung des Betroffenen dessen soziale Isolation nach sich ziehen würde,¹²⁶ wobei eine solche seitens der Gesellschaft allerdings nicht gefordert wird. Es ist vielmehr die weitere Teilnahme am sozialen Leben, die den gesellschaftlichen Gepflogenheiten entspricht und die, etwa auch für den Gang zum Arzt, notwendig erscheint. Die in Maßen notwendige Teilnahme am gewöhnlichen Leben scheint in der Gesellschaft verwurzelt und löst jedenfalls keinen Wunsch nach strafrechtlicher Ahndung aus, müsste das soziale Leben doch ansonsten stillstehen. Zur einzelfallspezifischen Beurteilung sind dabei die Schwere der

Krankheit sowie deren Ansteckungswahrscheinlichkeit in die gesellschaftliche Betrachtung einzustellen. Als solcher Parameter kann auch ein etwaig auferlegtes Kontaktverbot zum Schutze der Gesellschaft oder der Verstoß gegen als notwendig erachtete Quarantäne-Maßnahmen heranzuziehen sein. Unbesehen dessen lässt eine Pervertierung des per se akzeptierten Verhaltens dessen Sozialadäquanz jedoch stets entfallen, findet die absichtliche Infizierung eines Dritten doch keinerlei Zuspruch innerhalb der Gesellschaft.¹²⁷ In der Summe vermag die Übertragung einer leichteren Krankheit demnach als sozialadäquat dem Tatbestand zu entfallen.

2. Verletzungen im sportlichen Wettkampf

Ein weiteres Feld, hinsichtlich dessen erwünschter Straffreiheit zwar Konsens herrscht, deren Begründung jedoch schwierig erscheint, ist das der durch Einwirkung des Gegners erlittenen Sportverletzungen.¹²⁸ So soll bereits der Tatbestand sportartspezifisch oder situationsadäquat ausgelegt und in der Folge negiert werden, wenn der Täter in unfairer Absicht handle.¹²⁹ Freilich würde so ein objektives Merkmal durch eine subjektive Absicht überzeichnet. Daher sei nach anderen Stimmen dem Tatbestand eine sportartspezifische Erheblichkeitsschwelle der Verletzung zu implementieren.¹³⁰ Dieser Versuch krankt jedoch bereits daran, dass von der Schwere der Verletzung nur unzureichend auf die zugrundeliegende Handlung geschlossen zu werden vermag.¹³¹ Darüber hinaus würde so die übliche Handhabung des Körperverletzungstatbestandes aufgeweicht und ein Sonderstrafrecht für Sportler geschaffen.¹³² Demgegenüber ersuchen die Rechtsprechung sowie große Teile der Literatur die Lösung der Problematik auf Rechtswidrigkeitsebene und binden sie an die Einwilligung des Opfers, die zumindest konkludent

¹²⁰ Roth, Die Strafbarkeit von Masernpartys, 2013, S. 57, spricht diesbezüglich von einem „Kernbeispiel“ der Sozialadäquanz.

¹²¹ Statt vieler BGH NSTz 2009, 34 (34 f.); Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 223 Rn. 7.

¹²² BGHSt 36, 1 (16 f.); LG München, MedR 1987, 288 (291); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 48), § 223 Rn. 29; Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Aufl. 1982, S. 137; Roth (Fn. 120), S. 57.

¹²³ Eschelbach (Fn. 122), § 223 Rn. 29; Putzke, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.) Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 669 (679 f.); Wedlich, ZJS 2013, 559 (562).

¹²⁴ So BGHSt 36, 1 (16 f.); ferner Putzke (Fn. 123), S. 679 f.; Wedlich, ZJS 2013, 559 (562), zufolge lässt ein ärztlicher Hinweis auf erhöhte Ansteckungsgefahr die Sozialadäquanz jedoch entfallen.

¹²⁵ Herzberg, JZ 1989, 470 (474 f.); Meier, GA 1989, 207 (230). Die früher geäußerte These, auch die Übertragung des HI-Virus infolge ungeschützten Geschlechtsverkehrs sei sozialadäquat (Prittwitz, JA 1988, 427 [436 ff.]), wird nunmehr gemeinhin abgelehnt, siehe statt vieler BGHSt 36, 1 (6 f.); BGH NSTz 2009, 34 (34 f.); Helgerth, NSTz 1988, 261 (262 f.); Meier, GA 1989, 215 (216 f.).

¹²⁶ Vgl. auch BGHSt 36, 1 (16 f.).

¹²⁷ Und wird dementsprechend auch nicht erwogen, wie sich an den Stimmen zeigt, die bereits bei einer bekannten, erhöhten Ansteckungsgefahr die Sozialadäquanz negieren, so Geppert, Jura 1987, 668 (671) und Herzberg, NJW 1987, 1461 (1462).

¹²⁸ Vgl. Fischer (Fn. 50), § 228 Rn. 22; Hardtung, in: Joecks/Miebach (Fn. 23), § 228 Rn. 44; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 228 Rn. 27; Dölling, ZStW 96 (1984), 36 (49 f.); Kubink, JA 2003, 257 (259 f.); Zipf, ZStW 82 (1970), 633 (650 f.); Berr, Sport und Strafrecht, 1973, S. 212 ff.; Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953, S. 30; Hoppe, Die soziale Adäquanz im Strafrecht, 1959, S. 93 f.; Korff, Sportrecht, 2014, Rn. 346 ff.; Schild, Sportstrafrecht, 2002, S. 116 ff.; Zipf (Fn. 109), S. 84 ff., 93 ff.

¹²⁹ Eser, JZ 1978, 368 (371).

¹³⁰ Schiffer, Die strafrechtliche Behandlung der Sportverletzung, 1977, S. 78 f.; ähnlich Faller, Sport und Strafrecht, 1953, S. 58; ablehnend Hähle, Die strafrechtliche Relevanz von Sportverletzungen, 2007, S. 26 f.

¹³¹ Anders Berr (Fn. 128), S. 212 ff., der den Erfolg als maßgebliches Kriterium ansieht.

¹³² Kühn, Sportstrafrecht und Notwehr, 2001, S. 45 f. moniert daher zu Recht eine definitorische „Verbiegung“ anstelle einer Auslegung.

erklärt werde, nehme der Sportler doch das Risiko einer Verletzung bewusst in Kauf.¹³³ So könnten jedenfalls fahrlässige Verletzungshandlungen, die auf regelkonformem oder leicht fahrlässig regelwidrigem Verhalten beruhen, gerechtfertigt werden.¹³⁴ Der Regelfall des bedingt vorsätzlich regelwidrigen Verhaltens könne auf dieser Grundlage jedoch nicht straffrei belassen werden.¹³⁵ Zudem dürfte nicht nur eine Einwilligung in die Gefahr, sondern darüber hinaus in den spezifischen Erfolg zu fordern sein.¹³⁶ An ihre Grenzen gerät diese Lösung zudem, sobald ein Sportler erklärt, er wolle sich zwar sportlich betätigen, möchte aber weder gefährdet noch verletzt werden.¹³⁷ Wird dem entgegnet, die Teilnahme an Sportwettkämpfen unter Ablehnung damit verbundener Risiken sei lebensfremd, sodass in Anlehnung an den Eventualvorsatz eine Einwilligung anzunehmen bleibe,¹³⁸ so offenbart dies die Denkrichtung dieser Fallgruppe: Tatsächlich soll hier nicht, wie nach dem Wesen der Einwilligung als freier Disposition des Befugten über sein Rechtsgut¹³⁹ geboten, der freibestimmte Wille des Betroffenen gewahrt werden, sondern vielmehr dessen individueller Wille durch eine gesellschaftliche Erwägung überzeichnet werden. Die Lösung über das Institut der Einwilligung überlagert den eigentlich gebotenen individuellen Willensbezug durch kollektivistische

Überlegungen.¹⁴⁰ Das konstitutive Erfordernis der Einwilligung, die Übereinstimmung von Tat und Willen des Verletzten, fehlt.¹⁴¹

Diese kollektivistischen Erwägungen, die das gesellschaftliche Bild prägen, lassen sich jedoch mittels der Sozialadäquanz als metateleologischer Reduktion einfangen. Schließlich ist das gesellschaftliche Bild von im Zuge von Sportwettbewerben erlittenen Körperverletzungen stark von der erwünschten Straffreistellung gezeichnet, die das Ergebnis der unterschiedlichsten Ansätze eint und das fehlende Strafbedürfnis unterstreicht. Insbesondere steht zu Beginn vieler Auffassungen das erwünschte Ergebnis der Straffreiheit, von welchem aus die Begründungen entwickelt wurden. Nicht zuletzt dies bestätigt die gesamtgesellschaftliche Akzeptanz derartiger Handlungen. Die Sozialadäquanz ist es nun, die diese kollektivistischen, gesamtgesellschaftlichen Meinungen auffängt und ihnen im strafrechtlichen System Ausdruck verleiht. Daraus ergibt sich auch, dass nicht die zufällige Verquickung von Handlung und Ergebnis maßgeblich ist, sondern eine konkrete Beurteilung des zugrundeliegenden Verhaltens. Zudem lässt sich so die Frage nach den subjektiven Tendenzen des Täters beantworten, indem danach gefragt wird, ob er eine per se gebilligte Handlung pervertiert. Denn die gesellschaftliche Akzeptanz endet dort, wo ein objektiv sportorientiertes Handeln zur Schädigung pervertiert wird. Als Gradmesser der Sozialadäquanz fungieren dagegen weniger die Regelwerke der Sportart, auch wenn diese einem Konsens der Sportler entspringen dürften,¹⁴² als vielmehr die gesellschaftliche Akzeptanz der spezifischen Handlung. So umfasst diese auch gewisse Regelverstöße, welche sportartintern sanktioniert werden und somit dem Vorstellungsbild von der Sportart in gewisser Weise anhaften. Das Strafbarkeitsrisiko auf dem wöchentlichen Fußballspiel wird somit in bedeutendem Maße von der Sozialadäquanz eingedämmt.

¹³³ BGHSt 4, 24 (33); 4, 88 (92); BayObLGSt 1960, 266 (269); *Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 228 Rn. 27 f.; *Schaffstein*, in: *Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos* (Fn. 1), S. 557 (564); *Gawron*, Die strafrechtliche Beurteilung der Körperverletzungen beim Sport, 1956, S. 110 ff.; *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953, S. 30.

¹³⁴ BayObLG NJW 1961, 2072 (2073); OLG Hamm JR 1998, 465 (465); *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 228 Rn. 109; *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 128), § 228 Rn. 27.

¹³⁵ *Fischer* (Fn. 50), § 228 Rn. 22, und *Reinhart*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, Praxishandbuch Sportrecht, 3. Aufl. 2014, 8. Teil Rn. 78, bezeichnen dies als lebensfremd, da sowohl die bedingt vorsätzliche Regelwidrigkeit des Verhaltens als auch jene der Körperverletzung die Regel sei, worauf so keine Antwort gegeben werden könne (wenngleich das zentrale Merkmal der kritisierten Ansicht eher der Grad der Fahrlässigkeit des *Regelverstoßes* darstellen und somit der Bezugspunkt differieren dürfte, so zumindest BayObLG NJW 1961, 2072 [2072 f.]).

¹³⁶ So *Dölling*, ZStW 96 (1984), 36 (43); *Berr* (Fn. 128), S. 111 ff.; allgemein zu der insofern herrschenden Ansicht *Rönnau* (Fn. 87), Vor §§ 32 ff. Rn. 164 f. m.w.N.; ferner *Geppert*, ZStW 83 (1971), 947 (977 ff.).

¹³⁷ *Fischer* (Fn. 50), § 228 Rn. 22; *Kubink*, JA 2003, 257 (262).

¹³⁸ So *Kubink*, JA 2003, 257 (262); a.A. zuvor BGHZ 63, 140 (144), wonach die Einwilligung in Verletzungen beim Fußballspiel lediglich eine Fiktion darstelle.

¹³⁹ Dazu *Mitsch* (Fn. 15), § 15 Rn. 124; *Roxin* (Fn. 11), § 13 Rn. 12 ff.; spezifisch *Zipf* (Fn. 109), S. 97 ff.

¹⁴⁰ Dies lässt sich etwa bei *Mehl*, Die Strafbarkeit der Körperverletzungen beim Sport, 1953, S. 77 f., beobachten, der rein gesellschaftlich motiviert betont, dass die Einwilligung eines Sportlers so umfangreich gestaltet sein müsse, dass eine reibungslose Abwicklung des Sports möglich sei; *Gawron* (Fn. 133), S. 148 f., legt den Umfang der Einwilligung im Sinne des Sports auf regelgerechtes Verhalten fest; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S. 350, begreift auch absichtliche Fouls als von der Einwilligung getragen an und drängt so einen entgegenstehenden individuellen Willen vollends ins Abseits.

¹⁴¹ So auch *Hähle* (Fn. 130), S. 86; plastisch zwischen Vorsatz und Einwilligung unterscheidend *Dölling*, ZStW 96 (1984), 36 (44), der das Beispiel des heimlichen Geliebten heranzieht, welcher sich im Wissen, dass er von dem Ehemann seiner Affäre verprügelt werden könnte, zu dieser begibt, gleichwohl aber nicht in die mögliche Körperverletzung einwilligt.

¹⁴² Regeln als Ausdruck allgemeiner Akzeptanz begreifend etwa *Schild* (Fn. 128), S. 120 ff., und *Zipf* (Fn. 109), S. 93 ff.

3. Beleidigungsfreie Sphären

Im Ergebnis besteht weitgehend Einigkeit, im Kreise der Familie getätigte Beleidigungen über Außenstehende straffrei zu belassen.¹⁴³ Der tragende Gedanke dieses Konsenses besteht in dem menschlichen Bedürfnis nach einem Refugium, in welchem offen und frei kommuniziert werden kann, ohne dass Sanktionen drohen.¹⁴⁴ Diese Rückzugsmöglichkeit scheint derart verwurzelt, dass sie als Ausgangspunkt zu einer Ausdehnung des sanktionsfreien Kommunikationsbereichs auf Lebenspartner oder Freunde diene.¹⁴⁵ Doch so anerkannt dieses Refugium im Ergebnis auch erscheint, so umstritten ist dessen dogmatischer Hintergrund.¹⁴⁶

Während früher schlicht festgehalten wurde, dass der Gesetzgeber diese intime Sphäre nicht habe mitregeln wollen,¹⁴⁷ wurde wenig später zumindest nachgeschoben, dass sich derartige beleidigende Aussagen innerhalb der geschichtlich bedingten Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegten¹⁴⁸ oder schlicht zur sozialetischen Ordnung gehörten¹⁴⁹. Die mittlerweile herrschende Auffassung versagt dagegen den objektiven Tatbestand der Beleidigung. Beliebt zeigt sich insofern der Verweis auf die fehlende Kundgabe,¹⁵⁰ verlasse die ehrverletzende Äußerung doch den familiären Rahmen als

Internum nicht, sodass eine Beziehung zum sozialen Bereich fehle und die Beleidigung nicht kundgegeben werde.¹⁵¹ Wertungsmäßig sei sie daher einem Selbstgespräch vergleichbar.¹⁵² Dies führt freilich zu Friktionen mit der ansonsten herrschenden Auffassung, dass die Beleidigung nicht gegenüber dem Betroffenen geäußert, sondern lediglich von irgendjemandem verstanden werden muss.¹⁵³ Auch insofern droht also eine definitorische Ausnahme, zumal der Kundgabebegriff deskriptiv und somit einer normativen Korrektur nicht zugänglich ist.¹⁵⁴ Vor diesem Hintergrund vermag auch eine Negation des Kundgabevorsatzes nicht zu überzeugen.¹⁵⁵ Daher richten andere Versuche den Blick nicht auf den deskriptiven Begriff der Kundgabe, sondern den Achtungsanspruch des Betroffenen in der Gesellschaft, der mangels der gegebenen Beziehung der Aussage zum sozialen Bereich nicht herabgesetzt werde.¹⁵⁶ In der Folge werden der Kundgabebegriff¹⁵⁷ oder der Tatbestand als solcher¹⁵⁸ teleologisch reduziert. Nachdem jedoch das Rechtsgut der Beleidigungsdelikte die Ehre darstellt¹⁵⁹ und eine teleologische Reduktion daher einzig im Hinblick auf die Ehre vorangetrieben werden kann,¹⁶⁰ ergeben sich die Grenzen einer Reduktion gleichsam aus dem Ehrschutz. Allerdings wird die Ehre durch Äußerungen im Kreise der Familie gleichwohl mitunter verletzt, zumal sich eine Beleidigung im Falle der Nachbarsfamilie im unmittelbaren Umfeld des Betroffenen ereignet, er damit die Auswirkungen gar in besonderem Maße verspürt.¹⁶¹ Eine teleologische Reduktion im Hinblick auf ausbleibende Ehr-

¹⁴³ So resümierend *Valerius* (Fn. 72), § 185 Rn. 34, mit zahlreichen Nachw. *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 134), Vor §§ 85 ff. Rn. 37, spricht insofern von einer einmütigen Annahme; vgl. nur BVerfGE 90, 255 (260); BVerfG NJW 2007, 1194 (1195); 2010, 2937 (2939); OLG Koblenz, NJW-RR 2008, 1316 (1316 f.); OLG München NJW 1993, 2998 (2999); *Engisch*, GA 1957, 326 (331); *Geppert*, Jura 1983, 530 (534); *Hellmer*, GA 1963, 129 (135 ff.); *Kretschmer*, JR 2008, 51 (53 f.); *Küpper*, JA 1985, 453 (456).

¹⁴⁴ *Rogall*, in: Wolter (Fn. 133), Vor § 185 Rn. 47, spricht von einem letzten Refugium.

¹⁴⁵ So etwa BVerfG NJW 2007, 1194 (1195); BVerfG NJW 2010, 2937 (2939); *Kretschmer*, JR 2008, 51 (54); *Gillen*, Das Verhältnis von Ehren- und Privatsphärenschutz im Strafrecht, 1999, S. 142 ff.; eine Ausdehnung auf schweigepflichtige Berufsangehörige wie Rechtsanwälte erwägt gar OLG Dresden, BeckRS 2011, 28415 (insofern offen gelassen von BVerfG NJW 2010, 2937 [2939]). Eine Übertragbarkeit auf Chatrooms deutet *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (763 f.) an.

¹⁴⁶ Treffend *Regge/Pegel*, in: Joecks/Miebach (Fn. 23), Vor § 185 Rn. 62: „So sehr man sich im Ziel und im Grund der Straflosigkeit einig ist, so uneinig ist man sich darin, wie dieses Ziel dogmatisch erreicht werden soll.“

¹⁴⁷ So *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898, S. 487; *Köstlin*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1858, S. 37.

¹⁴⁸ *Schaffstein*, ZStW 72 (1960), 369 (375 f.); *Hoppe* (Fn. 128), S. 99 f; dahingehend bereits *Kohler*, GA 1900, 1 (20), der auf das Sittengebot verweist.

¹⁴⁹ *Kohler*, GA 1900, 1 (20 f.); *Hoppe* (Fn. 128), S. 100.

¹⁵⁰ OLG Oldenburg GA 1954, 284; *Zaczyk* (Fn. 143), Vor § 185 Rn. 38; *Hansen*, JuS 1974, 104 (106); *Tenckhoff*, JuS 1998, 787 (788).

¹⁵¹ *Zaczyk* (Fn. 143), Vor § 185 Rn. 38; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2019, Rn. 147; *Gallas*, ZStW 60 (1941), 353 (374, 396 Fn. 31); *Hansen*, JuS 1974, 104 (106).

¹⁵² *Hansen*, JuS 1974, 104 (106); eingehend dazu *Engisch*, GA 1957, 326 (329 ff.).

¹⁵³ Herrschende Auffassung, siehe nur BGHSt 9, 17 (19); *Valerius* (Fn. 72), § 185 Rn. 18.

¹⁵⁴ *Hilgendorf* (Fn. 73), § 185 Rn. 12; *Wolff-Reske*, Jura 1996, 184 (184).

¹⁵⁵ So hingegen *Leppin*, JW 1937, 2886 (2887); *Vahle*, DVP 2009, 137 (138).

¹⁵⁶ *Engisch*, GA 1957, 326 (331); *Hellmer*, GA 1963, 129 (135 ff.); *Wolff-Reske*, Jura 1996, 184 (186 f.).

¹⁵⁷ *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl. 2017, Rn. 598; *Rengier* (Fn. 71), § 28 Rn. 23 f.; *Engisch*, GA 1957, 326 (331 f.).

¹⁵⁸ *Fischer* (Fn. 50), § 185 Rn. 12b; *Kühl* (Fn. 23), § 185 Rn. 9; *Hillenkamp*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 555 (571 f.); *Küpper*, JA 1985, 453 (456).

¹⁵⁹ Statt vieler *Kühl* (Fn. 23), Vor § 185 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 146), Vor § 185 Rn. 7.

¹⁶⁰ Zur gebotenen Orientierung am Rechtsgut BVerfGE 2, 266 (282); 8, 28 (33 f.); 18, 97 (111); *Heinrich* (Fn. 39) Rn. 147; *Larenz/Canaris* (Fn. 37), S. 211 ff.; *Möllers* (Fn. 38), § 6 Rn. 115, 118; *Röhl/Röhl* (Fn. 27), S. 621.

¹⁶¹ *Hilgendorf* (Fn. 73), § 185 Rn. 12; ebenso *Lenckner/Eisele* (Fn. 71), Vor §§ 185 ff. Rn. 9a; *Rogall* (Fn. 144), Vor § 185 Rn. 47.

verletzungen hat somit zwangsläufig auszuschneiden. Eine darüber hinaus vorgeschlagene Überantwortung des Strafbarkeitsurteils an § 193 StGB gäbe die Strafbarkeit einer Abwägung Preis, sodass keine Freiheit von Sanktionsgefahr entstünde, sondern das Strafbarkeitsurteil an Intensität und Ausmaß der Beleidigungen geknüpft wäre. Unbesehen dessen erscheinen bereits die Voraussetzungen des § 193 StGB wie eine Informationspflicht des Äußernden schwerlich in ein stimmiges Verhältnis mit dem Bedürfnis nach freier Äußerung gesetzt werden zu können.¹⁶²

Auch aus diesem Gefilde vermag die Sozialadäquanz herauszuführen, berücksichtigt sie doch den der Gesellschaft immanenten Wunsch nach einem Refugium und überführt die damit verbundene Akzeptanz beleidigender Äußerungen auf die Ebene der Unrechtspräzisierung. Sie behandelt also das gesellschaftliche Bedürfnis als solches, ohne es künstlich auf eine juristisch-teleologische Ebene zu transformieren, auf welcher es an der entgegenstehenden Rechtsgutskonzeption ohnehin scheitern müsste. Vielmehr ist sie in der Lage, die Auswirkungen dieser Akzeptanz derartiger Äußerungen auf die Gesellschaft bereits auf tatbestandlicher Ebene zu berücksichtigen und im Sinne des Normvertrauens den Tatbestand zu reduzieren. Personelle sowie sachliche Grenzen folgen dann gleichsam aus der Reichweite gesellschaftlicher Akzeptanz: Ersucht wird kein umfassender Äußerungsfreiraum, sondern lediglich ein letztes Refugium,¹⁶³ sodass eine Beziehung von tiefem Vertrauen wie innerhalb intakter Familienbande oder enger Freundschaften zu fordern sein dürfte. Dagegen deckt sich der Versuch, Berufsgeheimnisträger als Part des Refugiums zu verstehen, nicht mit dem Wunsch nach einer auf persönlicher Verbundenheit und Beziehung beruhenden Rückzugsmöglichkeit.¹⁶⁴ Eine sachliche Grenze stellt dagegen etwa § 187 StGB dar, fordert die Gesellschaft doch einen Freiraum zur Äußerung diffamierender Aussagen, nicht hingegen einen solchen für die Verbreitung unwahrer

Tatsachen.¹⁶⁵ Maßgeblich ist demnach, den Grund des Restriktionsbedürfnisses entsprechend dessen gesellschaftlichen Charakter zu behandeln und auf Grundlage der resultierenden mangelnden präventiven Wirkung auf die Gesellschaft den Tatbestand unter dem Aspekt der Sozialadäquanz einzuschränken.

VII. Ein Appell

In der Gesamtschau bleibt festzuhalten, dass die Sozialadäquanz auf dem Ansinnen beruht, bereits dem Straftatbestand eine gesellschaftliche Wirkung zu verleihen. Als metateleologische Reduktion begriffen schränkt sie in materieller Hinsicht bereits den aufgrund der abstrakt-allgemeinen Regelungstechnik zu weit geratenen formellen Anwendungsbereich der Strafnorm ein, wenn eine Pönalisierung des zugrundeliegenden Verhaltens die erwünschte präventive Wirkung in der Gesellschaft verfehlen würde. So vermag der Straftatbestand als gesellschaftliches Orientierungsmuster zu dienen und die Zwecke der Strafe und des Strafrechts zu harmonisieren.

Der Begriff der Sozialadäquanz wird jedoch zunehmend inflationär¹⁶⁶ und bisweilen als schlichtes Antonym zum Verdikt der Strafbarkeit gebraucht. Dies scheint dem Trend geschuldet, straflose Handlungen vermehrt mit dem Prädikat sozialadäquat zu versehen, straflos und sozialadäquat also gleichzusetzen¹⁶⁷ oder aber unmittelbar strafbare von sozialadäquaten Handlungen abzugrenzen,¹⁶⁸ um anschließend auf eine vertiefte Erörterung der Sozialadäquanz zu verzichten. Damit wird jedoch die Quintessenz des per se zukunftssträchtigen Korrektivs verwischt, lassen sich eigenständiger Anwendungsbereich und Verwendung als bloßes Synonym für eine Straflosigkeit so doch nur schwerlich unterscheiden. Daher dürfte es zur sprachlichen Präzisierung erwägenswert sein, im Rahmen der Anwendungsfälle der Sozialadäquanz als Rechtsfigur auf die metateleologische Reduktion hinzuweisen, mittels derer die Sozialadäquanz entgegen aller Kritik als solch eigenständige Rechtsfigur zu interpretieren bleibt und sich von der beliebigen Verwendung als Synonym einer proklamierten Straflosigkeit abhebt.

¹⁶² Wolff-Reske, Jura 1996, 184 (186), betont ferner, dass zwar der Inhalt der Äußerung im Vordergrund stehen müsse, dies allerdings bei dem bloßen Bedürfnis nach psychischer Entlastung nicht der Fall sein dürfte.

¹⁶³ Kretschmer, JR 2008, 51 (54): „In einem rechtsstaatlichen System muss das Individuum einen Raum der Privatheit haben, in dem er sich unbefangen und frei äußern kann und darf, ohne ein strafrechtliches Risiko zu tragen. Dabei geht es in dieser Privatheit nicht allein um Gespräche mit sich selbst, sondern es geht auch um den Schutz intimer und privater Kommunikation mit anderen Personen über andere Personen. Der Einzelne muss die Möglichkeit haben, auch einmal verbal ‚in die Luft zu gehen‘.“

¹⁶⁴ So im Ergebnis zutreffend BVerfG NJW 2007, 1194 (1195), sowie eine solche Sphäre zwischen Mandant und Anwalt ablehnend BVerfG NJW 2010, 2937 (2939). Kretschmer, JR 2008, 51 (54), dehnt die beleidigungsfreie Sphäre zu Recht auf Lebenspartner aus; die etwa seitens des OLG Dresden, BeckRS 2011, 28415, erwogene Einbeziehung schweigepflichtiger Berufsangehöriger gerät dagegen ebenso zu weit wie eine Einbeziehung privater Chatrooms, dahingehend jedoch Kett-Straub, ZStW 120 (2008), 759 (763 f.).

¹⁶⁵ Im Ergebnis ebenso Valerius (Fn. 72), § 185 Rn. 34; Zaczyk (Fn. 143), Vor §§ 185 ff. Rn. 42.

¹⁶⁶ Treffend bereits Otto (Fn. 10), S. 225: „Das aber führte dazu, dass der Verweis auf die ‚soziale Adäquanz‘ beliebig wurde“.

¹⁶⁷ So etwa zu beachten im Rahmen der Nachstellung, BT-Drs. 16/575, S. 1, 7 und 8.

¹⁶⁸ Besonders beliebt erscheint dies im Rahmen der Verletzungen der Psyche, siehe nur Bublitz, RW 2011, 28 (51 ff.); Steinberg, JZ 2009, 1053 (1060); Knauer (Fn. 20), S. 94 f., 173 ff.

Der Aufwendungsabzug bei der Wertersatzeinziehung

Von Niklas Wolf, München*

Die Vermögensabschöpfung als Mittel der Strafrechtspflege hat seit ihrer Reform 2017 nur an Bedeutung gewonnen. Trotz intensiver Befassung durch die Fachliteratur scheinen dabei viele Probleme ungeklärt. Der Beitrag behandelt daher noch einmal grundlegende Fragen im Bereich der Wertersatzeinziehung und setzt sich mit der Möglichkeit auseinander, über eine schutzzweckorientierte Auslegung den Aufwendungsabzug einer flexibleren und damit angemesseneren Handhabung zu unterwerfen. Dabei wird insbesondere auf den Insiderhandel eingegangen, der in der Gesetzesbegründung direkte Erwähnung fand und daher besonders anschaulich die jetzige Situation beschreibt.

I. Bestimmung des Erlangten Etwas

Kern des Einziehungsrechts stellt § 73 Abs. 1 StGB dar.¹ Demnach ist einzuziehen, was ein Täter durch oder für eine rechtswidrige Tat erlangt hat. „Erlangtes Etwas“ kann dabei jeder Vermögenswert sein,² auch rein tatsächliche Positionen wie der Besitz³ oder ersparte Aufwendungen,⁴ sowie sachlich Erlangtes ohne Vermögenswert.⁵ Bereits insofern ähnelt die Einziehung der zivilrechtlichen Kondiktion aus § 812 Abs. 1 BGB.⁶

Die Formulierung „durch“ die Tat ersetzt „aus“ der Tat in § 73 Abs. 1 StGB a.F. Damit möchte der Gesetzgeber klarstellen, dass das „erlangte Etwas“ insgesamt kondiktionsrechtlich zu bestimmen ist.⁷ Dies soll den Anforderungen der minimalharmonisierten⁸ Richtlinie 2014/42/EU gerecht wer-

den, welche in Art. 2 Nr. 1 und Art. 4 Abs. 1 die Einziehung auch „indirekt“ aus einer Straftat erlangter Vermögensvorteile vorschreibt. Erlangt sein soll nun mithin alles, was adäquat kausal auf die Tat zurückzuführen ist.⁹

Dabei stellt sich die Frage nach dem temporären Element. Die Gesetzgebungsmaterialien sprechen von einem Erlangen „in irgendeiner Phase des Tatablaufs“. ¹⁰ Dies basiert auf einer vom BGH für das alte Einziehungsrecht entwickelten Formulierung.¹¹ Damit ist nur erlangt, was zum Zeitpunkt des tatbestandlichen Geschehens dem Täter zufließt. Dabei kann jedoch, um einheitliche Lebenssachverhalte nicht unnatürlich aufzuteilen, nicht die Vollendung der Tat entscheidend sein,¹² sondern deren Beendigung.¹³ Bei dann noch unvollendeten Vermögenszuflüssen stellt die ungesicherte Erwerbsposition das Erlangte dar.¹⁴ Die Gegenansicht, nach der ein Erlangen auch nach Beendigung möglich sein soll,¹⁵ mag zwar einfachere Ergebnisse liefern, widerspricht aber der gesetzgeberischen Formulierung des Tatablaufs.

Darüber hinaus sind nach § 73 Abs. 2 StGB die Nutzungen des Erlangten einzuziehen, sofern sie tatsächlich gezogen wurden.¹⁶ Zudem unterliegen die Surrogate des Erlangten nach § 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB der Einziehung. Dies umfasst jedoch nur den direkt erlangten Ersatzgegenstand. Weitere Surrogationen bleiben außer Acht, sodass das Surrogat des Surrogats nicht mehr der Einziehung unterfällt.¹⁷ Auch dies orientiert sich am Bereicherungsrecht, § 818 Abs. 1 BGB.¹⁸

* Der Verf. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer Münchener Strafrechtskanzlei.

¹ Köllner/Mück, NZI 2017, 593 (594).

² Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 73 Rn. 6 f.; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 73 Rn. 12, 20; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 73 Rn. 3; Pelz, NZWiSt 2018, 251 (251); Mosiek, wistra 2019, 90 (90).

³ BGH NJW 1989, 3165; Heger (Fn. 2), § 73 Rn. 3.

⁴ Fischer (Fn. 2), § 73 Rn. 20; Pinkenburg/Schubert, wistra 2018, 458 (459); Mosiek, wistra 2019, 90 (90); Ohlmeier/Struckmeyer, wistra 2018, 419 (420); Reh, wistra 2018, 414 (419); Rettke, wistra 2018, 234 (234); Schmidt, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 79, Rn. 22; BGH wistra 2011, 394.

⁵ Fischer (Fn. 2), § 73 Rn. 12; Rettke, wistra 2018, 234 (234).

⁶ Köhler, NStZ 2017, 497 (503); Schmidt (Fn. 4), § 79, Rn. 18; BGH NStZ 2018, 400.

⁷ Regierungsentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/9525, S. 62; Heger (Fn. 2), § 73 Rn. 5; Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (306).

⁸ Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 über die Sicherstellung und Einzie-

hung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union, Erwägungsgrund 22.

⁹ Heger (Fn. 2), § 73 Rn. 5; Pinkenburg/Schubert, wistra 2018, 458 (460); Rübenstahl, NZWiSt 2018, (255); Saliger, ZStW 129 (2017), 995 (1012); Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Beschlussempfehlung zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/11640, S. 78; Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (306).

¹⁰ Regierungsentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/9525, S. 56, 62, 67.

¹¹ BGH NStZ 2011, 83.

¹² Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (122); für den Vollendungszeitpunkt aber Reh, wistra 2018, 414 (416).

¹³ Rettke, wistra 2018, 234, (235); a.A. Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (122).

¹⁴ Rettke, wistra 2018, 234, (235).

¹⁵ Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (122).

¹⁶ Fischer (Fn. 2), § 73 Rn. 31; Heger (Fn. 2), § 73 Rn. 7; Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 1.11.2019, § 73 Rn. 21 f.; Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665 (665); Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (307).

¹⁷ Köhler, NStZ 2017, 497 (504); Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (306).

¹⁸ Heger (Fn. 2), § 73 Rn. 7.

II. Wertersatz einziehung

Ist die Einziehung des Erlangten nicht möglich, so folgt die Wertersatz einziehung nach § 73c S. 1 StGB.¹⁹ Das gleiche gilt nach § 73c S. 2 StGB, wenn das Erlangte zwischenzeitlich an Wert verloren hat.²⁰

1. Wert des erlangten Etwas

Dafür ist in einem ersten Schritt der monetäre Wert des erlangten Etwas ohne jegliche Abzüge zu ermitteln. Entscheidender Zeitpunkt ist dabei der Zeitpunkt des Entstehens des Wertersatzanspruchs, mithin die Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten.²¹

Dies hat direkte Bedeutung im Falle von Wertschwankungen: Befindet sich ein Gegenstand, der im Wert steigt, noch in der Sphäre des Täters, wird er vollständig gegenständig eingezogen. Gelingt es dem Täter jedoch vorher, den Gegenstand in eine Investition zu transferieren, so vermag er zu profitieren, da die nach Unmöglichkeit der Herausgabe realisierten Gewinne bei der Wertersatz einziehung außer Acht bleiben.²²

Gleichzeitig trägt der Täter aber auch das Risiko von Wertverlusten, da diese nach § 73c S. 2 StGB ohnehin auszugleichen sind.

2. Aufwendungen

In einem zweiten Schritt sind daraufhin die Aufwendungen i.S.d. § 73d Abs. 1 S. 1 StGB zu bestimmen.

Aufwendungen sind in erster Linie freiwillige Vermögensopfer.²³ Jedoch muss logischerweise eine Begrenzung auf solche Aufwendungen erfolgen, die im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Tat stehen.²⁴ Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie dieser Zusammenhang ausgestaltet sein muss.

a) Zeitlicher und innerer sachlicher Zusammenhang

Die Gesetzgebungsmaterialien sehen vor, einen inneren sachlichen wie zeitlichen Zusammenhang zu verlangen.²⁵ Darauf basierend sollen jegliche Aufwendungen vor Fassung des Tatentschlusses ausgeschlossen sein,²⁶ sowie solche, die nach Erlangung des Vermögenswertes erfolgen.²⁷

b) Rein innerer Zusammenhang

Dem tritt *Rübenstahl* entgegen.²⁸ Er verlangt gerade keinen zeitlichen Zusammenhang. Dieser sei im Wortlaut keinesfalls angelegt und nach den herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht ersichtlich.²⁹ Vielmehr spreche § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB, der als Ausnahme für die Anrechenbarkeit von Aufwendungen gerade Tatentschluss verlange, dafür, dass die Frage, wann Aufwendungen vorliegen, weiter zu verstehen sei.³⁰ Nach seiner Ansicht reicht daher ein innerer sachlicher Zusammenhang. Ein solcher sei aber gerade auch nachträglich, für Ausgaben, die vor Tatentschluss getätigt wurden, durch entsprechende Umwidmung möglich.³¹

Die Problematik dieses Ansatzes zeigt sich am besten am Beispiel eines nach § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG verbotenen Insiderhandels: Täter T erwirbt auf legale Weise Aktien zu einem hohen Kurs (beispielsweise 100 €), danach fällt der Kurs stark (auf 50 €). Nun erlangt T eine Insiderinformation, die einen weiteren Kurssturz vorhersagt (auf 20 €), woraufhin er verkauft, um diesem Nachteil zu entgehen.

Laut *Rübenstahl* sind Aufwendungen beim Kauf der Aktien vor Bildung des Tatentschlusses gegeben.³² Der ursprüngliche Kaufpreis der Aktien stelle damit eine abzugsfähige Aufwendung dar. Die Aktien selbst sieht er jedoch nicht als Aufwendung. Sie seien lediglich nicht umfasstes Verkaufsobjekt.³³

Damit würden für T aber die abzugsfähigen Aufwendungen (100 €) das Erlangte (50 €) übersteigen. Der Täter könnte selbst seinen aus der Tat gezogenen Sondervorteil (30 €) behalten. Die Tat würde sich für den Täter monetär lohnen und das Ziel der Einziehung wäre verfehlt. So müsste man eine Grenze der Abziehbarkeit jedenfalls für den Sondervorteil konstruieren. Eine solche Grenze würde jedoch wieder

¹⁹ Fischer (Fn. 2), § 73c Rn. 2; Heger (Fn. 2), § 73c Rn. 2; Köhler, NStZ 2017, 497 (499); Köllner/Mück, NZI 2017, 593 (594).

²⁰ Bittmann, NZWiSt 2018, 209 (212); Fischer (Fn. 2), § 73c Rn. 4; Köhler, NStZ 2017, 497 (499).

²¹ Fischer (Fn. 2), § 73c Rn. 5; Heger (Fn. 2), § 73c Rn. 4; Köhler, NStZ 2017, 497 (504 f.); Regierungsentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/9525, S. 67.

²² Kritisch dazu: Bittmann, NZWiSt 2018, 209 (212).

²³ So jedenfalls die Definition im Rahmen des § 670 BGB: BGHZ 140, 355; Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2018, § 670 Rn. 2; Schäfer, in: Sacker/Rixecker/Oetker/Limpberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichem Gesetzbuch, Bd. 6, 7. Aufl. 2017, § 670, Rn. 7; Wiese, in: Schulze (Hrsg.), Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. 2019, § 670 Rn. 3; sich gegen die Übertragung des zivilrechtlichen Verständnisses aussprechend, dieses aber auch als Ausgangspunkt nehmend: Rettke, wistra 2018, 234 (236, 238).

²⁴ Korte, wistra 2018, 1 (4); Rettke, wistra 2018, 234 (236 f.).

²⁵ Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Beschlussempfehlung zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/11640, S. 78; ebenso Köhler, NStZ 2017, 497 (505).

²⁶ Köhler, NStZ 2017, 497 (505 Fn. 93); Rettke, wistra 2018, 234 (237).

²⁷ Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Beschlussempfehlung zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/11640, S. 78; Köhler, NStZ 2017, 497 (505).

²⁸ Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (260); krit. auch Rönnauf/Begemeier, GA 2017, 1 (17).

²⁹ Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (260).

³⁰ Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (260 f.).

³¹ Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (261).

³² Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (261).

³³ Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (261).

Bestimmungsprobleme bedeuten, auch ist sie nicht im Gesetz vorgesehen und würde erneute Rechtsunsicherheit auslösen. *Rübenstahls* Ansatz vermag mithin nicht zu überzeugen.

c) Eigener Ansatz

Dennoch ist die Kritik am zeitlichen Kriterium in der geäußerten Form berechtigt. Es droht die Ziehung einer zufälligen Grenze, wenn der Tatentschluss während eines andauernden Lebenssachverhalts gefasst wird, was zu wertungsmäßigen Diskrepanzen führen kann. Dies wird am besten anhand eines Bestechungsbeispiels deutlich: Möbelhersteller A erwartet, einen öffentlichen Auftrag zu bekommen und beginnt vorsorglich mit der entsprechenden Produktion. Dabei entstehen ihm Kosten hierfür. Später erfährt er, dass es einen weiteren Bewerber gibt und entschließt sich durch Zahlung eines Bestechungsgeldes, den Auftrag abzusichern. A erhält den Auftrag.³⁴

Die erlangte Vergütung wird eingezogen, die Kosten für die Produktion sind dabei nicht abzugsfähig, da sie bereits vor Tatentschluss entstanden.

Nimmt A jedoch von Anfang an billigend in Kauf, notfalls eine Bestechung durchzuführen, so sind die Kosten als Aufwendungen abzuziehen, selbst wenn sie vor der tatsächlichen Bestechung erfolgen.

Dies ist auch nicht deshalb angemessen, weil es sich um das wirtschaftliche Risiko des A handelt, denn dieses liegt in beiden Fällen vor. Auch bei dem Plan einer möglichen Bestechung besteht keine Sicherheit, den Auftrag zu erhalten. Vielmehr wird der Täter, der von Anfang an Eventualvorsatz hatte, privilegiert. Zudem dürfte die Feststellung, ab wann genau tatsächlich Tatentschluss vorlag, in der Praxis Schwierigkeiten bereiten.

Der Vermögenszufluss als hintere zeitliche Grenze ist umso ungeeigneter: Es kann in obigem Falle nicht relevant sein, ob A seine Vergütung bereits erhält, bevor das letzte Möbelstück produziert ist oder erst danach.

Somit ist vielmehr eine wertungsmäßige Einschätzung vorzunehmen: Als Ausgangspunkt dient dabei der innere sachliche Zusammenhang. Für den Täter muss sich eine Beziehung zwischen Aufwendung und Tat ergeben. Diese kann auch durch spätere Umwidmung erfolgen.³⁵ Darüber hinaus muss jedoch auch ein objektives Element in Form eines einheitlichen Lebenssachverhalts gegeben sein. Dabei ist ein enges Verständnis anzulegen, wobei sich die Einheitlichkeit des Lebenssachverhalts auch aus dem Vorliegen eines übergreifenden Tatentschlusses ergeben kann. Insoweit ist das zeitliche Kriterium umfasst. Dabei hat die Frage, inwieweit noch von einem einheitlichen Lebenssachverhalt auszugehen ist, auch unter Beachtung der Schutzrichtung der jeweiligen

Norm zu erfolgen.³⁶ Nicht erfasst bleiben damit Fluchtkosten.³⁷ Diese weisen keinen Bezug zum Schutzgut auf.

3. Abziehbarkeit

Im nächsten Schritt ist die subjektive Schranke von § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB zu beachten. Aufwendungen sind dann nicht abzugsfähig, wenn sie „bewusst“ für die Tat eingesetzt wurden, denn wesentlich in eine Straftat investiertes Vermögen sollte, entsprechend der Wertung von § 817 S. 2 BGB,³⁸ unwiderruflich verloren sein.³⁹ Dies verlangt Vorsatz bezüglich der Begehung der Tat. Sofern ein Fahrlässigkeitsdelikt zu einem Vermögensvorteil führt, soll die Abschöpfung mithin durch die Anrechenbarkeit der Aufwendungen begrenzt sein.⁴⁰

a) Tatbegriff

Zusätzlich stellt sich aber die Frage, wie der Tatbegriff in diesem Kontext zu verstehen ist.⁴¹ Letztlich kommen drei Auslegungen in Betracht: 1. Man vertritt einen materiellen Tatbegriff, der lediglich den Tatbestand der einzelnen Strafnorm umfasst.⁴² Dann käme es nur darauf an, dass die Aufwendung gerade gezielt für eine tatbestandliche Handlung, bzw. deren Vorbereitung, eingesetzt wurde. 2. Man hält einen prozessualen Tatbegriff für richtig. Dann wären Aufwendungen für die Tat getätigt, wenn sie mit den deliktischen Handlungen einen einheitlichen Lebenssachverhalt darstellen.⁴³

³⁶ So auch *Rönnau/Begemeier*, GA 2017, 1 (17).

³⁷ So auch *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 4; *Köhler*, NStZ 2017, 497 (505); *Korte*, wistra 2018, 1 (4); *Retke*, wistra 2018, 234 (236); a.A. *Emmert*, NZWiSt 2016, 449 (451).

³⁸ *Schwab*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limpberg* (Fn. 23), § 817 Rn. 10, 83; *Sprau*, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 78. Aufl. 2019, § 816 Rn. 1, 11; *Stadler*, in: *Jauernig* (Fn. 23), § 817 Rn. 8; *Wiese* (Fn. 23), § 817 Rn. 5.

³⁹ *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 5; *Köhler*, NStZ 2017, 497 (504); *Rönnau/Begemeier*, GA 2017, 1 (11); *Schäuble/Panani*, NStZ 2019, 65 (69); Regierungsentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/9525, S. 5, 67.

⁴⁰ *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 6; *Köhler*, NStZ 2017, 497 (508); *Korte*, NZWiSt 2018, 231 (235); *Korte*, wistra 2018, 1 (4); *Schäuble/Panani*, NStZ 2019, 65 (69); *Schilling/Corsten/Hübner*, StraFo 2017, 305 (307); Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Beschlussempfehlung zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/11640, S. 69.

⁴¹ *Bittmann*, KriPoZ 2016, 120, (123).

⁴² *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 11 Rn. 75, 78; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 49. Aufl. 2019, Rn. 28.

⁴³ BGH NStZ 2008, 411 (411); BGH NJW 1996, 1160 (1161); BGH NJW 1984, 808. Umfassend zum prozessualen Tatbegriff und alternativen Definitionen: *Dreyer*, *Wahlfeststellung und prozessualer Tatbegriff*, Die strafprozessuale

³⁴ Lose angelehnt an den Kölner Müllskandal BGHSt 50, 299, und Beispiele bei *Köhler*, NStZ 2017, 497.

³⁵ So auch *Rübenstahl*, NZWiSt 2018, 255 (261).

Oder man hält 3. einen eigenen, einziehungsspezifischen Tatbegriff für zutreffend. Der Wortlaut ist insoweit uneindeutig.

aa) Systematik

Die Einziehung verlangt eine rechtswidrige Haupttat als Anknüpfungspunkt, § 73 Abs. 1 StGB. Nahe liegen würde daher zunächst ein materieller Tatbegriff. Dafür spricht zudem, dass explizit auch Vorbereitungen für eine Tat umfasst sind, die selbst nicht dem materiellen Tatbegriff unterfallen würden.

Für ein prozessuales Tatverständnis könnte sprechen, dass die Einziehung Rechtsfolge der Tat ist. Die Gesetzesbegründung lehnt eine Betrachtung nach dem „tatsächlichen Verhältnis“⁴⁴ und damit den prozessualen Tatbegriff jedoch ab.

Dabei ist diese Formulierung Urteilen zu § 817 S. 2 BGB entlehnt⁴⁵ und es wird wiederholt auf die Wertung dieser Norm verwiesen.⁴⁶ Dies spricht für ein Verständnis des Gesetzgebers vom Tatbegriff, der sich an den Wertungen des § 817 S. 2 BGB ausrichtet.⁴⁷ Dort ist eine Rückforderung aber dann noch möglich, wenn der Schutzzweck der Verbotsnorm dies verlangt.⁴⁸

Mithin wäre der Tatbegriff ein eigener, der sich am Schutzzweck der jeweiligen Strafnorm orientiert.⁴⁹ Dies würde dem Charakter der Einziehung, die ihrer Intention nach nicht strafende Nebenfolge ist,⁵⁰ gerecht.

Nur wenn eine Aufwendung im Zusammenhang mit dem bedrohten Rechtsgut getätigt ist, wäre sie dann für die Tat getätigt.⁵¹ Damit würde sich der Tatbegriff regelmäßig dem materiell-rechtlichen Verständnis annähern,⁵² allerdings würde bei gemischt rechtmäßigen und rechtswidrigen Vorgängen

eine Komplettabschöpfung ausscheiden.⁵³ Dieser Ansatz bietet den großen Vorteil, dass er die Besonderheiten einzelner Straftatbestände auch auf Einziehungsebene hinreichend zu beachten vermag.⁵⁴

Besondere Bedeutung erlangt dieser Ansatz für den in der Gesetzesbegründung explizit erwähnten Insiderhandel. Denn hier stellt sich die interessante Frage, ob beim Insiderhandel das Geschäft als Ganzes verboten ist, oder ob eine Teilung in rechtmäßigen Handel mit einem Finanzinstrument und rechtswidriges Ausnutzen einer Insiderinformation möglich ist.

Dies mag auf den ersten Blick insoweit zweifelhaft erscheinen, als ein einheitlicher Lebenssachverhalt auseinandergerissen wird. Zudem missbilligt § 119 Abs. 2 Nr. 1 Abs. 3 WpHG den Wertpapierhandel unter Ausnutzung einer Insiderinformation umfassend.

Es sprechen jedoch auch Argumente dagegen: Der Handel mit Aktien ist auch bei Kenntnis einer Insiderinformation nicht komplett verboten. Erst das Ausnutzen dieser macht es zu strafbarem Handeln. Dies könnte dafür sprechen, dass lediglich die Modalität, nicht das Geschäft als solches, untersagt ist. Dem ließe sich entgegenhalten, dass das Verwenden der Insiderinformation vermutet wird,⁵⁵ sodass das Vorkommen der beschriebenen legalen Konstruktion in der Praxis schwer vorstellbar erscheint.

Für eine Teilbarkeit wiederum spricht, dass das Insiderrecht unter den Anforderungen von § 119 Abs. 2 Nr. 2 lit. a WpHG auch die bloße Weitergabe von Insiderinformationen untersagt, eine Insiderstraftat mithin allein stehen kann.

Auch führt das Verbot des Insiderhandels über § 134 BGB jedenfalls dann nicht zur Nichtigkeit, wenn der Vertragspartner den Gesetzesverstoß nicht erkennt, was meistens der Fall sein dürfte.⁵⁶ Trotz Insiderstraftat bleibt der Handel mit Finanzprodukten also insoweit jedenfalls zivilrechtlich unbemakelt. Dies ist keine zwingende Wertung für das Strafrecht, aber ein Indiz.

Folgt man der herrschenden Ansicht, wonach lediglich der Kapitalmarkt und das Vertrauen der Anleger geschützt ist,⁵⁷ so vermag der einzelne Insiderhandel diese Rechtsgüter nicht konkret zu bedrohen. Jedenfalls das Vertrauen der Gesamtheit der Anleger in einen gleichen Markt wird nicht dadurch erschüttert, dass ein einzelner, verbotener Insider-

Behandlung alternativer Geschehensabläufe, 1999, S. 25–37; Norouzi, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 264 Rn. 3–34.

⁴⁴ Regierungsentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/9525, S. 66.

⁴⁵ BGHZ 50, 90 (92); BGHZ 75, 299 (305 f.).

⁴⁶ Regierungsentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/9525, S. 66 f.

⁴⁷ Kritisch bzgl. des Ableitens von Wertungen aus § 817 BGB: Gebauer, ZRP 2016, 101 (102).

⁴⁸ BGH NJW 2006, 45; BGH NJW 1990, 2542; Rönnau/Begemeier, GA 2017, 1 (16 f.); Schwab (Fn. 38), § 817 Rn. 2; Sprau (Fn. 38), § 816 Rn. 18; Stadler (Fn. 38), § 817 Rn. 8; Wiese (Fn. 23), § 817 Rn. 5.

⁴⁹ Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (123); Rönnau/Begemeier, GA 2017, 1, (16 ff.); Trüg, NJW 2017, 1913 (1914 f); Deutscher Anwaltverein Stellungnahme Nr. 30/2016, S. 12; zumindest für vertretbar haltend: Gebauer, ZRP 2016, 101 (103).

⁵⁰ Regierungsentwurf StrÄndG, BT-Drs. 11/6623, S. 6; BVerfG NJW 2004, S. 2073; BGH NStZ 1995, 491; OLG München, Beschl. v. 19.6.2018 – 5 OLG 15 Ss 539/17.

⁵¹ Bittmann, NZWiSt 2016, 131 (133), Deutscher Anwaltverein Stellungnahme Nr. 30/2016, S. 12.

⁵² Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (123).

⁵³ Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (123); ebenso Trüg, NJW 2017, 1913 (1914 f.).

⁵⁴ Rönnau/Begemeier, GA 2017, 1 (17).

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 23.12.2009 – C-45/08 (Spector-Entscheidung).

⁵⁶ OLG Stuttgart, NStZ 2016, 28 (29).

⁵⁷ Regierungsentwurf Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 12/6679, S. 33; Heise, Der Insiderhandel an der Börse und dessen strafrechtliche Bedeutung, 2000, S. 80 ff.; Klöhn, DB 2010, 769 (772 f.); Park, NStZ 2007, 369 (377); Schröder, Handbuch Kapitalmarktsstrafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 109; Trüg, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2017, WpHG § 38 Rn. 30 ff.

handel erfolgt. Es vermag erst dann erschüttert zu werden, wenn dies systematisch auftritt und ungesühnt bleibt. Gesühnt ist der Insiderhandel jedoch bereits dann, wenn eine strafrechtliche Verurteilung erfolgt und der Sondervorteil abgeschöpft wird.

Zudem ist fraglich, ob ein einzelner Insiderhandel die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts und die effektive Preisbildung ernsthaft bedrohen kann.⁵⁸ Jedenfalls wird eine möglicherweise gegebene Verzerrung hinreichend mit der Abschöpfung des Sondervorteils ausgeglichen.

Das Verbot soll also letztlich nur verhindern, dass derjenige, der Zugriff zu einer Insiderinformation erlangt, daraus einen Sondervorteil ziehen kann.⁵⁹ Eine Teilbarkeit in legalen und bemakelten Teil ist gegeben.

Somit wären die veräußerten Aktien im obigen Falle des Insiderhandels als nur für das Aktiengeschäft eingesetzte Aufwendungen abzuziehen. Mangels Bezugs zum Schutzgut, dem Sondervorteil, wären sie mithin nicht bewusst für die Tat i.S.d. § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB eingesetzt.

Dabei würde sich die Frage danach stellen, mit welchem Wert die Aktien als Aufwendungen anzusetzen sind. In dem Zeitpunkt, in dem sie veräußert werden, haben sie im Falle der negativen Insiderinformation noch einen erhöhten Marktwert. Dieser Marktwert entspricht jedoch gerade dem Erlangten. Würde man ihn in Abzug bringen, verbliebe regelmäßig selbst der Sondervorteil beim Täter. Vielmehr ist der Wert anzusetzen, den die Aktie bei Kenntnis des Marktes von der Insiderinformation hätte. Mithin erfolgt eine Orientierung am tatsächlichen Wert, dem Fundamentalwert.⁶⁰

Im Kern nähert sich diese Lösung wieder einem früher schon teilweise geforderten Unmittelbarkeitskriterium an.⁶¹

bb) Diskrepanz zur Gesetzesbegründung

Diese Lösung sieht sich schließlich jedoch einem großen Problem ausgesetzt: Die Gesetzesbegründung erklärt eindeutig, dass im Falle des Insiderhandels die eingesetzten Aktien nicht als Aufwendungen abzuziehen sind.⁶² Dieses Ergebnis wird in der Auslegung des neuen Rechts deshalb weitgehend einheitlich geteilt.⁶³

Daraus ließe sich entweder folgern, dass eine Bewertung des Insiderhandels als insgesamt verbotenes Geschäft, wel-

ches umfassend die geschützten Rechtsgüter betrifft, vorgenommen werden soll, oder dass eine an Schutzgütern orientierte Lösung völlig ausscheiden und doch ein rein materieller Tatbegriff angewandt werden soll. Gegen Letzteres spricht die Orientierung an § 817 S. 2 BGB,⁶⁴ bei einem solchen Ansatz wäre die Gesetzesbegründung in sich widersprüchlich. Ausgeschlossen werden kann diese jedoch nicht.⁶⁵ Bereits der Referentenentwurf wurde daher in dieser Hinsicht als undeutlich kritisiert,⁶⁶ ohne dass eine entsprechende Klarstellung folgte.

Gegen Ersteres spricht, dass der Gesetzgeber, hätte er bewusst eine an den Schutzgütern orientierte Lösung gewollt, sich notwendigerweise auch zu der Frage hätte äußern müssen, ob der Insiderhandel eine Missbilligung des Geschäfts als Ganzes oder nur seiner Art und Weise darstellt.⁶⁷ Dies tat er gerade nicht.

Dafür könnte es jedoch auch Gründe geben: Es ist im Zuge der Gewaltenteilung bedenklich, wenn der Gesetzgeber auf die Judikative einwirkt, indem er zu einer Frage ergangene Urteile⁶⁸ in der Gesetzesbegründung als falsch deklariert. Es obliegt gerade der Judikative, die bestehenden Gesetze auszulegen. Will der Gesetzgeber die Rechtsprechung ändern, so hat er die einschlägigen Normen zu ändern. Es erfolgte mit der Reform der §§ 73 ff. StGB jedoch gerade keine Änderung des Insiderstrafrechts, der Schutzzweck hat sich mithin nicht geändert. Indem die Gesetzesbegründung für die Entziehung des Insiderhandels das Ergebnis liefert, ohne sich zum Charakter des Schutzzwecks zu äußern, beseitigt sie die bisherige Rechtsprechung, ohne sie explizit zu kritisieren.

Dabei ist die Annahme, dass das Insiderrecht über den Sondervorteil hinaus das Geschäft als Ganzes missbilligt, nicht fernliegend.⁶⁹ Vielmehr erscheinen beide Ansichten vertretbar und die Frage stellt sich eher als wertungsmäßige dar.⁷⁰

⁵⁸ Heise (Fn. 57), S. 49.

⁵⁹ BGH NJW 2010, 882 (884); BGH NJW 2010, 1399 (1403); OLG Stuttgart NStZ 2016, 28 (29); Klöhn, DB 2010, 769 (772 f.); Kudlich/Noltensmeier, wistra 2007, 121 (124); Trüg, NZG 2016, 459 (460) Hohn, wistra 2003, 321 (323).

⁶⁰ Zum Fundamentalwert Klöhn, Marktmissbrauchsverordnung, Kommentar, 2018, Vorbem. zu Art. 7, Rn. 72–74.

⁶¹ BGHSt 47, 260; 50, 299.

⁶² Regierungsentwurf Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/9525, S. 68.

⁶³ Gebauer, ZRP 2016, 101 (103); Heger (Fn. 2), § 73d Rn. 4; Köhler, NStZ 2017, 497 (500); Korte, NZWiSt 2018, 231 (235); Korte, wistra 2018, 1 (4); Mansdörfer, jM 2017, 122 (124); Rettke, wistra 2018, 234 (238); Schäuble/Panaris, NStZ 2019, 65 (68); a.A. Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (261).

⁶⁴ Siehe dazu oben unter II. 3. a) aa).

⁶⁵ Für eine solche Auslegung wohl Rönau/Begemeier, GA 2017, 1 (17); Schäuble/Panaris, NStZ 2019, 65 (68).

⁶⁶ Deutscher Anwaltverein Stellungnahme Nr. 30/2016, S. 12: „nicht vollständig klar“; Deutscher Richterbund Stellungnahme Nr. 19/16, S. 4: „bedarf es zudem einer Vorgabe durch den Gesetzgeber, inwieweit der Normzweck, der durch die Strafnorm bezweckte Rechtsgüterschutz, in Ansatz zu bringen ist“; Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (123): „Die Begründung des Entwurfs hält sich hier bedeckt“; Saliger, NStZ 995 (1013 f.): „Künftige Auslegungsprobleme?“.

⁶⁷ Rönau/Begemeier, GA 2017, 1 (16 f.).

⁶⁸ BGH NJW 2010, 882 (884); BGH NJW 2010, 1399 (1403); OLG Stuttgart NStZ 2016, 28 (29).

⁶⁹ So Heine, NStZ 2015, 127 (130 f.); Korte, wistra 2018, 1 (4); Schumann, in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungsstrafrechts, 6. Aufl. 2015, § 59 Rn. 89.

⁷⁰ Bittmann, NStZ 2016, 28 (31).

cc) *Bewertung*

Lediglich für den Insiderhandel ist das Ergebnis damit klar: Eingesetzte Wertpapiere und Transaktionskosten sind als Aufwendungen nicht abzugsfähig.

Darüber hinaus verbleibt der Tatbegriff unklar. Es verbleiben zwei sich entgegenstehende Auslegungsergebnisse, die beide eigene Widersprüchlichkeiten aufweisen. Eine Entscheidung wird, sollten der materielle Tatbegriff und die Schutzgutelehre einander einmal nicht decken, den Gerichten obliegen. Dabei scheint eine an den Schutzgütern orientierte Auslegung vorzugswürdig, da sie im Einzelfall angemessene Ergebnisse liefern würde.⁷¹ Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit wäre notwendiges Übel.⁷²

b) *Verbotsirrtum*

Problematisch ist zudem die Frage, wie Verbotsirrtümer zu behandeln sind. Gemäß § 17 StGB haben diese keinen Einfluss auf den Vorsatz, lassen lediglich im Falle der Unvermeidbarkeit die Schuld entfallen,⁷³ bzw. führen im Falle der Vermeidbarkeit ggf. nach § 17 S. 2 StGB zu einer Strafmilderung.⁷⁴ Die für die Einziehung nötige rechtswidrige Tat i.S.d. § 11 Nr. 5 StGB ist damit jeweils gegeben.

Unklar bleibt jedoch, ob das subjektive Element des bewussten Einsetzens erfüllt ist. Denkbar wäre, einen Ausschluss der Abziehbarkeit von Aufwendungen bereits dann anzunehmen, wenn der Verbotsirrtum vermeidbar war.⁷⁵ Dies entspräche eher den Wertungen von § 817 S. 2 BGB, wonach eine Rückforderung im Kondiktionsrecht auch bei leichtfertiger Unkenntnis des Gesetzesverstößes ausgeschlossen ist,⁷⁶ sowie von § 17 StGB, der mittelbar eine Pflicht zum Erkennen der Rechtswidrigkeit normiert.⁷⁷

Demgegenüber ließe sich das subjektive Element auch ausschließlich als sicheres Wissen verstehen. Dann würde jeder Verbotsirrtum, vermeidbar wie unvermeidbar, das bewusste Einsetzen der Aufwendungen für die Tat ausschließen. Dafür spricht schon der Charakter der Einziehung: Als

vom Schuldprinzip losgelöster Vermögensausgleich ist sie nicht am allgemeinen Strafrecht zu messen. Ebenso wenig können die Wertungen des Kondiktionsrechts unreflektiert übertragen werden. Vielmehr unterliegt das Einziehungsrecht eigenen Wertungen, normiert aber gerade keine Pflicht, die Rechtswidrigkeit des Handelns zu erkennen, sondern verlangt in § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit. Das Ziel, wissentlich rechtswidrig getätigte Aufwendungen als unwiederbringlich verloren zu qualifizieren, wird dadurch nicht tangiert. Auch wird damit systemische Gleichheit zu den Tatbestandsirrtümern hergestellt,⁷⁸ zu denen vor allem im Wirtschaftsstrafrecht eine Abgrenzung nur schwer möglich ist.⁷⁹ Lediglich generalpräventive Aspekte könnten auch im Falle des vermeidbaren Verbotsirrtums für eine Uneinbringbarkeit sprechen.⁸⁰ Jedoch sind entsprechende kriminalpolitische Überlegungen bereits in § 17 StGB verankert.⁸¹ Auch würde damit der Einziehung ein übermäßig punitiver Charakter zugesprochen werden: Während bei § 17 S. 2 StGB im Falle des vermeidbaren Verbotsirrtums eine Strafmilderung über § 49 Abs. 1 StGB erfolgen kann, wären die Aufwendungen vollständig nicht abzugsfähig. Dies wäre insbesondere dann bedenklich, wenn ein Teil der Aufwendungen gerade (erfolglos) darauf gerichtet war, die Rechtmäßigkeit des Geschäfts festzustellen,⁸² was gerade im wirtschaftsstrafrechtlichen Bereich, auch durch Compliance, nicht unüblich ist.⁸³ Mangels flexibler Handhabung könnte die Einziehung so also außer Verhältnis zur tatsächlichen Vorwerfbarkeit stehen. Dies vermag auch die unterschiedliche Zielsetzung nicht zu rechtfertigen.⁸⁴ Ohnehin ist § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB, da das neue Einziehungsrecht keine materiell-rechtliche Härtefallklausel vorsieht⁸⁵ entsprechend restriktiv auszulegen.⁸⁶

Insofern kann fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit bei § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB keine Beachtung fin-

⁷¹ Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (123); Rönna/Begemeier, GA 2017, 1 (17).

⁷² Rönna/Begemeier, GA 2017, 1 (17).

⁷³ Eidam, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht, StGB §§ 16, 17 Rn. 12; Kaspar, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2017, StGB § 16 Rn. 39; Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 2), § 17 Rn. 7; Niemeyer, in: Müller-Gugenberger (Fn. 69), § 18 Rn. 10.

⁷⁴ Eidam (Fn. 73), StGB §§ 16, 17 Rn. 12; Kaspar (Fn. 73), StGB § 16 Rn. 40; Kühl (Fn. 73), § 17 Rn. 8.

⁷⁵ Heger (Fn. 2), § 73d Rn. 5; Rönna/Begemeier GA 2017, 1 (15, 19).

⁷⁶ BGH NJW 1989, 3217 (3218); BGH NJW 1993, 2108 (2109); Schwab (Fn. 38), § 817 Rn. 84 f.; Sprau (Fn. 38), § 816 Rn. 17; Stadler (Fn. 38), § 817 Rn. 11; Wiese (Fn. 23), § 817 Rn. 8.

⁷⁷ Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 17 Rn. 40.

⁷⁸ Rönna/Begemeier, GA 2017, 1 (14 f); Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (259); Saliger, ZStW 129 (2017), 995 (1014); Schäuble/Panani, NSTZ 2019, 65 (70).

⁷⁹ Bülte, NSTZ 2013, 65; Eidam (Fn. 73), StGB §§ 16, 17 Rn. 16 ff.; Kaspar (Fn. 73), StGB § 16 Rn. 11 ff.; Kühl (Fn. 73), § 17 Rn. 22; Niemeyer (Fn. 73), § 18 Rn. 14 ff.; Schäuble/Panani, NSTZ 2019, 65 (70).

⁸⁰ Vgl. Rönna/Begemeier, GA 2017, 1 (7 ff).

⁸¹ Joecks (Fn. 77), § 17 Rn. 40.

⁸² Wenn sie in Gutachterkosten investiert wurden, bspw. in BGH NSTZ 2013, 461.

⁸³ Alexander/Winkelbauer, in: Müller-Gugenberger (Fn. 69), § 16 Rn. 16; Kaspar (Fn. 73), § 17 StGB Rn. 35; ausführlich Kirch-Heim/Samson, wistra 2008, 81.

⁸⁴ Schäuble/Panani, NSTZ 2019, 65 (71).

⁸⁵ Köhler, NSTZ 2017, 497 (500); Köhler/Burkhard, NSTZ 2017, 665 (674); Schäuble/Panani, NSTZ 2019, 65 (68); Trüg, NJW 2017, 1913 (1914); Schuhmann, StraFo 2018, 415 (416).

⁸⁶ Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (259).

den, sodass in jedem Falle des Verbotsirrtums Aufwendungen abzuziehen sind.⁸⁷

des neuen Gesetzes, jedenfalls für Fälle der Wertersatzeinziehung, durchaus möglich ist.

c) Rückausnahme

Eine Rückausnahme des Abzugsverbots findet sich in § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StGB. Danach können auch bewusst für die Tat getätigte Aufwendungen abgezogen werden, wenn sie die Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten darstellen. Anwendung findet dies nur bei Normen, die lediglich Individualinteressen schützen.⁸⁸

III. Ausschluss der Einziehung

Nach § 73e Abs. 1 StGB ist die Einziehung ausgeschlossen, sofern ein Anspruch des Verletzten auf Rückgewähr oder Wertersatz bestand und dieser erloschen ist.⁸⁹

Entgegen des früheren Rechts ist die Einziehung nach § 76a Abs. 2 StGB nun auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Erwerbstat verjährt ist.⁹⁰ Als Ausgleich dafür unterliegt die Einziehung selbst nun nach § 76b StGB einer eigenen Verjährung. Sie dauert nach § 76b Abs. 1 StGB regelhaft 30 Jahre und beginnt mit Beendigung der Tat.

Ein materieller Ausschluss aufgrund unbilliger Härte erfolgt im jetzigen Recht⁹¹ nicht mehr, sondern kann nur noch in der Vollstreckung berücksichtigt werden.⁹²

IV. Zusammenfassung

Die Reform des Einziehungsrechts war schon aus Gründen der Rechtssicherheit nötig und ist insoweit zu begrüßen. Sie schafft für die meisten Fälle auch klare und angemessene Ergebnisse, indem sie Anpassungen am Bruttoprinzip vornimmt, ohne dieses völlig aufzugeben.

Jedoch verbleiben bedauerlicherweise entscheidende Auslegungsfragen, insbesondere bzgl. einer Schutzzweckauslegung, unklar, obwohl ein Ausräumen bereits im Gesetzgebungsprozess möglich gewesen wäre.

Insbesondere beim Insiderhandel führt der erklärte Wille des Gesetzgebers damit zu Ergebnissen, die unangemessen über das Ziel des Vermögensausgleichs hinausgehen und regelhaft ohne Abzug von Aufwendungen mehr als den Sondervorteil abschöpfen. Wünschenswerter wäre hier eine Positionierung zu Gunsten einer begrenzten Einziehung, die bei einer schutzzweckorientierten Auslegung mit dem Wortlaut

⁸⁷ Fischer (Fn. 2), § 73d Rn. 6; Köhler, NSTZ 2017, 497 (507 f. Fn. 106); Korte, wistra 2018, 1 (4 Fn. 65); Rübenstahl, NZWiSt 2018, 255 (260); Saliger, ZStW 129 (2017), 995 (1014); Schäuble/Pananis, NSTZ 2019, 65 (71).

⁸⁸ Köhler, NSTZ 2017, 497 (509); Korte, NZWiSt 2018, 231 (235).

⁸⁹ Köhler, NSTZ 2017, 497 (500).

⁹⁰ Köhler, NSTZ 2017, 497 (500).

⁹¹ Früher in § 73c StGB a. F. geregelt, heute nur noch § 421 StPO und § 459g Abs. 5 StPO für die Vollstreckungsebene.

⁹² Köhler, NSTZ 2017, 497 (500); Köhler/Burkhard, NSTZ 2017, 665 (674); Schäuble/Pananis, NSTZ 2019, 65 (68); Trüg, NJW 2017, 1913 (1914); Schuhmann, StraFo 2018, 415 (416).

Entscheidungsanmerkung

Zur Zulässigkeit der Fesselung eines Strafgefangenen an Händen und Füßen.

Die Fesselung von Händen und Füßen ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers regelmäßig nur im Interesse des Gefangenen zulässig, wobei diese Anordnung nur unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf ganz besondere Ausnahmefälle, namentlich der Gefährdung von Leib und Leben Dritter, beschränkt bleiben muss.

(Orientierungssatz der Verf.)

§ 89 ThürJVollzGB

OLG Jena, Beschl. v. 20.2.2019 – 1 Ws 54/17

Vorgehend LG Erfurt, Beschl. v. 29.12.2016 – StVK 396/16

I. Sachverhalt und die Entscheidung des Landgerichts

Der Antrag des Gefangenen auf gerichtliche Entscheidung wurde von dem Landgericht Erfurt zurückgewiesen. Das Landgericht legte dieser Entscheidung folgenden Sachverhalt zugrunde: Dem Beschwerdeführer wurden während eines Gefangenentransportes in eine andere Justizvollzugsanstalt – am Folgetag sollte er in einem Strafverfahren als Zeuge aussagen – Fesseln an Händen und Füßen angelegt. Gegen diese Maßnahme richtet sich der Antrag des betroffenen Strafgefangenen auf gerichtliche Entscheidung (§ 109 Abs. 1 S. 1 BStVollzG) bei der gem. § 110 BStVollzG zuständigen Strafvollstreckungskammer – im vorliegenden Fall dem LG Erfurt. Dieser wurde als unzulässig und unbegründet zurückgewiesen. Das LG Erfurt führt zur Begründung an, dass die Fesselung als besondere Sicherungsmaßnahme gemäß § 89 ThürJVollzGB einzuordnen sei. Zum einen sei diese durch das Vorliegen einer besonderen Fluchtgefahr gerechtfertigt, zum anderen sei die Doppelfesselung – abweichend von § 89 Abs. 5 ThürJVollzGB – erforderlich. Dies beruhe einerseits auf der Person des Antragstellers und andererseits auf dem Anlass der Zeugenvernehmung.

II. Entscheidung des OLG Jena

Gegen diese Entscheidung der Strafvollstreckungskammer richtet sich die Rechtsbeschwerde gemäß § 116 Abs. 1 BStVollzG. Jene wurde vom OLG Jena – in dem zu besprechenden Beschluss – als zulässig und begründet eingeordnet.

Der Senat stellt fest, dass die Voraussetzungen für eine Doppelfesselung nicht vorliegen. Bereits der Regelfall des § 89 Abs. 1, 2 Nr. 6 ThürJVollzGB, der eine erhöhte Fluchtgefahr erfordert, liege nicht vor. Dieser erlaubt die Fesselung als besondere Sicherungsmaßnahme, wenn nach dem Verhalten des Strafgefangenen oder aufgrund seines seelischen Zustandes die Gefahr der Entweichung, die Gefahr von Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen, die Gefahr der Selbsttötung oder der Selbstverletzung in erhöhtem Maße besteht. Da es sich bei dieser Gefahrenprognose um einen

unbestimmten Rechtsbegriff mit „stark prognostischem Gehalt“ handelt, ist dieser nur eingeschränkt überprüfbar.

Gleiches gilt auch für die Fesselung gemäß § 89 Abs. 6 ThürJVollzG, obwohl für diese Sicherungsmaßnahme nur eine „einfache“ Fluchtgefahr erforderlich ist. Nach § 89 Abs. 6 ThürJVollzG darf bei einer Ausführung, Vorführung oder bei Transport gefesselt werden, soweit die Gefahr einer Entweichung besteht.

Aufgrund der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit knüpft der Senat an dieser Stelle an die Verhältnismäßigkeit an, die stets bei Eingriffsmaßnahmen und somit auch bei der besonderen Sicherungsmaßnahme zu berücksichtigen sei. Im Rahmen dieser sei bei der Fesselung § 89 Abs. 5 ThürJVollzG zu beachten. Hiernach dürften Fesseln in der Regel nur an Händen oder Füßen angebracht werden (§ 89 Abs. 5 S. 1 ThürJVollzG). Allerdings könne im Interesse des Gefangenen durch Anordnung des Anstaltsleiters eine andere Art der Fesselung vorgenommen werden (§ 89 Abs. 5 S. 2 ThürJVollzG). An dieser Stelle rekurriert der Senat auf den Wortlaut der Norm und stellt klar, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung „In der Regel“ in § 89 Abs. 5 S. 1 ThürJVollzG die grundsätzliche Möglichkeit einer gleichzeitigen Fesselung von Händen und Füßen eröffne. Die Doppelfesselung sei damit gerade nicht schlichtweg verboten oder nur auf die Ausnahmefälle begrenzt, in denen die Doppelfesselung ausschließlich im Interesse des Gefangenen erfolge. An dieser Stelle führt der Senat beispielhaft einen fiktiven Sachverhalt an: Bei hochgradig gefährlichen, bekanntermaßen gewaltbereiten und aggressiven Strafgefangenen sei die Doppelfesselung nicht (nur) im Interesse des betroffenen Gefangenen, sondern auch bzw. vorrangig im Interesse und zum Schutz des (Begleit-)Personals und der Mitgefangenen. Diese Möglichkeit müsse nach Überzeugung des Senats in gleichem Maße auch für eine Fesselung gemäß § 89 Abs. 6 ThürJVollzG gelten. Die unglückliche Positionierung im Abs. 6 stehe einer solchen Annahme nicht entgegen. Zum einen sei eine unterschiedliche Behandlung der Fesselungsmöglichkeiten nicht ersichtlich, zumal die Fesselung nach Abs. 1 im Vergleich zum Abs. 6 eine erhöhte Gefahr voraussetzt, aber trotzdem „nur“ die Fesselung von Händen oder Füßen zulässt. Zum anderen verweist der Senat auf die alte bundesrechtliche Regelung. Jene enthielt einen eigenständigen Paragraphen, der die Fesselung konkretisierte und folglich alle Arten der Fesselung erfasste (§ 90 BStVollzG).

Der Senat betont jedoch, dass eine abweichende Art der Fesselung, wie z.B. die Doppelfesselung, grundsätzlich nur unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in besonderen Einzelfällen zum Schutz von Leib und Leben Dritter zulässig sein dürfe.

III. Anmerkung

Die zentrale rechtliche Problematik kreist um die Zulässigkeit und die Voraussetzungen einer Fesselung an Händen und Füßen („Doppelfesselung“). Der thüringische Landesgesetzgeber hat die bundesrechtlichen Vorschriften zur Fesselung als besondere Sicherungsmaßnahme inhaltlich weitestgehend

übernommen, jedoch leichte sprachliche und regelungstechnische Veränderungen vorgenommen.¹

Nach altem Bundesrecht war die Fesselung in dem abschließenden Katalog der besonderen Sicherungsmaßnahmen aufgelistet, § 88 Abs. 2 Nr. 6 BStVollzG.² Aufgrund der Einordnung im Abschnitt über Sicherheit und Ordnung kommt dieser Maßnahme ein rein präventiver Charakter zu, sodass sie nicht als Straf- oder Disziplinarmaßnahme eingesetzt werden darf.³ Eine solche Fesselung setzte eine erhöhte Fluchtgefahr oder die Gefahr von Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen oder die Gefahr von Autoaggressionen durch Selbstmord oder Selbstverletzung voraus, § 88 Abs. 1 BStVollzG. Diese Gefahr muss auf dem Verhalten oder dem seelischen Zustand des Gefangenen gründen. Erhöhte Fluchtgefahr bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Grad der Gefahr über die allgemeine Fluchtvermutung bei Strafgefangenen hinausgehen muss.⁴ Die erhöhte Gefahr, die sich nicht auf die Fluchtgefahr beschränkt, muss jedoch konkret vorliegen, was bedeutet, dass Befürchtungen, Vermutungen oder Spekulationen nicht genügen, sondern substantiierte, individuelle Anhaltspunkte erforderlich sind.⁵ Sofern diese Voraussetzungen vorliegen, stehen sowohl die Anordnung als auch die Auswahl der besonderen Sicherungsmaßnahme im Ermessen der Anstaltsleitung (vgl. den Wortlaut: „können“, § 88 Abs. 1 BStVollzG). Die Regelung in § 88 Abs. 4 BStVollzG gab vor, dass bei Ausführung, Vorführung oder Transport des Gefangenen eine Fesselung über die vorgenannten „engen“ Voraussetzungen hinaus auch dann zulässig ist, wenn sich aus anderen Gründen als den oben genannten (d.h. Verhalten oder seelischer Zustand des Gefangenen) eine erhöhte Fluchtgefahr ergibt. Somit erweiterte der Bundesgesetzgeber die Gründe, auf denen die Fesselung beruhen durfte, stellte jedoch auch für diese besondere Sicherungsmaßnahme hohe Anforderungen an den Gehalt der Fluchtgefahr, sodass auch hier eine erhöhte Fluchtgefahr erforderlich war. § 90 BStVollzG konkretisiert die Fesselung in einem eigenständigen Paragraphen. Im Wesentlichen handelt es sich jedoch um Ausgestaltungen, denen ohnehin durch den allge-

mein geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden musste. Hiernach durften Fesseln in der Regel nur an den Händen oder an den Füßen angelegt werden (S. 1); im Interesse des Gefangenen konnte der Anstaltsleiter jedoch eine andere Art der Fesselung anordnen (S. 2). Allerdings war die Fesselung zeitweise zu lockern, soweit dies notwendig war (S. 3). Eine ausdrückliche Regelung der Doppelfesselung sah das BStVollzG nicht vor.

Der thüringische Landesgesetzgeber hat die Regelung hinsichtlich der Fesselung als besondere Sicherungsmaßnahme inhaltlich weitestgehend vom Bundesgesetzgeber übernommen. Die Verortung dieser Norm im Abschnitt zur Sicherheit und Ordnung unterstreicht den präventiven Gehalt dieser Regelung. Die Anordnungsvoraussetzungen einer besonderen Sicherungsmaßnahme wurden vom Landesgesetzgeber inhaltlich übernommen, sodass auch nach dem ThürJVollzGB eine erhöhte Gefahr für die genannten Schutzgüter erforderlich ist. Hier wurden lediglich sprachliche Veränderungen vorgenommen, sodass die Begriffe „Fluchtgefahr“ durch „Gefahr der Entweichung“ und „Selbstmord“ durch „Selbsttötung“ ersetzt wurden. Regelungstechnisch hat der thüringische Landesgesetzgeber keine zusätzliche Norm aufgenommen, in der die Fesselung konkretisiert wird. Stattdessen werden innerhalb der allgemeinen Vorschrift zu sämtlichen besonderen Sicherungsmaßnahmen in einzelnen Absätzen die Spezifika für bestimmte Sicherungsmaßnahmen festgelegt. So gestaltet Abs. 4 die Absonderung und Abs. 5, 6 die Fesselung näher aus. Dies lässt – nach Auffassung der Verfasserin – die allgemein für alle besonderen Sicherungsmaßnahmen geltende Norm aufgebläht und unübersichtlich erscheinen. Systematisch vorzugswürdig erscheint daher eine zusätzliche, eigenständige Regelung zu den jeweiligen Sicherungsmaßnahmen, jedenfalls aber zu der Fesselung. Dies wird auch darin deutlich, dass das OLG Jena in seinem Beschluss klarstellen muss, dass sich die in Abs. 5 geregelte Konkretisierungen zur Fesselung ebenso auf die im nachgeordneten Abs. 6 geregelten besonderen Fesselung während einer Ausführung, Vorführung oder eines Transportes beziehen muss.

Der Abs. 5 entspricht sowohl inhaltlich als auch wörtlich dem § 90 BStVollzG, sodass es sich vielmehr um die Wiederholung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handelt. Insofern trifft der thüringische Landesgesetzgeber ebenfalls keine präzise Regelung zur Fesselung von Händen und Füßen. Ein kleiner, jedoch nicht unwesentlicher Unterschied zum BStVollzG ist im Rahmen der Zulässigkeit der Fesselung während der Ausführung, Vorführung oder des Transportes, § 89 Abs. 5 ThürJVollzGB, zu sehen. Nach dieser Vorschrift genügt bereits die einfache Gefahr der Entweichung. Einer erhöhten Fluchtgefahr, wie sie § 88 Abs. 4 BStVollzG noch forderte, bedarf es gerade nicht. Obwohl gerade die Fesselung außerhalb der Anstalt, d.h. während der Ausführung, Vorführung und Transport, eine besonders schwerwiegende Maßnahme darstellt – diese wird regelmäßig

¹ Verrel, in: Laubenthal/Nestler/Neubacher/Verrel, Strafvollzugsgesetze, Kommentar, 12. Aufl. 2015, Abschn. M Rn. 79.

² Vgl. BT-Drs. 7/918, S. 77 f.; Goerdeler, in: Feest/Lesting/Lindemann (Hrsg.), Strafvollzugsgesetze, Kommentar, 7. Aufl. 2017, Teil II § 78 LandesR Rn. 12 m.w.N.

³ Vgl. Arloth, in: Arloth/Krä, Strafvollzugsgesetze, Kommentar, 4. Aufl., StVollzG § 88 Rn. 1; LG Nürnberg NStZ 1981, 78.

⁴ OLG Hamm NStZ-RR 2011, 291 f.; OLG Koblenz NStZ 2000, 467; OLG Karlsruhe MDR 1993, 1114 (1115); Baier/Grote, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.), Strafvollzugsgesetze, Kommentar, 7. Aufl. 2020, StVollzG Abschn. I Rn. 10 f.; Gehrmann, ZAR 2008, 304 (307); die Fluchtvermutung muss sogar größer sein, als diejenige, die zur Versagung von Lockerungen ausreicht, vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2014, 31; Gehrmann, ZAR 2008, 304 (307).

⁵ OLG Hamm NStZ-RR 2011, 291 f.; OLG Koblenz, NStZ 2000, 467; OLG Karlsruhe MDR 1993, 1114 (1115); Verrel (Fn. 1), Abschn. M Rn. 80 m.w.N.

als äußerst belastend und diskriminierend empfunden,⁶ und als erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewertet –, werden geringere Anordnungsvoraussetzungen festgeschrieben. Diese Herabsetzung kann unter Umständen zu einem unverhältnismäßigen Fesselungsautomatismus führen,⁷ da sich eine einfache Fluchtgefahr bei der Ausführung, Vorführung und dem Transport regelmäßig aus den allgemeinen situationsbedingten Risiken ergibt.⁸ Insofern ist nach Ansicht der *Verfasserin* bereits die Verhältnismäßigkeit der Norm (§ 89 Abs. 6 ThürJVollzGB) selbst nicht gewahrt.⁹ Unabhängig von dem Gehalt der Gefahr ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob und wann eine Doppelfesselung – abweichend von § 89 Abs. 5 S. 1 ThürJVollzGB – angeordnet werden darf. Der Wortlaut des § 89 Abs. 5 S. 1 ThürJVollzGB, der von dem Regelfall der „einfachen“ Fesselung von Händen oder Füßen (Wortlaut „in der Regel“) ausgeht, eröffnet somit die Möglichkeit von Ausnahmen. Wann ein solcher Ausnahmefall anzunehmen ist, ist nicht unumstritten. Einerseits wird argumentiert, eine Doppelfesselung sei zulässig, wenn diese ausschließlich im Interesse des Gefangenen selbst stehe.¹⁰ Untermauert werden kann dies durch die besondere Schwere des Eingriffs in die Grundrechte des Gefangenen. Der Wortlaut „in der Regel“ bezieht sich auf den Modus der Fesselung, d.h. die Art, grundsätzlich nur die Hände oder Füße zu fesseln, nicht aber auf die Anordnungsgründe. Andererseits wird angenommen, dass eine Doppelfesselung auch dann zulässig sein kann, wenn die Fesselung nicht ausschließlich im Interesse des Gefangenen, sondern auch bzw. vorrangig im Interesse Dritter (z.B.: Mitgefangene, [Begleit-]Personal) angeordnet wird. Diese Lesart sei durchaus vereinbar mit dem Wortlaut der Norm, der in der Regel die „einfache“ Fesselung von Händen oder Füßen vorsieht. Konstellationen außerhalb dieser „Regel“ sollen ebenso umfasst werden.

Insgesamt verdient der vorliegende Beschluss Zustimmung. Die Zulässigkeit der Doppelfesselung gemäß § 89 Abs. 5 S. 1 ThürJVollzGB bei Transporten aus Interessen, die nicht ausschließlich den Gefangenen schützen, ist zu unterstützen. Allerdings ist – in Übereinstimmung mit dem OLG Jena – bei Anordnung dieser besonderen Sicherungsmaßnahme ein strenger Maßstab anzulegen, um dem erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gerecht zu werden.

IV. Auswirkungen für die Praxis

Der Beschluss des OLG Jena macht deutlich, dass eine Doppelfesselung während des Transportes grundsätzlich möglich

ist. Dies gilt auch dann, wenn die Fesselung nicht ausschließlich im Interesse des Gefangenen selbst steht.

In der Praxis ist den Vollzugsanstalten anzuraten, bei Erwägung einer Doppelfesselung die Voraussetzungen nach dem jeweiligen Landesstrafvollzugsgesetz sorgfältig zu prüfen. In Anbetracht der unpräzisen gesetzgeberischen Formulierung hinsichtlich der Zulässigkeit einer Doppelfesselung ist von dieser Maßnahme zurückhaltend Gebrauch zu machen. Dies ergibt sich bereits zwingend aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Hierbei sind die Sicherheit und Ordnung einerseits und der Eingriff in die Grundrechte des Gefangenen andererseits abzuwägen. Letzterem kommt aufgrund der belastenden Wirkung erhebliche Bedeutung zu, sodass die Doppelfesselung lediglich auf besondere Einzelfälle zum Schutz von Leib und Leben beschränkt ist.

Wiss. Mit. Edith Arians, Köln*

⁶ Vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2011, 291 f.; OLG Karlsruhe MDR 1993, 1114 (1115); *Baier/Grote* (Fn. 4), StVollzG Abschn. I Rn. 41; *Verrel* (Fn. 1), Abschn. M Rn. 92 m.w.N.

⁷ *Verrel* (Fn. 1), Abschn. M Rn. 85 m.w.N.

⁸ Vgl. *Krä*, in: *Arloth/Krä* (Fn. 3), SächsStVollzG § 84 Rn. 5 m.w.N.

⁹ Wohl auch *Verrel* (Fn. 1), Abschn. M Rn. 85 m.w.N.

¹⁰ Vgl. *Verrel* (Fn. 1), Abschn. M Rn. 93; jedenfalls müssen Fixierungen ausschließlich im Interesse des Gefangenen stehen, so OLG Hamm NStZ-RR 2011, 291 f.

* Die *Verfasserin* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Waßmer, Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln.