

AUSGABE 11/2014

S. 545 - 609

9. Jahrgang

Inhalt

SONDERAUSGABE FÜR BERND SCHÜNEMANN

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

- Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe für
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann**
Von Prof. Dr. Roland Hefendehl, Freiburg i.Br. 545

Beiträge

- Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe
Versuch einer Differenzierung**
Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez,
Barcelona 546

- Corporate Crime, Unternehmenssanktion und
kriminelle Verbandsattitüde**
Von Prof. Dr. Ralf Kölbel, München 552

- Wahrheit und Legenden: die Debatte über den
adversatorischen Strafprozess**
Von Prof. Dr. Edda Weßlau, Bremen 558

- Sind straflose Versuche rechtswidrig?**
Von Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg 565

- Neues bei § 266a StGB
Methodendisziplin als Strafbarkeitsrisiko?**
Von Prof. Dr. Lorenz Schulz, M.A., Frankfurt a.M. 572

- Mythologie und Logos des § 298 StGB**
Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen 579

- Bauer Rupp Reloaded
Überlegungen zur Reform des Ermittlungsverfahrens**
Von Prof. Dr. Cornelius Nestler, Köln 594

- „Pra saber, tem que vivir!“ oder „Man sieht nur,
was man weiß!“?**

- Ein Versuch über die angemessene Herangehensweise an
Tatsachenwahrnehmung und Tatsachenbewertung
praktischer und theoretischer Rechtsanwender**
Von Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Frankfurt a.M. 603

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

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

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Jacob
Böhringer

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Von Prof. Dr. **Roland Hefendehl**, Freiburg i. Br.

Das Team der ZIS freut sich, mit der vorliegenden Ausgabe dem Mitherausgeber dieser Zeitschrift, *Bernd Schünemann*, eine kleine weitere Ehrengabe darbringen zu dürfen. Sie greift nicht nur die *Bernd Schünemann* zu seinem 70. Geburtstag überreichte Festschrift mit dem Titel „Streitbare Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014“ (herausgegeben von Roland Hefendehl, Tatjana Hörnle und Luís Greco) auf, sondern erweitert diese auch noch einmal.

So enthält die ZIS zunächst mit freundlicher Genehmigung des Verlags de Gruyter drei Beiträge aus dieser Festschrift, die uns besonders mit dem Wirken von *Bernd Schünemann* sowie der Charakteristik der Zeitschrift verbunden zu sein scheinen, nämlich diejenigen von *Ralf Kölbel*¹, *Jesús-María Silva Sánchez*² sowie *Edda Weßlau*³. Die Aufsätze von *Reinhard Merkel*⁴, *Cornelius Nestler*⁵, *Cornelius Prittwitz*⁶, *Thomas Rotsch*⁷ und *Lorenz Schulz*⁸ wiederum gehen über die Festschrift in Buchform hinaus und sind in gleicher Weise speziell zum Geburtstag des Jubilars in Auseinandersetzung mit seinem bisherigen Werk verfasst worden.

Bernd Schünemann fungiert nicht nur seit dem Entstehen der ZIS als Mitherausgeber, er hat dieser Zeitschrift auch durch zahlreiche eigene große Aufsätze ihr besonderes Gepräge verliehen. Nur beispielhaft erwähnt seien grundlegende Beiträge zur beunruhigenden Dynamik einer europäischen (auch strafrechtlichen) Sicherheitsarchitektur (ZIS 2007, 528: „Europäischer Sicherheitsstaat = europäischer Polizeistaat“; ZIS 2009, 393: „Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG“), zur zunehmenden Erosion der Beschuldigtenrechte in der Praxis des Strafverfahrens (ZIS 2009, 484: „Risse im Fundament, Flammen im Gebäck: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren“) oder gegen eine interessengeleitete Diffamierung des Untreuetatbestandes (ZIS 2012, 84: „Die Target 2-Salden der Deutschen Bundesbank in der Perspektive des Untreuetatbestandes“; ZIS 2012, 183: „Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand“).

Werk und Wirken von *Bernd Schünemann* sind auch zu seinem 70. Geburtstag mehrfach nachgezeichnet worden (so seitens der Herausgeber in der erwähnten Festschrift auf den S. XV-XIX sowie von *Hörnle* in JZ 2014, 1050), worauf wir an dieser Stelle verweisen dürfen. Herausgeber und Redaktion der ZIS freuen sich, *Bernd Schünemann* in ihren Reihen zu wissen, und setzen auch für die Zukunft auf seine mitreibende Schaffenskraft.

¹ *Kölbel*, ZIS 2014, 552.

² *Silva Sánchez*, ZIS 2014, 546.

³ *Weßlau*, ZIS 2014, 558.

⁴ *Merkel*, ZIS 2014, 565.

⁵ *Nestler*, ZIS 2014, 594.

⁶ *Prittwitz*, ZIS 2014, 603.

⁷ *Rotsch*, ZIS 2014, 579.

⁸ *Schulz*, ZIS 2014, 572.

Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe*

Versuch einer Differenzierung

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Jesús-María Silva Sánchez**, Barcelona

I. Einführung

1. Der Ausdruck „objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe“ kann zwei verschiedene Bedeutungen haben. Es kann einerseits „objektive Zurechnung (des Rechtfertigungserfolgs) innerhalb der Rechtfertigungsgründe“ und andererseits „Rechtfertigungsgründe bei der objektiven Zurechnung des Tatbestandserfolgs“ bedeuten.¹ Beide Bedeutungen beziehen sich auf jeweils unterschiedliche Untersuchungsgegenstände.²

2. Mit dem Ausdruck „objektive Zurechnung innerhalb der Rechtfertigungsgründe“ ist hier folgendes Problem gemeint: Ist es sinnvoll, die Modelle, die auf die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos (tatbestandsmäßiges Verhalten) und auf der Verwirklichung des Risikos im Erfolg (objektive Zurechnung) basieren, von der Lehre des Deliktstatbestands auf den Bereich der Lehre vom Erlaubnistatbestand mutatis mutandis zu übertragen?³

3. Dementgegen ist mit dem Ausdruck „Rechtfertigungsgründe im Zusammenhang der objektiven Zurechnung“ ein ganz anderes Problem gemeint: nämlich ob das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds für das Verhalten des Täters die objektive Zurechnung des Erfolgs zu diesem Verhalten ausschließt. Diese Perspektive lässt mindestens noch zwei mögliche Deutungen zu. Einerseits könnte damit gemeint sein, dass das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds das Bestehen eines rechtlich missbilligten Risikos (tatbestandsmäßiges Verhalten) ausschließt. In diesem Fall könnte die Zurechnung des rechtsgutsverletzenden Erfolgs zu jenem Verhalten nicht begründet werden. Andererseits könnte angenommen werden, dass das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds zwar weder das Bestehen des rechtlich missbilligten Risikos noch die Zurechnung des rechtsgutsverletzenden Erfolgs (Verletzungserfolg) zu jenem Risiko ausschließt, wohl aber die Zurechnung eines „Unrechtserfolgs“, d.i. ein Begriff aus

der Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand.⁴ Beide Möglichkeiten schließen sich gegenseitig aus, was allerdings einer Annahme von bestimmten Nuancen innerhalb der jeweiligen Positionen nicht entgegensteht. Diese können sich aus der Berücksichtigung des vom geschützten Rechtsgut des jeweiligen Deliktstypus erreichten Normativierungsgrads, des vom tatbestandsmäßigen Verhalten der jeweiligen Straftat erreichten Normativierungsgrads oder schließlich der Besonderheiten der unterschiedlichen Rechtfertigungsgründe ergeben.

II. Die objektive Zurechnung des Rechtfertigungserfolgs beim Erlaubnistatbestand

1. In der Dogmatik der Rechtfertigungsgründe ist die objektiv-subjektive Inkongruenz (irrigte Annahme der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds; Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements) ausführlich untersucht worden. Etwas anderes gilt für die Kongruenz zwischen dem (ex ante betrachteten) Rechtfertigungsverhalten und dem (ex post betrachteten) Rechtfertigungserfolg. Eine Ansicht vertritt, dass es bei Rechtfertigungsgründen allein auf die ex ante-Perspektive ankomme.⁵ Die ex post-Perspektive sei dagegen bedeutungslos. Eine andere Meinung legt die Aufmerksamkeit auf die ex post-Perspektive, mit Ausnahme einiger Prognose-Elemente, die beim jeweiligen Rechtfertigungsgrund vorliegen könnten.⁶ Im Rahmen der Lösung mit der ex post-Perspektive wird also als einzige Kongruenz üblicherweise nur diejenige zwischen dem objektiven ex post und der subjektiven Ebene geprüft.⁷ Tritt ex post ein Rechtfertigungserfolg ein und der Täter kannte ihn nicht, so wird bloß vom Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements gesprochen.

2. Eine Übertragung der im Bereich der objektiven Zurechnung stricto sensu verfolgten Methode auf die Rechtfertigung würde allerdings dazu führen, dass man auch hier vor der Prüfung der subjektiven Seite des Erlaubnistatbestands ex ante das Vorliegen einer Rechtfertigungslage und das einer für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs adäquaten Rechtfertigungshandlung berücksichtigen müsste. Im Bereich der objektiven Zurechnung stricto sensu gilt, dass die bloße Verursachung eines verletzenden Erfolgs (etwa bei einer objektiv unvorhersehbaren Abweichung des Kausalverlaufs)

* Übersetzung von Dr. Teresa Manso Porto, mag. iur. comp., Referentin für Spanien am MPI in Freiburg.

¹ So Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 113 ff.

² Üblicherweise wird die Fragestellung über den Zusammenhang zwischen objektiver Zurechnung und Rechtfertigungsgründen auf Puppe, JZ 1989, 728, und Kuhlen, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331, zurückgeführt; so Hefendehl, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 465; erkannt wurde die erste Bedeutung schon von Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 20.

³ Kritisch zur Möglichkeit einer solchen Fragestellung Hefendehl (Fn. 2), S. 465 (469 f.).

⁴ Zu dieser mit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen eng verwandten Doktrin siehe Hefendehl (Fn. 2), S. 465 (473 ff.).

⁵ Zur Herkunft dieser Ansicht im Werk Armin Kaufmanns, vgl. Roxin (Fn. 1), § 14 Rn. 88 f. m.w.N.

⁶ Siehe Beispiele in Roxin (Fn. 1), § 14 Rn. 88; anscheinend auch Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, Vor §§ 32 ff. Rn. 5.

⁷ Vgl. etwa Engländer (Fn. 6), Vor §§ 32 ff. Rn. 8; Rönau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 82; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 208.

für die objektive Zurechnung dieses Erfolgs zum Verhalten unzureichend ist, wenn das Verhalten ex ante dazu ungeeignet war. Eine Anwendung dieses Kriteriums auf den Bereich der Rechtfertigungsgründe würde ergeben, dass, wenn das Täterverhalten im jeweiligen Kontext ex ante für die Herbeiführung eines Rechtfertigungserfolgs ungeeignet ist, dieses selbst dann nicht dem Täterverhalten zugerechnet werden könnte, wenn der rettende Erfolg auf Grund unvorhersehbarer Kausalverläufe einträte. Dies würde bedeuten: der Täter könne weder von einem positiven Zufallsfaktor begünstigt, noch von der zufälligen Herbeiführung einer Verletzung in ungeeigneter Weise benachteiligt werden. Die Frage ist, ob eine solche methodologische Übertragung richtig ist. Die Antwort erfordert folgende Analyse.

3. Das Paradigma des gerechtfertigten Verhaltens ist in einer Fallkonstellation (1) gegeben, in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante objektiv geeignet war, dieser Rechtfertigungserfolg in einer der Rechtfertigungshandlung objektiv zurechenbaren Weise ex post herbeigeführt wird und das subjektive Rechtfertigungselement vorliegt.⁸ In einer zweiten Fallkonstellation (2) treten schon Probleme auf, wenn das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante objektiv geeignet scheint, das subjektive Rechtfertigungselement vorliegt, der Rechtfertigungserfolg ex post jedoch nicht eintritt. In einem dritten Aufbau (3) ist das Verhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante objektiv geeignet, das subjektive Element liegt vor, und der rettende Erfolg tritt ex post zwar ein, aber rein zufällig, in einer der Rechtfertigungshandlung nicht zurechenbaren Weise. Die nächste Variante ist in einer vierten Konstellation (4) gegeben, in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs objektiv ex ante geeignet war, der Rechtfertigungserfolg in einer der Rechtfertigungshandlung ex post objektiv zurechenbaren Weise eintritt, das subjektive Element der Rechtfertigung jedoch fehlt. Dieser Fall (4) ist reichlich bekannt, sowie auch seine Lösung nach herrschender Meinung: direkte Anwendung der Regel des untauglichen Versuchs.⁹ Es gibt noch eine weitere Variante (5), in welcher das Täterverhalten zur Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante als objektiv geeignet scheint, der Rechtfertigungserfolg ex post jedoch nicht eintritt und das subjektive Rechtfertigungselement außerdem fehlt. Und es gibt noch eine letzte Fallkonstellation (6), in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante objektiv geeignet scheint, der rettende Erfolg ex post zwar tatsächlich eintritt, allerdings in einer der Rechtfertigungshandlung objektiv nicht zurechenbaren Weise, und das subjektive Element der Rechtfertigung fehlt.

4. Der Vollständigkeit halber sind noch vier weitere Fallkonstellationen zu analysieren. Das Paradigma des nicht

gerechtfertigten Verhaltens ist in folgender Situation (7) gegeben, in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs schon objektiv ex ante ungeeignet scheint, der Rechtfertigungserfolg ex post nicht eintritt und das subjektive Rechtfertigungselement auch nicht vorliegt. Zudem gibt es noch die Konstellation (8), in der das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs objektiv ex ante ungeeignet ist, der rettende Erfolg ex post zwar eintritt, allerdings in einer der Rechtfertigungshandlung objektiv nicht zurechenbaren Weise, und außerdem das subjektive Rechtfertigungselement nicht vorliegt. Ferner ist ein Aufbau (9) denkbar, in welchem das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs objektiv ex ante ungeeignet ist, der Rechtfertigungserfolg ex post nicht eintritt, das subjektive Rechtfertigungselement jedoch vorliegt. Diese Anordnung wurde üblicherweise unter der Bezeichnung „irrige Annahme über das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds“ oder „Erlaubnistatbestandsirrtum“ analysiert. Überwiegend wird dieser Fall als Tatbestandsirrtum behandelt, sodass Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit bestehen bleibt, wenn der Irrtum vermeidbar war, während der subjektive Tatbestand entfällt, wenn der Irrtum persönlich unvermeidbar war. Zuallerletzt gibt es eine Konstellation (10), in welcher das Täterverhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs objektiv ex ante ungeeignet scheint, der rettende Erfolg zwar ex post eintritt, allerdings in einer der Rechtfertigungshandlung objektiv nicht zurechenbaren Weise,¹⁰ und das subjektive Rechtfertigungselement vorliegt.

5. Diese strukturelle Analyse hebt hervor, dass es manche problematische Konstellationen gibt. Insbesondere gilt das für die Varianten (2) und (3), die Varianten (5) und (6) und die Varianten (8) und (10). Die Varianten (2) und (3) dürften für die Lehrmeinung unproblematisch sein, für die bei der Prüfung über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds die Berücksichtigung der ex ante-Perspektive ausreicht. Diese Meinung leugnet nicht, dass die volle Rechtfertigung einen Ausgleich des objektiven und subjektiven Handlungsunwerts, sowie des Erfolgsunwerts, verlangt. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass der Erfolgsunwert mangels Erfolgsunrechtszusammenhang nicht zurechenbar ist,¹¹ wenn der Handlungsunwert ausgeglichen wird (wie es hier der Fall ist, da sowohl die ex ante Geeignetheit für den Rechtfertigungserfolg als auch das subjektive Element der Rechtfertigung vorliegen).¹² Allerdings fordern die Konstellationen (2) und (3) die Kohärenz derjenigen Autoren heraus, die einen Rechtfertigungserfolg für die Annahme des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrunds verlangen. Für sie sollte in der Konstellati-

⁸ Wolter (Fn. 2), S. 134, 139.

⁹ Wolter (Fn. 2), S. 134 f.; Schünemann, GA 1985, 341 (373 f.). Die Lösung des untauglichen Versuchs in dieser Konstellation setzt allerdings erstens die Annahme einer subjektivistischen Konzeption des Versuchs sowie zweitens die Übernahme der Lehre vom Gesamttatbestand voraus.

¹⁰ Bei einem für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs ex ante ungeeigneten Verhalten gibt es nur zwei Möglichkeiten: entweder tritt der Erfolg nicht ein, oder er tritt zwar ein, aber in einer dem Verhalten objektiv nicht zurechenbaren Weise.

¹¹ Wolter (Fn. 2), S. 139 f.

¹² Was keine Rettungsintention, sondern eine „reale Chance zur Rechtsgutsbewahrung“ voraussetzt; Schünemann, JA 1975, 435 (438 f.); Wolter (Fn. 2), S. 137.

on (2) keine (oder zumindest keine volle) Rechtfertigung anerkannt werden. Die Frage ist, wie aus dieser Perspektive diese Konstellation behandelt werden soll, die ja eigentlich eine „versuchte Rechtfertigung“ darstellt. Ähnlich liegt es bei der Struktur (3), denn diese Autoren müssten verlangen, dass der Rechtfertigungserfolg der Rechtfertigungshandlung objektiv zurechenbar war. Besteht kein objektiver Sinnzusammenhang zwischen Rechtfertigungshandlung und -erfolg, wie das in der Struktur (3) der Fall ist, müssten sie die volle Rechtfertigung ebenfalls ablehnen.

Beispiel: T schießt auf A in einer zur Tötung geeigneten Weise, nachdem er beobachtet hatte, wie A sich anschickte, die Wohnung des Behinderten O zu betreten, um ihn zu ermorden. Der Schuss verfehlt sein Ziel. Vom Schock erholt, möchte A sein Vorhaben vollenden. Der Schuss hatte aber zufällig ein elektrisches Stromkabel des Hauses getroffen. Als A das Haus betritt und das Licht auszuschalten versucht, damit O ihn nicht sehen kann, berührt er das beschädigte Stromkabel und erhält einen tödlichen Stromschlag. O bleibt unversehrt.¹³

6. Die Varianten (5) und (6) stellen wiederum Herausforderungen an beide Sichtweisen über die Rechtfertigungsgründe, das heißt, sowohl an diejenige Auffassung, die von einer ex ante-Perspektive ausgeht, als auch an diejenige, die das Geschehen aus einer ex post-Perspektive beurteilt. In der Tat lässt sich aus der ex ante-Perspektive feststellen, dass es mangels subjektiver Seite an einer Rechtfertigungshandlung fehlt. Aus der ex post-Perspektive fehlt der Rechtfertigungserfolg (5) bzw. dieser ist dem ex ante objektiv zur Rettung geeigneten Verhalten nicht objektiv zurechenbar (6).

Beispiel: T schießt in einer zur Tötung geeigneten Weise auf seinen Feind A, ohne zu ahnen, dass dieser dabei ist, das Haus des behinderten O zu betreten, um ihn zu ermorden. Der Schuss geht jedoch fehl. Vom Schock erholt, möchte A sein Vorhaben vollenden. Der Schuss hatte aber zufällig ein elektrisches Stromkabel des Hauses getroffen. Als A das Haus betritt und das Licht auszuschalten versucht, damit O ihn nicht sehen kann, berührt er das beschädigte Stromkabel und erhält einen tödlichen Stromschlag. O bleibt unversehrt.

T ist voll verantwortlich. Er macht sich allerdings nur wegen eines Tötungsversuchs an A strafbar, da ihm der Todeserfolg (wegen der Abweichung vom Kausalverlauf) nicht objektiv zurechenbar ist. Außerdem ist der Tötungsversuch in keiner Weise gerechtfertigt, da der rettende Erfolg auch nicht dem Schuss des T objektiv zuzurechnen ist. Und obwohl sein Verhalten zur Rettung des O *ex ante* objektiv geeignet war,

ist ihm diese Dimension der Handlung subjektiv nicht zurechenbar.¹⁴

7. Die Variante (8) könnte allein aus der Perspektive des mangelnden subjektiven Rechtfertigungselements betrachtet werden. Das wäre allerdings falsch. Der paradigmatische Fall, den die Lehre als Ausgangspunkt für die Diskussion um das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements nimmt, ist der, in dem das Verhalten für die Herbeiführung des Rechtfertigungserfolgs *ex ante* objektiv geeignet scheint und dieser *ex post* in objektiv zurechenbarer Weise eintritt; nur, dass der Täter es absolut verkennt.¹⁵ Das entspricht unserer Konstellation (4). Das Entscheidende in der Variante (8) ist dagegen, dass das Verhalten für den Rechtfertigungserfolg schon *ex ante* nicht geeignet ist. Tritt der Rettungserfolg ein, ist dies einer Abweichung vom Kausalverlauf oder dem objektiv unvorhersehbaren Eingriff Dritter geschuldet; das heißt, es geschieht in objektiv nicht zurechenbarer Weise. Das Problem ist also nicht subjektiv, unabhängig davon, dass der Täter sich zusätzlich keinen rechtfertigenden Vorgang vorgestellt hat. Vielmehr handelt es sich hier um ein Problem der objektiven Zurechnung des Rechtfertigungserfolgs. Es geht darum, dass eine Verursachung des rettenden Erfolgs geschehen ist, die dem Täter nicht objektiv zuzurechnen ist.

Beispiel: Wegen einer akuten Gasvergiftung befindet sich O in Lebensgefahr in seinem Wohnzimmer. Der ahnungslose Randalierer T wirft mit Steinen auf das Wohnzimmerfenster, was für die Luftreinigung und die Vermeidung des Todes ungeeignet ist, aber dennoch ermöglicht, dass der Passant D, der durch den Lärm alarmiert wird, sich nähert, das Gas riecht, das Haus betritt und O rettet. T macht sich einer vollendeten, ungerechtfertigten Sachbeschädigung schuldig.

8. Soweit ersichtlich, entspricht dieser Lösungsvorschlag nicht der herrschenden Lehre. Beispielsweise vertritt *Wolter*, dass auch ohne *ex ante*-Geeignetheit des Täterverhaltens und ohne Tätervorstellung über den Verhaltenssinn die Verursachung des Erfolgswerts in Betracht gezogen werden müsse. Es mangle in diesen Fällen nicht am Erfolgswertzusammenhang, sodass die objektive Zurechnung dieses Erfolgswerts bejaht werden könne. Sein Lösungsvorschlag für diese Fälle ist die Bestrafung wegen tauglichen Versuchs.¹⁶ Unklar ist jedoch, warum die bloß kausale (und zufällige) Verursachung eines „rettenden“ Erfolgs ohne Sinnzusammenhang mit einer in diesem Fall nicht bestehenden Rechtfertigungshandlung den Täter einer tatbestandsmäßigen Handlung begünstigen soll. Richtig ist, dass der Zufall – in Form einer unvorhersehbaren Nicht-Verursachung des Erfolgs – im Tatbestandsbereich im engeren Sinne den Täter sehr wohl begünstigt. Doch sollte der Abschied vom naturalistischen Denken und die

¹³ Die hiesige Position lautet: gerechtfertigte versuchte Tötung. Denn weder der Verletzungserfolg noch der Rechtfertigungserfolg sind objektiv zuzurechnen. Viel problematischer ist die Variante, in der der Verletzungserfolg objektiv zurechenbar wäre, der Rechtfertigungserfolg dagegen nicht.

¹⁴ Paradoxerweise führt dies zur völligen Irrelevanz eines (nur) objektiv *ex ante* für die Rettung geeigneten Verhaltens.

¹⁵ Nur in Bezug auf diese Struktur kann behauptet werden, dass der Täter „objektiv sachgemäß, aber in Unkenntnis der Rechtfertigungslage“ gehandelt hat: *Roxin* (Fn. 1), § 14 Rn. 104.

¹⁶ *Wolter* (Fn. 2), S. 140 Fn. 312.

Orientierung an der sozialen Bedeutung zur Formulierung folgender Regel führen: So wie für die Unrechtsbegründung der Verletzungserfolg in einem objektiven Zurechnungszusammenhang mit einem tatbestandsmäßigen Verhalten stehen muss, so muss auch der rettende Erfolg, der den Verletzungserfolg neutralisiert, in einem objektiven Zurechnungszusammenhang mit einem Rechtfertigungsverhalten stehen, um eben das Unrecht ausschließen zu können.¹⁷

9. Dieselbe Debatte kann im Zusammenhang mit der Konstellation (10) angestoßen werden, in der das Verhalten des Täters ex ante nicht objektiv geeignet war, um einen Rechtfertigungserfolg herbeizuführen, dieser aber trotzdem in objektiv unvorhersehbarer Weise ex post eintritt. Dabei glaubt der Täter, dass sein Verhalten für die Rettung ex ante geeignet ist. Nun würde die hier kritisierte Meinung in diesen Fällen zur Strafflosigkeit führen, da eine (mangels Vorstellung über die ex ante-Geeignetheit des eigenen Verhaltens für die Rettung) bloß fahrlässige und (wegen der Verursachung des Rettungserfolgs nicht vollendete, sondern) bloß versuchte Tat nicht strafbar ist. Aus den oben genannten Gründen sind hier die Regeln des Tatbestandsirrtums anzuwenden (als ob der rettende Erfolg nicht eingetreten wäre).

III. Zur Lehre des Gesamtunrechtstatbestands

1. Die Lehre hat, soweit ersichtlich, den Kriterien der objektiven Zurechnung innerhalb der Dogmatik der Rechtfertigungsgründe jede Relevanz abgesprochen. Dagegen finden sich in der Literatur Elemente für die Anerkennung einer gewissen Bedeutung der Rechtfertigungsgründe innerhalb der Dogmatik der objektiven Zurechnung. Tatsächlich wird die objektive Zurechnung von einer Lehrmeinung nicht nur als Lehre des spezifischen Tatbestandsunrechts, sondern als Lehre des Gesamtunrechtstatbestands verstanden.¹⁸ Das stünde auch im Einklang mit der Tatsache, dass die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand – deren Verteidigung unseren Jubilar auszeichnet¹⁹ – tatsächlich zur herrschenden Lehre über den Tatbestandsbegriff und seinen Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit aufsteigt.²⁰ Diese Position führt unabwieslich zur (zukünftigen) Konstruktion einer Makrotheorie des tatbestandsmäßigen Verhaltens und der Zurechnung des Erfolgs oder, um es genauer auszudrücken, des „gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhaltens“ und der „Zurechnung des Gesamtunrechtserfolgs.“²¹

¹⁷ In diesem Sinne kann Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 321, zugestimmt werden (siehe auch S. 323).

¹⁸ Dazu Pawlik (Fn. 7), S. 195 ff.

¹⁹ Beispielsweise Schünemann, GA 1985, 341 (348 ff.); ders., in: Schünemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, S. 149 (174 ff.); Schünemann/Greco, GA 2006, 777 (788 ff.); alle m.w.N.

²⁰ Vgl. die Belege bei Schünemann/Greco, GA 2006, 777 (782 Fn. 25); Rönnau (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 10 ff.; auch bei Pawlik (Fn. 7), S. 204 Fn. 329.

²¹ Um die – etwas geänderte – Terminologie von Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, zu verwenden.

2. Aus der Sicht einer solchen Makrotheorie ist klar, dass das ex ante-Bestehen einer objektiv-subjektiv rechtfertigenden Lage das gesamtunrechtstatbestandsmäßige Verhalten ausschließt und zur vollen Rechtfertigung führt. Lediglich beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements könnte die Existenz eines gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhaltens in Form eines untauglichen Versuchs im subjektiven Sinne bejaht werden.

3. Nach der Festlegung des gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhaltens soll analysiert werden, wie die objektive Zurechnung des Gesamtunrechtserfolgs verstanden werden soll. Das setzt zunächst eine Definition des Begriffs des Gesamtunrechtserfolgs selbst voraus. Wie oben schon angedeutet, resultiert der Gesamtunrechtserfolg aus erstens dem Vorliegen eines Verletzungserfolgs und zweitens dem Nicht-Vorliegen eines Rechtfertigungserfolgs. Das erste Element soll näher präzisiert werden: Tritt ein Verletzungserfolg ein, der aber nicht dem tatbestandsmäßigen Verhalten zuzurechnen ist, muss in der Tat derselbe Schluss gezogen werden, wie wenn der Verletzungserfolg nicht eingetreten wäre, nämlich: es gäbe keinen Gesamtunrechtserfolg. Nun: muss auch das zweite Element näher präzisiert werden? Die Antwort müsste auf den ersten Blick „Nein“ lauten. Sobald der Eintritt eines (wenn auch bloß kausierten) Rechtfertigungserfolgs festgestellt wird, fehlt es automatisch an einem Gesamtunrechtserfolg und dem gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhalten wäre objektiv nichts zuzurechnen (d.h.: tauglicher Versuch). Allerdings stellt sich meiner Meinung nach die Frage, ob an diesem Punkt nicht eine weitere Präzisierung notwendig ist. Dies würde der Doktrin des Gesamtunrechtstatbestands nicht widersprechen. Es ist in der Tat so, dass das Bestehen eines Rechtfertigungserfolgs den Gesamtunrechtserfolg ausschließt. Dafür ist es jedoch notwendig, dass jener einer Rechtfertigungshandlung zugerechnet werden kann. Man könnte behaupten, dass das Ausbleiben des Verletzungserfolgs auf die mangelnde Kausalität zurückzuführen ist; und das stimmt. Dies ist ebenso richtig wie die Tatsache, dass das Erscheinen des Verletzungserfolgs in der sinnhaften Welt nicht außerhalb dieser anhand bloßer kausaler Vorgänge kompensiert werden kann. Die Gegenmeinung kann diese Schlussfolgerung nicht abstreiten: Besteht ein (objektiv zugerechneter) Verletzungserfolg in der sinnhaften Welt, vermischt derjenige, der behauptet, dass sowohl der einer Rechtfertigungshandlung objektiv zurechenbare, als auch der zufällig verursachte Rettungserfolg die Herbeiführung eines „Gesamtunrechtserfolgs“ gleichermaßen verhindern, in willkürlicher Weise im selben Begriff Sinn und Zufall. Beim Bestehen eines vorsätzlichen, gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhaltens, eines objektiv zugerechneten Verletzungserfolgs und eines objektiv nicht zurechenbaren Rechtfertigungserfolgs soll von Vollendung die Rede sein.

4. Es gibt noch eine Lehrmeinung, die darauf hinweist, dass der Ausschluss der objektiven Zurechnung des von einem gesamtunrechtstatbestandsmäßigen Verhalten hervorgerufenen (Unrechts-)Erfolgs noch in einem anderen Kontext anzunehmen wäre, nämlich bei Berücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hier scheint z.B. der Kern der Argumentation um die rechtfertigende Wirkung der sog.

hypothetischen Einwilligung zu liegen.²² Eine Argumentation, welche – wie die Lehre seit *Puppe* hervorgehoben hat²³ – auf andere Rechtfertigungsgründe ausgeweitet werden könnte. Aber die Argumentation führt eigentlich zur folgenden Behauptung: Der Erfolg eines tatbestandlichen Verhaltens kann diesem (ungeachtet der Tatsache, dass rechtswidrig bzw. mit Rechtfertigungsmängeln gehandelt wurde) nicht objektiv zugerechnet werden, wenn dieser Erfolg hypothetisch auch dann hätte eintreten können, wenn der Täter voll gerechtfertigt gehandelt hätte. In diesem Fall fehlt die objektive Zurechnung des Erfolgs zum rechtswidrigen Verhalten, weil kein Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht. So ausgedrückt, bewegt sich die Formel nicht mehr im Bereich der Lehre von der objektiven Zurechnung des Gesamtunrechtserfolgs, sondern innerhalb der Lehre der objektiven Zurechnung des Verletzungserfolgs.²⁴

5. Das bisher Gesagte führt eigentlich zu der Frage, welche Lehre der objektiven Zurechnung (oder besser: des objektiven Tatbestands) der Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale oder des Gesamtunrechtstatbestands zugrunde liegt. Vorwiegend hat sich die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen als Irrtumslehre gehalten;²⁵ zugleich hat sie zur Klärung der materiellen Identität zwischen dem tatbestandsmäßigen und dem gerechtfertigten Verhalten entscheidend beigetragen, wobei man hier richtigerweise vom „unrechtstatbestandslosen Verhalten“ bzw. „gesamturnrechtstatbestandslosen Verhalten“ sprechen sollte. Allerdings fehlt ihr eine klare Positionierung hinsichtlich der Lehre von der objektiven Zurechnung, oder besser: hinsichtlich der Lehre vom gesamturnrechtstatbestandsmäßigen Verhalten und von der Zurechnung des Gesamtunrechtserfolgs.

IV. Rechtfertigungsgründe und objektive Zurechnung des Verletzungserfolgs

1. Mit den bisherigen Überlegungen zur Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand ist noch nicht alles über die Auswirkungen der Rechtfertigungsgründe auf die Lehre von der objektiven Zurechnung gesagt worden. Die Fragestellung, die im Folgenden analysiert werden soll, ist, ob die Rechtfertigungsgründe schon auf die objektive Zurechnung des (Rechtsguts-)Verletzungserfolgs Einfluss haben können.²⁶ Es geht also darum, ob die Rechtfertigungsgründe in irgendeiner Weise in die Lehre des (positiv) tatbestandlichen Verhaltens integriert werden können.

²² Die Literatur, die über die ärztliche Haftung entstanden ist, wird schwer überschaubar. Das gesamte diesbezügliche Werk von *Kuhlen* ist hier insbesondere zu unterstreichen. M.w.N. *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (20 f.) m. Fn. 16 und 17; in den Kommentaren *Engländer* (Fn. 6), Vor §§ 32 ff. Rn. 27; *Rönnau* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 230 ff.

²³ *Puppe*, JZ 1989, 728, im Zusammenhang mit der Notwehr.

²⁴ Dazu unten IV.

²⁵ Dies wird anerkannt von *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 (792).

²⁶ Auf die Ansicht *Kuhlen*s (Fn. 2), die auch von anderen vertreten wird, wird nicht weiter eingegangen, wobei sie auch eine Variation des hier Dargestellten ist.

2. Diesbezüglich sollten zumindest drei große Perspektiven differenziert werden. Einerseits geht ein Vorschlag davon aus, dass in manchen Fällen das Bestehen eines Rechtfertigungsgrunds die Behauptung erschwert, ein Rechtsgut sei verletzt worden. Diese Aussage steht in Zusammenhang mit hoch normativierten (oder zu normativierenden) Rechtsgütern, in denen das naturalistische Substrat seine juristische Relevanz weitgehend oder sogar vollständig verloren hat. Sie könnte allerdings insofern verallgemeinert werden, als das Rechtsgut als rechtlich geschützte Freiheitssphäre definiert wird. Dieser Definition ist eine relativierende Dimension eigen: Eine Freiheitssphäre kann gegenüber einem bestimmten Subjekt und nicht gegenüber einem anderen Subjekt, das über Eingriffsrechte in eine fremde Freiheitssphäre verfügt, rechtlich geschützt sein.²⁷ So gesehen, würde derjenige kein Rechtsgut verletzen, der in eine fremde Freiheitssphäre unter Ausübung eines Grundrechts, in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht oder gar mit einer öffentlichen Genehmigung eindringt.

3. Andererseits wird die Meinung vertreten, dass die objektive Zurechnung des tatbestandlichen Erfolgs zum Täterverhalten, beispielsweise bei Notwehr, auszuschließen sei. Ein Argument wäre, dass in solchen Fällen der Verletzungserfolg beim Angreifer seiner eigenen Organisationssphäre zuzurechnen sei.²⁸ Das schliesse die Zurechnung des Erfolgs zum Verhalten des Opfers aus. Allgemeiner wird sogar vertreten, dass diejenigen Erlaubnissätze, die auf einem „Zurechnungs-“ bzw. „Verantwortungsausschluss“ basieren, als Tatbestandsausschlussgründe verstanden werden sollten. Als Rechtfertigungsgründe sollen dagegen nur diejenigen Erlaubnissätze gelten, die auf einem Abwägungsprinzip basieren.²⁹

4. Diese Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung beim Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zeigt sich drittens in einer großen Zahl von Straftatbeständen;³⁰ darunter insbesondere solchen, in denen der Gesetzgeber das tatbestandsmäßige Verhalten mit Hilfe von gesamttatbewertenden

²⁷ Vgl. *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994; *ders.*, in: Byrd/Joerden (Hrsg.), *Philosophia Practica Universalis*, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, S. 643 (651 ff.), anlässlich der sog. intrasystematischen Rechtfertigungsgründe: „Im Notstandsfall verschieben sich die Grenzen der dem einzelnen zugewiesenen Freiheitssphären“; „der Notstandstäter hat also das Rechtsgut überhaupt nicht verletzt, da das Eingriffsgut in seiner Zuordnung zur Sphäre des Eingriffsopfers keinen rechtlichen Schutz genießt“; ebenso *Silva Sánchez*, GA 2006, 382 (384 f.).

²⁸ Vgl. insbesondere *Palermo*, La legítima defensa, Una revisión normativista, 2006, S. 333 ff.; *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 45 f.

²⁹ *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 21; kritisch *Pawlik* (Fn. 7), S. 212 Fn. 382.

³⁰ Vgl. dazu etwa *Schlehofer*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 953 (963 f.); *Rönnau* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 14.

Merkmale definiert.³¹ Bei solchen Tatbeständen schließt das Vorliegen irgendeines oder zumindest bestimmter Rechtfertigungsgründe (zweifelsohne die Ausübung eines Rechts oder die Erfüllung einer Pflicht) das tatbestandsmäßige Verhalten selbst aus, und damit die objektive Zurechnung des Verletzungserfolgs. Konkret setzt die objektive Zurechnung des Erfolgs zum Täterverhalten voraus, dass dieser Erfolg insofern den Ausdruck des Verhaltens darstellt, als es solche Merkmale verwirklicht. Durchbrechungen des objektiven Zurechnungszusammenhangs können in diesem Punkt nicht ausgeschlossen werden.

5. Die eigentliche Fragestellung lautet, ob man der Lehre von der objektiven Zurechnung zufolge nicht sogar zu dem Schluss kommen könnte, dass alle Tatbestandsarten sich langsam aber unabwendbar als Tatbestände mit gesamtatbewertenden Merkmalen konstruieren lassen. Im Rahmen der Lehre von der objektiven Zurechnung ist die Bezeichnung des tatbestandsmäßigen Verhaltens als Schaffung eines „rechtlich missbilligten Risikos“ oder, noch deutlicher, eines „unerlaubten Risikos“ üblich.³² Die „rechtliche Missbilligung“ oder die „rechtliche Unerlaubtheit“ können in voller Hinsicht gesamtatbewertende Merkmale konstituieren. Dementsprechend und von der gesetzlichen Formulierung mal abgesehen, führt die teleologisch-normativistische Rekonstruktion der Tatbestände des Besonderen Teils zur fortschreitenden Einführung von Elementen der Rechtfertigungsgründe in die Lehre des tatbestandsmäßigen Verhaltens und der objektiven Zurechnung des Erfolgs.³³

6. In der Tat hat sich der Gedanke festgesetzt, dass das tatbestandslose und das gerechtfertigte Verhalten für das Strafrecht substantiell gleich sind. Außerdem hat die Normativierung des objektiven Tatbestands dazu beigetragen, dass die Unterscheidung zwischen tatbestandsausschließenden Gründen und Rechtfertigungsgründen immer künstlicher wird. Eine andere Frage ist allerdings, ob man so weit gehen würde, der Eigenständigkeit der Tatbestandsmäßigkeit jeden dogmatisch-systematischen Sinn abzusprechen, um sich auf einer lediglich didaktischen, strukturellen oder pragmatischen Ebene zu bewegen.³⁴ Gerade derjenige, der – wie es hier der Fall ist – einen zweiseitigen Verbrechensaufbau und dementsprechend das Verständnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtfertigung als – immer stärker miteinander vermengte – Teile eines Ganzen ansieht, muss darauf bestehen, nicht auf die notwendigen Unterscheidungen zu verzichten.³⁵ Und zwar nicht nur, weil diese Komplexität reduzieren,³⁶ sondern auch und vor allem weil, wie *Schünemann* wiederholt hervorgehoben hat, wir ohne sie gerade das Spezifische unserer

systematischen Tradition aufgeben würden,³⁷ nämlich die Gewährung einer kohärenten, gleichen und vorhersehbaren Behandlung in der größtmöglichen Anzahl von Fällen. *Ad multos annos!*

³¹ *Roxin* (Fn. 1), § 10 Rn. 45 ff.

³² *Roxin* (Fn. 1) § 11 Rn. 53 ff.

³³ *Pawlik* (Fn. 7), S. 212 f; dazu schon *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 264 ff.

³⁴ *Pawlik* (Fn. 7), S. 203, 205.

³⁵ So *Köhler* (Fn. 17), S. 236: „Unrechtstatbestand und Rechtfertigungsgrund stehen somit in einem logischen und sachlichen Verhältnis unterschiedlicher Stufen der Normkonkretisierung aus dem Rechtsverhältnis.“

³⁶ *Rönnau* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 15 ff., 19.

³⁷ *Schünemann*, in: *Schünemann u.a.* (Fn. 2), S. 1 (2 ff.); *ders.*, GA 2006, 378 ff.

Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitüde

Von Prof. Dr. Ralf Kölbel, München

Bernd Schünemann steht für das Programm einer „gesamten Strafrechtswissenschaft“. Er hat – und auch deshalb verdient seine wissenschaftliche Arbeit die höchste Wertschätzung – nicht nur rechtsdogmatisches, kriminalpolitisches und philosophisches Denken seit jeher zu verbinden gewusst, sondern darin stets auch psychologisch-sozialwissenschaftliche Elemente integriert. Dies zeigt sich in seinen eigenen empirischen Untersuchungen (namentlich im strafprozessualen Bereich), aber auch in seiner Offenheit gegenüber Strafrechtssoziologie und Kriminologie. Dokumentiert wird das etwa durch seine 1979 erschienene Monographie zu „Unternehmenskriminalität und Strafrecht“. Die Studie, die den Anfang der heutigen, noch unabgeschlossenen Debatte um ein deutsches Unternehmensstrafrecht markiert, beruht auf einer vorbildlichen Methodik, indem sie ein soziales Phänomen empirisch analysiert, sodann rechtsdogmatisch die Bedingungen seiner aktuell möglichen juristischen Behandlung dekonstruiert und daraus rechtspolitische Schlüsse zieht. Mittels einer sozialwissenschaftlichen Literaturanalyse wird dabei die besondere Problematik der Unternehmensdevianz in der „kriminellen Verbandsattitüde“ identifiziert und gebündelt.¹ Diese Figur hat Bernd Schünemann unter etlicher Zustimmung² über die 1990er Jahre hinweg³ bis heute aufrechterhalten.⁴ Angesichts der seither vergangenen 35 Jahre

stellt sich allerdings die Frage, ob die kriminelle Verbandsattitüde vor der zwischenzeitlichen wirtschaftskriminologischen Entwicklung unvermindert Bestand haben kann.

I. Kriminelle Verbandsattitüde und Verbandssanktion

Gegenstand von Bernd Schünemanns Überlegungen ist das Corporate Crime – kriminologisch gesprochen ein Verhalten „of employees acting on behalf of a corporation, which is proscribed and punishable by law“.⁵ Aus seiner Sicht kommt es hierzu ganz unabhängig von den Merkmalen der involvierten Person. Die fraglichen Mitarbeiter seien nicht nur austauschbare Organisationselemente, sondern im Allgemeinen normkonforme Akteure, deren Deliktseinbindung ausschließlich auf der Verstrickung in die kriminelle Verbandsattitüde beruht.⁶ Je stärker ihr Unternehmen hiervon geprägt sei, desto mehr gehe ihre personal sonst wirksame Deliktschremmung verloren (was durch eine Reihe von Faktoren weiter begünstigt werde: durch die Gewissensindifferenz vieler Wirtschaftsdelikte, die individuelle Abhängigkeit vom Unternehmen sowie durch die innerorganisatorische Einschränkung im subjektiven Folgen- und Verantwortungserlebnis).⁷

Um ein hierdurch charakterisiertes Unternehmensdelikt handele es sich bei einer sanktionsbedrohten Aktivität von Organisationsmitgliedern immer dann, wenn ein Vorteil für das Unternehmen bezweckt sei und jene Leitungs-/Aufsichtsmaßnahmen, durch die sich das Geschehen unterbinden ließe, ganz oder teilweise ausgeblieben sind.⁸ Diese Formel biete indes nur eine operationale Definition (bzw. beweis erleichternde Vermutung), um die Feststellbarkeit eines Unternehmensdeliktes, das auf den schwer rekonstruierbaren Mechanismen der kriminellen Verbandsattitüde beruhe, rechtspraktisch gewährleisten zu können.⁹ In der Sache wirkmächtig sei jedoch jener spezifische „Gruppengeist“, den die Mitarbeiter in Lernprozessen erwürben und durch den sie sich sozial-schädlich verhielten.¹⁰ Er äußere sich in überindividuellen Rationalisierungs- und Neutralisierungsstrategien¹¹ bzw. in

¹ Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 18-29; ders., wistra 1982, 41 (43).

² Bspw. Dannecker, GA 2001, 101 (103); Hefendehl, Mschr-Krim 86 (2003), 27; Kirch-Heim, Sanktionen gegen Unternehmen, 2007, S. 46 ff.; Mittelsdorf, Unternehmensstrafrecht im Kontext, 2007, S. 14 f., 43 f.; Schmitt-Leonardy, Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?, 2013, Rn. 150 ff., 171 ff.; zur Debatte auch Lampe, ZStW 106 (1994), 683 (698 f., 708 f., 731 ff.); Erhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994, S. 146 ff., 161 ff.; Botke, wistra 1997, 241 (248); Lewisch/Parker, Strafbarkeit der juristischen Person, 2001, S. 50 ff.; Bock, Criminal Compliance, 2011, S. 92 ff., 394 ff.

³ Schünemann, in: International Association of Penal Law (Hrsg.), The Taiwan/ROC Chapter, International Conference on Environmental Criminal Law, 1992, S. 433 (437, 469); ders., in: Schünemann/Suárez González (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1994, S. 265; ders., in: Schünemann (Hrsg.), Unternehmenskriminalität, Deutsche Wiedervereinigung, Bd. 3, 1996, S. 129 (131 f.); ders., in: Eser/Heine/Huber (Hrsg.), Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, 1999, S. 293 (295). Zu den hier erfolgreichen kriminalpolitischen Präzisierungen Fn. 19.

⁴ Schünemann, in: Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 37 (55); ders., in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 295 (303); ders., in: Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 429 (439 f.); ders., in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kom-

mentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 25 Rn. 21; ders., Zur Frage der Verfassungswidrigkeit und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen, 2013, S. 20.

⁵ Braithwaite, Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry, 1984, S. 6; für eine Typologie vgl. Friedrichs, Trusted Criminals, 4. Aufl. 2010, S. 64 ff.

⁶ Vgl. Schünemann (Fn. 1), S. 22; ferner ders. (Fn. 4 – FS Tiedemann), S. 429 (439).

⁷ Näher Schünemann (Fn. 1), S. 22 ff.

⁸ Schünemann (Fn. 1), S. 254; ders. (Fn. 3 – Bausteine), S. 265 (287).

⁹ Insbesondere zur Abgrenzung von „Exzesstaten“ der Mitarbeiter – kriminologisch: Occupational Crimes –, die nicht auf die Verbandsattitüde, sondern allgemeine kriminogene Faktoren zurückgehen (Schünemann [Fn. 1], S. 27, 253).

¹⁰ Schünemann (Fn. 4 – LK), Vor § 25 Rn. 21; ders. (Fn. 3 – AIDP), S. 433 (437); ders. (Fn. 3 – Bausteine), S. 265 (271).

¹¹ Schünemann (Fn. 1), S. 20.

„deviant values and rules“ der Unternehmensmitglieder¹² und laufe so auf eine interne Ordnung hinaus, die die Verhaltensrelevanz von Rechtsnormen relativiert.¹³ Letztlich bezeichnet die kriminelle Verbandsattitüde also (in Orientierung an *Sutherland*)¹⁴ eine kollektive Haltung, die die Rechtsbefolgung davon abhängig macht, dass die Normkonformität für die ökonomischen Interessen des Unternehmens nützlich oder jedenfalls nicht hinderlich ist.¹⁵ Für eine kriminelle Verbandsattitüde sei im Übrigen immer auch ein Defizit an internen Kontrollen und Korrekturen kennzeichnend, weil sich der besagte Gruppengeist anders gar nicht herausbilden kann.¹⁶

Ein Unternehmen, das derartige Merkmale aufweise, werde „ähnlich wie ein Rückfallverbrecher immer wieder eine Quelle für die Verletzung von Rechtsgütern“¹⁷ Das Individualstrafrecht habe dem (zu) wenig entgegenzusetzen. Selbst wenn die typische Zurechnungs- und Beweisführungsproblematik ausgeräumt und somit eine strafrechtliche Haftung der Unternehmensmitarbeiter gewährleistet wäre, würde die hiervon ausgehende Präventivwirkung durch die Übermacht der kollektiven Verbandsattitüde nachdrücklich geschwächt.¹⁸ Zur Eindämmung von Corporate Crimes bedürfe es folglich der Implementierung einer hinzutretenden „kumulativen“ Verbandssanktion.¹⁹ Die individualstrafrechtliche Wirksamkeitsschwäche werde nämlich nur durch eine Gegengröße auf eben jener (Organisations-)Ebene kompensiert, auf der die kriminogenen Faktoren lozieren.²⁰ Ebenso, wie man den bösen Willen des Einzelnen mit der Aussicht auf die individuelle Bestrafung konfrontiere, sei die Verbandssanktion an den besagten „Gruppengeist“ adressiert: Als Nachteilsdrohung hebe sie nicht nur jene Organisationsvorteile auf, die den Mitarbeitern sonst als Deliktsschuld oder Rechtfertigung dienen könnten, sondern gebe zugleich einen Anlass, den Betrieb durch verstärkte Kontrollen vor Haftungslasten zu

schützen.²¹ Dafür eigne sich die Unternehmenskuratel besser als die betriebswirtschaftlich kompensierbare Geldbuße.²²

II. Einordnung in die unternehmenskriminologische Forschung

Diese rechtspolitische Begründungslinie ist voraussetzungsreich, insofern sie auf einer Reihe von empirischen Annahmen beruht und somit von deren Bestätigung abhängen muss. Eine dahingehende Überprüfung ist (zumindest teilweise) möglich. Zwar gehört die Unternehmensdelinquenz zu den unterforschten Bereichen der Kriminologie, doch sind Beobachtungen und Analysen jedenfalls so weit gediehen, dass dies einen Abgleich mit dem Konzept der Verbandsattitüde erlaubt.²³

1. Zentrale Befunde

Wegen der besonderen Schwierigkeiten, die Häufigkeit und Verteilung von Unternehmensdelikten zu messen, liegen bislang nur wenige systematisch-quantitative Untersuchungen vor. Diese vorhandenen Arbeiten haben allerdings – auch wenn sie ausschließlich auf Hellfelddaten beruhen – zu relativ klaren Befunden geführt. Zum einen variiert die Prävalenz von Corporate Crimes hiernach zwischen den verschiedenen regulativen Arenen. In manchen Regelungsbereichen herrscht die korporative Normkonformität (bisweilen gar Überkonformität) eindeutig vor, wohingegen die Abweichungsraten in anderen Feldern erheblicher sind. Zum anderen werden „Täter-Unternehmen“ vielfach rückfällig, so dass ein Großteil der Normverstöße aus einer relativ kleinen Gruppe von Organisationen hervorgeht.²⁴ Die hierdurch ausgewiesene Existenz von mehr- und stark auffälligen Unternehmen entspricht dem Verbandsattitüden-Konzept.

Dies gilt auch für die Annahme, dass die korporative Devianz in der Regel nicht auf die individuellen Merkmale der ausführenden Mitarbeiter zurückgeführt werden kann.²⁵ Aus

¹² *Schünemann* (Fn. 3 – Criminal Responsibility), S. 293 (295).

¹³ *Schünemann* (Fn. 4 – FS Rudolphi), S. 295 (303).

¹⁴ *Sutherland*, White Collar Crime, 1949.

¹⁵ Kennzeichnend hierfür der Hinweis *Schünemanns* (etwa *ders.* [Fn. 4 – FS Tiedemann], S. 429 [438]) auf die Kompatibilität seines Konzeptes mit einem Verständnis, das im Unternehmen ein sich selbst autonom regulierendes System sieht, das in seiner ökonomischen Handlungslogik die Außenrahmungen des Rechts allein als betriebswirtschaftliche Entscheidungsaspekte wahrnimmt.

¹⁶ *Schünemann* (Fn. 1), S. 26 f.

¹⁷ *Schünemann* (Fn. 4 – GS Meurer), S. 37 (55).

¹⁸ *Schünemann* (Fn. 1), S. 56 ff.; *ders.* (Fn. 3 – AIDP), S. 433 (441, 469); *ders.* (Fn. 4 – LK), Vor § 25 Rn. 21. Wegen der konformen Sozialisierung der verstrickten Mitarbeiter wirke Strafrecht auch spezialpräventiv kaum.

¹⁹ *Schünemann* (Fn. 3 – Bausteine), S. 265 (287 f.); *ders.* (Fn. 4 – FS Tiedemann), S. 429 (440); *ders.* (Fn. 4 – LK), Vor § 25 Rn. 21; für Subsidiarität gegenüber Individualstrafe aber noch *ders.* (Fn. 1), S. 236 ff., 244 ff.; entschieden gegen eine Verbandssstrafe im Übrigen *ders.* (Fn. 4 – ?), 4 ff. ?

²⁰ *Schünemann* (Fn. 3 – Bausteine), S. 265 (278 f.); *ders.* (Fn. 4 – FS Tiedemann), S. 429 (439).

²¹ Etwa *Schünemann* (Fn. 3 – Criminal Responsibility), S. 225 (231).

²² Zumal sie die von der Unternehmenssanktion unschuldig mitbetroffenen Anteilseigner vergleichsweise wenig beeinträchtigt. Zum Ganzen *Schünemann* (Fn. 3 – AIDP), S. 433 (471); *ders.* (Fn. 3 – Bausteine), S. 265 (291); *ders.* (Fn. 3 – Criminal Responsibility), S. 293 (296 ff.).

²³ Zur Diskussion um die dadurch allerdings nicht überprüfbare normative Legitimierung der Verbandssanktion (*Schünemann* [Fn. 3 – Bausteine], S. 265 [287 f.: Veranlassungsprinzip und Rechtsgüternotstand]) vgl. etwa *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (731).

²⁴ Zum Forschungsstand *Simpson*, Ohio State Journal of Criminal Law 8 (2011), 481 (485); ergänzend *Boers*, in: Boers/Nelles/Theile (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und die Privatisierung der DDR-Betriebe, 2010, S. 17 (29 ff.).

²⁵ Stellvertretend *Simpson/Piquero*, Law & Society Review 36 (2002), 509 (510 ff.); abweichend *Baucus*, Journal of Management 20 (1994), 699 (714 ff.); speziell zur „self-selection-These“, wonach deliktisch anfällige Unternehmen für entsprechend disponierte Personen besonders attraktive Arbeitgeber

den hierzu (freilich nur vereinzelt) vorliegenden Studien ergibt sich vielmehr die soziale und psychologische Unauffälligkeit des fraglichen Personals.²⁶ Risikofaktoren hat die kriminologische Forschung eher auf den Organisations- und Kontext-Ebenen ausmachen können.²⁷ Danach korrespondiert die Mehrbelastung von Unternehmen mit:

- der Zugehörigkeit zu einer Branche mit geringen Profitmargen,
- der Zugehörigkeit zu einer durch wenige Großunternehmen dominierten Branche (widersprüchliche Befunde),
- Marktstrukturen oder politisch-rechtlichen Rahmenbedingungen, die zu devianten Transaktionen drängen oder Gelegenheitsstrukturen eröffnen,²⁸
- Ertragsdefiziten oder finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens (widersprüchliche Befunde),
- der Unternehmensdimension (nur relativ zum Größenverhältnis mehr/weniger Delikte),
- der innerorganisatorischen Komplexität (Zahl der Einheiten, Hierarchieebenen und Standorte) und dezentralen Entscheidungsstrukturen (widersprüchliche Befunde),
- sowie einem Management ohne eigene Unternehmensanteile.²⁹

Diese Beobachtungen weisen auf den Einfluss von ökonomischen Bedingungen, von Gelegenheitsräumen und innerorganisatorischen Kommunikationsbeziehungen hin. Damit beziehen sie sich freilich auf Faktoren, die mit der kriminellen Verbandsattitüde nicht identisch, sondern allenfalls für deren Herausbildung förderlich sind. Etwas anders verhält es sich

mit jenen Befunden, denen zufolge die Effektivität unternehmenseigener Compliance-Maßnahmen abhängig ist von einem unterstützenden Verhalten der Führungskräfte („tone from the top“), von der Integration der Programme in die betriebliche Kommunikationswirklichkeit und von der Verbreitung gesellschaftlich anerkannter Werte im Unternehmen. Wenn hiernach also eine konformitätsorientierte Unternehmenskultur als deliktshemmender Faktor fungiert, der oben- und unten für die Präventionseffizienz innerbetrieblicher Kontrollen ausschlaggebend ist,³⁰ so deutet dies ganz im Sinne *Bernd Schünemanns* auf die Relevanz des „Gruppengeistes“ hin. Seine Annahmen wären aber insofern zu präzisieren, als mit einer devianten korporativen Kultur nicht notwendig gerade ein Aufsichtsdefizit korrespondiert, sondern ebenso gut die Ineffizienz eines nur formalen Kontrollsystems.³¹ Ergebnisse mit dem engsten Bezug zur kriminellen Verbandsattitüde ergeben sich im Übrigen aus einigen qualitativ vorgehenden „Case Studies“. Nach deren Beobachtung sind die Handlungsentscheidungen des Personals, die direkt oder über längere Verlaufsketten in Corporate Crimes münden, oftmals keine Abweichungen, sondern Bestandteile von Standardoperationen im Unternehmen. Sie erfolgen sehenden Auges – allerdings auf Grundlage einer Handlungsbewertung, in der der Normbruch eine Normalisierung und Rationalisierung durchläuft: er ist je nach Konstellation erwartungsentsprechend,³² üblich, notwendig, gerecht, unproblematisch oder tolerabel.³³

2. Aktuelle Deutungsmodelle

Insgesamt findet sich das, was unter krimineller Verbandsattitüde firmiert, in den empirischen Daten also wieder. Gemessen an den danach maßgeblichen Organisationsfaktoren wird damit jedoch nur ein (und auch nicht unbedingt der wichtigste) Ausschnitt erfasst. Dass die Unternehmenskriminologie vielfach andere Schwerpunkte setzt, wird noch sichtbarer in den von ihr diskutierten Erklärungskonzepten. Belegstücke bieten die folgenden, oft diskutierten Ansätze, die jeweils die Person des Mitarbeiters und deren Interaktion im organisationellen Kontext in den Mittelpunkt rücken und

seien, vgl. *Apel/Paternoster*, in: Simpson/Weisburd (Hrsg.), *The Criminology of White Collar Crime*, 2009, S. 15.

²⁶ Dazu m.w.N. *Simpson*, *Annual Review of Sociology* 39 (2013), 309 (315, 317); *dies. u.a.*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 103 (2013), 231 (241, allerdings vorwiegend anhand individueller White Collar-Crimes). Für Befunde zur deliktischen Vorbelastung im Management auffälliger Unternehmen allerdings *Davidson/Dey/Smith*, *Executives 'Off-The-Job' Behavior, Corporate Culture, and Financial Reporting Risk*, 2012.

²⁷ Zum Folgenden die Auswertung der Forschungslage bei *McKendall/Wagner*, *Organization Science* 8 (1997), 624 (625 ff.); *Snider*, in: Tombs/Whyte (Hrsg.), *Unmasking the Crimes of the Powerful*, 2003, S. 49 (54 ff.); *Yeager*, in: Pontell/Geis (Hrsg.), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, 2007, S. 25 (27 ff.); *Wang/Holtfreter*, *Journal of Research in Crime and Delinquency* 49 (2012), 151 (158 ff.); *Simpson u.a.*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 103 (2013), 231 (240 ff.).

²⁸ Beispielsweise Machtverhältnisse und ökonomischer Druck in Lieferketten und Konkurrenzszenarien, politisch-kulturelle Handlungsräume (Korruptionsüblichkeit); Gelegenheitsstrukturen (Subventionsbereich). Vgl. *Tillman*, *Crime, Law and Social Change* 51 (2009), 73; *Simpson*, *Ohio State Journal of Criminal Law* 8 (2011), 481 (492 ff.).

²⁹ Hierzu *Alexander/Cohen*, *Journal of Corporate Finance* 5 (1999), 1.

³⁰ Umfassende Literaturanalyse bei *Kölbel*, in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance, Handbuch*, 2015, § 37.

³¹ Vgl. die aufschlussreichen Erhebungen von *Weaver/Treviño/Cochran*, *Academy of Management Journal* 42 (1999), 539; *Parker/Nielsen*, *Administration & Society* 41 (2009), 3; *Kaptein*, *Journal of Business Ethics* 99 (2011), 233.

³² Speziell zu Gehorsamseffekten vgl. *Piquero/Piquero*, *Criminology* 44 (2006), 397 (404 ff.).

³³ Zusammenfassend *Slapper/Tombs*, *Corporate Crime*, 1999, S. 41 ff.; *Yeager* (Fn. 27), S. 25 (32 ff.); zu Neutralisierungsprozessen im unternehmensdeliktischen Kontext *Passas*, *Contemporary Crisis* 14 (1990), 157 (165 ff.); *Hochstetler/Copes*, in: Shover/Wright (Hrsg.), *Crimes of Privilege*, 2001, S. 210-222; *Piquero/Brezina/Turner*, *Deviant Behavior* 26 (2005), 159; *Heath*, *Journal of Business Ethics* 83 (2008), 595 (605 ff.); zur Eingewöhnung in Nachlässigkeiten *Vaughan*, *The Challenger Launch Decision*, 1996.

somit für die kriminelle Verbandsattitüde an sich anschlussfähig sind.³⁴

a) Rational Choice-Modell

Für unternehmenskriminologische Konzepte, die das Rational Choice-Modell adaptieren,³⁵ sind korporative Delikte, da sie auf den Handlungsentscheidungen der für das Unternehmen tätigen Mitglieder beruhen, über die jeweils individuell herangezogenen Entscheidungsaspekte rekonstruierbar.³⁶ Die Unternehmensmitarbeiter beurteilen hiernach die Handlungskonsequenzen, die sie von ihren normwidrigen/-konformen Optionen erwarten, und wählen die Variante mit der besten Bilanz. Maßgeblich sind die Ausprägungen und Wahrscheinlichkeiten der für sie persönlich eintretenden Folgen.³⁷ Absehbare Nach- und Vorteile für ihr Unternehmen – etwa formelle Sanktionen, Renommeschäden, Gewinn- oder Produktivitätssteigerungen, Marktpositionen, Senkung von Herstellungskosten usw. – berücksichtigen sie dabei ebenfalls, sofern sie mit sich hieraus ergebenden persönlichen Konsequenzen rechnen oder wenn sie sich die Unternehmensbelange aus anderen Gründen zu eigen machen (Commitment).

Unternehmensdelikte werden, auch wenn sie in einer Abfolge von Individualakten entstehen, demnach wegen spezifischer Anreizstrukturen bewusst in eine deviante Richtung gelenkt. Allerdings ergehen die fraglichen Mitarbeiterentscheidungen nach den jeweils biografisch geprägten Präferenzen und den subjektiven Folgenbewertungen. Ferner variieren die Nachteils-/Nutzenwerte situativ: Je nach organisationsexternem Umfeld (Marktlage, Regulierungssituation etc.) und organisationsinternen Gegebenheiten (Unternehmenslage, Unternehmensklima, unternehmensinterne Kontrollen usw.) stellen sich für die Mitarbeiter die „Abwägungsposten“ anders dar. Zudem können normative Aspekte ihre instrumen-

telle Logik überformen und eine vorteilhafte Deliktsoption aus moralischen Gründen verschließen. Maßgeblich hierfür ist bspw. die kontextspezifische Akzeptabilität des Normbruchs in den Mitarbeiteraugen (oder die wahrgenommene Normvernünftigkeit, aufsichtsbehördliche Fairness usw.).

Vornehmlich an diesem Punkt zeigt sich die Integrierbarkeit der kollektiven Wert-, Einstellungs- und Neutralisierungsstrukturen, auf die das Verbandsattitüden-Konzept rekurriert: Sie verkörpern den sozialpsychologischen Grund, aus dem die normative Korrektur der Kosten-Nutzen-Kalküle und der hierauf gestützten Deliktsentscheidung unterbleibt. Von primärer Relevanz sind für das Rational Choice-Modell dann aber doch ganz andere Aspekte: nämlich die Rahmenbedingungen, die die ökonomischen Implikationen korporativer Devianz konstituieren und nach einer innerorganisatorischen Übersetzung auch die persönlichen Deliktsanreize und -gelegenheiten konstituieren.

b) Control-Balance-Theory

In ihrer allgemeinen Fassung³⁸ geht die Theorie davon aus, dass Menschen unabhängig vom Maß ihrer vorhandenen Autonomie nach deren Erweiterung streben und daher versuchen, ihre eigene Umweltherrschaft zulasten ihrer sozial, wirtschaftlich oder strukturell bedingten Verhaltenseinschränkungen zu erweitern. Insbesondere ein Ungleichgewicht zwischen der erfahrenen Begrenzung und der selbst realisierbaren Kontrolle weckt, wenn dies der Person vor Augen geführt wird, die Bereitschaft, die eigene Kontrolle auch auf deviantem Wege zu stärken.³⁹ Die Umsetzung dieses Motivs setzt aber nicht nur von einer entsprechenden Möglichkeit ab, sondern auch davon, welche Kontrollgewinne und Kontrolleinbußen erwartbar sind und welche persönliche Tatinvolvierung erforderlich ist.⁴⁰

Bezogen auf Unternehmensdelikte⁴¹ geht das Konzept davon aus, dass die hierfür verantwortliche Person meist eine innerorganisatorische und soziale Position mit einer hohen Gestaltungsmacht innehat (Überschuss der ausübbarer gegenüber der erfahrenen Kontrolle). Wird ihr dies durch eine wahrnehmbare Tatgelegenheit bewusst gemacht oder fühlt sie sich darin umgekehrt nach ihrem Eindruck beschränkt (durch störende regulative Anforderungen; durch neue Leistungs-

³⁴ Es handelt sich um adaptierte „General Theories“, wobei die im hiesigen Zusammenhang als unergiebig geltende Selbstkontrolltheorie (*Simpson/Piquero*, Law & Society Review 36 [2002], 509; m.w.N. auch *Simpson*, Annual Review of Sociology 39 [2013], 309 [315 f.]) unberücksichtigt bleibt. Zu white collar-spezifischen Konzepten *Slapper/Tombs* (Fn. 33), S. 110 ff.; 131 ff., sowie *Piquero*, Crime & Delinquency 58 (2012), 362 (365).

³⁵ Vgl. *Paternoster/Simpson*, in: Clarke/Felson (Hrsg.), Routine Activity and Rational Choice, 1993, S. 40; *dies.*, Law & Society Review 30 (1996), 549 (553 ff.); *Piquero u.a.*, Justice Quarterly 22 (2005), 252; *Shover/Hochstetler*, Chosing White-Collar Crime, 2006, S. 118 ff.; *Smith/Simpson/Huang*, Business Ethics Quarterly 17 (2007), 633 (638 ff.); *Piquero*, Crime & Delinquency 58 (2012), 362; *Simpson*, Annual Review of Sociology 39 (2013), 309 (317 f.).

³⁶ Für Unternehmensentscheidungen auf Organisationsebene ist das Modell ungeeignet, weil die Partikularrationalitäten der beteiligten Unternehmensbereiche keine konsistente Gesamtlogik ergeben (*Boers* [Fn. 24], S. 17 [53]).

³⁷ Eintreten/Ausbleiben von Individualsanktionen, Karriere Risiken, sozialer Ablehnung, etwaigen Schamgefühlen bzw. Boni, Karriereschritten, sozialer Anerkennung, Selbstbildbestätigungen usw.

³⁸ *Tittle*, Control Balance, 1995, S. 142 ff., *dies.*, Theoretical Criminology 8 (2004), 395.

³⁹ Bei ausgewogener Balance von ausgeübter/erfahrener Kontrolle lebt die Person unter Umständen, die deviante Motive selten entstehen lassen und unter denen Devianz zu Reaktionen führt, die Kontrollgewinne nivellieren.

⁴⁰ Entscheidungsrelevant sind auch moralische Vorstellungen, Erfahrungen, Vorlieben. Bei gering ausgeprägter Selbstkontrolle kann das Bedürfnis nach Kontrollgewinnen im Übrigen zu überstürzten Reaktionen auf die Provokation führen (mit der Folge geringer Kontrollgewinne oder schwerer Kontrolleinbußen).

⁴¹ Zum Folgenden *Tittle*, Theoretical Criminology 8 (2004), 395 (406); näher *Piquero/Piquero*, Criminology 44 (2006), 397 (403 ff.); vgl. auch *Friedrichs* (Fn. 5), S. 234 f.; *Singelstein*, MschrKrim 95 (2012), 52 (61 f.).

vorgaben oder ökonomischen Optimierungsdruck), sieht sie sich dazu veranlasst, ihr Autonomiepotenzial zu erweitern oder sich seiner wenigstens zu versichern. Dass die deviante Umsetzung nicht mittels herkömmlicher, sondern gerade durch Wirtschafts- und Unternehmenskriminalität erfolgt, ist für ihre Lage typisch. Einmal sind hierüber besonders attraktive Kontrollzuwächse (hohe wirtschaftliche Gewinne) realisierbar – und zwar ohne persönliche Involvierung (sondern durch Einsatz von Infrastruktur und Personal, „to do their dirty work“). Und zum anderen sorgt ihre organisatorisch-hierarchische Stellung dafür, dass Gegenmaßnahmen, von denen ihnen Kontrolleinbußen drohen, trotz des Schadenspotenzials unwahrscheinlich bleiben.

Die hier nur fragmentarisch referierbare, insgesamt aber als vielversprechend geltende Theorie ist hinsichtlich der Corporate Crimes augenscheinlich erst in Grundzügen ausgearbeitet. Schon in ihrer bisherigen Fassung erklärt sie aber individuelles Handeln ersichtlich mit strukturellen Gegebenheiten, die das individuelle Kontroll(un)gleichgewicht („Control-Ratio“) bedingen und damit sowohl die Basis für ein aktivierbares Deliktsmotiv schaffen, als auch die jeweils verfügbare Art der deliktischen Kontrollsteigerung determinieren. Dagegen ist das, was die kriminelle Verbandsattitüde akzentuiert (kollektive Neutralisierungen, innerorganisatorische Werte), in der Control-Balance-Theory bislang überhaupt nicht ausgebildet.

c) Strain Theory

Ein letztes Beispiel bietet die allgemeine Strain Theory, die ebenfalls auf korporative Delinquenz bezogen und hierfür angepasst worden ist.⁴² Unternehmensdelikte lassen sich hier nach als Transaktionsformen verstehen, deren Wahrscheinlichkeit in unternehmensintern „umgelegten“, ökonomischen Drucksituationen steigt. So steht ein Unternehmen, das infolge von Marktbedingungen, Führungsentscheidungen usw. die angestrebte Entwicklung (Rentabilität, Gewinne, Marktpositionen) nicht erreichen kann („blockage of economic goals“) oder gar in wirtschaftliche Turbulenzen gerät („threat of economic problems“), unter erheblichem Druck. Hierdurch wird es zu innovativen Reaktionen gedrängt. Sofern sich die regulären betriebswirtschaftlichen Optionen (Einsparungen und andere „conventional coping resources“) dabei aus hausgemachten oder Umweltgründen als unzureichend erweisen, steigt das Risiko einer „concomitant utilization of legitimate (i.e., legal) and illegitimate (i.e., illegal) means“.⁴³ Dies gilt vornehmlich in einem unterregulierten Umfeld mit günstigen Tatgelegenheitsstrukturen.

Dass und wie das Unternehmen auf den „extra-organizational Strain“ anspricht, wird jedoch durch seine Binnengegebenheiten moderiert. Maßgeblich ist, ob und in welchem Maße die Unternehmensmitarbeiter einem „intra-organisatio-

nal Strain“ (also rigorosen Erfolgs- und Leistungszielen) ausgesetzt sind.⁴⁴ Ob es hierzu kommt, hängt von der Ertragsorientierung des Managements und von dessen mikropolitisch Durchsetzungsfähigkeit ab (wobei ein solcher Innendruck durch den ökonomischen Außendruck wahrscheinlicher wird, aber auch selbständig entstehen kann).⁴⁵ Können Abteilungen und Mitarbeiter den Binnenerwartungen mit den verfügbaren Mitteln nicht entsprechen, unterliegen sie einem Innovationszwang, der (in Ermangelung konventioneller Alternativen) zu delinquenten Formen der (wenigstens kurzfristigen) Zielerreichung führen kann.

Unternehmensdelikte gelten also weniger als Resultat von dahingehenden top-down-Direktiven als von notorischen organisationsinternen Stress-Konstellationen – was eine deliktsanfällige Grundausrichtung des Alltagsbetriebs und dadurch auftretende, gewissermaßen unorganisierte Delikte auslöst. Allerdings wird dies durch subtile Organisations- und Leitungsstrukturen (Erwartungsklima, finanzielle Anreize, defizitäre interne Kontrollen) verstärkt. Und die dahingehende Empfänglichkeit des Personals beruht auf einer Vielzahl ebenso untergründiger Mechanismen: auf Identifizierung und Verbundenheit (affektives Commitment); auf Unterordnung und Gehorsam; auf dem Interesse an Aufstieg und Jobsicherheit (instrumentelles Commitment). Dies trägt dazu bei, auf die entsprechenden Management-Anstöße anzusprechen, sich in die grenzwertigen „ways of doing things“ einzugewöhnen und diese zu normalisieren und in der Unternehmenspraxis zu verstetigen.⁴⁶ Dabei ist auch die kriminelle Verbandsattitüde von Belang, insofern die davon bezeichneten (überindividuell fortwährend reproduzierten und individuell ganz selbstverständlich verwendeten) Deutungsmuster (oben II. 1.) für die Selbstbildverträglichkeit der deliktischen Verhaltensweisen sorgen: Mit Blick auf beispielsweise „wirtschaftliche Zwänge“, die „Sachwidrigkeit“ regulativer Vorgaben oder die „schikanöse Praxis“ der Aufsichtsbehörden wird das Vorgehen organisationsintern unproblematisch interpretier- und kommunizierbar, weil es den Mitarbeitern akzeptabel, gerechtfertigt und angemessen erscheint.⁴⁷

3. Verbandssanktion und Prävention von Corporate Crimes

Obwohl die in der kriminellen Verbandsattitüde aufgegriffene Problem diagnose aus der heutigen Warte als etwas verengt erscheinen muss, wird mit ihr gerade ein solcher Aspekt namhaft gemacht, der sich als relevante Effizienzhürde der indi-

⁴² Grundlegend Agnew/Piquero/Cullen, in: Simpson/Weisburd (Fn. 25), S. 35; vgl. auch Kölbel, in: Kölbel (Hrsg.), Abrechnungsverstöße in der stationären medizinischen Versorgung, 2013, S. 20.

⁴³ Robinson/Murphy, Greed is Good, Maximization and Elite Deviance in America, 2009, S. 3.

⁴⁴ Dazu Baucus, Journal of Management 20 (1994), 699 (705 f.); Simpson/Koper, Journal of Quantitative Criminology 13 (1997), 373; Faßbauer/Schirmer, Soziale Welt 57 (2006), 351.

⁴⁵ Vgl. Passas, Contemporary Crisis 14 (1990), 157 (163). Aufschlussreich Mishina u.a., Academy of Management Journal 53 (2010), 701: Bei erfolgreichen Firmen entsteht kriminogener Strain durch Erwartungen der Märkte oder Anteileigner, die wirtschaftliche Situation aufrechtzuerhalten.

⁴⁶ Fallstudie bei Brief u.a., in: Turner (Hrsg.), Groups at Work: Theory and Research, 2001, S. 471.

⁴⁷ Dazu das empirische Material bei Kölbel/Sulkiewicz, in: Kölbel (Fn. 42), S. 94.

vidualstrafrechtlichen Präventionswirkung herauskristallisiert hat. Die von *Bernd Schünemann* angesprochenen unternehmensspezifischen Umdeutungs-, Werteverschiebungs-, Neutralisierungs- und Normalisierungsprozesse gelten auch in der neueren Unternehmenskriminologie als Ursache einer normativen Unempfänglichkeit der Mitarbeiter, denn sie geben diesen das Gefühl, konform zu agieren und von einer einschlägigen Strafnorm gewissermaßen gar nicht angesprochen zu sein.⁴⁸ Ob gerade deshalb die individualstrafrechtliche Steuerungseffizienz tatsächlich geringer als in anderen Lebensbereichen ist, wurde empirisch allerdings nicht speziell untersucht. Und auch auf die Frage, ob die Unternehmenssanktion im Sinne von *Bernd Schünemann* eine überlegene regulative Eignung aufweist, lässt der bisherige Forschungsstand keine gesicherten Antworten zu:

Immerhin stellt die Governance-Debatte hierzu einige Arbeiten bereit, von denen die Eignung der Command and Control-Regulierung untersucht und speziell die Funktionalität von punitiv orientierten und kooperationsorientierten Enforcement-Stilen verglichen wurde.⁴⁹ Deren Befunde sind allerdings uneinheitlich und weisen nur bei manchen Regulierungsgegenständen und Verbänden auf eine Abschreckungswirkung korporationsgerichteter Sanktionsdrohungen hin.⁵⁰ Studien auf der individuellen Management-Ebene zeigen wiederum ein variierendes Motivbündel auf, das – vor oder jedenfalls neben der Furcht vor Sanktionierung des eigenen Unternehmens – für eine konforme Transaktionsausrichtung maßgeblich ist (etwa die andernfalls befürchtete Amtsüberwachung; drohende Reputationsschäden; Billigung der normativen Erwartung usw.).⁵¹ Aus eher kriminologischen Arbeiten geht ferner hervor, dass eine als wahrscheinlich erwartete Unternehmenssanktion (neben der persönlichen Strafe) bei den Mitarbeitern durchaus deliktshindernd wirkt, doch wird dies überlagert durch moralische Erwägungen und die Furcht vor informellen Konsequenzen.⁵² Der Steuerungseffekt der Verbandssanktion bleibt also diffus. Als am ehesten berechtigt gilt daher derzeit die Erwartung, dass die Einführung einer Verbandssanktion im Unternehmen selbstregulative Prozesse auslösen kann. Ob sich eine konformitätsorien-

tierte Unternehmenskultur als insofern entscheidende Funktionsbedingung in dieser Weise evozieren lässt, ist allerdings eine gleichermaßen offene Frage.⁵³

III. Fazit

Dass sich die Annahmen von *Bernd Schünemann* auch nach 35 Jahren noch in den unternehmenskriminologischen Diskurs einbinden lassen, belegt seine imponierende Weitsichtigkeit. Auch wenn die empirische Forschung inzwischen zusätzliche und teilweise auch andere Schwerpunkte setzt (II. 1. und 2.) und sich mit seiner Begründungslinie (I.) nur teilweise deckt, entzieht sie der dort hergeleiteten Notwendigkeit der Verbandssanktion jedenfalls auch nicht die empirische Basis (II. 3.). Insgesamt ist die dahingehende Befundlage unentschieden – was zu den vertrauten Problemen einer rationalen Kriminalpolitik zählt.

⁴⁸ Näher *Vaughan*, *Law & Society Review* 32 (1998), 23.

⁴⁹ *Fairman/Yapp*, *Law & Policy* 27 (2005), 491; *Burby/Patterson*, *Journal of Policy Analysis and Management* 12 (1993), 753; *Stafford*, *Journal of Policy Analysis and Management* 31 (2012), 533.

⁵⁰ Zusammenfassend *Gunningham*, in: *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, S. 123; vgl. auch den Forschungsüberblick *Simpson*, *Ohio State Journal of Criminal Law* 8 (2011), 481 (490 f.); *dies.*, *Annual Review of Sociology* 39 (2013), 309 (324).

⁵¹ *Baldwin*, *Modern Law Review* 67 (2004), 351; *Gunningham/Thornton/Kagan*, *Law & Policy* 27 (2005), 289; *Nielsen/Parker*, *Journal of Law and Society* 35 (2008), 309; *Simpson u.a.*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 103 (2013), 231.

⁵² *Paternoster/Simpson*, *Law & Society Review* 30 (1996), 549; *Smith/Simpson/Huang*, *Business Ethics Quarterly* 17 (2007), 633.

⁵³ Eingehend zum Problemkreis *Kölbel*, *ZStW* 125 (2013), 499.

Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess

Von Prof. Dr. Edda Weßlau[†], Bremen

I. Der adversatorische Strafprozess als Vorbild?

Wenn es um Fragen der Strafprozessreform ging, hat sich die deutsche Strafrechtswissenschaft immer wieder auf das anglo-amerikanische Prozessmodell mit seinen adversatorischen Zügen als Vorbild bezogen – ob nun die Reformbedürftigkeit der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung im Raume stand oder im Gegenteil die Frage, wie eine aufwändige Beweisaufnahme weitgehend vermieden und der Fall „eilvernehmlich“ erledigt werden könnte. Auch wenn die „Legalisierung“ des Regimes der „Absprachen“ ohne irgendeine durchdachte Konzeption und ohne Besinnung auf Vorschläge aus der Wissenschaft ausgekommen ist, blieb im rechtswissenschaftlichen Diskurs das Gespür für tiefer liegende Strukturschwächen des deutschen Strafprozesses und das Bedürfnis nach einer Neuausrichtung der theoretischen Legitimationsgrundlagen stets lebendig. *Schünemann* war in diesen Debatten, beginnend mit seinem Beitrag „Zur Reform der Hauptverhandlung im Strafprozeß“ aus dem Jahr 1978,¹ kontinuierlich präsent² und hat dabei – allen jeweiligen „Moden“ widerstehend – den Vorbildcharakter des anglo-amerikanischen Modells in Abrede gestellt. Zugleich lag es ihm fern, den deutschen Strafprozess gegen Kritik zu verteidigen – im Gegenteil. So bestand er darauf, dass die Entstehung und Ausbreitung der Absprachen als Krise des deutschen Strafverfahrens gedeutet werden müssen, deren Ursachen nur durch grundlegende Reformen insbes. des Ermittlungsverfahrens und durch eine Entschlackung des hypertrophen materiellen Strafrechts beseitigt werden könnten.³

Doch die Entwicklungen haben ungeachtet der Antikritik des skeptischen Lagers offenbar einen anderen Verlauf genommen. Zum einen kann man in der Rechtswirklichkeit – worauf *Schünemann* warnend hingewiesen hat⁴ – ein weltweites Vordringen des anglo-amerikanischen Prozessmodells beobachten, was von dessen Befürwortern selbstverständlich als Zeichen der Überlegenheit dieser Verfahrenskonzeption

gedeutet wird. Zum anderen ist der hierzulande eher akademisch geführte Disput unlängst durch die These befeuert worden, die Umwandlung des deutschen Strafverfahrens in einen Parteiprozess sei nicht nur rechtspolitisch vernünftig, sondern sogar verfassungsrechtlich zwingend geboten.⁵

Nun krankt die gesamte Debatte an manchen Vorurteilen über das anglo-amerikanische Modell und an irrtümlichen Deutungen, die u.a. durch Unklarheiten in Bezug auf grundlegende prozessuale Kategorien bedingt sind. Namentlich in seinen jüngeren Stellungnahmen hat sich *Schünemann* darum verdient gemacht, solchen irrtümlichen Vorstellungen zu widersprechen. Daran will dieser Beitrag anknüpfen und sich einige typische Kategorienfehler vornehmen,⁶ die in der Diskussion um das anglo-amerikanische Prozessmodell immer wieder auftauchen. Dabei soll dann auch gezeigt werden, dass die Debatte noch an einem anderen Mangel leidet, der für eine rechtsvergleichend argumentierende Wissenschaft durchaus nicht untypisch ist: Die Analyse dringt nicht tief genug in das Rechtskonzept der ausländischen Rechtsordnung ein, und es wird sich zeigen, dass vor allem materiellrechtliche Denkfiguren stärker als bisher zum Verständnis der Unterschiede zwischen anglo-amerikanischem Verfahrensrecht und unserem Prozessmodell herangezogen werden müssen.

Die Kategorien, die im Folgenden beleuchtet werden sollen, sind: das Ziel des Strafverfahrens, Wahrheitsbegriffe und Wahrheitskriterien im Strafverfahren und schließlich die Konstitution des Verfahrensgegenstandes.

II. Zum Ziel des Strafverfahrens

Das inquisitorische Modell soll dem Ziel dienen, die „materielle Wahrheit“ zu erforschen. Die „Pflicht zur Erforschung der Wahrheit im Strafprozess“ wurzelt nach Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts im Rechtsstaatsprinzip und ist damit verfassungsrechtlich unabdingbar. Denn „ohne die Ermittlung des wahren Sachverhalts kann das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden, so dass sich die Wahrheitsfindung als zentrales Anliegen des Strafprozesses erweist“.⁷ Dagegen verfolge man im anglo-amerikanischen Rechtskreis – so wird immer wieder behauptet – mit seiner „formalisierten Wahrheitsfindung“⁸ ein anderes Konzept. Die

[†] Edda Weßlau ist am 12. April 2014 gestorben. Diesen letzten Beitrag ihres wissenschaftlichen Werkes hat sie mit Pflichtbewusstsein und eiserner Disziplin ihrem schweren Krebsleiden abgerungen.

¹ *Schünemann*, GA 1978, 161.

² *Schünemann*, in: v. Gamm u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, 1988, S. 461 (481); *ders.*, in: Arzt u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag 22. Juni 1992, 1992, S. 368 f.; *ders.*, StV 1993, 657 (658 f., 662 f.); *ders.*, ZStW 114 (2002), 1 (13, 32 f., 43, 60 f.); *ders.*, in: Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich, 2005, S. 1177 (1191 ff.); *ders.*, ZStW 119 (2007), 945 (952); *ders.*, in: Weßlau/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, S. 555; *ders.*, ZIS 2009, 484 (491 f.); *ders.*, StraFo 2010, 90.

³ Siehe v.a. die Beiträge *Schünemann* (Fn. 2 – FS Baumann), S. 368; *ders.*, StV 1993, 657; *ders.*, ZStW 114 (2002), 1.

⁴ *Schünemann* (Fn. 2 – FS Fezer), S. 555 f.

⁵ *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 365 ff.

⁶ Auf die andere Quelle von Irrtümern – die Verwechslung von theoretischer Konzeption und Rechtswirklichkeit – wird hier nicht eingegangen; zu diesem Thema aufschlussreich *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 2.

⁷ BVerfGE 77, 65 (77).

⁸ So die Terminologie von *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331 (346); *ders./Kerner*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, 2007, S. 191 (197).

Begriffe, mit denen dieses Konzept charakterisiert wird, sind durchaus verschieden. Teilweise wird von „formeller Wahrheit“⁹ gesprochen, teilweise von einem „diskursbezogenen Wahrheitsbegriff“¹⁰ oder einem „disponiblen Wahrheits- und Richtigkeitsbegriff“.¹¹

Aus solchen begrifflichen Gegenüberstellungen können sich einige folgenreiche Missverständnisse ergeben. Zu unterscheiden sind nämlich die Gestaltungsmittel, mit denen ein Gesetzgeber das justizförmige *Procedere* der Wahrheitsfindung zu optimieren trachtet, und das Ziel, dem dieses *Procedere* dienen soll. Hier ist zunächst festzustellen, dass der Begriff „formalisierte Wahrheitsfindung“ zur Kennzeichnung irgendwelcher Unterschiede im Beweisrecht oder im Verfahrensziel nichts beitragen kann. Denn es ist das Charakteristikum eines jeden rechtsförmig geregelten Verfahrens, die Wahrheitsfindung zu formalisieren und dem Bemühen um Wahrheitsfindung damit auch Grenzen zu setzen. Anders verhält es sich mit der Kennzeichnung des anglo-amerikanischen Konzepts der Wahrheitsfindung als „formell“, „diskursbezogen“ oder „disponibel“. Wenn damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, dass im dortigen Beweisverfahren die Parteien den Beweisstoff einbringen und nicht der Richter, dann wäre gegen diese Begrifflichkeiten nichts einzuwenden. Zugleich würden sie dann aber auch nichts über das Ziel des Verfahrens besagen, sondern nur den Modus der Stoffsammlung kennzeichnen. Sowohl die Sympathisanten als auch die Kritiker des adversatorischen Systems wollen mit diesen Begriffen allerdings durchaus behaupten, diesem Modell liege tatsächlich eine abweichende Vorstellung über das Verfahrensziel zugrunde.

Schünemann hat dem stets widersprochen und darauf bestanden, dass auch das anglo-amerikanische Prozessmodell an seiner „Tauglichkeit zur materiellen Wahrheitsfindung“ gemessen werden müsse.¹² Die „materielle Wahrheit“ werde dort nur auf einem anderen Weg angestrebt.¹³ Ein lohnender Streit könne demnach nicht auf die Frage gerichtet sein, ob es eine Alternative zum Verfahrensziel der „materiellen Wahrheit“ gibt, sondern ob eine Verlagerung der Beweisführung auf die Prozessparteien vorteilhafter wäre.¹⁴

Bei der Kontroverse um das Ziel des anglo-amerikanischen Strafverfahrens lassen sich drei verschiedene Argumentationsstränge unterscheiden.

Zum einen werden das inquisitorische Modell der Beweisaufnahme mit der „materiellen Wahrheit“ und das adversatorische Modell mit der „formellen Wahrheit“ schlicht

gleichgesetzt. Dies beruht auf der – v.a. in älteren Beiträgen häufiger zu findenden – Vorstellung, dass mit Hilfe der Verhandlungsmaxime überhaupt nur eine „formelle Wahrheit“ gefunden werden könne.¹⁵ Der Begriff der „formellen Wahrheit“ wird dabei in der Regel als bekannt vorausgesetzt. In der Tat verwenden wir ihn im kontinentaleuropäischen Rechtsraum für das Zivilverfahren. Er bezeichnet das Ergebnis eines Beweisverfahrens, das nicht nur nach dem Beibringungsgrundsatz organisiert, sondern auch mit der Idee verbunden ist, eine allein durch den Parteivortrag konstituierte Sachverhaltsversion gelte bereits dann als wahr, wenn sie nicht bestritten wird, und zwar unabhängig davon, ob ein außerhalb des Verfahrens liegendes Geschehen mit dieser „Wahrheit“ übereinstimmt oder nicht.¹⁶

Manche wollen so weit nicht gehen und verwenden daher den Begriff der „formellen Wahrheit“ absichtlich nicht. In diesem zweiten Argumentationsstrang gesteht man einerseits zu, dass „es ersichtlich auch im US-amerikanischen Strafverfahren um das Ziel der Wahrheitsfindung und ein gerechtes Ergebnis“ gehe.¹⁷ Andererseits wird betont, dass diese Ziele nicht durch eine „historische Rekonstruktion des Geschehens“, sondern durch ein „prozessual hergestelltes Konstrukt“ und „auf dialogische Weise“ erreicht werden sollen¹⁸ und dass es in jenem Rechtsdenken weniger um „materielle“ versus „formelle“ Wahrheit gehe, sondern um die Frage des gerechten Verfahrens.¹⁹ Dieser Ansatz vermeidet es, die in unserem Rechtsdenken geformten und auf die Rechtspraxis der verschiedenen Verfahrensarten zugeschnittenen Begrifflichkeiten einfach zu übertragen. Damit kommt man sicherlich einer seriösen rechtsvergleichenden Methodik näher; dennoch ergeben sich deutliche Parallelen zum ersten Argumentationsstrang. Auch hier wird aus dem Modus der Beweisvorführung – „auf dialogische Weise“ – unmittelbar darauf geschlossen, dass man nicht an der „Wahrheit“, ver-

¹⁵ Gegen diese Strömung siehe bereits *Dahs* (Fn. 13), S. 14 (23 m.w.N. und mit dem Hinweis, englische und amerikanische Juristen äußerten über „derartige Fehlbeurteilungen ihres Prozeßsystems scharfes Mißfallen“).

¹⁶ Vgl. *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011, § 25 Rn. 14; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 77 Rn. 6 ff.; *Rauscher*, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Einl. Rn. 314. Allerdings trifft die krasse Gegenüberstellung von „wirklichem Geschehen“ und „bloß formeller Wahrheit“ bereits die Konzeption des deutschen Zivilprozesses nicht, denn die Parteien sind bei ihrem Tatsachenvortrag an die Wahrheitspflicht gebunden, § 138 Abs. 1 ZPO. Keinesfalls kann also davon die Rede sein, die Parteien dürften willkürlich eine „Wahrheit“ konstruieren. Wer durch wahrheitswidrigen Vortrag z.B. einen Prozess gewinnt, kann sich wegen Betruges strafbar machen.

¹⁷ *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331 (347).

¹⁸ *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, (347).

¹⁹ So v.a. *Volk*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hanns Karl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, 1995, S. 411 (416 f.).

⁹ *Stamp*, Die Wahrheit im Strafverfahren, 1998, S. 17, 150 f.

¹⁰ *Trüg/Kerner* (Fn. 8), S. 191 (197).

¹¹ *Lüderssen*, StV 1990, 415 f.

¹² *Schünemann*, GA 1978, 161 (178); *ders.* (Fn. 2 – FS Fezer), S. 555 (562).

¹³ So auch schon *Dahs*, in: Arndt u.a. (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme, Festschrift für Hubert Schorn zum 75. Geburtstag, 1966, S. 14 (23).

¹⁴ Zu dieser Frage hat *Schünemann* konkrete und detailliert ausgearbeitete Argumente genannt (u.a. in seinem Aufsatz in GA 1978, 161, *ders.* [Fn. 2 – FS Fezer], S. 555), mit denen ich mich hier nicht weiter auseinandersetzen will.

standen als ein rekonstruierbares, außerhalb des Prozesses liegendes Geschehen, interessiert sei. Allerdings wird – worauf später noch gesondert einzugehen ist – geltend gemacht, man habe ein unterschiedliches Wahrheitsverständnis in Betracht zu ziehen, wenn man das anglo-amerikanische Rechtssystem richtig verstehen wolle.²⁰ Das Besondere an diesem Ansatz ist der Hinweis, das Urteil stütze sich nach anglo-amerikanischem Rechtsdenken nicht primär auf eine Legitimation durch Wahrheit, sondern auf eine Legitimation durch Gerechtigkeit. Im kontinental-europäischen Rechtsdenken neige man dazu, „die Wahrheit als den Garanten von Gerechtigkeit zu überschätzen“.²¹ Hier wird deutlich, dass die Zuverlässigkeit der Tatsachenfeststellungen kein Endziel an sich sein kann, sondern nur ein Zwischenziel, eine notwendige Bedingung, um das Urteil am Ende als „gerecht“ zu empfinden. So sieht es allerdings auch die hierzulande verbreitete Prozessdoktrin.²² Dass man im anglo-amerikanischen Rechtskreis dennoch unmittelbar auf „die Gerechtigkeit“ als Legitimationskategorie zurückgreift als in unserem System, ist eine zutreffende Beobachtung, bedarf freilich noch einer näheren Erklärung. Darauf wird zurückzukommen sein.

Der dritte Argumentationsstrang assoziiert das Prinzip der materiellen Wahrheit mit einem „absoluten Wahrheits- und Richtigkeitsanspruch“²³ und hält dagegen: „Im anglo-amerikanischen Rechtskreis hingegen herrscht ein optimistischer Umgang mit einem disponiblen Wahrheits- und Richtigkeitsbegriff. [...] Der Staat ist distanziert und akzeptiert im Strafprozess den Beschuldigten als Partei, der er nicht mit dem Pathos der Selbstgerechtigkeit gegenübertritt. Das bedeutet, daß eine reale Konkurrenz zwischen der Konzeption des Beschuldigten und der des ‚prosecutioners‘ entsteht. [...]“.²⁴

Ungeachtet des Umstandes, dass auch der dritte Ansatz auf Differenzen beim Wahrheitsbegriff verweist, bleibt für die verschiedenen Argumentationsstränge generell festzuhalten, dass zwischen dem Mittel der Wahrheitserforschung – Untersuchungsmaxime oder Verhandlungsmaxime – und dem Ziel des Verfahrens nicht wirklich unterschieden wird. Man schreibt der Methode der Stoffsammlung und -präsentation also ein solches Gewicht zu, dass es gar keinen Sinn ergibt, das Ziel des Beweisverfahrens getrennt davon zu betrachten oder zu beschreiben. Das Für und Wider eines adversatorischen Prinzips anhand der Frage zu diskutieren, ob es geeignet sei, das Verfahrensziel der „materiellen Wahrheit“ zu erreichen oder nicht, gilt somit bereits im Ansatz als verfehlt. Die Befürworter wie die Gegner des anglo-amerikanischen Modells treffen sich in der Überzeugung, dass das adversato-

rische Prinzip als solches Grund genug ist, um die anglo-amerikanische Verfahrensstruktur vorzuziehen oder umgekehrt, sie abzuwehren.

Anhänger des anglo-amerikanischen Modells argumentieren – wie das oben wiedergegebene Zitat zeigt –, dass im adversatorischen Prinzip eine demokratischere, weniger autoritäre Haltung des Staates gegenüber den Streitparteien und ihren „Konzeptionen“ vom wahren Sachverhalt zum Ausdruck komme. Diesem Argument muss man mit Vorsicht begegnen. Ihre Kehrseite ist nämlich eine Fehlinterpretation unseres mehr inquisitorischen Modells. Keineswegs ist das Ziel, die „materielle Wahrheit“ zu erforschen, verknüpft mit einem „absoluten Wahrheits- und Richtigkeitsanspruch“. Zum einen ist die Vorstellung von einer „absoluten Wahrheit“ bereits vom Reichsgericht zurückgewiesen worden, und zwar mit dem zutreffenden Argument, dass die menschliche Erkenntnisfähigkeit begrenzt ist.²⁵

Zum anderen müssen hier wie dort, also im kontinental-europäischen wie im anglo-amerikanischen Raum, am Ende die zur Urteilsfindung berufenen Personen den – wie auch immer eingeführten – Beweisstoff würdigen und sich eine Überzeugung bilden,²⁶ welcher Sachverhalt als bewiesen gelten kann. Die Urteilsfindung aber ist Ausübung staatlicher Gewalt, selbst wenn man sich dazu einer von Laien besetzten Jury bedient. So gesehen muss jedes von einem staatlichen Gericht verkündete Strafurteil mit dem Anspruch auftreten, den maßgeblichen Sachverhalt „richtig“ wiederzugeben. Und wenn eine amerikanische oder englische Jury etwa meint, keine der vorgetragenen Versionen habe sie überzeugen können, dann muss ein Freispruch verkündet werden. Keinesfalls ist die Jury im Sinne einer „formellen Wahrheit“ an den Parteivortrag gebunden, solange die Gegenpartei ihn nicht bestreitet. Der Sachverhalt wird also nicht „demokratisch“ von den Parteien im Sinne eines „disponiblen“ Umgangs mit Wahrheit und Richtigkeit „hergestellt“, sondern ebenso wie bei unserem Strafprozess von den zur Urteilsfindung berufenen Personen „festgestellt“, nachdem der vorgetragene Beweisstoff – ggf. in einem mehrstufigen Verfahren²⁷ – einer Realitäts-Prüfung unterzogen worden ist. Zwar muss – anders als in Deutschland etwa – nicht der gesamte Tatsachenstoff in der Hauptverhandlung bewiesen werden; vielmehr kann der Angeklagte zu einzelnen Sachverhaltselementen erklären, dass er kein streitiges Beweisverfahren darüber anstrebe, sog. *nolo contendere*. Dies ist freilich eine Besonderheit des US-amerikanischen Beweisrechts und gilt im englischen Recht

²⁰ Trüg, ZStW 120 (2008), 331 (347); Volk (Fn. 19), S. 411 (416 f.).

²¹ Volk (Fn. 19), S. 411 (417).

²² Vgl. nur Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, Vor § 261 Rn. 13.

²³ Lüderssen, StV 1990, 415 (416); ähnlich ders., in: Michalke (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24.12.2008, 2008, S. 423 f.; ders., in: Weßlau/Wohlers (Fn. 2), S. 531 (534).

²⁴ Lüderssen, StV 1990, 415 (416).

²⁵ RGSt 61, 202 (206); 66, 163 (164).

²⁶ Für das amerikanische Verfahren vgl. Schmid, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, Eine Einführung, 2. Aufl. 1993, S. 70 ff., 153; danach gilt als Beweismaß, das die Jurymitglieder ihrer Entscheidung zugrunde zu legen haben: „beyond a reasonable doubt“. Für das deutsche Verfahren gilt § 261 StPO.

²⁷ Siehe dazu Schmid (Fn. 26), S. 70 ff.; Herrmann, in: Jung/Fincke (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, 1989, S. 133 (147).

nicht.²⁸ Auch diese Regel hat aber nichts mit einer „formellen Wahrheit“ zu tun. Zwar wird die Jury in diesen Fällen letzten Endes von der „nicht bestrittenen“ Version der Staatsanwaltschaft ausgehen, doch ist hier das im Beweisrecht vorgesehene zweistufige Verfahren zu bedenken: Zunächst muss die Staatsanwaltschaft ihr Beweiskonzept abarbeiten. Erst dann ist der Angeklagte mit seiner „Version“ dran.²⁹ Auf Antrag der Verteidigung hat die Jury sogar zwischenzeitlich zu entscheiden, ob der Anklagevorwurf genügend bewiesen ist. Liegen keine genügenden Beweise vor, so wird die Klage bereits an dieser Stelle abgewiesen.³⁰ Die Version der Staatsanwaltschaft muss also nicht etwa ungeprüft als „wahr“ behandelt werden, nur weil und soweit sie nicht bestritten wird.³¹

Zuzugestehen ist natürlich, dass die Jury faktisch nur das würdigen kann, was überhaupt von den Parteien vorgetragen worden ist.³² Dabei ist auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass eine Partei aus taktischen Gründen Tatsachenstoff gar nicht einbringt oder auf die kontradiktorische Prüfung der vom Gegner vorgebrachten Beweise verzichtet.³³ Allein deswegen kann man aber nicht davon sprechen, der anglo-amerikanische Prozess habe nur eine „formelle Wahrheit“ oder ein „prozessuales Konstrukt“ zum Ziel, das die Parteien in „dialogischer“ Weise „herstellen“. Denn damit würden die Begriffe unscharf, und man verpasste den entscheidenden Streitpunkt: Kann das adversatorische Prinzip besser als die Inquisitionsmaxime „richtige“ Sachverhaltsfeststellungen garantieren, etwa weil die Jurymitglieder un-

beeindruckt von den Akten der Ermittlungsbehörden die Beweise würdigen können? Oder muss, gerade weil der faktische Einfluss der Parteien bei einem konsequent durchgeführten adversatorischen Prinzip womöglich zu groß ist, seine Eignung zur Aufklärung des Sachverhalts bezweifelt werden? Diese Frage soll hier – wie gesagt – nicht beantwortet werden; es sollte aber deutlich geworden sein, dass man dieser Frage nicht ausweichen kann, indem man das Verfahrensziel gar nicht erst klar benennt, sondern aus den Gestaltungsmaximen des Beweisverfahrens auf ein irgendwie abweichendes Wahrheitsverständnis schließt.

III. Wahrheitsbegriffe und Wahrheitskriterien im Strafverfahren

Damit ist man beim Wahrheitsbegriff. Verschiedene Wahrheitsbegriffe sollen die weltanschauliche Grundlage der jeweiligen Konzeption bilden. Bei uns glaube man an das eine, rekonstruierbare historische Geschehen. Es herrsche also ein ontologischer Wahrheitsbegriff.³⁴ Die Korrespondenztheorie der Wahrheit, nach der es auf eine Übereinstimmung von Aussage und Wirklichkeit ankommt, wird daher mit dem Ziel der „materiellen Wahrheit“ nahezu einhellig gleichgesetzt³⁵ und betont, sie sei „dem Strafverfahren als einem gesellschaftlichen Prozess völlig adäquat“.³⁶

Mit diesen theoretischen Gebilden konkurrieren freilich andere Wahrheitstheorien, und zwar im Wesentlichen die Kohärenztheorie der Wahrheit und die Diskurstheorie der Wahrheit.³⁷ Wie oben schon angedeutet, wird die Beurteilung des anglo-amerikanischen Prozessmodells nicht selten mit dem Hinweis verknüpft, diesem Modell liege ein anderes Konzept von „Wahrheit“ zugrunde. Man hänge nicht dem Gedanken an die eine Wirklichkeit an, die es zu erkennen gelte, sondern lasse verschiedene „Wahrheiten“ zu.³⁸ Zugrunde gelegt werde hier also nicht ein ontologisches Verständnis; vielmehr werde anerkannt, dass Wahrheit ein „soziales Konstrukt“ sei.³⁹ Demzufolge könnte man sagen, dass sich im anglo-amerikanischen Rechtsraum der Wahrheitsbegriff der Diskurstheorie⁴⁰ durchgesetzt habe.

²⁸ Vgl. *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, 2003, S. 47; vgl. auch *Herrmann* (Fn. 27), S. 133 (147 f.). Im deutschen Strafverfahren herrscht demgegenüber ein Alles-oder-Nichts-Prinzip: Entweder muss der gesamte Tatsachenstoff in der Hauptverhandlung bewiesen werden oder aber die Hauptverhandlung kann ganz entfallen; der Tatsachenstoff wird dann aus den Akten entnommen und es ergeht ein Strafbefehl.

²⁹ *Schmid* (Fn. 26), S. 70 ff., 153, 216 ff.

³⁰ *Schmid* (Fn. 26), S. 73.

³¹ Die Situation des guilty plea stellt das bisher Gesagte übrigens nicht in Frage. Beim guilty plea geht es – anders als beim Geständnis – gerade nicht um die (Wissens-)Erklärung, der ermittelte Sachverhalt sei wahr. Vielmehr stellt das guilty plea nach authentischem Verständnis der anglo-amerikanischen Prozessdoktrin eine unmittelbare Grundlage für einen Schuldspruch dar und ersetzt daher die Notwendigkeit, dass die Jury sich eine Überzeugung vom „wahren“ Sachverhalt bildet; so der Supreme Court der USA in der Entscheidung *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220, 223 (1927).

³² Die Frage, inwieweit der Richter im amerikanischen bzw. englischen Prozess seinerseits in die Beweisführung der Parteien durch eigene Fragen intervenieren darf und auch tatsächlich interveniert, wird offensichtlich unterschiedlich gesehen; vgl. einerseits *Weigend*, ZStW 100 (1988), 733 (737); andererseits *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 322 ff.

³³ *Weigend*, ZStW 100 (1988), 733 (753).

³⁴ *Trüg/Kerner* (Fn. 8), S. 191 (193).

³⁵ Vgl. *Paulus*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 687 (688); *Trüg/Kerner* (Fn. 8), S. 191 (192) m.w.N.

³⁶ *Schünemann* (Fn. 2 – FS Fezer), S. 555 (559).

³⁷ *Habermas*, in: Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für Walter Schulz, 1974, S. 211; zur Rezeption in der Rechtswissenschaft *Schmidt*, JuS 1973, 219; *Arthur Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (433 ff.).

³⁸ Zu der Idee, im Verfahren ginge es um ein Aushandeln zwischen verschiedenen Wahrheiten vgl. *Volk* (Fn. 19), S. 411 (413 f.); *Grasnick*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 207 (219 ff.).

³⁹ *Trüg/Kerner* (Fn. 8), S. 191 (196).

⁴⁰ Zur Diskurstheorie als „rechtstheoretische Perspektive“ auch für die Entwicklung des Strafverfahrens im kontinental-europäischen Raum vgl. *Jahn*, GA 2004, 272.

Tatsächlich ist die Annahme, das anglo-amerikanische Modell korrespondiere mit der Konsensustheorie der Wahrheit, und zwar auf der Grundlage der Diskurstheorie, ebenso falsch wie die Vermutung, mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit im inquisitorischen Modell sei eine Festlegung auf die Korrespondenztheorie bzw. auf einen ontologischen Wahrheitsbegriff verbunden. Beide Modelle sind im Hinblick auf die philosophische Kontroverse „neutral“.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass das anglo-amerikanische Modell nicht entstanden ist, um der „Konsensustheorie“ Geltung zu verschaffen.⁴¹ Der Konsens hat in der philosophischen Diskussion den Status eines Wahrheitskriteriums. Auf dieses Kriterium setzt die Diskurstheorie, die damit von einem ontologischen Wahrheitsbegriff Abschied nimmt. Konzeptioneller Ausgangspunkt des adversatorischen Systems ist aber nicht der Konsens, sondern das Prinzip des Streits zwischen zwei, durch die Parteien repräsentierten Standpunkten. Nach der Diskurstheorie mit dem Konsens als Wahrheitskriterium müsste man so lange streiten, bis ein Konsens gefunden ist. So ist das adversatorische System aber keineswegs zu verstehen. Prägend für die Konzeption ist nicht der Konsens der Parteien, sondern das dialogische Prinzip mit anschließender Streitentscheidung durch eine neutrale Instanz, die Jury. Dass im Falle eines Konsenses der Prozessparteien das Verfahren ohne Beweisaufnahme zu dem fraglichen Punkt⁴² oder überhaupt ohne Entscheidung der Jury abzuschließen ist,⁴³ stellt eine bloße Folge des adversatorischen Prinzips dar: Wo ein „Wettstreit“ nicht stattfindet, verliert der Prozess, der den „Wettstreit“ organisieren soll, seinen Sinn.

Zweitens gilt für die Jurymitglieder, dass sie sich ihrer Entscheidung „beyond a reasonable doubt“ sicher sein müssen.⁴⁴ Dem entspricht die Aufforderung unseres Gesetzgebers, der Richter habe sich eine „Überzeugung“ zu bilden und dabei den Grundsatz „in dubio pro reo“ anzuwenden. Nicht ohne Grund hütet man sich hier wie dort, den zur Entscheidung berufenen Personen ein „Wahrheitskriterium“ zu nennen, das sie zu beachten haben. Die Jury oder der Einzelrichter oder das Richterkollegium treten nicht mit dem Anspruch auf, „die Wahrheit“ gefunden zu haben, sondern zu einer „Überzeugung“ gekommen zu sein – oder eben nicht. In der Strafrechtswissenschaft ist man sich heute zwar einig, dass zwischen beiden Größen eine enge Verbindung besteht, denn mit dem Begriff der „Überzeugung“ sollte keineswegs einer weitgehenden Subjektivierung der Weg geebnet werden. Die „Überzeugung“ muss durch rationale Argumente und das Ergebnis der Beweisaufnahme getragen werden und intersubjektiv nachvollziehbar sein.⁴⁵ Damit aber fehlt jeder Hinweis darauf, dass die Gerichte auf eine bestimmte weltanschauli-

che Position festgelegt werden sollten. Der einzelne Richter bzw. das einzelne Jurymitglied muss selbst entscheiden, ob er/es „überzeugt“ ist, weil er/es glaubt, sein Vorstellungsbild stimme mit einer ontologisch verstandenen Wirklichkeit überein (Korrespondenztheorie), oder weil er/es glaubt, sein Vorstellungsbild könne sich in einem rationalen Diskursverfahren als allgemein zustimmungsfähig erweisen (Konsensustheorie) oder weil er/es glaubt, die von ihm getroffenen Aussagen seien kohärent zu den Denkwelten der Gesellschaftsmitglieder (Kohärenztheorie).

Drittens bleibt mysteriös, was die Gegenüberstellung eines „ontologischen Wahrheitsbegriffs“ und eines Verständnisses von Wahrheit als „soziales Konstrukt“ im Zusammenhang mit dem Ziel des Strafprozesses bedeuten soll.⁴⁶ Es ist nämlich offensichtlich, dass die Kategorie des „Fehlurteils“ nicht nur im kontinental-europäischen Rechtsraum bekannt ist, sondern ebenso auch im anglo-amerikanischen. Von einem „Fehlurteil“ bzw. einer „wrongful conviction“⁴⁷ kann man aus logischen Gründen aber nur dann sprechen, wenn es einen außerhalb des konkreten Prozesses liegenden Maßstab für die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung gibt. Die Unrichtigkeit kann sich dabei sowohl auf die Rechtsfragen beziehen, die zu entscheiden waren, als auch auf die Tatsachenfeststellungen. Einer Gesellschaft, die das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens im Hinblick auf die Tatsachenfeststellungen als „soziales Konstrukt“ und nicht als Rekonstruktion eines wirklichen Geschehens ansieht, könnte es aber allein darauf ankommen, ob die Verfahrensregeln zur „Herstellung“ dieses Konstrukts eingehalten worden sind oder nicht. Mit anderen Worten: Eine solche Gesellschaft dürfte die Kategorie des „Fehlurteils“ gar nicht kennen – jedenfalls nicht, wenn es um den Sachverhalt geht. Da es aber anders ist, kann man festhalten: Auch nach anglo-amerikanischer Prozessdoktrin wird der Sachverhalt nicht erst im Prozess nach bestimmten Regeln „hergestellt“, sondern dem Beweisverfahren wird sehr wohl zugetraut, ein außerhalb des Prozesses liegendes Geschehen möglichst zutreffend zu rekonstruieren. Dass dabei auch soziale Konstruktionen eine bedeutende Rolle spielen, ist eine Banalität, die für unseren Alltag ebenso wie für jedes Gerichtsverfahren gilt; und die Erkenntnis, dass es so ist, hat sich auch nicht allein im anglo-amerikanischen Rechtsraum herumgesprochen. Ein Grund, die Redeweise von der „Wahrheitsfindung“ deshalb für unpassend zu erklären, kann daraus jedenfalls nicht hergeleitet werden.⁴⁸

IV. Die Konstitution des Verfahrensgegenstandes

Die Beobachtung, dass es im anglo-amerikanischen Prozess weniger als in unserem Prozess um „Erkenntnis“ und mehr

⁴¹ Gegen die Heranziehung von Konsensustheorien zur Legitimation von Absprache-Verfahren auch *Damaška*, StV 1988, 398 (401).

⁴² S.o. S. 560 f. zum „nolo contendere“.

⁴³ S.o. Fn. 31 zum guilty plea.

⁴⁴ S.o. Fn. 26.

⁴⁵ Zum Begriff der „Überzeugung“ vgl. etwa *Engländer*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 85.

⁴⁶ Dagegen auch *Botke*, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 451 (456): „Leistungseffizient sind sach- und rechtswahre Tatsprüche. Über Tatsprüche ist kein funktionsgerechter Handel möglich, auch wenn die Tat als Straftat und die Straftatzuständigkeit soziale Konstrukte sind [...]“.

⁴⁷ Vgl. etwa *Huff/Killias* (Hrsg.), Wrongful Conviction, International Perspectives on Miscarriages of Justice, 2008.

⁴⁸ Anders aber wohl *Volk* (Fn. 19), S. 411 (414).

um „Herstellung“ geht, ist dennoch richtig. Diese Beobachtung wird freilich kategorial falsch zugeordnet, wenn man sie auf die Tatsachenfeststellungen und den Wahrheitsbegriff bezieht. Nicht für das, was als „Wahrheit“ gelten kann, ist der Parteivortrag mit seinen kontroversen Sachverhaltsversionen konstitutiv, wohl aber für das, was wir in unserer Prozessdoktrin als „Verfahrensgegenstand“ bezeichnen. Der Verfahrensgegenstand wird nämlich nicht, wie in unserem Modell, durch die Anklage allein festgelegt, sondern durch beide Parteien. Erst dadurch erlangt der anglo-amerikanische Prozess eigentlich seinen Charakter als Parteiprozess.⁴⁹ Und die Frage lautet, ob ein nach parteiprozessualem Muster gestaltetes Beweisverfahren nicht auch einen Parteiprozess im eigentlichen Sinne voraussetzt, was freilich ein tiefgreifendes, auch das materielle Rechtsverhältnis umfassendes Umdenken in der gesamten Strafrechtstheorie mit sich bringen würde.⁵⁰

Die Dimension des Verfahrensgegenstandes ist nicht rein prozessualer Natur. Das hat die Vielzahl der Beiträge gezeigt, die sich mit der Frage beschäftigen, wie die Identität der prozessualen Tat – also der Verfahrensgegenstand nach deutschem Recht – zu bestimmen sei. Auf Einzelheiten und unentschiedene Streitstände kommt es hier nicht an.⁵¹ Jedenfalls verfolgt dieser Beitrag die These, dass es einen Zusammenhang zwischen Verfahrensstruktur und der Vorstellung gibt, wie sich das materielle Rechtsverhältnis konstituiert, das Gegenstand des Verfahrens ist. Zwei Möglichkeiten stehen – soweit ersichtlich – zur Verfügung: Das materielle Rechtsverhältnis wird bereits in Form eines Rechtsfalles konstruiert und nimmt die Struktur eines Rechtsstreits ein; es wird m.a.W. dialogisch aufgefasst. Oder es wird systematisch und vollständig aus der Rechtsfolge entwickelt und damit monologisch aufgefasst.⁵²

In der anglo-amerikanischen Denktradition wird das Strafrechtsverhältnis nach der Logik von Rechten und Gegenrechten – also dialogisch – konstruiert. Der Staatsanwalt macht für die Allgemeinheit den Strafanspruch geltend. Dieser besteht, vereinfacht gesagt, aus der Begehung eines Deliktes einschließlich seiner subjektiven Voraussetzungen. Dem Strafanspruch kann der Beschuldigte mit Gegenrechten – defenses – entgegentreten. Diese Gegenrechte muss er im Prozess geltend machen. Erst durch diesen Akt des Geltendmachens werden auch die Gegenrechte zum Verfahrensgegenstand. Hierzu gehören namentlich die Rechtfertigungs-

und Entschuldigungsgründe.⁵³ Der Verfahrensgegenstand wird also tatsächlich erst durch den Parteivortrag konstituiert; dass dazu dann auch ein entsprechender Tatsachenvortrag gehört, ergibt sich gewissermaßen erst sekundär. Der Verfahrensgegenstand – das ist wichtig, festgehalten zu werden – hat seinen Bezugspunkt nicht in einem Rechtsverhältnis, das auch außerhalb eines Prozesses als schon existent gedacht werden und auf dessen (bloße) Rekonstruktion es im Prozess ankommen könnte.

So gesehen trifft auch der Begriff der „materiellen Wahrheit“⁵⁴ wenn man ihn umstandslos auf das anglo-amerikanische Modell anwendet, nicht das Richtige.⁵⁵ Der Begriff steht nicht für eine rein prozessuale Kategorie, sondern knüpft an unser strafrechtliches Systemdenken an. Bezugspunkt der „materiellen Wahrheit“ ist ein Rechtsverhältnis, das durch das begangene Delikt begründet wurde, und das – weil es sämtliche systematisch entwickelten Strafbarkeitsvoraussetzungen schon enthält – im Prozess „nur noch“ zu rekonstruieren ist.

V. Ausblick

Zwischen der Prozessstruktur und der Konzeption des materiellen Strafrechts besteht ein spezifischer Zusammenhang. Es ist aber schwer vorstellbar, das adversatorische System aus diesem Zusammenhang, der durch ein dialogisch strukturiertes Rechtsverhältnis gebildet wird, zu lösen und mit unserem, vom materiellen Systemdenken beherrschten Strafrechtskonzept zu kombinieren.

In den beiden Kontinenten kommen entgegen einer verbreiteten Ansicht nicht wissenschaftsphilosophisch erklärbare Unterschiede bei der Wahrheitskonzeption zur Geltung. Für die Favourisierung des Wettstreit-Ideals im anglo-amerikanischen Prozess gegenüber staatlich/hoheitlich garantierter Durchsetzung einer „Werteordnung“ ist nach anderen Erklärungen zu suchen. Vielfach rezipiert wurden etwa die von *Mirjan Damaška* eingeführten Konzepte des „reactive state“ und des „proactive state“.⁵⁶ So erkenntnisfördernd solche Gegenüberstellungen auch sein mögen, sie nehmen aber die Prozessstruktur als solche in den Blick und suchen für sie eine Verbindung zu einer tiefer liegenden Ebene des Rechts- und Kulturvergleichs. Dass aber wiederum juristische Denkfiguren – hier: die Struktur des materiellen Rechtsverhältnisses – ihrerseits Bedingungen schaffen, die eine Favourisierung des adversatorischen Ideals oder aber eines inquisitorischen Ideals nahe legen, ist eine Erkenntnis, die in ihren Konsequenzen erst noch durchdacht werden müsste. Eine Konse-

⁴⁹ Zur Abhängigkeit des Parteiprozesses von einer bestimmten Logik, was die Konstruktion des materiellen Rechtsverhältnisses angeht, vgl. *Haas* (Fn. 5), S. 365 ff.

⁵⁰ Angedeutet, aber nicht zufriedenstellend gelöst bei *Weichbrodt*, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006, S. 66 ff., zusammenfassend S. 110 ff.

⁵¹ Vgl. die Darstellung bei *Velten* (Fn. 22), § 264 Rn. 12 ff.

⁵² Das Konzept des dialogischen Rechts knüpft an die Monographie von *Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, v.a. S. 276 ff., an. Zu den gegensätzlichen Logiken vgl. *Weßlau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, 2002, S. 216 mit Fn. 762; zu den jeweiligen prozessualen Konsequenzen s.a. die Andeutungen bei *Weßlau*, GA 2010, 47 (51).

⁵³ *Schmid* (Fn. 26), S. 216 ff.

⁵⁴ Dass der Begriff der „formellen Wahrheit“ unpassend ist, wurde oben bereits gezeigt.

⁵⁵ Vgl. aber z.B. *Schünemann* (Fn. 2 – FS Fezer), S. 555 (562 ff.), wo die These vertreten wird, auch das anglo-amerikanische Modell der Beweisaufnahme verfolge das Ziel, die materielle Wahrheit zu erforschen.

⁵⁶ *Damaška*, The Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process, 1986; vgl. auch *ders.*, StV 1988, 398; aufgegriffen z.B. von *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801.

quenz dürfte bereits deutlich geworden sein: Es gibt unterschiedliche Bedürfnisse, die Legitimität der Verurteilung durch Bezugnahme auf die Kategorie „Wahrheit“ zu stützen. Im kontinentalen System dient der Prozess der Verwirklichung des materiellen Strafrechts. Aufgabe des Prozesses ist es, alle Tatfragen zu klären, die sich aus dem Rechtsverhältnis ergeben. Wenn es um die Verwirklichung des materiellen Strafrechts geht, dann muss der Prozess auf Wahrheitsfindung ausgerichtet sein. Wo aber das Rechtsverhältnis nicht in einer Abfolge von verschiedenen Gesichtspunkten vollständig durchstrukturiert, sondern nach dem Muster von Rechten und Gegenrechten gedacht wird, auf die die Parteien sich im Prozess berufen müssen, wo also der Strafrechtsfall außerhalb des Prozesses gar nicht existiert, da wird die Frage nach der Übereinstimmung des Prozessergebnisses mit dem materiellen Recht unsinnig. Das muss bedacht werden, wenn von „materieller Wahrheit“ als Verfahrensziel die Rede ist. All das ändert allerdings nichts daran, dass es auch in einem Parteiverfahren um Wahrheitsfindung im Sinne der Rekonstruktion des vergangenen Geschehens als Verfahrenszweck geht.

Sind straflose Versuche rechtswidrig?

Von Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg

Was ist das Schwerste von allem? Was dir das Leichteste dünkt, / Mit den Augen zu sehn, was vor den Augen dir liegt. Goethe/Schiller, Xenien. Aus Goethes Nachlass, Nr. 45.

I. Das Thema

Manchmal tauchen im Labyrinth der Strafrechtsdogmatik Fragen auf, die völlig unspektakulär anmuten, auf etwas gänzlich Geläufiges zu verweisen scheinen und die einem, bedenkt man's genauer, gleichwohl so noch nie begegnet sind. Dann neigt man wohl dazu, das Letztere für die Folge des Ersteren zu halten. Entweder, so die gleichsam achselzuckende Intuition, ist die Frage zu unwichtig oder die Antwort zu selbstverständlich, um dem Thema einen plausiblen Platz im Raum salonfähiger dogmatischer Probleme zu verschaffen. Also beiseite damit, ad acta des Unbeträchtlichen, Zeitstehlenden, mit Recht Ignorierten.

Eine solche Frage scheint die obige Titelfrage zu sein. Mir ist sie kürzlich in einem bestimmten Zusammenhang begegnet, von dem gleich die Rede sein soll. Bei verschiedenen Gelegenheiten habe ich sie dann beiläufig weitergegeben an eine Reihe befreundeter und hochgeschätzter Kollegen und Kolleginnen. Zu meiner Verblüffung fielen die Antworten schroff gegensätzlich aus. In einem Punkt, dem des oben apostrophierten Achselzuckens, stimmten sie allerdings weitgehend überein. Im Übrigen lassen sie sich in drei unterschiedliche Typen gliedern und ein wenig salopp, aber sachlich exakt, so zusammenfassen:

1. „Blöde Frage, selbstverständlich sind straflose Versuche rechtswidrig.“
2. „Blöde Frage, selbstverständlich sind sie nicht rechtswidrig.“
3. „Blöde Frage“, schlechthin.

Grund genug, scheint mir, ihr ein wenig genauer nachzugehen. Bernd Schünemann, dem dieser Aufsatz zum 70. Geburtstag in besonderer Hochachtung und Verbundenheit gewidmet ist, mag solchen Gängen ein leises Vergnügen abgewinnen, ob er ihrem Ergebnis zustimmt oder nicht. Welche Seite auch immer übrigens in der nun zu entwickelnden Kontroverse irren mag (und dort könnte ich mich am Ende natürlich selbst finden) – sie mag das Motto am Anfang dieser Zeilen in seiner heiteren Gelassenheit einfach beim Wort nehmen. Bernd Schünemann ist nicht nur ein Meister der gesamten Strafrechtswissenschaft, sondern auch ein Liebhaber und Kenner der klassischen Literatur. So mag jedenfalls dieser Vorschlag seine Zustimmung finden.

II. Der Hintergrund...

... ist ein zweifacher. Zunächst die im Frühjahr 2014 öffentlich gewordene Affäre um den ehemaligen Bundestagsabgeordneten der SPD Sebastian Edathy, nämlich die gegen ihn eingeleiteten Ermittlungen wegen des Verdachts des Erwerbs und Besitzes kinderpornographischer Schriften gem. § 184b Abs. 1 und 4 StGB. Und zweitens diverse Vorgänge vertraulicher Kommunikation über diesen Verdacht zwischen hochrangigen Amtsträgern und Politikern. Genauer: ein Anruf des

damaligen parlamentarischen Geschäftsführers und heutigen Fraktionsvorsitzenden der SPD Thomas Oppermann beim Präsidenten des Bundeskriminalamts Jörg Ziercke im Oktober 2013. Oppermann war zuvor vom ehemaligen Bundesinnenminister Friedrich in einem persönlichen Telefonat über den Verdacht gegen Edathy informiert und auf das dem BKA dazu vorliegende Material hingewiesen worden. Daraufhin rief Oppermann beim BKA-Präsidenten an, um sich von diesem – so die zunächst verbreitete Darstellung – den Verdacht gegen Edathy „bestätigen zu lassen“.¹ Die schnell folgende öffentliche Berichtigung Zierckes, er habe nichts „bestätigt“, und die daran anknüpfenden Zweifel in den Medien, er habe in dem fraglichen Telefonat vermutlich doch ein Dienstgeheimnis verletzt (§ 353b StGB), veranlassten dann auch Oppermann zu der öffentlichen Korrektur seiner früheren Behauptung. Zwar sei zwischen ihm und Ziercke der Fall Edathy angesprochen worden. Doch habe Ziercke die ihm von Oppermann vorgetragene Version aus dessen Telefonat mit Innenminister Friedrich „nicht kommentiert“. Er, Oppermann, habe daraus lediglich „den Eindruck“ gewonnen, „ein Ermittlungsverfahren sei nicht ausgeschlossen“.²

Das mochte man glauben oder nicht. Jedenfalls war es nicht zu widerlegen. Für die strafrechtliche Frage, ob der Präsident des BKA ein Dienstgeheimnis verraten habe, war es daher vorauszusetzen.³ Im Übrigen war die Frage, ob gegen Edathy ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden oder demnächst zu erwarten sei, für Oppermann und die gesamte SPD-Parteispitze zur Zeit des Telefonats höchst bedeutsam. Im Rahmen der damals laufenden Verhandlungen zwischen CDU und SPD zur Bildung einer Regierung galt Edathy wegen seiner Tätigkeit als Vorsitzender im NSU-Untersuchungsausschuss als prädestiniert für ein höheres Regierungsamt. Wäre er (beispielsweise) zum Staatssekretär ernannt und anschließend das Ermittlungsverfahren wegen Verdachts einer Straftat nach § 184b StGB gegen ihn eröffnet worden, so hätte das nicht nur für die SPD, sondern auch für die andere Regierungspartei das Risiko eines erheblichen Ansehens-

¹ Vgl. Sattar, FAZ v. 20.2.2014, online unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/edathy-affaere-die-sache-stinkt-12812678.html> (3.10.2014).

² Sattar, FAZ v. 20.2.2014.

³ Übrigens wäre bei diesem Geheimnisverrat nicht allein § 353b StGB, sondern auch § 203 Abs. 2 StGB einschlägig gewesen. Dass die beim BKA gesammelten Indizien für Bezug und Besitz kinderpornographischen Materials durch Edathy ein zu dessen „persönlichem Lebensbereich gehörendes Geheimnis“ (§ 203 Abs. 1 StGB) betrafen, ist nicht zweifelhaft. Und der Ausschluss des Tatbestands durch § 203 Abs. 2 S. 2 (Halbsatz 2) StGB ist hier schon deshalb nicht einschlägig, weil die Information seitens Zierckes ggf. nicht, wie dort vorausgesetzt, an eine „andere Behörde oder sonstige Stelle für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bekanntgegeben“ worden wäre, sondern eben an Thomas Oppermann, den parlamentarischen Geschäftsführer der SPD-Fraktion im Bundestag.

verlusts bedeutet. Oppermann selbst galt damals als Kandidat für den Posten des Innenministers. Über das Anliegen hinaus, Schaden für seine Partei zu vermeiden, hatte er daher auch ein gewichtiges persönliches Interesse an der Klärung des Sachverhalts.

Aber durfte er deswegen bei Ziercke anrufen und diesen in unmissverständlicher Deutlichkeit auffordern, ihn über die Sache Edathy zu informieren? Strafrechtlich war das der Versuch, den BKA-Präsidenten zum Geheimnisverrat anzustiften, zu einem Vergehen also und somit straflos (§ 30 Abs. 1 S. 1 StGB).⁴ In einer öffentlichen Diskussion, an der Thomas Oppermann selbst teilnahm, wurde an mich seinerzeit die Frage gestellt, wie sein Anruf beim BKA-Präsidenten strafrechtlich zu beurteilen sei. Meine Erwiderung reiht sich ein in die erste Gruppe jener oben erwähnten drei Antworttypen: Herrn Oppermanns Verhalten sei als Versuch der Anstiftung zu einem Vergehen nicht mit Strafe bedroht. Es werde aber vom Recht gleichwohl missbilligt, sei also rechtswidrig gewesen. Der Mehrheit unter den Zuhörern jener Diskussionsrunde dürfte das nicht recht eingängig erschienen sein. Sub specie Strafrecht kam es mir damals ganz selbstverständlich vor. Diese unbefangene Annahme war, um das Mindeste zu sagen, blauäugig. Darüber klärte mich anschließend der oben angedeutete kollegiale Widerspruch auf. Dass sie in der Sache irrig gewesen sei, glaube ich aber nach wie vor nicht.

III. Der prinzipielle Einwand: Fehlen eines Strafe androhenden Tatbestands und Art. 2 Abs. 1 GG

Vorweg zur Vermeidung von Missverständnissen: Es geht im Folgenden so wenig wie in der damaligen Diskussion darum, ob es überhaupt rechtswidrige straflose Versuche gibt – selbstverständlich gibt es die, wie ein Blick in die Rücktrittsvorschriften des § 24 StGB zeigt.⁵ Genauso wenig geht es um die ebenfalls selbstverständliche Möglichkeit eines straflosen Versuchs, dessen Handlung nach außerstrafrechtlichen Normen, etwa des Zivilrechts oder des OWiG, rechtswidrig ist. Gefragt wird vielmehr, ob (1.) jeder Versuch einer Straftat, den das StGB der Strafdrohung für Versuche ausdrücklich entzieht – sei es über § 23 Abs. 1 StGB den täterschaftlich begangenen, sei es, wie im Fall Oppermann, über § 30 Abs. 1 StGB die versuchte Teilnahme – gleichwohl rechtswidrig ist,

⁴ Ein Problem der (etwas schief) so bezeichneten „notwendigen Teilnahme“ stellt sich hier nicht. Zwar ist der (einzige) Adressat der Verletzung eines Dienstgeheimnisses, die lediglich zwischen zwei Personen stattfindet, insofern „notwendig“, als ohne ihn der Andere den Tatbestand des § 353b StGB, eines sog. Konvergenzdelikts, nicht erfüllen könnte. Solche Beteiligte werden von der wohl noch h.M. schon deshalb für straflos gehalten (zum Streit darüber *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 51 m.w.N.). Über die tatbestandlich notwendige Funktion des bloßen Geheimnisempfängers geht es freilich weit hinaus, wenn der Adressat den Verrat außerdem als Anstifter veranlasst hat; dann steht seine Strafbarkeit außer Streit.

⁵ Also in die gesetzliche Regelung persönlicher Strafausschließungsgründe, die Unrecht und Schuld des Versuchs unberührt lassen.

und zwar (2.) aus rein strafrechtlichen Gründen, also, wenn man so will, genuin strafrechtswidrig.

Nein, sagen die Vertreter des oben erwähnten zweiten Antworttypus. Das folge zwar nicht aus Art. 103 Abs. 2 GG, wohl aber aus dem rechtsstaatlichen Grundprinzip, wonach in einer auf individuellen Grundrechten beruhenden Rechtsordnung jedes Verhalten freiheitsrechtlich erlaubt sei, das von keiner Norm dieser Ordnung untersagt werde. Art. 2 Abs. 1 GG stelle dies ausdrücklich klar. Vom Strafrecht untersagt werde aber nur ein Verhalten, das unter einen strafrechtlichen Gesetzestatbestand subsumiert werden könne. Ein Verhalten, bei dem dies ausgeschlossen sei, könne daher nicht strafrechtlich missbilligt, also nicht spezifisch strafrechtswidrig sein. Und dies eben kennzeichne Oppermanns Anruf bei dem BKA-Präsidenten. Die damit verbundene erfolglose Aufforderung an Ziercke, Auskunft über ein Dienstgeheimnis zu geben, werde vom einschlägigen Tatbestand der versuchten Teilnahme (§ 30 Abs. 1 StGB) eindeutig ausgeklammert. Sie sei daher nicht nur straflos, sondern auch nicht rechtswidrig.⁶

Richtig ist selbstverständlich, dass § 30 Abs. 1 StGB, der die Strafbarkeit der versuchten Teilnahme auf Versuche der Anstiftung zum Verbrechen beschränkt, Oppermanns Handeln nicht erfasst. Und ebenso richtig ist, dass nur solche Verhaltensweisen, die unter das Handlungsmerkmal eines Straftatbestands subsumiert werden können, strafrechtswidrig sind. Nicht richtig ist aber der daraus offenbar gezogene Schluss, dies treffe für Oppermanns Anruf eben deshalb nicht zu, weil er von § 30 Abs. 1 StGB ausgeschlossen und somit von keinem Straftatbestand erfasst werde.

IV. Die Gründe der (Straf-)Rechtswidrigkeit: systematische Überlegungen

Was die Handlung des Versuchs der Anstiftung (des „Bestimmens“) zu einer Straftat verbietet, ist – wie bei jedem anderen Straftatversuch – der Gesetzestatbestand, der die Vollendung untersagt. Untersagt ist aber die Vollendung jeder Anstiftung; und daher ist es auch jeder Versuch des Anstiftens, zu welcher Straftat immer. Im Fall Oppermann ist der einschlägige Verbotstatbestand der des Anstiftens zur Verletzung des Dienstgeheimnisses; er ergibt sich also aus der Verbindung von § 353b Abs. 1 und § 27 StGB. Und eben daraus ergibt sich auch das Verbot des Versuchs einer solchen Anstiftung. § 30 Abs. 1 StGB, der die Frage der Straf-

⁶ Unser Problem hängt ersichtlich zusammen, deckt sich aber nicht mit der alten und vielerörterten Streitfrage, ob zum Unrecht einer Straftat auch deren Erfolg und nicht nur die ihn bewirkende tatbestandsmäßige Handlung gehöre (zum Streit *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 6/69 ff.). Mit der h.M. ist diese Frage nachdrücklich zu bejahen. Aber daraus folgt nicht, dass (sogar straflose) Versuche kein Unrecht sein könnten. Jeder Versuch produziert selbst einen Erfolg: die im Sinn des § 22 StGB nach der Tätervorstellung zugespitzte (unerlaubte!) Gefahr. Unser Problem hier ist also nicht die klassische Frage, ob zum Unrecht eines grds. strafbedrohten Versuchs auch der Versuchserfolg gehöre – das tut er; sondern ob ein *a limine* strafloser Versuch überhaupt Unrecht sein kann.

barkeit dieses Versuchs regelt (und ihn straflos stellt), hat mit der Statuierung des tatbestandlichen Verbots nichts zu schaffen. Er ist ersichtlich überhaupt kein selbständiger Deliktstatbestand, so wenig wie es die Teilnahmevorschriften der §§ 26 und 27 StGB sind. Vielmehr handelt es sich, so die gängige Diktion, um Strafausdehnungsvorschriften.⁷ Sie dehnen allerdings nicht nur die Strafandrohung aus, sondern auch die sachliche Verbotsmaterie selbst: die für das Verhalten des Rechtsunterworfenen geltenden Bestimmungsnormen, die sich aus den Handlungsmerkmalen der jeweils einschlägigen BT-Tatbestände ergeben. Nicht nur töten, stehlen, betrügen... etc. oder eben Dienstgeheimnisse ausplaudern darf man nicht; auch andere dazu anzustiften ist verboten.

Das alles ist recht trivial. Es lohnt sich aber, sich diese systematischen Zusammenhänge zu vergegenwärtigen, bevor man, wie wir es nun tun wollen, den Blick zum Versuch dreht. Auch § 22 StGB ist offensichtlich kein selbständiger Tatbestand, sondern ebenfalls eine Strafausdehnungsnorm. Im Verbund mit § 23 Abs. 1 StGB erstreckt er die Strafdrohung gegen ein Verhalten, das vom Handlungsmerkmal eines BT-Tatbestands erfasst wird, bereits auf das unmittelbare Ansetzen zu dieser Handlung. Aber anders als die Teilnahmevorschriften dehnt er allein die Strafandrohung aus, nicht jedoch die sachliche Verbotsmaterie der Bestimmungsnormen im Handlungsmerkmal des jeweils einschlägigen Deliktstatbestands. Wem es verboten ist zu töten, dem ist es schon damit eo ipso verboten, zum Töten „unmittelbar anzusetzen“.⁸ Dagegen ist jemand, dem zu töten verboten ist, dadurch allein noch keineswegs verpflichtet, auch das „Bestimmen“ Dritter zum Töten (oder die Hilfeleistung dazu) zu unterlassen. In diesem Sinn erweitern daher die §§ 26 und 27 StGB nicht nur die Strafdrohung, sondern auch die Verbotsmaterie, den Bereich des untersagten Handelns.

Kurz: Kein Verbot, einen Tatbestand des BT zu verwirklichen, verbietet schon damit auch das Anstiften oder Hilfeleisten dazu; das tun erst die §§ 26 und 27 StGB. Aber jedes Verbot der Verwirklichung eines solchen Tatbestands verbietet auch und zugleich den Versuch dazu. Damit allein ist freilich die Strafbarkeit des dergestalt verbotenen Versuchshandelns offenkundig noch nicht begründet; denn die Tatbestände des BT verlangen für ein Strafbarwerden grundsätzlich den Vollzug der gesamten Handlung (nicht nur das unmittelbare Ansetzen dazu) und außerdem regelmäßig noch den Eintritt bestimmter Erfolge.⁹ Die §§ 22 und 23 StGB erstre-

cken daher lediglich die Strafandrohung, nicht aber das Verbotserdict auf Versuche, und eben nur auf einige davon. Und daraus folgt: Gäbe es die §§ 22, 23 im StGB nicht, so wäre kein Versuch strafbar, aber dennoch jeder Versuch verboten (rechtswidrig). Und dieses Verdict gilt, da es die §§ 22, 23 StGB gibt, selbstverständlich unverändert weiter für jeden Versuch, auch für den, auf den sie die Strafandrohung nicht erstrecken.

Das lässt sich nun auf § 30 Abs. 1 StGB projizieren. Er regelt sowohl die Teilnahme- als auch die Versuchsmaterie. Nach dem soeben Ausgeführten muss er daher eine zweifache, oder genauer, eine in zwei Schritten sich vollziehende Strafausdehnung anordnen, und eben das tut er.¹⁰ Erstens absorbiert er für die von ihm in Bezug genommenen Tatbestände des BT (für Verbrechen) vollständig die bereits in § 26 StGB angeordnete Erweiterung. Sie ist, wie wir gesehen haben, materiell eine doppelte: einerseits das zusätzliche Verbot einer Handlungsvariante, die im BT-Tatbestand selbst nicht vorkommt, nämlich des Anstiftens Dritter, und andererseits die auch darauf erstreckte Strafdrohung. Und zweitens erweitert er nun – über § 26 StGB hinaus – die Strafdrohung für jenes Anstiften auch und schon auf das unmittelbare Ansetzen dazu. Ein weiteres zusätzliches Handlungsverbot ist, wie oben dargelegt, mit dieser zweiten Ausdehnung nicht mehr verbunden. Denn wer nicht anstiften darf, darf schon deshalb auch nicht versuchen anzustiften.¹¹ Strafbar wird er dadurch aber erst über § 30 Abs. 1 StGB, und nur in den dort gezogenen Grenzen.

Präzisieren wir noch ein wenig. § 30 Abs. 1 StGB ist als Regelung der Strafbarkeit versuchter Teilnahme *lex specialis* zu § 23 Abs. 1 StGB: Gäbe es jenen nicht, wäre dieser anwendbar. In dessen Grenzen wäre dann freilich (und rechtsstaatlich höchst problematisch) jeder Versuch des Anstiftens und sogar der Beihilfe zu einer Tat strafbedroht, nämlich gem. dem BT-Tatbestand der einschlägigen Haupttat, z.B. § 242 i.V.m. §§ 26, 22, 23 StGB bzw. mit §§ 27, 22, 23 StGB. *Lex specialis* ist § 30 Abs. 1 StGB deshalb, weil er die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit enger als die des § 23 StGB bestimmt. Nur Versuche der Anstiftung zum Verbrechen sind erfasst (und – e contrario – solche der Beihilfe überhaupt nicht). Eben darum ist aber die in der Literatur geläufige Wendung, § 30 Abs. 1 StGB sei eine Strafausdehnungsvorschrift, ungenau, oder besser: nur die halbe Wahrheit. Richtig ist, dass er gegenüber § 26 StGB die Strafbarkeit auch auf den Versuch der Anstiftung ausdehnt; und diese Erweiterungsfunktion übernimmt er von § 23 Abs. 1 StGB,

⁷ Statt aller *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 30 Rn. 1 m.w.N.; aus systematischen Gründen stehen diese Normen daher richtigerweise im Allgemeinen Teil.

⁸ Das setzt begrifflich und daher für § 22 StGB ganz unbestritten den Vollendungsvorsatz des Täters voraus. Wer nur „ansetzen“ wollte und nicht mehr, setzte („nach seiner Vorstellung von der Tat“) zur Tatbestandsverwirklichung nicht einmal an; er vollzöge eine tatbestandsferne, strafrechtlich leere Geste.

⁹ Den geläufigen Umstand beiseite, dass es auch Tatbestände gibt, die bereits das unmittelbare Ansetzen zu einer Tat als

Vollendung definieren und mit Strafe bedrohen („Unternehmensdelikte“).

¹⁰ Systematisch könnte er daher ebenso gut bei § 22 StGB stehen wie bei den Teilnahmevorschriften (anders aber *Schünemann* [Fn. 7], Rn. 2). Im Übrigen enthält er ersichtlich noch eine weitere Variante, einen möglichen dritten Schritt sozusagen, nämlich den Versuch des Anstiftens zum Anstiften (zum Verbrechen). Das kann hier ignoriert werden.

¹¹ Und das folgt eben bereits aus § 26 StGB im Verbund mit dem jeweiligen BT-Tatbestand: aus dem Vollendungstatbestand der Anstiftung.

den er als *lex specialis* verdrängt. Aber nun engt er, eben weil er § 23 StGB verdrängt, außerdem auch dessen sachliche Reichweite ein: Nur Versuche der Anstiftung zum Verbrechen sind erfasst, nicht, wie in § 23 StGB, auch solche der Anstiftung (und der Beihilfe) zu den dort bezeichneten Vergehen. Kurz: § 30 Abs. 1 StGB ist nicht nur Strafausdehnungs-, sondern auch Strafeinschränkungsvorschrift.¹²

Betrachten wir durch die Brille dieser systematischen Erwägungen unsere Titelfrage: Schon von ihnen wird sie beantwortet. Ja, jeder Versuch einer verbotenen Tat ist selbst verboten (rechtswidrig), auch wenn er nicht mit Strafe bedroht ist. Das gilt daher auch für den Versuch der Anstiftung, sei er strafbar oder nicht. Deshalb hat Oppermann mit seinem Anruf bei Ziercke straflos, aber rechtswidrig gehandelt. Man trete zur Erwägung der Plausibilität dieses Ergebnisses nur einmal aus den etwas verschlungenen Gedankengängen der Systematik heraus und betrachte die Frage mit einem unbefangenen Blick. Was sonst wäre denn plausibel? Jede vollendete Straftat ist nichts anderes als ein Versuch, der gelingt. Und da ein solches Gelingen stets von Umständen jenseits des Täterhandelns abhängt, wäre es einigermaßen bizarr, wollte das Strafrecht dem, der eben zu einer Tat (deren Versuch straflos ist) ansetzt, sozusagen imaginär ins Ohr flüstern: „Vollenden darfst du das nicht! Aber versuchen, es zu vollenden, darfst du getrost.“

Dennoch - überprüfen wir unser Ergebnis auch an einer Reihe strafrechtlicher Regeln und Prinzipien, die primär in anderen Zusammenhängen Anwendung finden, die aber beiläufig auch auf die Frage der Rechtswidrigkeit strafloser Versuche ein Licht werfen.

V. Das Argument aus den Regeln der objektiven Zurechnung

Objektiv zurechenbar ist ein tatbestandlicher Erfolg nur, wenn er sich als Verwirklichung eines vom Täter geschaffenen „rechtlich missbilligten“ Risikos dartun lässt.¹³ Darauf hat sich die Strafrechtswissenschaft der vergangenen 50 Jahre nahezu umfassend verständigt. Strafrechtlich, missbilligt, nämlich vom Handlungsmerkmal eines Tatbestands erfasst,

¹² Zahlreiche Einzelheiten sind umstritten; grds. abweichend *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 30 Rn. 9, der schon den Begriff des Versuchs in § 30 StGB anders als den in § 22 StGB bestimmen will. Das negiert das positive Recht und überzeugt auch straftheoretisch nicht; zutreffend dagegen *Schünemann* (Fn. 7) Rn. 17.

¹³ In allerlei Varianten heute jedenfalls in der Rechtslehre kaum noch bestritten; siehe etwa *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2013, Kap. 10. Es geht dabei nicht um die Feststellung der Rechtswidrigkeit des konkreten Verhaltens X eines Täters T, sondern um die generelle, abstrakt typisierte, eben tatbestandliche Unerlaubtheit solchen Verhaltens; im Einzelfall mag es von besonderen Rechtfertigungsgründen legitimiert werden. Dass diese Zurechnung eines komplexen Systems von Anwendungsregeln bedarf, ist selbstverständlich; grundlegend *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 B.

ist ein Risiko erst und allenfalls dann, wenn der Täter „nach seiner Vorstellung von der Tat“ zu deren Verwirklichung „unmittelbar ansetzt“.¹⁴ Aber dann ist und bleibt es dies auch: missbilligt, unerlaubt, rechtswidrig. Der weitere Tatverlauf kann diese normative Klassifizierung nicht rückwirkend aufheben, auch wenn die Tat misslingt und im ggf. straflosen Versuch stecken bleibt. Warum etwa ein gedachter Beobachter, der beim Ansetzen des Täters zum Versuch das Unerlaubte (Rechtswidrige) der Risikoschaffung zutreffend feststellt, nach dem Scheitern des Versuchs genau dieses Verdikt nun rückwirkend konfiszieren und die Risikoschaffung jetzt für erlaubt sollte erklären können, ist nicht recht verständlich.

Wie unhaltbar es ist wird deutlich, wenn die Tathandlung und der Eintritt des Taterfolgs oder eben die Gewissheit seines Ausbleibens durch eine längere Zeitspanne getrennt sind. A schickt an seinen Feind B in Australien einen beleidigenden Brief, der mindestens drei Tage unterwegs ist. Erlaubt? Nun, ganz gewiss nicht. Aber die Vertreter der Auffassung, straflose Versuche seien auch nicht rechtswidrig, müssten hier sagen: „Nicht so voreilig! Bis der Brief angekommen, vom Adressaten geöffnet, zur Kenntnis genommen und damit die Beleidigung vollendet worden ist, kann man das nicht wissen. Denn bleibt es beim bloßen Versuch der Beleidigung, so ist dieser straflos und daher auch nicht rechtswidrig.“ Erst die Vollendung der Tat nach § 185 StGB könnte uns dann also Gewissheit verschaffen, ob das Absenden des Briefes unerlaubt gewesen ist. Das ist sonderbar genug. Es ist aber mehr als das. Erst die Vollendung würde dann rückwirkend die Rechtswidrigkeit erzeugen. Denn hätte unser B den empfangenen Brief ungeöffnet weggeworfen, wie er es, so wollen wir annehmen, mit zahlreichen früheren Briefen des A getan hat, dann – und eben deshalb – hätte A nach jener Auffassung nichts Unerlaubtes getan.

Dass alles ist ungereimt. Aber erneut: mehr als das. Nehmen wir an, in unserem Beispiel öffnet und liest B den Brief des A. Die Vertreter der hier kritisierten Auffassung müssten nun sagen, B, das Opfer, sei es gewesen, der mit seinem Handeln das Absenden jenes Briefes durch A, den Täter, *ex post* zu etwas Rechtswidrigem verwandelt habe. Dass das Verhalten des Adressaten einer verbotenen Handlung diese erst zur vollendeten Tat werden lässt, ist im Strafrecht nichts Ungewöhnliches. Dass es aber auch das rechtliche Verdikt über dieses Verhalten *ex post* (und überhaupt) erzeugen könnte, kann schwerlich richtig sein. Wohl kann die Rechtsordnung die konkrete Erlaubnis einer generell verbotenen Handlung der Entscheidung des Adressaten anheim geben, nämlich seiner (vorherigen!) Einwilligung. Nicht aber

¹⁴ Das ist mit dem Vollzug der gesamten Tathandlung regelmäßig der Fall. Ob es dies stets und notwendig ist, erscheint aber zweifelhaft; mit guten Gründen dagegen *Herzberg*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 22 Rn. 143 ff., der plausibel zwischen „Ansetzungshandlung“ und „Ansetzungserfolg“ – nämlich Erfolg eines hinreichend zugespitzten (unerlaubten) Risikos – unterscheidet. Der *Bearbeiter* der 2. Aufl., *Hoffmann-Holland*, hat diese wegweisende Unterscheidung *Herzbergs* leider aus der Kommentierung entfernt.

könnte sie umgekehrt das Verdikt des konkreten Verbotens-eins eines generell erlaubten Tuns nachträglich vom Verhalten seines Adressaten abhängig machen.

Die Parallele zum Fall Oppermann liegt auf der Hand. Oppermann hatte Ziercke aufgefordert, ein Dienstgeheimnis auszulplaudern. Ob er das durfte oder nicht, muss rechtlich im Moment seines Ansetzens dazu festgestanden haben. Nach der Auffassung, die den straflosen Versuch für rechters hält, hat dagegen erst die Reaktion Zierckes darüber entschieden, ob Oppermanns Aufforderung erlaubt war. Hätte er sich zum Plaudern entschlossen, hätte er damit zugleich und höchstpersönlich Oppermanns Handeln rechtswidrig gemacht. Das kann nicht richtig sein.

VI. Das Argument der Notwehr

Dass auch straflose Versuche, etwa der des unerlaubten Entfernens vom Unfallort, den davon Betroffenen, also etwa den Unfallgegner, zur Notwehr berechtigen, ist unbestritten.¹⁵ Es wäre auch nicht gut bestreitbar. Dann muss aber auch der straflose Versuch rechtswidrig sein (§ 32 StGB). Das ist so trivial, wie es klingt. Man stelle sich vor, dass A in die Wohnung des B einzudringen sucht und dieser sich anschickt, im Maß des Erforderlichen und Gebotenen den A hieran gewaltsam zu hindern. Müssten die Befürworter der Rechtmäßigkeit strafloser Versuche dem A nicht zustimmen, wenn dieser auf die verwegene Idee käme, den B anzu herrschen: „Hände weg! Ich tue gegenwärtig nichts Unerlaubtes. Wissen Sie denn nicht, dass der Versuch des Hausfriedensbruchs straflos ist!“. Das ist er. Und daher müssten sie wohl. Aber sie sollten (und würden ganz gewiss) nicht. Also sollten sie ihre Prämisse aufgeben.

VII. Das Argument der Parallele zur Fahrlässigkeit

Fahrlässiges Verhalten, das keinen tatbestandlichen Erfolg verursacht, weist in seiner normativen wie in seiner Handlungsstruktur eine offensichtliche Parallele zum straflosen Versuch auf: ein Handeln, das „erfolglos“ bleibt, im Erfolgsfall aber strafbar wäre. Manche sprechen deshalb auch ganz unbefangen von der immerhin begrifflichen Möglichkeit eines „fahrlässigen Versuchs“. ¹⁶ Das mag man mit dem Hinweis der ganz h.M. auf das „Vorstellungs“- , also Vorsatzerfordernis in § 22 StGB und vielleicht auch im alltagssprachlichen Begriff des Versuchs verneinen, wiewohl schon das durchaus zweifelhaft erscheint. ¹⁷ Aber davon hängt für unse-

re Frage nichts ab. Hier kommt es nur auf die normativ-strukturelle Parallele an, die schwerlich bestreitbar ist. „Fahrlässige Versuche“ im dargelegten Sinn sind lediglich, anders als Versuche nach § 22 StGB, de lege lata durchgängig straflos (§ 23 Abs. 1 StGB).¹⁸ Aber nur diese Parallele, die zum straflosen Versuch, ist es auch, was uns interessiert.

So verfehlt wie die oben abgelehnte Annahme, das Versuchshandeln eines Täters könne rückwirkend vom reagierenden Handeln des Adressaten rechtswidrig gemacht werden, wäre nun hier die Behauptung, die Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) des fahrlässigen Tuns hänge, und ebenfalls ex post, davon ab, ob es einen tatbestandlichen Erfolg herbeiführe oder nicht. Und tue es dies nicht, so sei es (unbeschadet möglicher Verstöße gegen zivil- oder öffentlichrechtliche Normen) nicht genuin strafrechtswidrig; es erfülle eben keinen Straftatbestand. Das ist nicht richtig. So wie jeder Versuch, auch der straflose, vom Handlungsmerkmal des Vollendungstatbestands verboten wird, wird jedes fahrlässige (für sich allein genommen stets straflose) Verhalten untersagt vom Handlungsmerkmal desjenigen Fahrlässigkeitstatbestands, der genau dieses Verhalten als unerlaubtes (pflichtwidriges) Risiko für das gerade in diesem Tatbestand geschützte Rechtsgut erfasst und identifizierbar macht. ¹⁹

Das alles mag evident genug erscheinen, um keiner Erörterung zu bedürfen. Aber es liegt nun einmal in der Konsequenz der Auffassung, straflose Versuche seien nicht rechtswidrig, auch die Ausführungen im vorigen Absatz zu bestreiten. Darum sei erneut eine Veranschaulichung gestattet, eine (beiläufig), die zur Vermeidung ablenkender Rechtswidrigkeits-Hinweise ein Verhalten wählt, das von keiner außer-

verstand irrig angenommen Notwehrlage. In solchen Fällen versucht der Täter sehr wohl einen Tatbestand (§ 223 StGB) zu verwirklichen (er verwirklicht ihn ja auch), macht sich aber nach ganz herrschender und zutreffender Auffassung nur wegen fahrlässiger Begehung strafbar (§ 229 StGB). Er versucht also durchaus vorsätzlich eine Tat zu begehen, die eine Fahrlässigkeitstat ist. „Die Alten“ kannten und erörterten das Beispiel übrigens sehr wohl; siehe etwa *Frank*, in Birkmeyer u.a. (Hrsg.) Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 5, 1908, S. 189, der dazu anmerkt: „Es gibt keinen fahrlässigen Versuch eines Delikts, wohl aber gibt es den Versuch eines fahrlässigen Delikts.“ Das lässt sich hören. In der Sache geht es freilich primär um eine terminologische Frage.

¹⁸ Ob man mit *Jakobs* ([Fn. 6], 9/27) § 315c Abs. 3 Nr. 2 StGB als „einzige Ausnahme“ anerkennen will oder nicht – immerhin muss hier ja durchaus ein Erfolg herbeigeführt werden (die objektive Gefahr nach Abs. 1), wenn auch ebenfalls nur fahrlässig – verschlägt nicht viel. Auch das ist eine weitgehend terminologische Frage.

¹⁹ Bekanntlich sind die Handlungsmerkmale aller Fahrlässigkeitstatbestände gleich, also nur hoch abstrakt umschrieben: als „fahrlässiges Verursachen“, salopp: als „Schlampigsein“ im Hinblick auf die jeweils geschützten Rechtsgüter, nämlich als darauf bezogenes Außerachtlassen der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“, wie § 276 Abs. 2 BGB exemplarisch definiert.

¹⁵ Der Angriff kann in Einzelfällen, abhängig von den konkreten Bedingungen der Möglichkeit, ihn (noch) erfolgreich abzuwehren, sogar schon vor Versuchsbeginn „gegenwärtig“ sein und Notwehrbefugnisse auslösen; siehe *Roxin* (Fn. 13), § 15 Rn. 22 f.

¹⁶ Etwa *Jakobs* (Fn. 6), 9/27; die Debatte ist alt; für die begriffliche wie normative Möglichkeit fahrlässiger Versuche bereits *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3, 1918, S. 449.

¹⁷ Merkwürdigerweise wird bei dieser Diskussion kaum je hingewiesen auf das Handeln im vermeidbaren Erlaubnistatumsstandsirrturn, etwa die Körperverletzung in einer aus Un-

strafrechtlichen Norm verboten wird. Vater V will seinen achtjährigen Sohn S zur Tapferkeit und zur Naturliebe erziehen. Er nimmt ihn deshalb an mehreren Abenden mit in den Berliner Grunewald, um dort zusammen mit S die unmittelbare Nähe jeweils eines der vagabundierenden Wildschweinerudel zu suchen. So gut wie alle diese Rudel haben, leicht erkennbar, zurzeit Frischlinge; das disponiert die Muttertiere bekanntlich zu hoher Aggressivität. Am dritten dieser Abende löst die menschliche Zudringlichkeit eine wütende Attacke der Tiere aus. Dabei wird S erheblich verletzt.

V ist wegen fahrlässiger Körperverletzung strafbar. Für die körperliche Unversehrtheit seines Sohnes hat er ein erkennbar so hohes Risiko geschaffen, dass dessen Unerlaubtheit außer Zweifel steht. Aber ebenso zweifelsfrei ist, dass das von ihm an den beiden vorherigen Abenden heraufbeschworene Risiko sub specie § 229 StGB mit dem am dritten Abend verwirklichten vollkommen gleich und also genauso unerlaubt gewesen ist. Strafflos sind die beiden dabei verwirklichten „fahrlässigen Versuche“ (im oben angedeuteten Sinn) gleichwohl. Dennoch waren sie rechtswidrig. Es wäre offensichtlich verfehlt, das gleichermaßen gefährliche Verhalten am ersten und zweiten Abend wegen des glücklichen Ausgangs für erlaubt, am dritten wegen des unglücklichen für verboten zu erklären. Wohl erfüllte Vs Handeln an den beiden früheren Abenden keinen Tatbestand. Aber es erfüllte jeweils das Handlungsmerkmal des § 229 StGB – nicht anders als Thomas Oppermann das Handlungsmerkmal des Anstiftungstatbestands aus den §§ 353b, 26 StGB erfüllte. Da wie dort blieb der Erfolg aus. Das führt wegen Art. 103 Abs. 2 GG (und im Fall Oppermann via § 30 Abs. 1 StGB) zur Strafflosigkeit. Zum Erlaubtsein des Verhaltens führt es nicht. Tatbestandliches Handeln, fahrlässiges wie deliktisch versuchendes, ist und bleibt auch bei Strafflosigkeit rechtswidrig.

VIII. Ein verwaltungsrechtliches Satyrspiel

So weit so gut. Nachdem sich mir in Diskussionen mit strafrechtlichen Kollegen der dargestellte Dissens eröffnet hatte, kam eine, sit venia verbo, zweite Front aus dem öffentlichen Recht hinzu. *Friedrich Schoch*, Professor für Verwaltungsrecht in Freiburg, verwahrte sich in einem Artikel in der FAZ energisch und im, wie soll man sagen, unwirschen Ton gegen meine zuvor am gleichen Ort geäußerte Behauptung, Thomas Oppermanns Anruf sei trotz seiner Strafflosigkeit rechtlich missbilligt gewesen.²⁰ Das erschien *Schoch* als Übergriff des Strafrechts in die souveränen Sphären des Verwaltungsrechts, weswegen es „an der Zeit“ sei, „dass das Strafrecht auf die ihm zukommende Rolle reduziert“ werde. Nun will ich die –

wie man an den obigen Ausführungen sieht ganz unverdiente – Ehre, für das gesamte Strafrecht zu sprechen und Ausfälle in fremde Sphären zu unternehmen, auf sich beruhen lassen. Anders als offenbar die Verwaltungsrechtler scheinen ja die meisten Strafrechtler (und jedenfalls ich) schon von sich aus ehrgeizlos genug, ihre eigene pönalisierende Zuständigkeit so weit wie möglich „reduzieren“ zu wollen, und zwar längst bevor es andere tun oder dazu auffordern.

Sei dem, wie es sei. *Schoch* geht es natürlich nicht um die allgemeine strafrechtliche Frage, die den Titel dieses Aufsatzes ausmacht. Vielmehr besteht er darauf, dass im konkreten Fall das Verwaltungsrecht, nämlich das Informationsfreiheitsgesetz (IFG), für die Rechtmäßigkeit des Anrufs Thomas Oppermanns bei dem BKA-Präsidenten Sorge. Denn nach dem IFG habe „jede Person“, also selbstverständlich auch Herr Oppermann, „nach Maßgabe des Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen“.²¹ Das Motiv für den begehrten Informationszugang sei irrelevant, wie Gerichte vielfach entschieden hätten. Es obliege dann der befragten Behörde, „gesetzlich geschützte öffentliche Belange (zum Beispiel Amtsgeheimnisse) [...] zu wahren“.²²

Ich zweifle nicht. An diesen Darlegungen *Schochs*, die schon in seinem ersten Zeitungsartikel standen, habe ich auch damals nicht im Mindesten gezweifelt, als ich seine daraus gezogene Folgerung, also sei Oppermanns Anruf „rechtlich korrekt“ gewesen, falsch nannte. Und beim ehrlichsten Willen, mich verwaltungsrechtlich von kompetenter Seite belehren zu lassen, kann ich ihm auch heute hierin nicht recht geben. Er hätte sich vor seiner Schlussfolgerung zu Oppermanns Verhalten von dem, was er zunächst selbst feststellt, ein wenig warnen lassen sollen. Der Behörde, schreibt er mit Recht, obliege es, geschützte Geheimnisse zu wahren – und nicht etwa, so kann man das ergänzen, auf private Anfrage hin Dienstgeheimnisse nach § 353b StGB zu verletzen. Aber wenn ihr das obliegt, dann ist auch sub specie Verwaltungsrecht die Annahme ein wenig, wie soll man sagen, blauäugig, dem anfragenden Privaten „obliege“ seinerseits im Hinblick auf Modus und Begleitumstände seiner Anfrage überhaupt nichts. Er dürfe vielmehr schlechterdings anfragen, wer immer er sei und wie immer er es tue. Das erlaube ihm das IFG. Der Rest sei Sache der Behörde. Das ist (eneut sit venia verbo) falsch.

Halten wir zunächst fest, dass § 3 Nr. 4 IFG einen Auskunftsanspruch ausdrücklich verneint, „wenn die Information einer durch Rechtsvorschrift [...] geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht oder einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegt“. Einen Anspruch, auf seine Frage von Ziercke Auskunft zu erhalten, hatte Oppermann daher nicht. Das weiß *Schoch* natürlich. Es ändere aber, sagt er, nichts daran, dass Oppermann anfragen durfte ohne sich vom Strafrecht deshalb des wenn auch straflosen Versuchs einer Anstiftung zum Dienstgeheimnisverrat zeihen lassen zu müssen. Es sei schließlich „Rechtswirklichkeit“, dass die meisten Journalisten zumindest mit dem Verbot der

²⁰ Zum Gang dieser Kontroverse: *Schoch*, FAZ v. 20.2.2014, S. 8; *Merkel*, FAZ v. 6.3.2014, S. 6; *Schoch*, FAZ v. 20.3.2014, S. 6. Der fühlbare Ärger *Schochs* bei seiner Erwiderung hatte seinen Grund offenbar in meiner Formulierung, die in *Schochs* erstem Artikel geäußerte und von Justizminister Maas geteilte Auffassung, Oppermanns Verhalten sei „rechtlich korrekt“ gewesen, sei „falsch“. Das hat den Kollegen ersichtlich ebenso sehr verstimmt wie den Ton seiner verdrossenen Replik, was ich natürlich in beiderlei Hinsicht bedauere.

²¹ *Schoch*, FAZ v. 20.3.2014, S. 6.

²² *Schoch*, FAZ v. 20.3.2014, S. 6.

Auskunftserteilung rechneten, wenn sie bei Behörden darum nachsuchten. Soll hier stets, fragt *Schoch* rhetorisch (und fühlbar kopfschüttelnd), der „rechtlich missbilligte Versuch einer Anstiftung zum Geheimnisverrat“ vorliegen?

Nun, gewiss nicht. Aber hier hätte ein etwas schärferer Blick angefangen, Unterschiede zu konstatieren – zwischen der Bitte eines x-beliebigen Journalisten um Auskunft über strafrechtlich geschützte Dienstgeheimnisse etwa und der nämlichen Bitte des hochrangigen Politikers Oppermann, der damals in allen Medien als möglicher Innenminister, also als der künftige direkte Dienstvorgesetzte des von ihm befragten BKA-Präsidenten gehandelt wurde. Und nun sind wir freilich, bei aller Dignität verwaltungsrechtlicher Alleinherrschaft, im Raume strafrechtlicher Kategorien. Der x-beliebige Journalist J, der den Abteilungsleiter im Verteidigungsministerium anruft und (sagen wir) nach militärischen Geheimplänen zum demnächst anstehenden Einsatz der Bundeswehr im Irak fragt, wird die höfliche Auskunft des (sich an den Kopf tippenden) Beamten erhalten, dazu werde nichts verlautbart – ganz entsprechend dem Hinweis *Schochs* auf die Schutzpflicht der Behörden. Und die Einhaltung dieser strafbewehrten Pflicht seitens des Beamten darf das Straf- wie das Verwaltungsrecht grundsätzlich voraussetzen. Daher schafft J, strafrechtlich gesprochen, mit einer so offensichtlich aussichtslosen Anfrage kein tatbestandlich unerlaubtes Risiko im Sinne der §§ 353b, 26 StGB. Er ist nicht nur straflos, sondern handelt auch nicht rechtswidrig. Und seine tausend Kollegen, die Tag für Tag etwas Ähnliches tun, genauso wenig.

Das ändert sich aber, wenn einer von ihnen seine Anfrage mit dem beiläufigen Hinweis versieht, der Beamte könne für die freundlicher Weise vielleicht doch zu erteilende Auskunft mit der angemessenen Aufwandsentschädigung von 300.000 Euro rechnen. Darin läge nicht nur eine (vollendete) Beamtenbestechung nach § 334 Abs. 1 (ggf. i.V.m. Abs. 3) StGB, sondern fraglos auch der rechtswidrige (und nach wie vor straflose) Versuch der Anstiftung zur Verletzung des Dienstgeheimnisses. Jetzt wird, bei aller Überzeugung von der grundsätzlichen Resistenz der meisten Beamten gegen solche Offerten, das Risiko, just der angesprochene unter ihnen könnte nun doch plaudern, zu einem strafrechtlich unerlaubten. Und nun mag sich der Straf- wie der Verwaltungsrechtler, ja sogar der juristische Laie, ganz unbefangen fragen, wie sich das mit dem erlaubten oder unerlaubten Risiko wohl verhält, wenn der mögliche, ja wahrscheinliche künftige Innenminister seinen dann direkten dienstlichen Untergebenen (und Parteifreund), den BKA-Präsidenten, anruft und um genauere Auskunft über eine Sache ersucht, von der er ersichtlich ohnehin schon irgendeinen Wind bekommen hat.

Meinetwegen mag man immer noch zweifeln. Ich tue das nicht: Oppermann hat ein unerlaubtes Risiko des Geheimnisverrats seitens Zierckes geschaffen, also rechtlich missbilligt versucht, diesen eben dazu anzustiften. So stand das auch in meinem FAZ-Artikel. Ich fürchte, Kollege *Schoch* hat das Argument missverstanden, mit dem ich – in einer für die Zeitung gebotenen Anschaulichkeit – den Unterschied zwischen erlaubtem und unerlaubtem Risiko bei Handlungen erläutert habe, die in ihrer äußeren Form wie versuchte Anstiftungen aussehen, es aber materiell mangels hinreichender

Gefahrschaffung ggf. nicht sind – wie z.B. im täglichen Normalbetrieb des IFG. Vielleicht war meine Illustration ein wenig zu strafrechtsnah und verwaltungsrechtsfern, nämlich die mit dem verwegenen Verfasser eines Briefs an den Papst, der den Heiligen Vater auffordert, den demnächst zur Audienz erwarteten „kriegsverbrecherischen und massenmörderischen“ amerikanischen Präsidenten zu vergiften.²³ *Schoch* jedenfalls hat sie als Beleg meiner Lebensfremdheit gewertet und, scheint mir, diesen Tadel gleich auf die ganze Zunft der Strafrechtler bezogen. Das wäre bedauerlich und ein Anlass zur Abbitte bei meinen strafrechtlichen Kollegen. Wie dem immer sei: Auch mit lebens- und verwaltungsrechtsnäheren Beispielen, den obigen etwa, und daher hoffentlich nicht mehr missverständlich, lässt sich zeigen, dass *Schochs* Auffassung zur gebotenen „Reduktion“ des Strafrechts jedenfalls für den Fall Oppermann ein wenig übertrieben ist.

²³ Ein der Form nach als Verbrechen strafbarer Versuch der Anstiftung zum Mord – und dennoch bei weitem plausibler als irrelevanter „Versuch“ zu beurteilen, nämlich gänzlich ungeeignet, ein tatbestandlich unerlaubtes Risiko im Sinn der §§ 211, 26 StGB zu schaffen.

Neues bei § 266a StGB

Methodendisziplin als Strafbarkeitsrisiko?

Von Prof. Dr. Lorenz Schulz, M.A., Frankfurt a.M.

I. Wachsende Bedeutung des § 266a StGB

§ 266a StGB ist nicht bloß einer unter vielen Tatbeständen des Wirtschaftsstrafrechts. Er ist vielmehr ein praktisch bedeutsamer Straftatbestand. Für die Zukunft ist ihm, zum Wohl der Staatskasse, eine weitere Karriere gewiss. Dies gilt nicht nur für die Schattenwirtschaft, insbesondere die Schwarzarbeit und ihre Bekämpfung, die der Öffentlichkeit seit langem geläufig ist,¹ sondern zunehmend für „prekäre“ Arbeitsverhältnisse. Diese entwickeln sich mit der fortschreitenden Erweiterung und Integration des gemeinsamen Marktes der EU mehr und mehr zum typischen Fall des Arbeitslebens. Damit rückt die Frage der Scheinselbständigkeit als dunkle Seite des Strukturwandels ins Zentrum des Tatbestands. Dies spiegelt sich dogmatisch in dem Umstand eines zunehmenden Schrifttums,² das seit kurzem auch eine monographische Behandlung der Scheinselbständigkeit umfasst.³ Früher tabuisierte Orte einer möglichen Scheinselbständigkeit, gewissermaßen Verwandte des besonderen Gewaltverhältnisses, sind ins Visier der Rentenversicherungen geraten oder werden es in absehbarer Zeit noch tun. Beim Besucherdienst des Bundesrats konnten die erstinstanzlichen Scherben des Sozialgerichts Berlin durch das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg noch gekittet werden.⁴ Für den Bundestag ist guter Rat teuer, weil die Deutsche Rentenversicherung offenbar davon unbeeindruckt in 43 Fällen nachträglich Sozialabgaben in Höhe von insgesamt 1,45 Millionen Euro, alleine für den Zeitraum von 2006 bis zum 30.9.2010 fordert.⁵

¹ Vgl. die Bestandsaufnahme gegenwärtiger Tendenzen des Arbeitsstrafrechts von *Ignor/Rixen*, NStZ 2002, 510. Die Scheinselbständigkeit ist hier noch kein Thema.

² Siehe *Tag*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 266a vor Rn. 1.

³ *Lanzinner*, Scheinselbständigkeit als Straftat, 2014.

⁴ Die Deutsche Rentenversicherung Berlin Brandenburg hatte die als selbständig vorgestellten freien Mitarbeiter des Besucherdienstes, überwiegend Studenten, nach einer Betriebsprüfung für die Jahre 2001 bis 2004 als Scheinselbständige eingestuft und einen Nachforderungsbescheid in Höhe von gut 15.500 Euro erlassen. Nach erfolglosem Widerspruch hatte die Bundesrepublik Deutschland gegen den Widerspruchsbescheid geklagt. Die Klageabweisung durch das Sozialgericht Berlin (BeckRS 2009, 66951) wurde in der Berufung uneingeschränkt aufgehoben; LSG Potsdam, Urt. v. 15.7.2011 – L 1 KR 206/09. Der Besucherdienst ist verantwortlich insbesondere für Führungen durch das Bundesratsgebäude, den Besuch von Plenarsitzungen sowie Rollenspiele zur Simulation von Plenarsitzungen.

⁵ Süddeutsche Zeitung v. 7.10.2014

(<http://www.sueddeutsche.de/politik/verdacht-auf-scheinselbstaeandigkeit-bundestag-soll-millions-euro-nachzahlen-1.2160939>). Während die SZ den Bericht noch mit „Verdacht auf Scheinselbständigkeit“ betitelte, war es für den „Stern“

Selbst im Arkanum des Staates, für das Bundesamt für Verfassungsschutz, könnte es, wie eine Kleine Anfrage der Fraktion „Die Linke“ vom 23.5.2014 vermuten lässt, eng werden.⁶ In Bayern zog Finanzminister Söder die Notbremse, als der Besucherdienst auf dem Obersalzberg ins Visier der Rentenversicherung geraten war. Er wies das Münchner Institut für Zeitgeschichte an, kurzfristig die Zusammenarbeit mit allen mehr als 20 freiberuflichen Rundgangsleitern im Dokumentationszentrum zum 31.10. zu beenden, was eine pointierte Schlagzeile nach sich zog: „Auf dem Obersalzberg alle Führer entlassen“. Blickt man in die Welt der bei den Medien Beschäftigten, lässt eine entscheidende Kompetenzverlagerung großes Ungemach für die „Medienberufe“ befürchten: die Verlagerung der Zuständigkeit für Betriebsprüfungen bei künstlersozialabgabepflichtigen Unternehmen von der Künstlersozialkasse auf die Deutsche Rentenversicherung.⁷ Und wie steht es schließlich mit der freien Mitarbeit in der Welt des Jubilars, dem die folgenden Überlegungen von Herzen gewidmet sind? Zum Glück braucht er sich nicht mehr um die mögliche Scheinselbständigkeit im Innersten der Alma Mater zu sorgen, den werkvertraglich beschäftigten Korrekturkräften, das Öl im Getriebe des akademischen Alltags, und kann sich wichtigeren Gretchenfragen als der nach „selbstständig“ und „scheinselbständig“ zuwenden.

II. Der Kreisverkehr bei § 266a StGB

Der mit dem 2. WiKG 1986 ins Kernstrafrecht gekommene Tatbestand⁸ ist dem Kreisverkehr vergleichbar, der unser Straßenbild zunehmend prägt. In ihn mündet eine Reihe von Straßen ein, und die Regeln des Kreisens gewährleisten eine zumeist hohe praktische Konkordanz der Verkehrsteilnehmer. Überträgt man das Bild auf den Tatbestand des § 266a StGB, so münden in seinen Kreis mehr Straßen ein als im Regelfall: das Zivilrecht mit dem Arbeitsrecht und zweifach das öffentliche Recht mit dem Sozial- und Steuerrecht.⁹ Alleine deshalb verbindet sich mit diesem Tatbestand eine Reihe von dogmatischen Problemen grundsätzlicher Natur, die skizziert werden sollen, um den Rahmen für die Frage der

vom gleichen Tag bereits Fakt („Bundestag zahlte keine Sozialabgaben für Mitarbeiter“) und das Verhalten der Bundestagsverwaltung wurde als „blanker Zynismus“ gewürdigt (<http://www.stern.de/politik/deutschland/bundestag-zahlte-keine-sozialabgaben-fuer-mitarbeiter-2143533.html>). Nachgegeben (und 253.000 Euro nachgezahlt) hat der Bundestag bei den schlichten Besucherbetreuern, die jetzt als studentische Aushilfskräfte angestellt sind.

⁶ BT-Drs. 18/1549.

⁷ 3. KSVG-Änderungsgesetz v. 15.6.2007. Zu den Folgen siehe *Boss*, NZS 2010, 483.

⁸ Zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Tag* (Fn. 2), § 266a Rn. 1.

⁹ Zum Vorfeld des Strafrechts *Lanzinner* (Fn. 3), S. 23 ff.

Methodendisziplin als Indiz der Weisungsgebundenheit abzu-
stecken.¹⁰

1. Das Rechtsgut des Abs. 1

Das Rechtsgut des Tatbestands kann für die verschiedenen Absätze des Tatbestands nicht einheitlich bestimmt werden. Bei § 266a Abs. 1 StGB, auf den sich die folgenden Ausführungen beziehen, weist man überwiegend auf das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung.¹¹ Geschützt seien die Vermögensinteressen der Träger der Sozialversicherung und damit die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung selbst.¹² Nach einer Mindermeinung soll in Abs. 1 auch das in Abs. 3 ausdrücklich geschützte Vermögen des einzelnen Arbeitnehmers mitgeschützt sein.¹³ Das lässt sich nicht leicht mit dem Wortlaut, dem Willen des Gesetzgebers¹⁴ und der *ratio legis*¹⁵ verbinden. Da der Arbeitnehmer praktisch nicht benachteiligt wird,¹⁶ bleibt die Einbeziehung des Arbeitnehmers in den Kreis jener, denen die deliktische Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB offen steht, weil § 266a StGB ein Schutzgesetz ist, und in den Kreis jener, den als Verletzte das Klageerzwingungsverfahren (§ 172 StPO) offen steht. Diese Vorteile sind praktisch gering oder gehen gegen Null.¹⁷ Man

¹⁰ Der Terminus „Methodendisziplin“ wird hier anderen Termini vorgezogen, die gleichfalls gewählt werden könnten. Er ist genauer als die vagen Begriffe „Methodenorientierung“ oder „Methodengerechtigkeit“ oder der Begriff „Methodenadäquanz“, der an die Diskussion zum Begriff der „professionellen Adäquanz“ gemahnen würde. Er ist weiter als der Begriff „Methodenzwang“. Disziplin erinnert an den Begriff der Disziplinierung, der im Strafrecht unwillkürlich an *Michel Foucaults* Perspektive auf das Strafrecht gemahnt. Die vorliegende Frage könnte ohne weiteres in den größeren kriminalsoziologischen Zusammenhang *Foucaults* gestellt werden. Dazu fehlt nicht alleine der Platz. Es würde auch, weil im Disziplinierungsparadigma die Dogmatik verdachts-hermeneutisch gewendet wird, dem Beitrag den dogmatischen Charakter nehmen; für *Foucault* siehe den Überblick von *Seibert*, im Internet abrufbar unter:

http://www.rechtssemiotik.de/de/namen/foucault_61273.shtml (13.10.2014) und ausführlich *Biebricher*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl. 2009, S. 135.

¹¹ *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 266a Rn. 2 m.w.N.

¹² Siehe nur *Panani*, in: Ignor/Rixen (Hrsg.), *Handbuch Arbeitsstrafrecht*, 2. Aufl. 2008, § 6 Rn. 8 m.w.N.

¹³ *Tag* (Fn. 2), § 266a Rn. 8 ff. m.w.N.

¹⁴ BT-Drs. 10/5058, S. 31.

¹⁵ Ausführlich *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 4.

¹⁶ Ausführlich *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 125. Lfg., Stand: Oktober 2010, § 266a Rn. 5-9.

¹⁷ Wo das Klageerzwingungsverfahren Aussicht auf Erfolg hat, ist bei Einstellungen aus rechtlichen Gründen. Wo die

könnte so die Frage beschwichtigend als praktisch folgenlos beiseitelegen, wäre da nicht die generelle Skepsis gegen die Zunahme frei flottierender Kollektivgüter. Dabei kann offen bleiben, ob sich diese Skepsis aus verfassungsrechtlichen Überlegungen nährt oder dem Impuls aus der personalen Rechtsgutslehre folgt, der Inflation von Kollektivgütern zu begegnen, indem man dem geschützten Kollektivgut nach Möglichkeit ein Individualgut an die Seite stellt. Bei § 266a StGB dürfte diese Skepsis immerhin für die Gefahr eines subkutanen Kurzschlusses vom Rechtsgut der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung (Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung und Arbeitsförderung) auf eine sozialrechtsakzessorische Anbindung des Tatbestands zum Nachteil des individuellen Gestaltungsspielraums im Arbeitsrecht sensibilisieren.¹⁸ Allerdings ist es so, dass man, um diesen Kurzschluss zu vermeiden, ein Individualgut im Schutzgut des § 266a StGB nicht notwendigerweise braucht.

2. Komplexe Akzessorietät

„Arbeitgeber“ ist das in § 266a Abs. 1 StGB erstgenannte und zuerst zu subsumierende Tatbestandsmerkmal. Es wirft, da sich nach systematischer Auslegung kein strafrechtlicher Arbeitgeberbegriff finden lässt und es nicht sinnvoll ist, neben einem arbeits- und einem sozialrechtlichen Arbeitgeberbegriff auch noch einen strafrechtlichen zu kreieren,¹⁹ die Frage der Akzessorietät auf. Wenn wir das Bild des Kreisverkehrs aufgreifen, wäre zu fragen, welche Straße zuerst in den Kreisverkehr bei § 266a StGB mündet. Schon das Bild zeigt, dass die Antwort nicht einfach ist, weil sie nach dem Standort im Kreisverkehr zu geben ist. Mag das Bild die Komplexität des Tatbestands gut illustrieren, für die Beantwortung der Frage der Akzessorietät hinkt es. Es empfiehlt sich, zunächst auf die Folgen der Antwort zu blicken. Praktisch ist die Frage belangvoll, weil nach dem sozialrechtlichen Begriff gem. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV auch die Beschäftigung im Sinne von § 3 SGB IV erfasst ist, d.h. die „nicht-selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“. Damit wird anders als im Arbeitsrecht auch der unentgeltlich Beschäftigte erfasst, soweit er von der Sozialversicherungspflicht betroffen ist.²⁰ Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse sind mithin nicht deckungsgleich, was zumeist nicht auffällt, weil beide Verhältnisse in einer natürlichen Person zusammenkommen. § 266a StGB benennt allerdings den Arbeitgeber und nicht den Beschäftigungsgeber, der nur insofern nach § 28e Abs. 1 S. 1 „Arbeitgeber“ ist, als er zum

Staatsanwaltschaft, weil sie beispielsweise bei den Eigentumsdelikten nicht auf das Privatklageverfahren verweisen kann, zur schnellen Erledigung den Anfangsverdacht aus rechtlichen Gründen verneint, hat die Beschwerde zur Generalstaatsanwaltschaft aufgrund der Drohung einer erfolgreichen Klageerzwingung durchaus Erfolgspotential.

¹⁸ Vgl. *Wiedner*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2011, StGB § 266a Rn. 10.

¹⁹ Einen strafrechtlich vorgegebenen Arbeitgeberbegriff gibt es nicht; siehe *U. Schulz*, NJW 2006, 183 (184).

²⁰ Für Beispiele siehe *Hoyer* (Fn. 16), § 266a Rn. 20.

Abführen von Sozialbeiträgen verpflichtet ist. Das wird im Hinblick auf das Rechtsgut und eben die Sozialrechtsakzessorietät für nahe liegend erachtet. Die Erweiterung („insbesondere“) bestätigt aber zugleich, dass das SGB hier an das Arbeitsrecht angeknüpft wird, weil der Begriff des Arbeitsverhältnisses als bekannt vorausgesetzt wird.²¹ Die Schwierigkeit, die zwei Rollen oder Funktionen trotz ihrer psychischen Verschmelzung in einer natürlichen Person zu differenzieren, mag sich im objektiven Tatbestand noch weitgehend dementieren lassen, manifest wird sie im subjektiven Tatbestand, der nachfolgend zu erörtern ist. Die sozialrechtsakzessorische Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs weitet mithin den Tatbestand in der Tendenz aus. Hinzu kommt, dass sich die sozialrechtliche Akzessorietät auch praktisch als strafbarkeitsfreundlicher erweist.²² Das ist nicht immer deutlich zu sehen, weil die meisten Fälle bereits im Weg der Verständigung erledigt werden. Aber auch eine Verständigung mit dem Träger der Rentenversicherung profitiert davon, dass es für den Betroffenen angängig ist, die arbeitsrechtliche Perspektive einzunehmen und auf den Umstand zu verweisen, dass die Logik des Werkvertrags gerade darin besteht, dass der Unternehmer dem Werkvertragsnehmer klare methodologische Vorgaben machen kann (nicht muss). Das Ansinnen der Rentenversicherung ist in der Tendenz ebenso leicht begreiflich wie die Neigung der Sozialgerichte, diesem Ansinnen nachzugeben. Das gute Ende des genannten Falls der freien Mitarbeiter im Besucherdienst des Bundesrats ist hier eher die Ausnahme, weil die betroffenen Kläger im Allgemeinen nicht das symbolische Kapital einer Klage durch die Bundesrepublik Deutschland einbringen, das hier den Ausschlag gegeben haben dürfte und es im eingangs genannten Fall des Bundestags wiederum tun könnte.

Für die zunehmende Auffassung im Schrifttum ist der Arbeitgeberbegriff nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen.²³ Manche Autoren legen sich nicht unnötig fest²⁴ oder verweisen darauf, dass es auf eine Festle-

gung praktisch nicht ankomme, weil auch im Zusammenhang von § 7 Abs. 1 SGB IV auf das zivilrechtliche Dienst- und Arbeitsrecht abzustellen sei.²⁵

Die arbeitsrechtsakzessorische Bestimmung des Begriffs, für die vor allem der Wortlaut ins Feld zu führen ist,²⁶ findet sich weiterhin häufig.²⁷ Eine Anknüpfung an das Steuerrecht, etwa an die Grundsätze, die für § 19 EStG oder § 1 LStDV erarbeitet wurden, wird augenscheinlich für § 266a StGB mit Recht nicht vertreten. Auch wenn das Votum für die Sozialrechtsakzessorietät jedenfalls nach der neueren Auslegung des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG durch das BVerfG²⁸ dieses nicht mehr verletzen kann, sobald eine ständige Rechtsprechung namhaft gemacht werden kann, bleibt beachtenswert, dass der Wortlaut das Arbeitsrecht nahe legt. Deshalb ist eine streng formale, mehr als nur materielle sozialrechtliche Akzessorietät mit dem Wortlaut nicht leicht zu vereinbaren. Hinzu kommt, dass der Topos der ständigen Rechtsprechung bei § 266 StGB ohnehin dem genannten Kreisverkehr ausgesetzt ist, d.h. einer im Detail uneinheitlichen Judikatur mehrerer Rechtsgebiete²⁹, was seine methodologische Dürftigkeit erweist. Für die Sozialrechtsakzessorietät spricht wiederum, dass alle übrigen Tatbestandsmerkmale sozialrechtsakzessorisch behandelt werden und durchaus gefragt werden kann, ob die Akzessorietät nicht für den Tatbestand insgesamt bestimmt werden muss. Hier geht es darum, den Rahmen für die Qualifizierung der Methodendisziplin als Indiz der Weisungsgebundenheit abzustecken. Soweit die Zurückweisung dieser Qualifizierung auch bei einem

tar, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 5 („zivil- bzw. sozialrechtsakzessorisch“), eindeutiger zugunsten der Sozialrechtsakzessorietät in Rn. 11 („materiell sozialrechtsakzessorisch“); Tag (Fn. 2), § 266 Rn. 19 („Doppelnatur“).

²⁵ Gercke, in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2012, 2/13; Pananis (Fn. 12), § 6 Rn. 10.

²⁶ So Hoyer (Fn. 16), § 266a Rn. 19.

²⁷ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 266a Rn. 3; Hoyer (Fn. 16), § 266a Rn. 121; Wiedner (Fn. 18), StGB § 266a Rn. 10; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2013, § 266a Rn. 5; Esser, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2011, § 266a Rn. 14; Matt, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 266a Rn. 16; Beukelmann, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, StGB § 266a Rn. 7; Bente, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 12. Teil 2. Kap. Rn. 8; Bisson/Schwab, AuA 2005, 276 (278); Jacobi/Reuffels, BB 2000, 771; Lackner/Kühl (Fn. 27), § 266a Rn. 3.

²⁸ Siehe L. Schulz, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 305.

²⁹ Vor allem weil in der Praxis deliktische Schadensersatzklage der Einzugsstellen gegen den Arbeitgeber (respektive Personen, die für ihn handeln, § 14 StGB) gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB sehr häufig sind, ist für § 266a StGB eine im Umfang starke Zivilrechtsprechung heranzuziehen.

²¹ Hoyer (Fn. 16), § 266a Rn. 21.

²² Siehe unter IV.

²³ Möhrenschrager, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266a Rn. 15; Wittig, in: von Heintzel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.7.2014, § 266a Rn. 5; Radtke (Fn. 15), § 266a Rn. 9; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 266a Rn. 11; Pananis (Fn. 12), § 6 Rn. 10; U. Schulz, NJW 2006, 183 (184); Bollacher, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, 2006, S. 83; Kudlich/Oglakcioglu, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 548, 555; Thul, in: Müller-Guggenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 38 Rn. 27; Ischebeck, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i.S.v. § 266a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, 2009, S. 74; Vogelberg, PStR 2004, 90; Lanzinner (Fn. 3), S. 48 („rein sozialrechtsakzessorisch“).

²⁴ Fischer (Fn. 11), § 266a Rn. 4, 9a; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommen-

Votum für die Sozialrechtsakzessorietät möglich ist, bedarf es keiner Entscheidung. Festzuhalten bleibt aber, dass die Bestimmung der Akzessorietät für den Zugriff auf die Rechtsprechung nach den einschlägigen Gerichtsbarkeiten nicht ohne Bedeutung ist. Das zeigt die Behandlung des subjektiven Tatbestands.

3. Der Tatbestandsirrtum als Lackmustest

Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen zum Vorsatz ist kein Solitär. Sie knüpft an seine Rechtsprechung nahezu im gesamten Strafrecht an. Darüber hinaus ist sie aber in ihrer Schärfe auch auf der Folie zu verstehen, dass der BGH in ständiger Rechtsprechung der Akzessorietät zum Sozialrecht folgt. Sehen wir näher zu. Der BGH hat seine Behandlung des Vorsatzerfordernisses in einer Entscheidung des *I. Senats* vom 7.10.2009 gegenüber dem Merkmal der Arbeitgebergemeinschaft, unbestritten ein normatives Tatbestandsmerkmal, präzisiert.³⁰ Der *Senat* reduziert die erforderliche Kenntnis auf die bloßen tatsächlichen Umstände und funktioniert damit praktisch das normative Tatbestandsmerkmal in ein Verweisungsmerkmal um. Mit dieser Reduktion des Vorsatzes, dem vielleicht letzten, manchmal auch anstößigen Privileg der Ignoranz, erledigt er auch elegant Beweisprobleme im kurzen Prozess. Mit seiner Auffassung steht der *Senat* in der Tradition der obsoleten Lehre der „Komplexbegriffe“³¹, wonach der Tatbestandsvorsatz (§ 16 StGB) nur die Kenntnis der reinen tatsächlichen Umstände, nicht der Komplexbegriffe umfasst, bei denen der Irrtum ein (vermeidbarer) Subsumtionsirrtum (§ 17 StGB) ist. Der *Senat* verknüpft seine Auffassung mit einem Hinweis auf die Beschreitung des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV, das im Regelfall die Vermeidbarkeit des Subsumtionsirrtums entfallen lasse.³² Die Vorstellung, dass das Verfahren der Statusfeststellung – ganz ungeachtet des Umstands, dass es den Vertragsparteien ohnehin zu viel aufbürden könnte³³ – zu einem eindeutigen und zudem bindenden Ergebnis führt, ist zweifelhaft³⁴ und geht an den in der Praxis problematischen Aspekten des Verfahrens vorbei.³⁵ Im Ergebnis fügt sich diese Entscheidung in eine strafrechtsfreundliche Judikatur ein, für die der *I. Senat* unter seinem früheren Vorsitzenden Nack lange in Erinnerung

bleiben wird.³⁶ Ausgehend davon, dass die Behandlung des Irrtums ein Lackmustest des liberalen Strafrechts ist, empfiehlt sich ein genauere Blick. Der Akteur³⁷ muss richtigerweise etwaige vom Arbeits- und Sozialrecht geforderte komplexere Abwägungen in seiner eigenen Laiensphäre nachvollziehen können.³⁸ Gerade in komplexen Zusammenhängen, die durch die Risikogesellschaft mit ihrer „neuen Unübersichtlichkeit“ (J. Habermas) systematisch geschaffen werden und die typisch insbesondere für das Wirtschaftsstrafrecht sind, ist die durch § 16 StGB gewährleistete Entlastung des individuellen Akteurs wichtiger denn je.³⁹ Die Befürchtung, dass dann der Damm für Schutzbehauptungen gebrochen ist, erscheint unbegründet. § 261 StPO erlaubt es dem erkennenden Gericht, angemessen mit bloßen Schutzbehauptungen umzugehen. Einzuräumen ist, dass dies den Routinebetrieb der Justiz in Unruhe versetzt, weil die Beweisaufnahme nicht mit links, d.h. revisionssicher erledigt werden kann. So wird die Reduktion des Vorsatzerfordernisses auf die Kenntnis der Anknüpfungstatsachen mit Recht vielfach zurückgewiesen.⁴⁰ Ein gewisser Trost ist es, dass die Rechtsprechung im Zivilrecht dem BGH in Strafsachen weithin nicht folgt.

III. Das Problem der Scheinselbstständigkeit

Bei der Auslegung von § 7 Abs. 1 SGB IV steht die Weisungsgebundenheit im Zentrum. Sie ist nach der betrieblichen Eingliederung sowie Art der Arbeitsleistung, Ort und Zeit zu bestimmen. Es ist die „Art“ der Leistung, bei der die Methodik ins Spiel kommt. Auszuscheiden sind hier öffentlich-rechtliche Vorgaben, mögen sie auch vom Arbeitgeber zusätzlich angemaht sein. Von Interesse sind alleine Vorgaben, die vom Arbeitgeber eingefordert werden. Um die Probe aufs Exempel zu versuchen, wäre es gewiss reizvoll, den genannten Fall der Korrekturkraft zum Ausgangspunkt zu nehmen. Die Praxis unter den Hochschullehrern ist sehr unterschiedlich. In jedem Fall führt die zunehmende Verschulung des Studiums mit ihrer sprunghaften Zunahme von examsrelevanten Leistungskontrollen zur routinefreundlichen Zunahme von Vorgaben für die Korrekturkräfte und damit, das folgt aus der Natur der Sache, auf gewisse Weise zu einer

³⁰ BGH, Beschl. v. 7.10.2009 – 1 StR 478/09 = NStZ 2010, 337 = wistra 2010, 29, dazu Weidemann, wistra 2010, 463; Kudlich, ZIS 2011, 482 (488 f.); ausführlich Popp, in: Steinberg/Valerius/Popp (Hrsg.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, 2011, S. 113.

³¹ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 98 ff.

³² BGH, NStZ 2010, 337.

³³ So Beukelmann (Fn. 27), § 266a Rn. 7.

³⁴ Vgl. Lanzinner (Fn. 3), S. 146 ff.

³⁵ So wäre im Hinblick auf den Vorsatz zu klären, ob dieser bereits besteht, wenn eine Feststellung ergeht oder dann, wenn der Rechtsbehelf gegen die Feststellung erfolglos war, oder schließlich erst dann, wenn unabhängig von der Statusfeststellung eine rechtskräftige, notfalls höchstrichterliche Entscheidung im Verwaltungsverfahren gegen den Bescheid der Rentenversicherung ergangen ist.

³⁶ Siehe Garcia, Myops 2012, 55.

³⁷ Allzu oft gleich „Täter“ genannt, wiewohl er zunächst noch nicht einmal Beschuldigter ist.

³⁸ Kudlich, ZIS 2011, 488 f. m.w.N. In diesem Sinn auch Entscheidungen der Zivilgerichtsbarkeit. Nach der noch nicht rechtskräftigen Entscheidung des LG Bochum, Urt. v. 28.5.2014, im Zusammenhang mit § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB ist der Vorsatz sogar solange ausgeschlossen, als keine rechtskräftige Entscheidung vorliegt.

³⁹ L. Schulz, in: Schulz/Reinhart/Sahan (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin zum 75. Geburtstag, 2012, S. 89.

⁴⁰ Esser (Fn. 27), § 266a Rn. 87a; Perron (Fn. 23), § 266a Rn. 17; Lackner/Kühl (Fn. 27), § 266a Rn. 16; Saliger (Fn. 24), § 266a Rn. 24 m.w.N.; Popp (Fn. 30), S. 116 ff.; a.A. Wittig (Fn. 23), § 266a Rn. 29; U. Schulz, NJW 2006, 183 (186); ähnlich Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönkel/Schöder (Fn. 23), § 16 Rn. 4.

höheren Weisungsgebundenheit. Auch wenn Korrekturkräfte sich immer noch Zeit und Ort der Korrektur frei wählen können, kann gefragt werden, ob eine allzu detaillierte Lösungsskizze, die noch dazu mit einem auf Zehntelpunkte versehenem Schema der Benotung versehen wird, nicht den werkvertraglich Beschäftigten zum Scheinselbständigen werden lässt. Da dieser Bereich zum Wohle der Alma Mater jedoch tabuisiert bleiben soll, sei er nicht als Ausgangsfall vorgestellt. Tun wir besser so, als gäbe es diesen Fall nicht, als hätten wir, wie wir das von US-amerikanischen Gerichtsfällen kennen, nie davon gesprochen.

Der Ausgangsfall sei der Studierende, der sich sein Zubrot nicht durch das Korrigieren, sondern dadurch verdient, dass er mittels sozialwissenschaftlich mehr oder weniger verlässlichen Interviews der Meinungsforschung dient. Es soll dabei so sein, dass wie praktisch üblich die Wahl der Methode nicht in seinen Händen liegt, er also nicht, obwohl er persönlich dazu neigen mag, ein qualitatives Tiefeninterview führen darf oder die Gesprächsführung situativ handhaben darf, wie es etwa seiner philosophischen Vorliebe für *Paul Feyerabend* entspräche. Er muss gebunden an ein sozialwissenschaftlich standardisiertes Raster von Fragen vorgehen.

Während dazu in der Vergangenheit noch das Callcenter des Unternehmens aufzusuchen war, wo ihm die IT-Gerätschaften zur Verfügung gestellt wurden, erlaubt es jetzt die fortschreitende Digitalisierung, örtlich flexibel arbeiten können. Auch die Zeitvorgaben sind heute weiter als früher. Die Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse hat nämlich auf Seiten der angerufenen Interviewpartner dazu geführt, dass ein Anruf auch zu Zeiten sozial adäquat ist, wo der Angerufene früher erobert aufgelegt hätte. Während somit nicht wenige Umstände, die als ein Indiz für Unselbständigkeit gehandelt wurden, ihre Konturen verlieren dürften, bleibt es bei der Bindung an wissenschaftliche Maßstäbe. Daran ändert auch der Verweis darauf nichts, dass es sozialwissenschaftlich vielfältige Methoden und Möglichkeiten der Verknüpfung von Methoden im Weg von Sequenzierung und Hybridisierung bis hin zur Triangulation gibt, die versprechen, dass Empirie „robust“ erfasst werden kann.⁴¹ Ein Meinungsforschungsunternehmen kann es dem Interviewer nicht überlassen, das ihm vorgegebene methodologische Design nach Gutdünken zu handhaben.⁴²

IV. Das Beispiel der Meinungsforschung

Ausgehend vom Fall des studentischen Interviewers, der einer bestimmten sozialwissenschaftlichen Methode der Befragung zu folgen hat, lohnt ein Blick in die Rechtsprechung. Die Sozialgerichte sind in der jüngeren Vergangenheit durch die Neigung hervorgetreten, die Methodendisziplinierung als Indiz für Weisungsgebundenheit zu handhaben. Das BSG

hat angesichts des Strukturwandels der Arbeitsverhältnisse hin zu prekären Arbeitsverhältnissen, welcher die Frage der Scheinselbständigkeit ins Zentrum gerückt hat, von seiner Leitentscheidung vom 14.11.1974 (8 RU 266/73) zum Status von Interviewern seit 2009 Abstand genommen. Jene Entscheidung hatte Jahr für Jahr in jeder Gerichtsbarkeit als Anknüpfungspunkt gedient. Das BSG argumentierte damals mit dem Topos der „Natur der Sache“, um die Methodendisziplin von der Weisungsgebundenheit zu isolieren:

„Nach der Natur der Sache war es hier gar nicht anders möglich, als daß die Ermittler bei ihren Befragungen sich strikt nach den von der Klägerin ausgearbeiteten Unterlagen zu richten und die Ergebnisse ihrer Befragungen auch in einer bestimmten Zeit vorzulegen hatten, andernfalls wären verwertbare Befragungsergebnisse wohl gar nicht zu erzielen gewesen.“

Während sich Sozialgerichtsbarkeit⁴³ und Finanzgerichtsbarkeit⁴⁴ davon inzwischen abgewendet haben, hielt die Rechtsprechung des BAG daran fest. Arbeitsrechtlich relevante Weisungen betreffen die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, dagegen verhalten sich Weisungen im Hinblick auf Inhalt einer Methode neutral zur Abgrenzung des Arbeitnehmers vom freien Mitarbeiter.⁴⁵ In der „Moskito“-Entscheidung vom 13.3.2008 wurde dies auf Berichtspflichten eines Plakatschlägers erstreckt. Die zum Arbeitsverhältnis führende Freiheitseinbuße sei trotz der Tourenpläne, die den Tag der Plakatierung und die jeweiligen Orte vorgeben, erst dann hinreichend, „wenn die Begrenzung der persönlichen Freiheit, insbesondere in räumlicher und zeitlicher Hinsicht, eine Dichte erreicht, die sich nicht allein aus der Natur der zu leistenden Tätigkeit, sondern gerade aus der vertraglich dem Arbeitgeber zugestandenen Verfügungsmacht über die Ar-

⁴³ LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 2.2.2006 – L 6 KR 253/04: „Obwohl der Senat bei der Beurteilung der Tätigkeit von Interviewern zu einem anderen Ergebnis kommt als das BSG in dem oben genannten Urteil vom 14. November 1974, liegt dennoch keine Abweichung von der Rechtsprechung des BSG vor. Vielmehr unterscheidet sich das Gesamtbild der Tätigkeit der Interviewer in dem früher und aktuell zur Beurteilung anstehenden Fall grundlegend. Die Freiheiten, die jenseits der methodisch bedingten Vorgaben hinaus in dem 1974 entschiedenen Fall für Interviewer bestanden, räumt die Klägerin den Beigeladenen zu 1. und 2. weder vertraglich noch tatsächlich ein.“ Wenn es am Ende keine Rechtsprechungsänderung gewesen sein sollte, läge es an der gewandelten Natur der Sache. Zur Frage, ob diese sich nachvollziehbar erschließen lässt, siehe im Text unter V. Parallel zum Wandel der Rechtsprechung hob der Gesetzgeber die frühere Vermutung der Selbständigkeit nach § 7 Abs. 4 SGB IV auf.

⁴⁴ FG Köln, Urt. v. 6.12.2006 – 11 K 5825/04.

⁴⁵ BAG, Urt. v. 9.5.1996 – 2 AZR 438/95: „Nach der Rechtsprechung des BAG spricht es nicht gegen die Stellung als freier Mitarbeiter, wenn spezifische Methoden nach dem hierfür entwickelten Konzept des Auftraggebers anzuwenden sind.“

⁴¹ Flick, Triangulation, 2. Aufl. 2008, S. 11 ff.

⁴² So wenig, wie es – in einer Fußnote dürfen wir die Maxime des Verschweigens unterlaufen – beim Korrigieren (sub specie Gleichmäßigkeit der Korrektur) angehen sollte, einer Korrekturkraft anheimzustellen, mit der Lösungsskizze so zu verfahren wie der sprichwörtliche Südländer mit der Verkehrsampel.

beitsleistung ergibt.“⁴⁶ Das könnte sich mit der Entscheidung vom 25.9.2013 (10 AZR 282/12) nun ändern, wie bereits der Leitsatz andeutet:

„Gegenstand eines Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (§ 631 Abs. 2 BGB). Fehlt es an einem vertraglich festgelegten abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber“ dann durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss.“

Zwar können Weisungen, die sich ausschließlich auf das vereinbarte Werk beziehen, im Rahmen eines Werkvertrags unbedenklich erteilt werden, aber kritisch ist die „Ausübung von Weisungsrechten bezüglich des Arbeitsvorgangs“. Das sind bei Interviewern beispielsweise Leitfäden für Interviews und andere methodische Vorgaben. Damit können im Ergebnis methodologische Weisungen, soweit sie eben den Arbeitsvorgang (und nicht das abzuliefernde Werk) betreffen, als Weisung interpretiert werden.

Es bleibt abzuwarten, ob das BAG damit dem BSG folgt und sich auf diesem Weg die im Schrifttum gelegentlich beschworene Konkordanz von sozial- und arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung erweist. Bislang lag die Konkordanz zumeist darin, dass man die Fälle „verständigungsorientiert“ im Weg von Verfahrensabsprachen erledigte. Naturgemäß ist es beim „Handel mit der Gerechtigkeit“ für den Anwalt hilfreich, wenn er es schafft, dass die Verständigung bei der unternehmerischen Freiheit einsetzt, bei selbständigen Tätigkeiten Arbeitsverträge auch als Werkverträge auszugestalten.

V. Weisungsbindende Disziplinierung durch Methodendisziplin?

Leicht hätte man es, die Behauptung, dass in der Methodendisziplin kein Indiz für die Weisungsgebundenheit liegt, sondern aufgrund der „Natur der Sache“ ein für die Frage von selbständiger oder abhängiger Beschäftigung neutraler Umstand, wenn man für den Tatbestand des § 266a StGB auf die Zurechnungslehre im Allgemeinen Teil verweisen könnte. Dort nämlich wirkt die Methodendisziplin strafbarkeitsentlastend. Betrachtet man sie zutreffend als Fall der Einhaltung einer *lex artis*, dann entlastet sie insbesondere im Bereich der Fahrlässigkeit. Die *lex artis* bestimmter Verkehrskreise konkretisiert den Sorgfaltsmaßstab des besonnenen Bürgers im Bereich gesetzlicher Sondernormen. Allerdings ist sie, wenn man diese Begriffe philosophisch streng unterscheidet, kein Kriterium, sondern nur ein Indiz für straffreies Verhalten, so

⁴⁶ BAG NJW 2008, 2872. Dem Selbständigen können in bestimmtem Umfang methodische Standards (hier: Berichtspflichten) auferlegt werden. Eine Berichtspflicht als solche ist statusneutral und beispielsweise für den selbständigen Handelsvertreter ausdrücklich gesetzlich vorgesehen.

dass bei Einhaltung der *lex artis* im objektiven Tatbestand auch der subjektive Tatbestand herangezogen werden muss. Erst dann ist ein endgültiges Rechtmäßigkeitsurteil möglich. Das zeigt sich auch auf dem Feld der Compliance bei § 130 OWiG. Das Handeln des ordentlichen Kaufmanns (etwa im Insolvenzstrafrecht) entlastet typischerweise. Ausnahmsweise ist dies nicht der Fall, wenn bei Wahrung der Sorgfaltsmaßstäbe des ordentlichen Kaufmanns subjektiv rechtsmissbräuchliche Absichten verfolgt werden. Entsprechend verhält es sich bei der Strafvereitelung, die ausscheidet, wenn ein Strafverteidiger sich *lege artis* (d.h. prozessordnungsgemäß) verhält und ihm kein Umgehungsvorsatz nachgewiesen werden kann. In gleicher Weise ist die neutrale Beihilfe zu behandeln, für welche Privilegierungen in Betracht kommen, wenn das Verhalten methodologisch korrekt ist. Anders verhält es sich auch hier, wenn damit zugleich deliktische Ziele verfolgt werden.

Man ist verführt, allgemeine Zurechnungsregeln ungefiltert auf individuelle Tatbestände anzuwenden. Aber der Verführung braucht man nicht zu erliegen. Es ist – die „Natur der Sache“ gemahnt daran – immer mit lebensweltlichen Besonderheiten zu rechnen, die aus der jeweiligen Lebenswelt induktiv oder abduktiv zu erschließen sind.⁴⁷ Bernd Schünemann hat schon früh in seinen „Methodologischen Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts“ im Abduktionsverfahren „eine wissenschaftstheoretisch einwandfreie Begründung für das so beliebte und doch so lange orakelhaft gebliebene Denken aus der ‚Natur der Sache‘“ gesehen, weil „eine leitende Wertsetzung, soll sie unter den gegebenen sozialen Umständen realisierbar sein, gewisse Folgeentscheidungen impliziert, die in einer idealen Welt hingegen nicht zwingend wären und infolgedessen bei einer empiriefreien Betrachtung willkürlich erscheinen würden“.⁴⁸ Sofern die Abduktion auch praktischen Belangen generell gilt, an welche die „pragmatische Maxime“ von Charles Peirce anknüpft,⁴⁹ ist sie eine gehalterweiternde Schlussform, die auch auf normativem, dogmatischen Gebiet fruchtbar gemacht werden kann. So lässt sich beim Blick auf die gesamte Rechtsordnung, deren Einheit auch für die Behandlung der Methodendisziplin zu wahren ist, arbeitsrechtlich auf die sachlich verwandte Unterscheidung von Arbeitsverhalten und Ordnungsverhalten in § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verweisen. Im Strafrecht liegt die Frage nahe, ob sich die Situation bei § 266a StGB nicht analog zu den Regeln beim ärztlichen

⁴⁷ Zur Abduktion L. Schulz, Normiertes Misstrauen, 2001, 2. Teil Abschnitt 2.

⁴⁸ Schünemann, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dez. 1978, 1979, S. 117 (S. 123).

⁴⁹ In der ursprünglichen Formulierung von 1878 (im Aufsatz „How to Make Our Ideas Clear“) lautet sie: „Überlege, welche Wirkungen, die denkbarerweise praktische Bedeutung haben können, wir dem Gegenstand unseres Begriffes zuschreiben. Dann ist unser Begriff dieser Wirkungen der ganze Umfang unseres Begriffes des Gegenstandes.“ Zum Zusammenhang zwischen pragmatischer Maxime und Abduktion siehe L. Schulz (Fn. 47), 2. Teil Abschnitt 2.

Heileingriff behandeln lässt. Das liegt nahe, sofern dort die Einhaltung der *lex artis* die Straflosigkeit garantiert und Rechtsprechung wie Schrifttum eine reichhaltige Dogmatik beigesteuert haben. Die Eigenheiten der Methodendisziplin sind jedenfalls beim Heileingriff wegen der Gefahr weitreichender Kunstfehler eingehender erörtert worden als bei § 266a StGB und den zugehörigen Rechtsgebieten. Nimmt man etwa den Fall, dass alle in einer Klinik tätigen Chirurgen auf eine bestimmte Operationstechnik verpflichtet wären, obwohl auch alternative Methoden des Eingriffs vertretbar wären, so würde das wohl nicht als Form der *lex artis* verstanden werden. Es wäre tendenziell als Eingriff in die ärztliche Freiheit zu verstehen. Auf § 266a StGB gewendet, könnte insoweit ein Weisungselement dingfest gemacht werden. Dann bliebe es dabei, dass auch im Einklang mit den allgemeinen Regeln der Zurechnung die Einhaltung der *lex artis* nicht strafbegründend wirkt. Worin beim Beispiel des Interviewers dann Weisungsabhängigkeit hinsichtlich der anzuwendenden Methode liegen könnte, wäre am Gegenstand, dem sozialwissenschaftlichen methodischen Design, noch zu ermitteln. Was immer sich bei dem Versuch, an dieser Stelle die Natur der eben auch dogmatischen Sache auszuloten, am Ende ergeben sollte, es ist gewiss nicht eine Vermischung von Methodendisziplin mit Weisungsgebundenheit im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV, die jedenfalls für einen Teil der Rechtsprechung aufgezeigt wurde. Festzuhalten ist dabei, dass dies, auch wenn gerade die Sozialgerichtsbarkeit zu dieser Vermischung neigt, dogmatisch nicht aus dem Votum für die Sozialrechtsakzessorietät rührt. Es scheint vielmehr so zu sein, dass es sich einem Defizit deontologisch verfasster Dogmatik, mit anderen Worten: einem schlicht folgenorientierten Kalkül verdankt. Das erkennt man an dem Ausweg, den die Vermischung von Methodendisziplin mit methodischer Disziplinierung nahe legt, um das mit ihr einhergehende neue Strafbarkeitsrisiko zu beseitigen: die Anwendung der Maxime „Against Method“⁵⁰, die ein Beispiel für das gleichfalls folgenorientierte argumentum ad absurdum liefern würde. Wäre das Ergebnis doch, wenn ein auf das Fallbeispiel gewendetes Wortspiel gestattet ist, gleichbedeutend mit dem „Feyerabend der Meinungsforschung“.

⁵⁰ So der gleichnamige Titel der Abhandlung *Paul Feyerabends*, in: Radner/Winokur (Hrsg.), *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, Bd. 4, *Theories & Methods of Physics and Psychology*, 1970, S. 17; übersetzt: *Wider den Methodenzwang*, 1976.

Mythologie und Logos des § 298 StGB*

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen**

I. Einführung

Es gibt wohl wenige Vorschriften des Strafgesetzbuches, zu denen eine trotz erheblicher praktischer Bedeutung nur dürftige Rechtsprechung und eine vergleichsweise überschaubare Anzahl an literarischen Stimmen einen gleichermaßen unübersichtlichen Streitstand hervorgebracht haben, wie dies im Rahmen des § 298 StGB¹ der Fall ist. Bei dem Verständnis dessen, was eine Strafbarkeit wegen „Wettbewerbsbeschränkende[r] Absprachen bei Ausschreibungen“² gem. § 298 StGB voraussetzt, ist nahezu jede Frage von Bedeutung umstritten. Einigkeit besteht im Wesentlichen allein darin, dass die Tathandlung nicht etwa in der vom Tatbestand vorausgesetzten rechtswidrigen Absprache, sondern vielmehr in der Abgabe eines Angebotes (das auf dieser rechtswidrigen Absprache beruht) besteht.³ Nahezu alles andere wird kontrovers

* Wegen eines Krankheitsfalles im Familienkreis war dem Verf. die fristgemäße Fertigstellung des für die Printausgabe der Festschrift für Bernd Schünemann gedachten Beitrages nicht möglich. Er wird hiermit, verbunden mit den besten Wünschen für den verehrten Jubilar, nachgereicht.

** Der Autor ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Kriminalwissenschaften und Leiter des CCC – Center for Criminal Compliance sowie des ICCG – International Center for Compliance and Governance (<http://www.uni-giessen.de/cms/fbz/fb01/rotsch/ccg-neu>).

¹ § 298 Abs. 1 StGB lautet: „Wer bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ In § 298 Abs. 3 StGB ist geregelt: „Nach Absatz 1, auch in Verbindung mit Absatz 2 [der die freihändige Vergabe eines Auftrages nach vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb der Ausschreibung i.S.d. Abs. 1 gleichstellt; Anm. des Verf.], wird nicht bestraft, wer freiwillig verhindert, dass der Veranstalter das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt. Wird ohne Zutun des Täters das Angebot nicht angenommen oder die Leistung des Veranstalters nicht erbracht, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Annahme des Angebots oder das Erbringen der Leistung zu verhindern.“

² So die amtliche Überschrift, vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 12.

³ Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 48; Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 298 Rn. 26; Hohmann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 60; Böse, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2011, § 298 StGB Rn. 17; Heine/Eisele, in: Schönkel/

diskutiert: So ist schon unklar, was das durch die Vorschrift geschützte Rechtsgut ist (dazu unten II. 1). Uneinigkeit herrscht weiterhin in der Frage, ob der Gesetzgeber mit § 298 StGB ein Verletzungs- oder ein bloßes (abstraktes oder konkretes?) Gefährdungsdelikt normiert hat (II. 2.). Auch die Frage, ob es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt oder um ein Erfolgsdelikt handelt, ist umstritten (II. 3.), und zwar über die von der herrschenden Meinung an sich für richtig gehaltene Gleichschaltung von Tätigkeits- und abstrakten Gefährdungsdelikten einerseits sowie Erfolgs- und Verletzungs- bzw. konkreten Gefährdungsdelikten andererseits hinaus.⁴ Im Streit ist darüber hinaus, ob es sich um ein Allgemein- oder doch um ein Sonderdelikt handelt (II. 4.). Keine Übereinstimmung ist bislang auch in der Frage erzielt, ob die Norm einen Blanketttatbestand oder einen Tatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen enthält (II. 5.).

Während die Beantwortung dieser Fragen ganz grundsätzliche Überlegungen zur Deliktsstruktur des § 298 StGB voraussetzt (sogleich unter II.), sind von diesem Komplex zwei weitere – ihrerseits streitig geführte – Diskussionen zu unterscheiden, die ebenfalls durch ein bestimmtes Strukturverständnis der Vorschrift im Wesentlichen prädisponiert sind. So wird außerdem darüber gestritten, wer Beteiligter der rechtswidrigen Absprache sein kann (dazu unten III.). Und schließlich geht es in einem weiteren, hiervon zu unterscheidenden Problembereich um den Kreis möglicher Täter im Rahmen der Angebotsabgabe (unten IV.).

All diese Fragen sollen in dem vorliegenden Beitrag einer näheren Untersuchung unterzogen werden. Wie sich recht schnell zeigen wird, spielen sie sich sämtlich an der Schnittstelle von Wirtschaftsstrafrecht und allgemeiner Strafrechtsdogmatik ab – zwei Bereiche, die der verehrte Jubilar Bernd Schünemann in vielen Beiträgen wie kaum ein zweiter virtuos verknüpft und einer häufig sehr kritischen Analyse unterzogen hat.

II. Die Deliktsstruktur des § 298 StGB

1. Das geschützte Rechtsgut

Im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut lassen sich zwei Problemkreise unterscheiden. Zum einen steht in Frage, was das durch die Norm ([nur] primär?/allein?) geschützte Rechtsgut ist; zum anderen gehen die Meinungen über ein möglicherweise daneben geschütztes Rechtsgut Vermögen auseinander.

Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 11 ff.; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 61. Aufl. 2014, § 298 Rn. 13.

⁴ Konkret zu dieser Frage unten II. 3 bei und in Fn. 66 und 67.

a) Die Freiheit des Wettbewerbs

Insbesondere *Lüderssen* hat sich gegen einen strafrechtlichen Schutz des Wettbewerbs ausgesprochen.⁵ Diese Fundamentalkritik hat sich – zu Recht – nicht durchgesetzt.⁶ Dementsprechend wird von der heute ganz herrschenden Meinung „der freie Wettbewerb“, meist „in seiner Ausprägung als Ausschreibungswettbewerb“, als geschütztes Rechtsgut angesehen.⁷ Mit dem „freien Wettbewerb“ ist die *Freiheit des Wettbewerbs* gemeint: Geschützt ist nämlich zunächst die Freiheit der Marktkonkurrenz vor unlauteren, den freien Preisbildungsprozess hemmenden Einflüssen bei Ausschreibungen.⁸ Damit ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, ob hiermit der Wettbewerb als Institution – also als gleichsam abstrakte Idee⁹ – oder in seiner Konkretisierung des einzelnen, in Rede stehenden Ausschreibungswettbewerbs, im Rahmen dessen die rechtswidrige Absprache stattfindet, geschützt ist. Die überwiegende Auffassung geht zutreffend davon aus, dass von § 298 StGB (mindestens primär) der Wettbewerb als Institution des Wirtschaftslebens geschützt wird.¹⁰ Für diese Ansicht wird zunächst die amtliche Überschrift des 26. Abschnitts des StGB – „Straftaten gegen den Wettbewerb“ – angeführt.¹¹ Dem entspricht auch die Begründung des Regierungsentwurfs, der ausdrücklich „schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs“ ins Visier nahm, den „qualifizierten Unrechtsgehalt der zugrundeliegenden Wettbewerbsverstöße“ hervorhob und „zur Eindämmung dieser schweren Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht“ einen verstärkten strafrechtlichen Schutz durch einen neuen Straftatbestand gegen wettbewerbsbeschränkende Absprachen für notwendig hielt, „um rechtswidrige Verhaltensweisen bei der Beteiligung an Ausschreibungen wirksamer zu bekämpfen“. Im Gegensatz zu vorangegangenen Vorschlägen, die die Schaffung eines Straftatbestandes des „Ausschreibungsbetruges“ als abstraktes Gefährdungsdeltikt im Vorfeld des Betruges vorsahen und den Schutz des Vermögens des Veranstalters einer Ausschreibung in den Vor-

dergrund stellten,¹³ nennt der schließlich Gesetz gewordene Entwurf expressis verbis den „freien Wettbewerb“ als „das in erster Linie durch den neuen Straftatbestand geschützte Rechtsgut.“¹⁴ Der Entwurf hat damit ausdrücklich die „Kriminalisierung eines Teilbereichs der bisherigen Ordnungswidrigkeiten nach § 38 Abs. 1 Nrn. 1 und 8 GWB“ zum Gegenstand.¹⁵

Der mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angesprochene Bezugsgegenstand des § 298 StGB, der – neben Art. 101 AEUV – seinen Niederschlag in dem Merkmal der Rechtswidrigkeit der Absprache¹⁶ gefunden hat, stellt denn in diesem Kontext auch das stärkste Argument für einen institutionellen Wettbewerbsschutz dar, ist das GWB doch seinerseits einem insgesamt institutionellen Wettbewerbsschutz verpflichtet.¹⁷

Gegen einen von Teilen des Schrifttums¹⁸ favorisierten Schutz des Wettbewerbs in Gestalt des konkreten Preisbildungsprozesses¹⁹ spricht entscheidend aber eine andere, bislang weitgehend vernachlässigte Überlegung. Wer eine Rechtsgutsbestimmung in diesem Sinne vornimmt, der muss dessen Beeinträchtigung konsequenterweise bereits mit der Absprache annehmen.²⁰ Denn wenn das von § 298 StGB geschützte Rechtsgut der Wettbewerb in seiner Erscheinung als der ganz konkrete, in Rede stehende Ausschreibungswettbewerb ist,²¹ so hat mit der Absprache die unlautere einseitige Beeinflussung des Austauschverhältnisses von Waren und Leistungen zugunsten eines Beteiligten²² bereits stattgefunden. „Der Wettbewerb“ ist dann – in Gestalt des konkreten

⁵ *Lüderssen*, StV 1997, 318 (320); *ders.*, in: Dachs (Hrsg.), *Kriminelle Kartelle?*, 1998, S. 53 (54 f.). Ebenso *Oldigs*, *Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Bekämpfung von Submissionsabsprachen*, 1998, S. 120 f.

⁶ Vgl. *Kuhlen*, in: Dölling (Hrsg.), *Jus humanum*, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 742 (744); *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 1.

⁷ *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 11 m.w.N. in Fn. 48; *Kuhlen* (Fn. 6), S. 744.

⁸ Vgl. *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 11. Bereits in der Beschränkung auf (bestimmte) Ausschreibungen manifestiert sich der nur partiell kartellrechtsakzessorische Strafrechtsschutz. Darauf wird immer wieder zurückzukommen sein.

⁹ Zum Rechtsgut als ideeller Wert oder realer Gegenstand vgl. *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 5 ff. (32).

¹⁰ *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 6; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 3), Vor § 298 Rn. 6.

¹¹ *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 6.

¹² BT-Drs. 13/5584, S. 13.

¹³ Siehe die Nachweise bei BT-Drs. 13/5584, S. 13.

¹⁴ BT-Drs. 13/5584, S. 13. Freilich sei „das Vermögen des Veranstalters einer Ausschreibung und der (möglichen) Mitwettbewerber [...] allerdings durch den Straftatbestand mitgeschützt“, siehe BT-Drs., a.a.O. Dazu unten b).

¹⁵ BT-Drs. 13/5584, S. 13.

¹⁶ Hierzu ausführlich unten III.

¹⁷ BT-Drs. 13/8079, S. 14; BGHSt 49, 201 (205); *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 6, 33; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 11, 59; *Wunderlich*, Die Akzessorität des § 298 StGB zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2009, S. 6 ff., 38 ff., 72. Vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 10; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 141. Lfg., Stand: Juli 2014, § 298 Rn. 24; *Heine/Eisele* (Fn. 3), § 298 Rn. 13; *Grützner*, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2003, S. 524 f.; *Jaeschke*, Der Submissionsbetrug, 1999, S. 51; *Achenbach*, WuW 1997, 958 (959); *Hohmann*, NSZ 2001, 566 (571); *König*, JR 1997, 397 (402).

¹⁸ *Böse* (Fn. 3), § 298 Rn. 1; *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 9; *Walter*, GA 2001, 131 (140).

¹⁹ *Kuhlen* (Fn. 6), S. 748 f., entnimmt auch der Gesetzesbegründung (BT-Drs., 13/5584, S. 13) eine Stellungnahme zugunsten einer Rechtsgutskonzeption in diesem konkretisierten Sinne.

²⁰ Anders aber offenbar *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 2.

²¹ Vgl. *Kuhlen* (Fn. 6), S. 746 ff. (748).

²² Vgl. *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 11.

Preisbildungsprozesses – bereits verfälscht bzw. ausgeschaltet und das Rechtsgut ist verletzt.²³ Mit einer solchen Konzeption lässt sich aber nicht nur die herrschende Sichtweise von § 298 StGB als abstraktes (Wettbewerbs-)Gefährungsdelikt nicht mehr vereinbaren,²⁴ sondern auch die Regelung der tätigen Reue in Abs. 3²⁵ kaum mehr in Einklang bringen.²⁶ Es ist insoweit aber ein noch gewichtigerer Einwand, der die Auffassung, geschütztes Rechtsgut sei der konkrete Preisbildungsvorgang, endgültig als unzutreffend entlarvt: Die unlautere Absprache allein ist nach einhelliger Ansicht gerade nicht unter Strafe gestellt, sondern vielmehr als bloßer Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 81 GWB lediglich mit Geldbuße bedroht.²⁷ Die Absprache begründet damit zwar einen Wettbewerbsverstoß, stellt sich im Hinblick auf die Konstruktion des Straftatbestandes gem. § 298 StGB aber lediglich als Vorbereitungshandlung dar,²⁸ deren Inkriminierung der Gesetzgeber nicht für erforderlich gehalten hat.²⁹ Mit dieser Konstruktion des Gesetzes, die Ausdruck der asymmetrischen Kartellrechtsakzessorität des § 298 StGB ist,³⁰ verträgt sich aber die Annahme, Schutzgut sei der konkrete Preisbildungsprozess, nicht.³¹ Wenn ein solches Rechtsgut mit der Vornahme der Absprache verletzt ist, wäre nämlich auch allein die Inkriminierung dieser wettbewerbswidrigen Absprache sinnvoll gewesen. Denn eine an die bereits existente Rechtsgutsverletzung sich anschließende „Tathandlung“ der Angebotsabgabe kann dann keinerlei strafrechtliche Relevanz mehr entfalten, weil sie der schon eingetretenen Rechtsgutsverletzung – scil. der Manipulation des konkreten Preisbildungsprozesses – kein weiteres strafrechtlich relevantes Unrechtspotential mehr hinzuzufügen vermag. Hielte man die hier kritisierte Ansicht vom konkreten Ausschreibungswettbewerb als von § 298 StGB geschütztes Rechtsgut für zutreffend, würde man dem Gesetzgeber die Schaffung eines Straftatbestandes unterstellen, der die Vornahme einer rechtsgutsneutralen Handlung unter Strafe stellt, die der bereits eingetretenen und abgeschlossenen – für sich gesehen aber straflosen – Rechtsverletzung erst nachfolgt. Ein solcher Straftatbestand hat im System eines rechtsstaatlichen Strafrechts keinen Platz. Die Auffassung kann daher

nicht richtig sein. Geschütztes Rechtsgut des § 298 StGB ist damit der Wettbewerb als Institution.³²

b) Das Vermögen als mitgeschütztes Rechtsgut

Umstritten ist auch, ob durch § 298 StGB das Vermögen der (möglichen) Mitbewerber bzw. des Veranstalters zumindest mitgeschützt wird.³³ Eindeutig ist zunächst der Wille des Gesetzgebers, der ausweislich der Begründung im Regierungsentwurf in Abkehr von den bisherigen Vorschlägen³⁴ nicht mehr das Vermögen in den Vordergrund rücken, sondern eben gerade den freien Wettbewerb als zentrales Schutzgut normiert sehen wollte: „Der Entwurf sieht dagegen vor, daß der freie Wettbewerb das in erster Linie durch den neuen Straftatbestand geschützte Rechtsgut ist. Das Vermögen des Veranstalters einer Ausschreibung und der (möglichen) Mitbewerber wird allerdings durch den Straftatbestand mitgeschützt.“³⁵

Gegen einen durch die Vorschrift bewirkten Vermögensschutz lässt sich auch nicht einwenden, dass das Gesetz gerade nicht auf den Eintritt eines Vermögensschadens abstelle.³⁶ Diese Argumentation verkennt, dass der – sogar unmittelbare und alleinige – Schutz eines Rechtsgutes auch über abstrakte Gefährungsdelikte gewährleistet werden kann und in einem „modernen“ Strafrecht auch zunehmend gewährleistet wird. Nach ganz h.M. sind abstrakte Gefährungsdelikte aber gerade keine Erfolgsdelikte.³⁷ So setzt etwa § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nach ganz überwiegender Auffassung ebenfalls den Eintritt einer Vermögensschädigung nicht voraus, schützt aber als abstraktes Gefährungsdelikt³⁸ das (staatliche) Vermögen mindestens (neben dem Allgemeininteresse an einer effektiven staatlichen Förderung der Wirtschaft) mit³⁹; manche gehen gar von einem alleinigen Vermögensschutz aus.⁴⁰

Ob, wie *Kuhlen* meint⁴¹, die Gesetzesbegründung als Beleg für einen zumindest beabsichtigten ausschließlichen Schutz des Wettbewerbs herhalten kann, erscheint äußerst

²³ In diesem Sinn jüngst denn auch deutlich und konsequent *Böse* (Fn. 3), § 298 Rn. 1. Vgl. auch bereits *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 9 m.w.N.

²⁴ Konsequenz daher *Böse* (Fn. 3), § 298 Rn. 2, und *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 9, die dementsprechend von einem Verletzungsdelikt ausgehen; siehe dazu unten 2. Ausdrücklich anders aber *Bosch* (Fn. 20), § 298 Rn. 2.

²⁵ Siehe Anm. 1.

²⁶ Ebenso bereits *Kuhlen* (Fn. 6), S. 747.

²⁷ Siehe BT-Drs. 13/5584, S. 14; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 48.

²⁸ *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 15; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 48; *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 96.

²⁹ BT-Drs. 13/5584, S. 14.

³⁰ *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 3.

³¹ Vgl. *Kuhlen* (Fn. 6), S. 747.

³² Im Ergebnis ebenso etwa *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 12.

³³ Siehe *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 13 f.

³⁴ Siehe oben bei und in Fn. 12.

³⁵ BT-Drs. 13/5584, S. 13.

³⁶ So aber *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 13, der sich mit diesem Argument gegen einen unmittelbaren Schutz des Vermögens von (möglichen) Mitbewerbern wendet und es als Grundlage seiner Stellungnahme zugunsten eines nur mittelbaren Vermögensschutzes hernimmt. Vgl. auch *Hohmann* (Fn. 3), § 298 Rn. 4.

³⁷ Zu der Richtigkeit dieser Annahme siehe noch unten 3.

³⁸ *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2013, § 264 Rn. 1. Vgl. auch *Saliger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 20), § 264 Rn. 2 m.w.N.

³⁹ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 684; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 264 Rn. 1; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 264 Rn. 4; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/2, 2001, § 3 Rn. 37.

⁴⁰ *Hellmann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 3), § 264 Rn. 10.

⁴¹ *Kuhlen* (Fn. 6), S. 745.

zweifelhaft. Zum einen sagt sie ausdrücklich das Gegenteil.⁴² Zum anderen vermag auch die Behauptung *Kuhlen*, der Gesetzgeber habe „den [...] Tatbestand vom Erfordernis einer Vermögensbeeinträchtigung gänzlich gelöst“,⁴³ nicht zu überzeugen. Die von *Kuhlen* insoweit in Bezug genommene Passage der Gesetzesbegründung gibt für eine solche Aussage in Wahrheit nichts her. Liest man nämlich die beiden einschlägigen Absätze des Regierungsentwurfs⁴⁴ im Zusammenhang, lässt sich die Aussage, der Gesetzgeber habe „sich auch“⁴⁵ gegen ein „abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betruges“⁴⁶ ausgesprochen⁴⁷, nicht halten. Der Regierungsentwurf wendet sich nämlich nur gegen die bisherigen Gesetzesvorschläge, die in der Tat die Schaffung eines Straftatbestandes „Ausschreibungsbetrug“ als abstraktes Gefährdungsdelikt *im Vorfeld des Betruges* vorgeschlagen hatten.⁴⁸ Im Gegensatz hierzu sollte „in erster Linie“ der freie Wettbewerb das durch den neuen Straftatbestand geschützte Rechtsgut sein. Einen parallelen Schutz des Vermögens schließt dies aber gerade nicht aus. Dass es hier mehr um einen terminologischen als um einen inhaltlichen Streit geht, zeigt denn auch das Fazit *Kuhlen*, der den Vermögensschutz als typische und erwünschte Folge des § 298 StGB bezeichnet und dennoch von einem ausschließlichen Rechtsgut Wettbewerb spricht.⁴⁹ Das bedeutet dann aber jedenfalls, dass ein Rechtsgut Vermögen der (möglichen) Mitwettbewerber bei der Auslegung des Tatbestandes keine Berücksichtigung erlangen kann.

Von einem sogar unmittelbaren Vermögensschutz wird man jedoch im Hinblick auf den Veranstalter der Ausschreibung ausgehen müssen. Denn der Zweck einer Ausschreibung besteht insbesondere in der Ermittlung eines möglichst günstigen Preises für das betreffende Ausschreibungsobjekt und damit dem Schutz der Vermögenslage des Veranstalters.⁵⁰ Dieser Zweck wird durch die wettbewerbswidrige Absprache und die hierauf beruhende Angebotsabgabe beeinträchtigt.⁵¹

⁴² Siehe bei und in Fn. 35.

⁴³ *Kuhlen* (Fn. 6), S. 745.

⁴⁴ BT-Drs. 13/5584, S. 13.

⁴⁵ Gemeint ist ersichtlich „sogar“, da *Kuhlen* das Zitat offensichtlich als Grundlage eines erst-recht-Schlusses verwendet.

⁴⁶ BT-Drs. 13/5584, S. 13.

⁴⁷ *Kuhlen* (Fn. 6), S. 745. Ebenso *Wunderlich* (Fn. 17), S. 71.

⁴⁸ BT-Drs. 13/5584, S. 13. *Hervorhebung durch den Verf.*

⁴⁹ *Kuhlen* (Fn. 6), S. 745. Für einen mittelbaren Schutz des Vermögens der (möglichen) Mitbewerber auch z.B. *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 6; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 13; *Kosche*, Strafrechtliche Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen – § 298 StGB –, 2001, S. 135; *Wunderlich* (Fn. 17), S. 57 ff., 70 ff.

⁵⁰ Vgl. *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 7; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 14.

⁵¹ So auch ein großer Teil des Schrifttums, vgl. *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 7; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 14; *Kindhäuser* (Fn. 38), § 298 Rn. 1; *Gössel/Dölling*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Auflage 2004, § 1 Rn. 55; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 39), Rn. 703; a.A. aber z.B. *Bosch* (Fn. 20),

2. Gefährdungs- oder Verletzungsdelikt?

Werden durch § 298 StGB der Wettbewerb als Institution sowie das Vermögen des Veranstalters unmittelbar als Rechtsgüter geschützt (siehe oben unter 1.), so ist es jedenfalls grundsätzlich möglich, dass die Vorschrift im Hinblick auf ihre Einordnung als Gefährdungs- bzw. Verletzungsdelikt eine gespaltene Beurteilung erfährt. Daher ist die Frage nach der Einordnung für die beiden Rechtsgüter getrennt zu stellen.

a) Im Hinblick auf die Institution des Wettbewerbs als geschütztes Rechtsgut

Mit der Stellungnahme gegen ein Rechtsgut des konkreten Preisbildungsvorganges (s.o. 1. a) kann es sich bei § 298 StGB insoweit jedenfalls nicht um ein Verletzungsdelikt handeln. Denn der Wettbewerb als Institution kann durch die Vornahme der Tathandlung – anders als der konkrete Preisbildungsvorgang, der aber nicht vom Schutzzweck des § 298 StGB umfasst ist – nicht im Sinne einer Verletzung beeinträchtigt werden. Auch eine derart ernsthafte Gefährdung des Wettbewerbs in diesem Sinne, dass von einem konkreten Gefährdungsdelikt auszugehen wäre, kann durch die Vornahme der einzelnen Tathandlung nicht erfolgen; sie tritt allenfalls und erst durch eine große Anzahl von einzelnen den Wettbewerb manipulierenden Tathandlungen ein.⁵² Daher spricht mehr dafür, § 298 StGB mit der herrschenden Meinung⁵³ *im Hinblick auf den Wettbewerbsschutz* als abstraktes Gefährdungsdelikt anzusehen.⁵⁴

b) Im Hinblick auf das Vermögen des Veranstalters als geschütztes Rechtsgut

Unabhängig von der Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt im Hinblick auf den durch die Vorschrift gewährleisteten Wettbewerbsschutz ist aber die Frage zu entscheiden, welche Deliktsstruktur der Norm hinsichtlich des daneben geschützten Vermögens des Veranstalters der Ausschreibung zukommt.⁵⁵ Jedenfalls ein Verletzungsdelikt scheidet auch insoweit aus, da ein Vermögensschaden – im Gegensatz zu

§ 298 Rn. 1; *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 1; *Hohmann* (Fn. 3), § 298 Rn. 4f.; *Rogall* (Fn. 17), § 298 Rn. 4; *Wunderlich* (Fn. 17), S. 73; *Kuhlen* (Fn. 6), S. 747 ff.

⁵² Insoweit ebenso bereits *Kuhlen* (Fn. 6), S. 748.

⁵³ BGH NStZ 2003, 549; *Lackner/Kühl* (Fn. 39), § 298 Rn. 1; *Heine/Eisele* (Fn. 3), § 298 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 3a; *Kosche* (Fn. 49), S. 138; *Kuhlen* (Fn. 6), S. 747; *Greeve*, ZVgR 1998, 463 (464 f.); *König*, JR 1997, 397 (402); *Otto*, wistra 1999, 41; unklar *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 16 einerseits, Rn. 17 andererseits; a.A. *Hohmann* (Fn. 3), § 298 Rn. 6 (anders noch *ders.*, NStZ 2001, 566 [571]); *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 9; *Walter*, GA 2001, 131 (140).

⁵⁴ Vgl. aber auch *Hefendehl* (Fn. 9), der zu Recht auf die Unterschiede zwischen den traditionell den abstrakten Gefährdungsdelikten zugeschlagenen Tatbeständen und den dem Institutionenschutz dienenden Normen hinweist. Die Frage kann hier nicht weiter verfolgt werden.

⁵⁵ Zutreffend erkannt von *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 8 f.

§ 263 StGB⁵⁶ – gerade nicht eingetreten zu sein braucht.⁵⁷ Aber auch um ein konkretes Gefährdungsdelikt kann es sich bei § 298 StGB insoweit nicht handeln. Denn nicht nur enthält der Wortlaut der Vorschrift die Voraussetzung des Eintritts einer konkreten Gefahr für das Vermögen des Veranstalters nicht, sondern lässt es genügen, dass der Täter „ein Angebot abgibt“⁵⁸. Vielmehr ergibt auch die Auslegung, dass eine Strafbarkeit nach § 298 StGB den Eintritt eines Gefährdungsschadens nicht voraussetzt. Zwar lässt sich durchaus argumentieren, dass mit dem von der herrschenden Meinung⁵⁹ vorausgesetzten Zugang des Angebotes bereits eine Gefährdung des Vermögensbestandes des Veranstalters eingetreten ist. Hinreichend konkret ist diese Gefährdung aber noch nicht, da weder die Kenntnissnahme noch gar die Annahme des Angebotes für erforderlich gehalten wird, eine Vermögensschädigung also nicht unmittelbar bevorsteht.⁶⁰ Dass der Gesetzgeber dies anders gesehen hat⁶¹ – worauf *Pasewaldt*⁶² zutreffend hinweist – kann daran nichts ändern. Im Übrigen setzte die Annahme einer konkreten Vermögensgefährdung die verfestigte Anwartschaft des Veranstalters auf den (hypothetischen) Wettbewerbspreis voraus.⁶³ Eine solche besteht aber nicht.⁶⁴ Damit ist § 298 StGB auch *hinsichtlich des Vermögens des Veranstalters* abstraktes Gefährdungsdelikt.⁶⁵

3. Erfolgs- oder Tätigkeitsdelikt?

Mit der überwiegend vorgenommenen Charakterisierung des § 298 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt geht in konsequenter Anwendung der herrschenden Doktrin⁶⁶ von der Parallelisierung von Tätigkeits- mit abstrakten Gefährdungsdelikten einerseits und Erfolgs- mit konkreten Gefährdungs-

bzw. Verletzungsdelikten andererseits die Einordnung als Tätigkeitsdelikt einher.⁶⁷ Von einem Erfolgsdelikt sprechen bei § 298 StGB meist nur diejenigen, die es für ein Verletzungsdelikt⁶⁸ halten. Die Beantwortung dieser Frage hat vor allem Bedeutung für die Lehren von Kausalität und objektiver Zurechnung, die nur bei Erfolgsdelikten eine Rolle spielen.⁶⁹ Sie verlangt aber einen genaueren Blick auf das Verhältnis von Verletzungs- und Gefährdungsdelikten einerseits sowie Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten andererseits:

Dabei lassen sich zunächst drei grundsätzlich unterschiedliche Meinungen unterscheiden. Während die herrschende Ansicht, wie gesagt,⁷⁰ davon ausgeht, dass abstrakte Gefährdungsdelikte stets Tätigkeitsdelikte, konkrete Gefährdungs- und Verletzungsdelikte hingegen Erfolgsdelikte seien, billigen andere der Zuordnung zu den Tätigkeitsdelikten auf der einen bzw. zu den Erfolgsdelikten auf der anderen Seite keinerlei Aussagewert für die Charakterisierung als Verletzungs- bzw. Gefährdungsdelikt zu und anerkennen grundsätzlich die Möglichkeit einer beliebigen Verknüpfung,⁷¹ sodass Verletzungsdelikte auch Tätigkeitsdelikte⁷², abstrakte Gefährdungsdelikte auch Erfolgsdelikte⁷³ sein können. Nach dieser Ansicht ist § 298 StGB Erfolgsdelikt, und zwar unabhängig von der Einordnung als Verletzungsdelikt.⁷⁴ Noch einen Schritt weiter geht diejenige Auffassung, die sämtliche Deliktstypen – Verletzungsdelikte, konkrete *und* abstrakte Gefährdungsdelikte – für Erfolgsdelikte hält.⁷⁵ Sie kommt für § 298 StGB trotz der mit der herrschenden Meinung übereinstimmenden Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt⁷⁶ dementsprechend zu einer anderen Charakterisierung als diese. Nach ihr handelt es sich nämlich bei § 298 StGB – wie

⁵⁶ Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. zunächst nochmals BT-Drs. 13/5584, S. 13 f., sowie *Korte*, NStZ 1997, 513 (516); *Wolters*, JuS 1998, 1100 (1101); *König*, JR 1997, 397 (402); *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 1 ff.; *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 1 ff.

⁵⁷ Zu den unterschiedlichen Möglichkeiten der Identität von Rechtsgut und Handlungsobjekt siehe *Hefendehl* (Fn. 54), S. 39 f.

⁵⁸ Beachte dazu aber noch sogleich unten 3.

⁵⁹ Siehe zunächst nur *Tiedemann* (Fn. 9), § 298 Rn. 29 m.w.N.

⁶⁰ Zu den Voraussetzungen der konkreten Gefahr siehe *Schünemann*, JA 1975, 787 (793 ff.); *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 31 ff.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 14.

⁶² *Pasewaldt*, ZIS 2008, 84 (85).

⁶³ *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2008, § 263 Rn. 137 m.w.N.

⁶⁴ *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 8.

⁶⁵ Insoweit ebenso *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 8.

⁶⁶ Vgl. *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 102 ff., Rn. 123 f., § 11 Rn. 146 ff.; *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2012, Rn. 157 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 44. Aufl. 2014, Rn. 22 ff.

⁶⁷ *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 16; *Bosch* (Fn. 20), § 298 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 3a.

⁶⁸ *Hohmann* (Fn. 3), § 298 Rn. 6; *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 31; *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 2.

⁶⁹ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 66), § 10 Rn. 103.

⁷⁰ Siehe die Angaben in Fn. 66.

⁷¹ So etwa – am Beispiel des § 298 StGB – *Walter*, GA 2001, 131 (140), der freilich für § 298 StGB (aufgrund einer im oben genannten Sinne [bei und in Fn. 18] dargestellten konkretisierten Rechtsgutsbestimmung) im Ergebnis letztlich zur traditionellen Doppelcharakterisierung als Verletzungs- und Erfolgsdelikt gelangt.

⁷² *Walter*, GA 2001, 140, nennt insoweit § 154 StGB.

⁷³ So interpretiert *Walter*, GA 2001, 140, den Tatbestand des § 267 StGB.

⁷⁴ *Walter*, GA 2001, 131 (140).

⁷⁵ Vgl. zum Folgenden bereits *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, 2009, S. 432 ff.

⁷⁶ Siehe oben unter 2., wobei die von der h.M. vorgenommene Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt häufig allerdings ohne ausdrückliche Berücksichtigung des doppelten Schutzzweckes der Norm erfolgt, vgl. etwa *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 3a.

bei allen Straftatbeständen⁷⁷ – deshalb um ein Erfolgsdelikt, weil es reine Tätigkeitsdelikte nicht gibt.

Konsens besteht bei der Frage der Typisierung von Verletzungs- und Gefährdungsdelikten bzw. Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten nur im Ausgangspunkt. So ist man sich wenigstens noch einig, dass Verletzungs- und Gefährdungsdelikte die Wirkung der strafbaren Handlung charakterisieren, während Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte danach zu unterscheiden sind, ob der Tatbestand das Bewirken eines von der Handlung gedanklich abtrennbaren Außenwelterfolges voraussetzt oder ob bereits ein schlichtes Tätigwerden zur Erfüllung des Tatbestandes genüge, ohne dass der Eintritt eines davon zu trennenden tatbestandsmäßigen Erfolges verlangt wird.⁷⁸ Freilich bleibt dabei häufig schon unberücksichtigt, dass der jeweilige Deliktstypus sich aus der Beziehung zwischen der Tathandlung und einem bestimmten Bezugsobjekt ergibt.⁷⁹ Dort, wo dies erkannt wird, werden solche Bezugsobjekte insbesondere in dem Handlungsobjekt und dem Rechtsgut, zum Teil auch dem Rechtsgutsobjekt ausgemacht.⁸⁰ Jenseits dieses einigermaßen konsentierten Ausgangspunktes ist dann aber alles umstritten. So werden hinsichtlich der vermeintlich richtigen Verknüpfung von Handlung und Bezugsobjekt tatsächlich sämtliche denkbaren Auffassungen vertreten: Manche behaupten, Erfolgs- bzw. Tätigkeitsdelikte zeichnen sich durch ein bestimmtes Verhältnis zum Handlungsobjekt aus.⁸¹ Andere stellen die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg im Rahmen der Erfolgsdelikte über die Wirkungen am Rechtsgut her.⁸² Puppe hält die Beziehung zwischen Handlung und Rechtsgutsobjekt für entscheidend.⁸³ Ebenso uneinheitlich ist die Beurteilung der Frage, worauf die Verletzung bzw. Gefährdung sich im Rahmen der Verletzungs- bzw. Gefährdungsdelikte bezieht: Zum Teil werden Handlung und Rechtsgutsobjekt verknüpft,⁸⁴ zum Teil wird die Verletzungs- bzw. Gefährdungshandlung auf das Handlungsobjekt bezogen,⁸⁵ zum Teil das Rechtsgut zum Bezugsgegenstand gemacht.⁸⁶

Richtigerweise wird man zu differenzieren haben. Wichtig in unserem Zusammenhang ist die Erkenntnis, dass es jedenfalls einer Unterscheidung zwischen dem Handlungsobjekt als Bezugsobjekt der Erfolgs- bzw. Tätigkeitsdelikte und dem Rechtsgut als Bezugsobjekt der Verletzungs- bzw. Gefährdungsdelikte bedarf.⁸⁷ Diese Trennung zwischen einem Bezugsgegenstand der Erfolgsdelikte einerseits und der Verletzungs- bzw. Gefährdungsdelikte andererseits stellt die Grundlage für die Erkenntnis dar, dass zum einen jeder Straftatbestand den Eintritt eines strafrechtlich relevanten Erfolges voraussetzt und zum andern aus der Bewirkung des Eintritts eines tatbestandsmäßigen Erfolges nicht notwendig eine Rechtsgutsbeeinträchtigung folgt.⁸⁸ Beispielhaft:

Bei den *klassischen Erfolgsdelikten* lässt die Trennung von Handlungsobjekt und Rechtsgut sich leicht illustrieren. So stellt § 212 StGB die objektiv zurechenbare Verursachung des Todeserfolges bzw. – bei weniger affirmativer Einstellung zur Lehre von der objektiven Zurechnung – die Verursachung der Lebensverkürzung unter Strafe. Der Erfolg des Tötungstatbestandes vollzieht sich am Handlungsobjekt (anderer) „Mensch“. Das geschützte Rechtsgut „Leben“ ist dann mit dem Eintritt des Erfolges am Handlungsobjekt verletzt. Aus diesem Grunde – Verletzung des Rechtsgutes, nicht des Handlungsobjektes – stellt § 212 StGB ein Verletzungsdelikt dar. Logisch-gedanklich lassen Handlungsobjekt und Rechtsgutsträger sich bei § 212 StGB trennen, inhaltlich stimmen sie überein.⁸⁹ Das ändert aber nichts an der Richtigkeit der Feststellung, dass der tatbestandsmäßige Erfolg sich am Handlungsobjekt, die Verletzung sich hingegen am Rechtsgut realisiert.⁹⁰ Das wird noch deutlicher bei Tatbeständen, bei denen sich das Handlungsobjekt schärfer vom Rechtsgut unterscheiden lässt. So schützt § 242 StGB, der nach heute wohl einhelliger Auffassung klassisches Erfolgsdelikt ist,⁹¹ jedenfalls das Eigentum.⁹² Handlungsobjekt ist aber die (fremde bewegliche) Sache. Während der tatbestandsmäßige Erfolg – der Gewahrsamswechsel – sich an dem vom Tatbestand geschützten Objekt vollzieht, ist die Verletzung des Rechtsgutes Eigentum hiervon zu trennen. Sie tritt erst mit dem Tatbestandserfolg und unter der weiteren Voraussetzung

⁷⁷ Durchexerziert bei Rotsch (Fn. 75), S. 209 ff.

⁷⁸ Vgl. Rotsch (Fn. 75), S. 432.

⁷⁹ Instrukтив hierzu aber z.B. *Schulenburg*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, S. 244 (246).

⁸⁰ Rotsch (Fn. 75), S. 433.

⁸¹ *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 26 II. 1. a); *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, 6/78; *Weber*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 8 Rn. 39 ff.; *Schulenburg* (Fn. 79), S. 244 ff.

⁸² *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2004, § 6 Rn. 5.

⁸³ *Puppe*, *Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht*, 2000, S. 17.

⁸⁴ *Suhr*, JA 1990, 308.

⁸⁵ *Jescheck/Weigend* (Fn. 81), § 26 II. 2.; *Roxin* (Fn. 66), § 10 Rn. 122; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 66), Rn. 26.

⁸⁶ *Maurach/Gössel/Zipf*, *Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 20 Rn. 29; *Graul*, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und*

Präsumtionen im Strafrecht, 1991, S. 140 f.; *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 225.

⁸⁷ *Rotsch* (Fn. 75), S. 433; dort auch zur Notwendigkeit der weiteren Differenzierung zwischen Rechtsgut und Rechtsgutsobjekt, a.a.O., S. 433 f.

⁸⁸ So bereits *Rotsch* (Fn. 75), S. 434.

⁸⁹ Siehe hierzu *Hefendehl* (Fn. 9), S. 40; *Rotsch* (Fn. 75), S. 434.

⁹⁰ *Schulenburg* (Fn. 79), S. 244 (247 ff.).

⁹¹ Das war freilich nicht immer unumstritten, vgl. anders z.B. noch *Gallas*, in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. 1, 1954, S. 125.

⁹² Zur Frage, ob auch der Gewahrsam Rechtsgut des § 242 StGB ist, vgl. *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 8.

der beabsichtigten Zueignung⁹³ ein, und zwar dergestalt, dass nicht mehr der Eigentümer, sondern nunmehr der Dieb mit der Sache nach Belieben verfahren können soll.⁹⁴

Bei den sog. *Tätigkeitsdelikten* ist es so einfach nicht. Sie sollen nach überkommener Auffassung ja gerade nicht die Verursachung eines von der Rechtsordnung missbilligten Erfolges, sondern vielmehr bereits die Vornahme einer Handlung unter Strafe stellen.⁹⁵ Überzeugend ist das freilich nicht. Dass jede Handlung sich in irgendeiner Weise als objektiv wahrnehmbares Phänomen in der Außenwelt manifestiert und dementsprechend einen Erfolg bewirkt, lässt sich kaum bestreiten. Das wird von den Vertretern der herrschenden Meinung häufig auch eingeräumt, die diesem Phänomen für die hier interessierende Frage aber keine Bedeutung zumisst. Nach *Weber* etwa darf ein „minimaler Außenwelterfolg“ nicht mit dem tatbestandsmäßigen Erfolg „verwechselt“ werden.⁹⁶ Und nach *Roxin* gibt es Delikte, bei denen der Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges sich nicht vom letzten Handlungsakt abtrennen lässt.⁹⁷ Beides vermag nicht zu überzeugen. Weshalb ein „minimaler Außenwelterfolg“ (der, wie wir sogleich sehen werden, häufig gar nicht „minimal“ ist) nicht einen – kausal und objektiv zurechenbar zu verursachenden – tatbestandsmäßigen Erfolg darstellen können soll, wird nicht klar. Und sofern jede Handlung als objektiv wahrnehmbares Phänomen in der Außenwelt hervortritt, hat sie einen Erfolg, der durchaus nicht in der Handlung selbst liegt. Für die hier interessierende Frage spielt es in Wahrheit keine Rolle, ob man Handlung und Erfolg theoretisch trennt oder Handlung und Erfolg zwar als Einheit auffasst, „so dass seine Abtrennung nur relative Bedeutung hat“⁹⁸, die Möglichkeit normativer Abtrennung aber anerkennt.⁹⁹ Denn diese relative Bedeutung der Möglichkeit, überhaupt vom Eintritt eines Erfolges reden zu können, liegt jedenfalls auch darin, diesen „Handlungseffekt“¹⁰⁰ in eine personale Relation zum Handelnden bringen zu können. Anders ausgedrückt: Jeder Handlung lässt sich im Wege normativer Wertung ein Erfolg zuordnen, an den strafrechtliche Verantwortlichkeit geknüpft werden kann.¹⁰¹

Besonders gut illustrieren lässt sich das an dem Paradebeispiel des § 316 StGB. Die Vorschrift stellt nach ganz herrschender Auffassung eigenhändiges Delikt, abstraktes

Gefährdungsdeldikt und Tätigkeitsdelikt dar.¹⁰² Nach überkommener Ansicht setzt die Tathandlung des „Führens“ keinen Erfolg, sondern lediglich die Vornahme einer Tätigkeit voraus. Richtig ist das freilich nicht. Wenn der BGH unter Billigung der Literatur formuliert, es sei allein ein Bewegungsvorgang des Abfahrens erforderlich, der durch das Anrollen der Räder nach außen in Erscheinung tritt¹⁰³, beschreibt er damit doch tatsächlich nichts anderes als einen in der Außenwelt sich manifestiert habenden Erfolg. Sobald aber das Anrollen der Räder erkennbar geworden ist, lässt sich hieran auch eine Strafbarkeit knüpfen, die auf die normative Verbindung von Handlung und Erfolg – genauer: auf die Verbindung von Verursachungsakt und Außenwelterfolg – gestützt wird.¹⁰⁴ Weshalb es einen tatbestandsmäßigen Erfolg des „Tötens“ i.S.d. § 212 StGB, nicht hingegen einen solchen des „Führens“ gem. § 316 StGB geben soll, lässt sich nicht überzeugend erklären.

Die Möglichkeit, einen Erfolg in strafrechtlich relevanter Art und Weise von der Tathandlung zu abstrahieren, besteht dann aber nicht nur bei dem Delikt des § 316 StGB, sondern bei allen sogenannten „Tätigkeitsdelikten“.¹⁰⁵ Der Hausfriedensbruch setzt immer ein „Betreten-haben“ der geschützten Räumlichkeit, der Meineid immer ein „Geschworen-haben“ voraus usw.

Folgt man dieser Auffassung, gerät man im Übrigen auch nicht in die Verlegenheit, einen Deliktstatbestand in einem Fall für ein Tätigkeitsdelikt, in einem anderen Fall für ein Erfolgsdelikt halten zu müssen. Der Charakter eines Tatbestandes richtet sich originär nach seiner Deliktsstruktur, die sich nicht je nach Sachverhalt anpassen lässt.¹⁰⁶ Wenn man – wie die herrschende Meinung¹⁰⁷ – den Tatbestand der Körperverletzung gem. § 223 StGB für ein Erfolgsdelikt hält,¹⁰⁸ ist er nicht nur dann ein Erfolgsdelikt, wenn die Körperverletzung durch einen Steinwurf bewirkt wird, sondern auch dann, wenn sie mittels einer Ohrfeige erfolgt. Die von *Roxin* insoweit vorgenommene Unterscheidung zeigt deutlich das Dilemma der herrschenden Ansicht. Erfolgs- und Tätigkeitsdelikt lassen sich nämlich auf ihrer Grundlage ganz offensichtlich nur anhand der Zeitspanne zwischen der Setzung des Verursachungsaktes und dem Eintritt des Effekts beim Opfer unterscheiden. Unabhängig von der Unmöglichkeit,

⁹³ Weshalb der Tatbestand – etwas missverständlich – häufig als „erfolgskupiertes Delikt“ bezeichnet wird, vgl. z.B. *Fischer* (Fn. 3), § 242 Rn. 32. Der Erfolg der Gewahrsamsverschiebung – der Ergebnis der Tathandlung ist – muss aber tatsächlich eingetreten sein, die (nur erstrebte) Zueignung stellt einen darüber hinausgehenden „Erfolg“ dar.

⁹⁴ Vgl. aber auch noch *Schulenburg* (Fn. 79), S. 250.

⁹⁵ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 66), § 10 Rn. 103.

⁹⁶ *Weber* (Fn. 81), § 13 Rn. 56.

⁹⁷ *Roxin* (Fn. 66), § 10 Rn. 103.

⁹⁸ *Roxin* (Fn. 66), § 10 Rn. 104.

⁹⁹ *Rotsch* (Fn. 75), S. 438.

¹⁰⁰ *Rotsch* (Fn. 75), S. 438.

¹⁰¹ *Rotsch* (Fn. 75), S. 438.

¹⁰² Vgl. nur *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 316 Rn. 1 m.w.N.

¹⁰³ BGHSt 35, 394 f.; vgl. nur *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 102), § 316 Rn. 1.

¹⁰⁴ *Rotsch* (Fn. 75), S. 439.

¹⁰⁵ Im Ergebnis ebenso *Walter*, GA 2001, 131 (141): „Daher sollte man alle Delikte als echte Erfolgsdelikte betrachten.“

¹⁰⁶ Ganz richtig im hier vertretenen Sinne schon *Horn* (Fn. 60), S. 10.

¹⁰⁷ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 3), § 223 Rn. 3a m.w.N.

¹⁰⁸ Was freilich – auf dem Boden der h.M. – ebenfalls nicht überzeugt. Denn der Tatbestand spricht von körperlicher *Misshandlung* einerseits und Gesundheitsschädigung andererseits. Dann leuchtet aber eine undifferenzierte und einheitliche Kategorisierung als Erfolgsdelikt ohne weiteres jedenfalls nicht ein.

insoweit eine trennscharfe Grenze ziehen zu können, ändert auch ein annäherndes zeitliches Zusammenfallen von „Akt und Effekt“ nichts daran, dass ein Effekt eintritt.¹⁰⁹ Dieser Effekt ist der Erfolg im hier verstandenen Sinne. Er ist der Ausgangspunkt normativer Strafwürdigung und er zeichnet auch die sogenannten Tätigkeitsdelikte aus – die damit in Wahrheit Erfolgsdelikte sind.

Diese tatbestandsmäßigen Erfolge sind aber nicht identisch mit einer wie auch immer gearteten Rechtsgutsbeeinträchtigung. Für die konkreten Gefährdungsdelikte wird gemeinhin davon ausgegangen, dass es sich bei ihnen um Erfolgsdelikte handle, weil der Tatbestand den Eintritt einer konkreten Gefahr voraussetze.¹¹⁰ Diese Ansicht lässt sich jedenfalls konsequent vertreten, wenn man das Handlungsobjekt nicht nur zum Bezugsobjekt der Deliktsskategorie Erfolgsdelikt, sondern auch des Typus der Gefährdungsdelikte macht. Dann lässt sich sagen, dass Verletzungs- und Gefährdungsdelikte sich nach der Intensität der Beeinträchtigung des Handlungsobjekts unterscheiden.¹¹¹ Überzeugend ist das aber nicht. Das Handlungsobjekt stellt nicht notwendig die Konkretisierung des geschützten Rechtsgutes dar.¹¹² Legitimiert aber die Existenz einer Norm sich über den von ihr gewährleisteten Rechtsgüterschutz, so lässt die Legitimität einer Sanktionierung mit Strafe sich auch nur an die (zurechenbare) Gefährdung oder Verletzung des von der Norm geschützten Rechtsgutes knüpfen.¹¹³ Nach hier vertretener Ansicht ergibt diese Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes sich zwar immer aus der (zurechenbaren) Verwirklichung eines tatbestandsmäßigen Erfolges. Die Trennung zwischen Handlungsobjekt und Rechtsgut bzw. Rechtsgutsobjekt wird dadurch aber nicht aufgehoben.

Erkennt man aber an, dass die Kategorie der Gefährdung sich nur auf das Rechtsgut (Rechtsgutsobjekt), nicht aber auf das Handlungsobjekt beziehen kann, kann diejenige konkrete Gefahr, die die Gefährdung des Rechtsgutes ist, nicht gleichzeitig der tatbestandsmäßige Erfolg des konkreten Gefährdungsdeliktes sein. Der Erfolg einer strafunrechtsrelevanten Handlung vollzieht sich am Handlungsobjekt; nach hier vertretener Ansicht muss daher ein von dem Eintritt einer konkreten Gefährdung des Rechtsgutes zu trennender Erfolg festzustellen sein, will man die Behauptung aufrechterhalten, auch das konkrete Gefährdungsdelikt sei Erfolgsdelikt.¹¹⁴ Das bedeutet nicht, dass die konkrete Gefährdung des Rechtsgutes nicht mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges zu-

sammenfallen könnte. Identisch sind Gefahr und Erfolg jedoch nicht. Dies soll an zwei Beispielen knapp dargestellt werden.

Paradebeispiel eines konkreten Gefährdungsdeliktes ist § 315c StGB.¹¹⁵ Die Vorschrift setzt nach Abs. 1 Nr. 1 zunächst voraus, dass der Täter im Straßenverkehr ein Fahrzeug führt, obwohl er aus bestimmten (in Nrn. 1. a) und b) näher umschriebenen) Gründen hierzu nicht in der Lage ist. Nach dem oben zu § 316 StGB Gesagten, setzt der Tatbestand schon insoweit einen – tatbestandsmäßigen – Erfolg voraus. Darüber hinaus verlangt § 315c StGB aber, dass durch das Führen des Fahrzeuges Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet worden sind. Das Erfordernis einer solchen konkreten Gefahr¹¹⁶ macht den zunächst als Tätigkeitsdelikt im herrschenden Sinne konzipierten Tatbestand zum konkreten Gefährdungsdelikt. Schon hier lässt sich erkennen, dass Erfolg und Gefährdung auseinander fallen. Denn der tatbestandsmäßige Erfolg tritt am Handlungsobjekt (Mensch), die Gefährdung aber am Rechtsgut (Leben und körperliche Unversehrtheit) ein. Diese Erkenntnis wird bei den konkreten Gefährdungsdelikten nur dadurch verschleiert, dass hier gleichsam eine „doppelte“ Gefährdung eintritt. So ist der tatbestandsmäßige Erfolg hier in der Tat ein „Gefahrerfolg“; dieser ist aber nicht identisch mit demjenigen Gefahrerfolg, der das Delikt nach herrschender Ansicht zu einem Gefährdungsdelikt macht. Dass es aber einen vom rechtsgutsbezogenen Erfolg zu unterscheidenden tatbestandsmäßigen Erfolg geben muss, lässt sich auch mit der Zielrichtung des Vorsatzes belegen. Dieser muss und kann sich nämlich immer nur auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges am anvisierten Handlungsobjekt richten. Der Vorwurf, dem Täter sei es etwa gerade darauf angekommen, das Rechtsgut als ideellen oder realen Wert zu beeinträchtigen, ist nicht Gegenstand des Deliktstatbestandes.

Ebenso liegt es zum Beispiel bei § 306a Abs. 2 StGB. Auch hierbei handelt es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Die Vorschrift normiert, wenn man so will, ein „zweifaches Erfolgsdelikt“. Zunächst ist der Erfolg des § 306 Abs. 1 Nr. 1-6 StGB – das Inbrandsetzen bzw. Zerstören der betreffenden Sache – vorausgesetzt. Schon aus diesem Grund ist auch § 306a Abs. 2 StGB Erfolgsdelikt. Indem die Vorschrift weiter voraussetzt, dass dadurch ein anderer Mensch in die Gefahr der Gesundheitsschädigung gebracht wird, wird der tatbestandsmäßige Erfolg des § 306 Abs. 1 StGB freilich zum tatbestandsmäßigen Zwischenerfolg des § 306a Abs. 2 StGB „herabgestuft“. Die Gefahr einer Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen stellt dann den tatbestandsmäßigen Enderfolg dar, der § 306a Abs. 2 StGB von der bloßen Verwirklichung des § 306 Abs. 1 StGB abhebt. Aus diesem Grund also ist auch 306a Abs. 2 StGB originäres Erfolgsdelikt. Dennoch: Erst durch den Eintritt dieses tatbestandsmäßigen Erfolges tritt auch die konkrete Gefährdung des Rechtsgutes ein. So ist denn Verletzungs- und (bis hierher:

¹⁰⁹ Das sieht in aller Deutlichkeit bereits *Horn* (Fn. 60), S. 9 f.

¹¹⁰ Siehe z.B. *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967, S. 7; *Horn* (Fn. 60), S. 7.

¹¹¹ So denn auch etwa *Jescheck/Weigend* (Fn. 81), § 26 II. 2.; *Roxin* (Fn. 66), § 10 Rn. 122.

¹¹² So auch *Schulenburg* (Fn. 79), S. 251.

¹¹³ In diesem Sinne zutreffend auch *Schulenburg* (Fn. 79), S. 251. Vgl. auch *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 285; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 36 ff.

¹¹⁴ Vgl. *Rotsch* (Fn. 75), S. 441.

¹¹⁵ Vgl. etwa *Roxin* (Fn. 66), § 10 Rn. 123.

¹¹⁶ *Horn*, in: Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 34. Lfg., Stand: Januar 1995, § 315c Rn. 19.

konkreten) Gefährdungsdelikten der Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges gemeinsam, ihre Kategorisierung als Verletzungs- bzw. Gefährdungsdelikt beruht aber auf der (unterschiedlichen) Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung.

Daraus erklärt sich dann auch, weshalb die richtige Aussage der herrschenden Meinung, eine abstrakte Gefahr stelle keine Tatbestandsvoraussetzung dar, nichts daran ändert, dass es sich auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten um Erfolgsdelikte handelt. Freilich gibt es einen Erfolg der abstrakten Gefahr nicht.¹¹⁷ Abstrakte Gefährdungsdelikte lassen sich dementsprechend nicht positiv, sondern nur in negativer Abgrenzung von Verletzungs- und konkreten Gefährdungsdelikten beschreiben: Immer dann, wenn die Norm eine Verletzung oder zumindest konkrete Gefährdung des von ihr geschützten Rechtsgutes nicht verlangt, handelt es sich bei ihr um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.¹¹⁸ Der die Strafdrohung bestimmende Schutzzweck, so hat *Schünemann* 1975 formuliert, ist in der Handlungsbeschreibung nur noch typischerweise, aber nicht mehr notwendig realisiert.¹¹⁹

Die bereits bislang von einem Teil der Literatur vorgenommene Einordnung der abstrakten Gefährdungsdelikte als Erfolgsdelikte über eine – undurchführbare – Umdeutung der vom Gesetz normierten abstrakten Gefährdung des Rechtsgutes in eine mehr oder weniger konkrete Gefahr,¹²⁰ kann heute als überwunden gelten.¹²¹ Dennoch setzen auch abstrakte Gefährdungsdelikte den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges voraus. So fordert etwa § 306a Abs. 1 StGB das Inbrandsetzen bzw. Zerstören gerade einer solchen Räumlichkeit, die zur Wohnung von Menschen dient; erst mit dem Eintritt dieses Brandstiftungserfolges an dem konkreten Tatobjekt ist die Tat vollendet. Um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt es sich bei der Vorschrift gleichwohl, da sie weder die Verletzung noch die konkrete Gefährdung des Rechtsgutes voraussetzt. Aus dem konkreten, auf das besondere Handlungsobjekt der Vorschrift bezogenen Erfolg folgt dann regelmäßig, aber eben nicht notwendig die Rechtsgutsgefährdung, die gerade aus dem Grunde, dass sie der Erfolgsverwirklichung nicht zwingend nachfolgt, nur eine abstrakte ist.

Die abstrakten Gefährdungsdelikte unterscheiden sich von den Verletzungs- und den konkreten Gefährdungsdelikten also nicht dadurch, dass sie einen tatbestandsmäßigen Erfolg nicht voraussetzen. Der Unterschied liegt vielmehr in der Beziehung zwischen dem Tatbestandserfolg und dem von der Norm geschützten Rechtsgut. Während bei den Verletzungswie auch den konkreten Gefährdungsdelikten aus der Erfolgsverwirklichung die Rechtsgutsbeeinträchtigung *in concreto ex post* folgt, ergibt diese Konsequenz sich bei den

abstrakten Gefährdungsdelikten nur *in abstracto ex ante*. Hat der Täter durch seine Handlung die Voraussetzungen eines abstrakten Gefährdungsdelikts verwirklicht, so hat die der Handlung eigentümliche rechtsgutsbezogene Gefährlichkeit zwar zu dem Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolgs geführt, sie muss sich aber nicht auch tatsächlich in einer Rechtsgutsbeeinträchtigung niedergeschlagen haben.¹²²

Was bedeutet dies nun im Hinblick auf den hier in Frage stehenden Tatbestand des § 298 StGB? Wie wir bereits gesehen haben, handelt es sich bei der Vorschrift um ein abstraktes Gefährdungsdelikt (s.o. 2) – und zwar sowohl im Hinblick auf das Rechtsgut der Institution des Wettbewerbs (s.o. 2. a) wie auch hinsichtlich des Vermögens des Veranstalters (s.o. 2. b). Nach hier vertretener Ansicht kann es sich aber – entgegen der h.M.¹²³ – nicht um ein bloßes Tätigkeitsdelikt handeln, weil es solche in Wahrheit nicht gibt. Das lässt sich nun – auch und gerade auf dem Boden des herrschenden Deliktsverständnisses im Rahmen der Vorschrift – für § 298 StGB leicht zeigen.

Tathandlung im Rahmen des § 298 StGB ist allein die Abgabe eines Angebotes.¹²⁴ Daran ändert es auch nichts, dass die Abgabe auf der vom Tatbestand vorausgesetzten rechtswidrigen Absprache beruhen muss. Denn die Absprache ist straflose Vorbereitungshandlung,¹²⁵ deren Mitursächlichkeit¹²⁶ für die Tathandlung sie nicht zu deren Bestandteil macht. Nach ganz herrschender Meinung ist ein Angebot – also die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen¹²⁷ – aber erst dann abgegeben, wenn es dem Veranstalter so zugeht, dass es bei ordnungsgemäßem Ablauf im Ausschreibungsverfahren berücksichtigt werden kann.¹²⁸ Das bloße Absenden des Angebotes genügt nach

¹²² Vgl. *Rotsch* (Fn. 75), S. 445; dort finden sich auch Ausführungen zu verschiedenen Erscheinungsformen abstrakter Gefährdungsdelikte (a.a.O., S. 445 ff.). – Nebenbei: Wer abstrakte Gefährdungsdelikte als Erfolgsdelikte ansieht, gerät dann auch im Strafanwendungsrecht nicht in Begründungsnöte, wenn es darum geht, i.R.d. § 9 StGB den Erfolgsort zu bestimmen (den es bei abstrakten Gefährdungsdelikten auf dem Boden der h.A. ja eigentlich nicht geben kann); vgl. zum Problem und den wenig überzeugenden Lösungsmöglichkeiten *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 5 Rn. 25 ff.

¹²³ Siehe die Angaben in Fn. 66.

¹²⁴ Siehe statt aller *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 48.

¹²⁵ Siehe oben bei und in Fn. 28.

¹²⁶ Zum Bedingungs Zusammenhang zwischen Absprache und Angebotsabgabe vgl. *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 76.

¹²⁷ *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 49.

¹²⁸ *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 20; *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 15; *Heine/Eisele* (Fn. 3), § 298 Rn. 12; *Momsen*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.7.2014, § 298 Rn. 24; *Rogall* (Fn. 17), § 298 Rn. 30; *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 29 ff.; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 53; *ders.*, in: *Rotsch* (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 16 Rn. 44; *Pasewaldt*, ZIS 2008, 84 (87 f.).

¹¹⁷ *Horn* (Fn. 116), Vor § 306 Rn. 15.

¹¹⁸ *Horn* (Fn. 116), Vor § 306 Rn. 15. Vgl. auch *Graul* (Fn. 86), S. 108; *Hirsch*, in: *Philipps/Frommel* (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 549 (558); *Jähnke*, DRiZ 1990, 425.

¹¹⁹ *Schünemann*, JA 1975, 787 (797).

¹²⁰ Vgl. die Nachweise bei *Rotsch* (Fn. 75), S. 443.

¹²¹ Zur grundsätzlichen Kritik *Schünemann*, JA 1975, 787 (797 f.); *Roxin* (Fn. 66), § 11 Rn. 128 ff.

ganz überwiegender Ansicht nicht.¹²⁹ Sie verlangt also den Zugang des Angebotes beim Veranstalter.¹³⁰ Auch wenn mit dieser Auffassung eine Vorverlagerung der Tatvollendung¹³¹ einhergeht – Kenntnisnahme vom Inhalt des Angebots oder gar seine Annahme sind nicht erforderlich¹³² –, setzt diese Vollendung mit dem Zugang des Angebotes ganz offensichtlich den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges voraus.¹³³ Dabei geht es auch nicht – wie *Kuhlen* meint¹³⁴ – um ein „überwiegend terminologisches Problem“. Vielmehr ist auch § 298 StGB ein Beispiel dafür, dass die sachliche Differenzierung der herrschenden Meinung zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikten nicht trägt. Wie sämtliche anderen Deliktstatbestände¹³⁵ auch ist § 298 StGB – trotz seiner Eigenschaft als („zweifaches“) abstraktes Gefährdungsdelikt – *Erfolgsdelikt*.

4. Sonder- oder Allgemeindelikt?

Nach herrschender Lehre werden außerdem bekanntlich Sonder- und Allgemeindelikte unterschieden. Regelmäßig normiere das Gesetz Allgemeindelikte, die von jedermann begangen werden könnten; nur ausnahmsweise knüpften Tatbestände eine Strafbarkeit an das Vorliegen einer besonderen Täter Eigenschaft.¹³⁶ Allerdings soll dieser Deliktstypus des Sonderdelikts, der zu einer Beschränkung des Täterkreises führt, insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht stark vertreten sein,¹³⁷ da dort dem potentiellen Täter häufig bestimmte Eigenschaften zukämen, die Voraussetzung des besonderen tatbestandsmäßigen Unrechts seien.¹³⁸ Im Rahmen dieser Sonderdelikte setzt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Täter voraus, dass der Betreffende die im Tatbestand vorausgesetzte besondere Subjektsqualität besitzt.¹³⁹ Andernfalls

kommt nur eine Strafbarkeit als Teilnehmer in Betracht.¹⁴⁰ Dabei ergibt die Qualität als Sonderdelikt sich häufig unmittelbar aus dem Gesetz, muss aber auch nicht selten erst durch Auslegung ermittelt werden.¹⁴¹

§ 298 StGB ist nach allgemeiner Ansicht Allgemeindelikt.¹⁴² Überzeugend ist auch das nicht. Schon die von der herrschenden Meinung vorgenommene Unterscheidung zwischen Allgemein- und Sonderdelikten ist alles andere als unproblematisch. *Tonio Walter* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die trennscharfe Abgrenzung zwischen den beiden Deliktstypen nicht möglich ist, da auch die Allgemeindelikte mit der Beschreibung der Tatbestandsvoraussetzungen letztlich Sonderpflichten normieren.¹⁴³ Dementsprechend ist es denn auch insbesondere bei zahlreichen Tatbeständen des Wirtschaftsstrafrechts äußerst umstritten, ob sie zu den Allgemein- oder zu den Sonderdelikten zu zählen sind.¹⁴⁴ Unabhängig davon ist die Auffassung vom Allgemeindeliktsscharakter des § 298 StGB auch nicht schlüssig. Einerseits ordnet sie die Vorschrift als Allgemeindelikt ein, andererseits begrenzt sie den Täterkreis im Wege eines erstrecht-Schlusses, weil der Bußgeldtatbestand gem. § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB den persönlichen Anwendungsbereich auf Inhaber eines Unternehmens oder Organe, Vertreter und Beauftragte von Unternehmen begrenzt, weshalb das Strafrecht darüber nicht hinausgehen dürfe.¹⁴⁵ Warum „[d]urch diese Beschränkung des Täterkreises im Wege der teleologischen Reduktion des § 298 [...] dieser Straftatbestand nicht seinen Charakter als Gemeindelikt [verliert]“¹⁴⁶, erschließt sich

in einer außerstrafrechtlichen Pflichtenstellung bestehe, a.a.O., Rn. 129. Noch nicht beantwortet ist damit die – dementsprechend umstrittene – Frage, ob mit der betreffenden Subjektsqualität dann auch bereits die Frage täterschaftlicher Verantwortlichkeit bejaht ist (so die wohl h.M., vgl. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 739 f.; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 14, 267 ff. m.w.N.; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 135), § 25 Rn. 42; *Heine/Weißer*, in: Schöнке/Schröder [Fn. 3], Vor § 25 Rn. 82 f. m.w.N.; *Kühl* [Fn. 108], § 20 Rn. 15; *Wessels/Beulke/Satzger* [Fn. 66], Rn. 522 f.) oder ob *daneben* die sonst für notwendig gehaltene Voraussetzung der Tatherrschaft gegeben sein muss (i.d.S. z.B. *Hoyer*, in: Wolter [Fn. 17], § 25 Rn. 21 f.; differenzierend *Joecks*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 48 f.); vgl. dazu noch eingehend unten Fn. 209.

¹⁴⁰ *Heinrich* (Fn. 66), Rn. 173 ff.

¹⁴¹ *Rotsch* (Fn. 137), 1. Kap. B. Rn. 10 m.w.N.

¹⁴² BGH NSTZ 2013, 41; *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 19; *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 17; *Heine/Eisele* (Fn. 3), § 298 Rn. 22; *Hohmann* (Fn. 3), § 298 Rn. 99; *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 13; *Lackner/Kühl* (Fn. 39), § 298 Rn. 6. A.A. *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 4.

¹⁴³ *Walter* (Fn. 135 – LK), Vor § 13 Rn. 59.

¹⁴⁴ *Walter* (Fn. 135 – LK), Vor § 13 Rn. 59.

¹⁴⁵ Zutreffend *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 4.

¹⁴⁶ *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 19. Ebenso *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 18.

¹²⁹ *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 53.

¹³⁰ *Heine/Eisele* (Fn. 3), § 298 Rn. 12; *Bosch* (Fn. 20), § 298 Rn. 7.

¹³¹ *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 53.

¹³² *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 20; *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 15; *Hohmann* (Fn. 3), § 298 Rn. 70; *Rogall* (Fn. 17), § 298 Rn. 30; *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 29; *Otto*, wistra 1999, 41 (42). Dieser Umstand stützt im Übrigen die hier vertretene Ansicht, dass nicht der Wettbewerb in Form des konkreten Preisbildungsprozesses, sondern vielmehr als abstrakte Idee geschützt wird.

¹³³ Insoweit ebenso *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 2; *Walter*, GA 2001, 131 (134); *Pasewaldt*, ZIS 2008, 84 (85).

¹³⁴ *Kuhlen* (Fn. 6), S. 752, der sich insoweit selbst freilich nicht eindeutig positioniert („so spricht das für die Annahme, § 298 regelt ein Erfolgsdelikt“).

¹³⁵ So richtig auch bereits *Walter*, Der Kern des Strafrechts: Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006, S. 16 ff.; *ders.*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 63.

¹³⁶ *Heinrich* (Fn. 66), Rn. 172.

¹³⁷ *Rotsch*, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, 2013, 1. Kap. B. Rn. 10.

¹³⁸ *Rotsch* (Fn. 137), 1. Kap. B. Rn. 10.

¹³⁹ Vgl. *Roxin* (Fn. 66), § 10 Rn. 129 ff., der deshalb von Pflichtdelikten spricht, weil die Täterqualifikation regelmäßig

nicht. Eine täterschaftliche Verantwortlichkeit im Rahmen des § 298 StGB setzt damit eine bestimmte Subjektsqualität¹⁴⁷ voraus und richtet sich nicht bzw. jedenfalls nicht allein¹⁴⁸ nach den allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme.¹⁴⁹

Die Sonderdeliktseigenschaft des § 298 StGB könnte sich aber daneben noch aus einem anderen Umstand ergeben. Ein prominenter Teil der Literatur nimmt nämlich eine weitere Begrenzung des Täterkreises auf Kartellmitglieder vor.¹⁵⁰ Dabei ist es zwar richtig, dass die Frage nach dem Täterkreis mit der Frage danach, wer Beteiligter der Absprache sein kann, nicht ohne weiteres gleichzusetzen ist.¹⁵¹ Allerdings hat die von der überwiegenden Meinung insoweit vorgenommene Beschränkung naturgemäß eine Begrenzung des Täterkreises zur Konsequenz.

Auch zur Rechtfertigung dieser Einschränkung wird auf die Akzessorietät der Vorschrift zum Kartellrecht abgestellt.¹⁵² Der Wortlaut zwingt zu dieser Restriktion freilich nicht. Denn auch das von einem Außenseiter abgegebene Angebot kann – im Sinne von Mitursächlichkeit¹⁵³ – auf der rechtswidrigen Absprache der Kartellmitglieder „beruhen“. ¹⁵⁴ Entgegen weitverbreiteter Ansicht¹⁵⁵ geben aber auch teleologische und systematische Argumente nichts für eine solche Beschränkung her. Zwar ist es im Ergebnis richtig, dass „die einseitige Anpassung an wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anderer [...] insgesamt außerhalb des Systems des GWB [bleibt]“. ¹⁵⁶ Das hat aber – jedenfalls auf dem Boden der herrschenden Meinung¹⁵⁷ – nichts mit der Frage möglicher Täterschaft zu tun. Das soll das folgende *Beispiel* verdeutlichen:

Die vier Kartellmitglieder A, B, C und D verständigen sich unter Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht darauf, vier Angebote in Höhe von 1,1 Mio. €, 1,0 Mio. €, 1,2 Mio. € und

1,3 Mio. € abzugeben, damit B den Zuschlag erhält. Der Außenseiter X erfährt von der Kartellabsprache und macht sich seine Kenntnis zunutze, indem er ein Angebot in Höhe von 900.000.- € abgibt, das immer noch 100.000.- € über dem hypothetischen Wettbewerbspreis liegt.

Dass X sich in diesem Fall nicht gem. § 298 StGB strafbar gemacht hat, liegt nicht daran, dass er nicht an der straflosen Vorbereitungshandlung der rechtswidrigen Absprache zwischen A, B, C und D beteiligt war und deshalb schon nicht Täter sein kann. Es hat seinen Grund vielmehr darin, dass er im Rahmen der Tathandlung der Angebotsabgabe kein rechtlich missbilligtes Risiko gesetzt, sondern das durch den bereits in Gang gesetzten Kausalverlauf bedingte Risiko verringert hat. Eine solche Risikoverringering ist aber nach ganz überwiegender und zutreffender Ansicht¹⁵⁸ im Wege normativer Wertung von der Tatbestandsmäßigkeit auszunehmen.¹⁵⁹ Zwar spricht einiges dafür, die unterschiedlichen Wertungsebenen von objektiver Zurechnung und Täterschaft aufzugeben und sie in einem einheitlichen Zurechnungstatbestand aufgehen zu lassen.¹⁶⁰ Wenn aber die ganz herrschende Meinung an dieser Trennung im objektiven Tatbestand festhält,¹⁶¹ dann muss sie diese auch konsequent durchführen. Dann betreffen Fragen der objektiven Zurechnung nämlich bereits das „Ob“, Fragen von Täterschaft und Teilnahme aber lediglich und erst das „Wie“ der Zurechnung. In den Fällen der Angebotsabgabe durch Außenseiter fehlt es bereits an ersterem.

§ 298 StGB ist, hält man an der überkommenen Differenzierung fest, Sonderdelikt. Dies gilt aber nur im Hinblick auf die Beschränkung des Täterkreises auf Inhaber eines Unternehmens oder Organe, Vertreter und Beauftragte von Unternehmen. Darüber hinaus findet eine Beschränkung des Täterkreises auf Kartellmitglieder nicht statt.

5. Blankett oder Tatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen?

Einigkeit besteht auch im Hinblick auf die Einordnung des § 298 StGB als Blankettnorm oder Tatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen nicht. So wird die Vorschrift zum Teil als unechte Blankettnorm bezeichnet, die durch die über das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Absprache in Bezug genommenen Vorschriften des GWB als Ausfüllungsnormen ergänzt werde.¹⁶² Daran ist richtig, dass die Reichweite des tatbestandlichen Verbotes jedenfalls grundsätzlich in Akzessorietät zum Kartellrecht zu bestimmen ist.¹⁶³ Dies macht § 298 StGB aber noch nicht zu einer unechten Blankettnorm.

¹⁴⁷ Vgl. Böse (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 4.

¹⁴⁸ Beachte die Anm. in Fn. 139.

¹⁴⁹ Anders freilich die ganz h.M., vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 14 (zur Aussagekraft des dort zu findenden Hinweises auf die allgemeinen Regelungen über Täterschaft und Teilnahme siehe Böse [Fn. 3], § 298 StGB Rn. 4); Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 88; Heine/Eisele (Fn. 3), § 298 Rn. 22; Tiedemann (Fn. 3), § 298 Rn. 46; Hohmann (Fn. 3), § 298 Rn. 99; Momsen (Fn. 128), § 298 Rn. 17; Otto, wistra 1999, 41 (42).

¹⁵⁰ Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 92; Hohmann (Fn. 3), § 298 Rn. 103; Tiedemann (Fn. 3), § 298 Rn. 15 f.; Böse (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 34. Dieser Umstand soll freilich nach den Vertretern dieser Auffassung (ebenfalls) nicht zur Sonderdeliktseigenschaft des § 298 StGB führen, vgl. etwa Tiedemann, a.a.O.: „materielle Beschränkung des Täterkreises.“

¹⁵¹ Tiedemann (Fn. 3), § 298 Rn. 13; Pasewaldt, ZIS 2008, 84 (89).

¹⁵² Vgl. z.B. Böse (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 34; Tiedemann (Fn. 3), § 298 Rn. 15.

¹⁵³ Siehe nur Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 76 m.w.N.

¹⁵⁴ Zutreffend Tiedemann (Fn. 3), § 298 Rn. 15.

¹⁵⁵ Vgl. die Angaben in Fn. 150.

¹⁵⁶ Tiedemann (Fn. 3), § 298 Rn. 15.

¹⁵⁷ Dazu noch sogleich im Text bei Fn. 160 f.

¹⁵⁸ Vgl. nur z.B. Heinrich (Fn. 66), Rn. 246 ff. m.w.N.

¹⁵⁹ Dagegen kann auch nicht vorgebracht werden, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung bei reinen Tätigkeitsdelikten keine Geltung beanspruche, denn § 298 StGB stellt ein Erfolgsdelikt dar, siehe oben 3.

¹⁶⁰ Dazu umfassend Rotsch (Fn. 75), passim.

¹⁶¹ Beachte Fn. 157.

¹⁶² Böse (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 3; Hohmann (Fn. 3), § 298 Rn. 12.

¹⁶³ Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 20; Böse (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 3. Beachte aber noch sogleich im Text.

Vielmehr spricht im Ergebnis mehr dafür, die Vorschrift als abgeschlossenen Tatbestand anzusehen.¹⁶⁴ Zwar können zu dessen Auslegung, insbesondere bezüglich des Merkmals der Rechtswidrigkeit der Absprache, die Vorschriften des GWB herangezogen werden. Dies impliziert aber nicht, dass der Regelungsgehalt des § 298 StGB sich erst aus einer Verknüpfung von Verweisungs- und Ausfüllungsnorm ergibt.¹⁶⁵ Vielmehr handelt es sich bei § 298 StGB um eine vollständige Norm, die die Strafbarkeit inhaltlich eigenständig bestimmt. Daran ändert auch die Orientierung an den Vorgaben des GWB nichts; eine Verweisung, wie sie von einer Blankettnorm vorausgesetzt wird, stellt dies nicht dar.¹⁶⁶ Daher ist § 298 StGB eine Vorschrift, die mit dem Merkmal der Rechtswidrigkeit der Absprache ein rechtsnormatives Tatbestandsmerkmal¹⁶⁷ enthält.¹⁶⁸ Dem entspricht es auch, wenn die Abgrenzung zwischen Blankettnormen und normativen Tatbestandsmerkmalen zugunsten letzterer sich danach richten soll, ob das betreffende Merkmal – wie hier – das Schutzobjekt des Straftatbestandes – bei § 298 StGB: den Wettbewerb (s.o. 1. a) – bezeichnet.¹⁶⁹ In diesem Fall liegt ein normatives Tatbestandsmerkmal vor, weil dann das fragliche Merkmal dem Schutz des außerstrafrechtlichen Rechtsinstituts dient.¹⁷⁰ Auch wenn einzelne Rechtsbegriffe sich aus anderen Rechtsgebieten, deren Auslegung die Strafrechtsordnung rezipiert, ergeben (GWB), ist die Strafbestimmung vollständig.¹⁷¹

Diese Zuordnung hat insbesondere die Konsequenz, dass Änderungen der in Bezug genommenen kartellrechtlichen Vorschriften nicht zwingend auch zu einer entsprechenden (geänderten) Auslegung des § 298 StGB führen müssen.¹⁷² Relevant wird dieser Umstand im Folgenden insbesondere bei der Beurteilung der Frage, ob die Erweiterung des § 1 GWB und die damit einhergehende Erfassung auch vertikaler Absprachen als rechtswidrig im kartellrechtlichen Sinne automatisch zu einer entsprechenden Ausweitung des Anwendungsbereiches des strafrechtlichen Wettbewerbsschutzes im Sinne des § 298 StGB führen muss.¹⁷³

III. Die Beteiligten der (rechtswidrigen) Absprache

Die Tathandlung der Abgabe eines Angebotes¹⁷⁴ muss nach dem Wortlaut des § 298 StGB auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen. Schon bei dem Merkmal der *Absprache* – das von demjenigen der Rechtswidrigkeit der Absprache zu trennen ist – wird die nur asymmetrische Akzessorietät des § 298 StGB zum Kartellrecht deutlich. Denn anders als der Straftatbestand spricht § 1 GWB nicht von „Absprachen“, sondern von „Vereinbarungen“. Dementsprechend wird von weiten Teilen der Literatur schon insoweit im Rahmen des strafrechtlichen Wettbewerbsschutzes eine engere Auslegung für richtig gehalten als im Wettbewerbsrecht,¹⁷⁵ wo etwa auch abgestimmte Verhaltensweisen ohne rechtlichen Bindungswillen vom Merkmal der Vereinbarung als erfasst angesehen werden.¹⁷⁶ Danach beinhaltet eine Absprache im Sinne des § 298 StGB ein rechtlich bindendes Übereinkommen zwischen zwei Unternehmen über das Verhalten in einem stattfindenden oder bevorstehenden Ausschreibungs- oder sonstigen Vergabeverfahren, wobei die Beteiligten sich darüber einig sein müssen, in dem betreffenden Verfahren ein oder mehrere bestimmte Angebote abgeben zu wollen,¹⁷⁷ um den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen.¹⁷⁸

Deutlich kontroverser erfolgt die Auseinandersetzung über den Inhalt des Merkmals der *Rechtswidrigkeit* der Absprache. Einigkeit besteht noch darin, dass mit dem Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht der allgemeine Widerspruch zur Rechtsordnung, sondern derjenige zum Wettbewerbsrecht, insbes. zu § 1 GWB und Art. 101 AEUV,¹⁷⁹ gemeint ist.¹⁸⁰ Höchst umstritten ist aber die Frage nach den möglichen Beteiligten einer solchen rechtswidrigen Absprache. Dabei wird zwar die Beschränkung auf Unternehmen noch weithin geteilt.¹⁸¹ Äußerst umstritten ist aber, ob neben den unzweifelhaft erfassten sog. horizontalen Absprachen – die unter Wettbewerbern stattfinden – auch die sog. vertikalen Absprachen – also solche zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen, insbes. dem Veranstalter der Ausschrei-

¹⁶⁴ Ebenso Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 20.

¹⁶⁵ Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 20.

¹⁶⁶ Ebenso Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 20.

¹⁶⁷ Dannecker, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 135), § 1 Rn. 149.

¹⁶⁸ A.A. Böse (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 3; Hohmann (Fn. 3), § 298 Rn. 12; Momsen (Fn. 128), § 298 Rn. 2; Rogall (Fn. 17), § 298 Rn. 25.

¹⁶⁹ Dannecker (Fn. 167), § 1 Rn. 149.

¹⁷⁰ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2010, Rn. 108, Dannecker (Fn. 167), § 1 Rn. 149.

¹⁷¹ Dannecker (Fn. 167), § 1 Rn. 149.

¹⁷² Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 20. A.A. Hohmann, in: Birk (Hrsg.), Legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus, Festschrift für Eberhard Wahle zum 70. Geburtstag, 2008, S. 76 (82).

¹⁷³ Dazu sogleich unten III.

¹⁷⁴ Siehe oben bei Fn. 124.

¹⁷⁵ Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 57; Fischer (Fn. 3), § 298 Rn. 9; Hohmann (Fn. 3), § 298 Rn. 75. A.A. Böse (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 22; Tiedemann (Fn. 3), § 298 Rn. 32 m.w.N.

¹⁷⁶ Kritisch zur diesbezüglichen Entscheidungspraxis der Kommission aber Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 81 ff. (86).

¹⁷⁷ I.d.S. z.B. Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 56 m.w.N.

¹⁷⁸ Nach h.M. stellt dieses Ziel der Absprache zwar ein objektives Tatbestandsmerkmal dar, vgl. Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2013, § 25 Rn. 34; Mitsch (Fn. 39), § 3 Rn. 205. Das ändert aber nichts daran, dass es vom Vorsatz der an der Absprache Beteiligten umfasst und also Gegenstand des Einigungsprozesses sein muss.

¹⁷⁹ Vgl. Dannecker (Fn. 3), § 298 Rn. 59.

¹⁸⁰ Tiedemann (Fn. 3), § 298 Rn. 33.

¹⁸¹ Siehe bereits oben bei und in Fn. 145. Daraus folgt nach hier vertretener Ansicht der Charakter des § 298 StGB als Sonderdelikt, vgl. oben 4.

bung und einem Wettbewerber – in den Anwendungsbereich des § 298 StGB einzubeziehen sind. *Dannecker* erblickt darin „eine der zentralen Fragen des Wettbewerbsstrafrechts“.¹⁸²

In der jüngeren Zeit hat der Streit sich vor dem Hintergrund der Frage verschärft, inwieweit Änderungen des von § 298 StGB in Bezug genommenen § 1 GWB zwingend zu einer veränderten Auslegung des Anwendungsbereiches des § 298 StGB führen müssen. Er ist damit Ausdruck der Auseinandersetzung um die Reichweite der Kartellrechtsakzessorietät des § 298 StGB, deren Konsequenz insbesondere die parallele Beurteilung der Problematik zu sein scheint, ob der Veranstalter Kartellmitglied (also Beteiligter der rechtswidrigen Absprache) sein kann.¹⁸³ Die seit jeher geführte Auseinandersetzung über die Einbeziehung vertikaler Absprachen in den Anwendungsbereich des § 298 StGB hat nämlich mit der 7. GWB-Novelle vom 1.7.2005 eine durchaus neue Qualität erreicht. Erst mit ihr wurden auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen von § 1 GWB erfasst.¹⁸⁴ Ein großer Teil der Literatur¹⁸⁵ und auch der BGH¹⁸⁶ nehmen *jedenfalls seitdem* auch bei § 298 StGB die Einbeziehung vertikaler Absprachen vor.

Es ist allerdings fraglich, ob dieser Schluss zwingend ist. Mit dem Charakter des § 298 StGB als Blankettnorm lässt er sich zumindest – entgegen manchen Stimmen in der Literatur¹⁸⁷ – nicht begründen. Denn bei § 298 StGB handelt es sich, wie wir gesehen haben,¹⁸⁸ um einen Tatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen, der einen solchen Automatismus jedenfalls gerade nicht voraussetzt.¹⁸⁹ Für eine Einbeziehung vertikaler Absprachen kann auch – entgegen *Böse*¹⁹⁰ – nicht vorgebracht werden, dass eine Absprache zwischen Veranstalter und Bieter sogar dazu führen könne,

dass der Wettbewerb nicht nur beschränkt, sondern vollkommen ausgeschaltet werde, indem der Veranstalter einem Bieter den Auftrag zusichere.¹⁹¹ Denn wenn als geschütztes Rechtsgut des § 298 StGB richtigerweise (u.a.) der Wettbewerb als Institution anzusehen ist, kann dieses Rechtsgut weder durch die Absprache (die nicht die Tathandlung darstellt!) verletzt werden noch wird es regelmäßig durch die Tathandlung der Angebotsabgabe tatsächlich beeinträchtigt.

Aber auch im Übrigen sprechen die besseren Gründe gegen eine Einbeziehung vertikaler Absprachen. Dabei ist zunächst zuzugeben, dass der Wortlaut des § 298 Abs. 1 StGB beide Auslegungen zulässt.¹⁹² Trotz nicht ganz unmissverständlicher Gesetzesbegründung¹⁹³ hat der Gesetzgeber jedoch lediglich horizontale Absprachen erfasst sehen wollen.¹⁹⁴ Durchaus zu Recht betonen Vertreter der hier geteilten restriktiven Ansicht zudem den geringeren Unrechtsgehalt von auf vertikalen Absprachen beruhenden Angebotsabgaben mit der Begründung, dass diesen die wirtschaftspolitisch besonders gefährliche Tendenz zur Wiederholung fehle.¹⁹⁵ Dass auch horizontale Absprachen auf Wiederholung angelegt sein *können*, ändert an der Richtigkeit dieser Beschränkung nichts. Zwar ist insofern Vorsicht geboten, als man diesen Umstand nicht als Begründung eines gegenüber horizontalen Absprachen gesteigerten Potentials einer Rechtsbegründung anführen kann, da die Absprache als straflos gebliebene Vorbereitungshandlung nicht die Tathandlung darstellt und daher keinen unmittelbaren Rechtsbegründung hat.¹⁹⁶ Dennoch konstituiert sie das tatbestandliche Unrecht mit. Wenn aber horizontalen Absprachen die Tendenz zur Wiederholung regelmäßig, vertikalen Absprachen hingegen nur ausnahmsweise zukommt, so stellt die Abgabe eines Angebotes, das auf einer wettbewerbswidrigen horizontalen Absprache beruht, in strafrechtlicher Hinsicht im Vergleich zu der Abgabe eines auf einer wettbewerbswidrigen vertikalen Absprache beruhenden Angebotes die Verwirklichung gesteigerten Unrechts dar.

Entscheidend für eine solche nur „asymmetrische“ Übertragung der kartellrechtlichen Grundsätze in das Strafrecht mag freilich das *im Lichte seines Schutzzwecks* gewonnene Ergebnis der Auslegung des § 298 StGB sprechen. Wenn § 298 StGB sowohl das Rechtsgut des Wettbewerbs als Institution wie auch das Vermögen des Veranstalters („abstrakt“)

¹⁸² *Dannecker*, JZ 2005, 49 f.

¹⁸³ Diese Frage ist nicht identisch mit derjenigen danach, ob der Veranstalter Täter des § 298 StGB sein kann. Dazu unten IV. 3. a) und b).

¹⁸⁴ *Zimmer* (Fn. 176), § 1 Rn. 1 ff. (4).

¹⁸⁵ Vgl. *Bannenberg*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 298 Rn. 11 (anders noch in der Voraufl.); *Bosch* (Fn. 20), § 298 Rn. 9; *Fischer* (Fn. 3), § 298 Rn. 9; *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 298 Rn. 11 (anders jetzt *Heine/Eisele* [Fn. 3], § 298 Rn. 17); *Hohmann* (Fn. 3), § 298 Rn. 84; *Momsen* (Fn. 128), § 298 Rn. 18; *Rogall* (Fn. 17), § 298 Rn. 22 f.; *Tiedemann* (Fn. 3), § 298 Rn. 14; *Wunderlich* (Fn. 17), S. 227.

¹⁸⁶ BGH NSTz 2013, 41. Anders noch BGHSt 49, 201 mit krit. Anm. *Dannecker*, JZ 2005, 49.

¹⁸⁷ *Hohmann* (Fn. 3), § 298 Rn. 12; *Momsen* (Fn. 128), § 298 Rn. 2; *Rogall* (Fn. 17), § 298 Rn. 25.

¹⁸⁸ Siehe oben II. 5.

¹⁸⁹ Vgl. auch noch *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 3, 24, der – umgekehrt – trotz der von ihm vorgenommenen Charakterisierung des § 298 StGB als unechte Blankettnorm aufgrund der von ihm geteilten Ansicht von dessen asymmetrischer Kartellrechtsakzessorietät eine solch zwingende Konsequenz verneint.

¹⁹⁰ *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 24.

¹⁹¹ So aber *Wunderlich* (Fn. 17), S. 220 – was vor dem Hintergrund seiner mit der h.M. übereinstimmenden Auffassung, geschütztes Rechtsgut des § 298 StGB sei der Wettbewerb als Institution (dazu oben II. 1.), erstaunt. Siehe dazu noch sogleich im Text.

¹⁹² *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 64; *ders.*, JZ 2005, 49 (50); BGHSt 49, 201 (205).

¹⁹³ Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 14.

¹⁹⁴ *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 65; *Heine/Eisele* (Fn. 3), § 298 Rn. 17; *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 23; *Greeve*, NZWiSt 2013, 139 (141).

¹⁹⁵ *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 66; *Heine/Eisele* (Fn. 3), § 298 Rn. 17; *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 24. Ebenso noch BGHSt 49, 201 (207).

¹⁹⁶ Siehe bereits oben Fn. 28, 125.

schützt, so stellt jedenfalls eine Verhaltensweise, die nur eines dieser beiden Rechtsgüter überhaupt zu beeinträchtigen vermag, geringeres Recht als dasjenige Verhalten dar, das beide geschützten Rechtsgüter angreift. So liegt der Fall aber hier. Wenn der Rechtsgutsangriff bei § 298 StGB stets erst über die Vornahme einer Tathandlung erfolgt, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruht – die Absprache selbst ist straflose Vorbereitungshandlung und kann daher keinen eigenständigen Rechtsgutsangriff darstellen¹⁹⁷ –, so begründet die auf einer horizontalen Absprache beruhende Abgabe eines Angebotes sowohl einen Angriff auf den Wettbewerb wie auch das Vermögen des Veranstalters. Die auf einer vertikalen Absprache beruhende Angebotsabgabe gefährdet aber das Vermögen des Veranstalters gerade nicht, weil dieser durch seine Einflussnahme regelmäßig eine Preisbildung forciert, die für ihn möglichst vorteilhaft ist. Auch unter diesem Blickwinkel verwirklicht die auf einer horizontalen Absprache beruhende Angebotsabgabe größeres Unrecht als die auf einer vertikalen Absprache beruhende Tathandlung.

Daher muss das übereinstimmende wettbewerbsrechtliche Verbot eben gerade nicht zwingend „symmetrisch“ in das Strafrecht übertragen werden.

IV. Der Täterkreis

Aus dem Vorstehenden ergeben sich zunächst zwingende Konsequenzen für den Kreis möglicher Täter des § 298 StGB.¹⁹⁸ Sie sind im Hinblick auf § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB noch einmal festzuhalten (sogleich unter 1.). Daneben ist kurz die Frage einer mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zu beleuchten (s.u. 2.). Originär beteiligungsdogmatische Fragen stellen sich dann insbesondere im Rahmen der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB (dazu unten 3.).

1. § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB

§ 298 StGB ist Sonderdelikt lediglich im Hinblick auf die vom Tatbestand vorausgesetzte Eigenschaft als Unternehmer, nicht hingegen hinsichtlich einer etwaigen Beschränkung des Täterkreises auf Kartellmitglieder.¹⁹⁹ Außenseiter können freilich schon deshalb nicht Täter des § 298 StGB sein, weil ihnen der tatbestandsmäßige Erfolg des Zugangs des Angebotes bereits grundsätzlich objektiv nicht zugerechnet werden kann. Damit setzt die Verwirklichung des § 298 StGB als unmittelbarer Täter zunächst jedenfalls voraus, dass der Handelnde Unternehmer ist.²⁰⁰

2. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Weithin Einigkeit besteht darin, dass eine traditionelle Form der mittelbaren Täterschaft (für den Unternehmer) dann in Betracht kommt, wenn ein für das Unternehmen befugt handelnder Angestellter gutgläubig ein Angebot im Sinne des

§ 298 StGB abgibt.²⁰¹ Auf dem Boden der – viel gescholtenen²⁰² – Rechtsprechung des BGH zur Übertragbarkeit der (schon per se umstrittenen²⁰³) Rechtsfigur der sog. Organisationsherrschaft ist der Tatbestand auch für diese Form der mittelbaren Täterschaft durch „Ausnutzung regelhafter Abläufe“ geradezu prädestiniert.²⁰⁴

3. § 25 Abs. 2 StGB

Zwar sind die Voraussetzungen der Mittäterschaft im Einzelnen höchst umstritten.²⁰⁵ In der Sache besteht freilich weitgehend Einigkeit, dass eine Verantwortlichkeit im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB eine gemeinschaftliche Tatausführung sowie einen gemeinsamen Tatentschluss voraussetzt.²⁰⁶ In unserem Zusammenhang sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: in der ersten beteiligt der Betreffende sich an der Tathandlung der Angebotsabgabe (siehe unter a), in der zweiten lediglich an der Absprache (dazu unter b). Wie wir sehen werden, gibt es noch eine dritte Konstellation (c), bei der eine Strafbarkeit als Mittäter aber bereits deshalb ausscheidet, weil sie sich schon in der zweiten richtigerweise nicht begründen lässt.

a) Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB bei Beteiligung an der Angebotsabgabe

Beteiligt der Betreffende sich in irgendeiner Art und Weise an der Abgabe des Angebotes, richtet die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sich – trotz des Sonderdeliktsscharakters des § 298 StGB²⁰⁷ – nach den allgemeinen Grundsätzen. Dabei wird die Rechtsprechung mit der Annahme einer mittäterschaftlichen Verantwortlichkeit auf dem Boden ihrer insoweit noch immer stark subjektiv geprägten Auffassung regelmäßig deutlich großzügiger sein als die Tatherrschaftslehre. Insbesondere auch dasjenige Kartellmitglied, das absprachegemäß kein Angebot abgibt, kann demnach Mittäter sein.²⁰⁸ In Frage wird hier regelmäßig stehen, ob der präsumtive Mittäter Tatherrschaft hat.²⁰⁹ Da also die mittäter-

²⁰¹ I.d.S. z.B. *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 97.

²⁰² *Rotsch*, NStZ 1998, 491.

²⁰³ Vgl. *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 25 Rn. 124; *Schünemann* (Fn. 139), § 25 Rn. 122 ff. Eingehend *Rotsch*, NStZ 1998, 491; *ders.*, ZStW 112 (2000), 512; *ders.*, NStZ 2005, 13; *ders.*, ZIS 2007, 260; *ders.*, ZIS 2009, 549; *ders.* (Fn. 75), S. 372 ff.

²⁰⁴ Vgl. *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 97 m.w.N.

²⁰⁵ Siehe dazu in jüngerer Zeit umfassend und kritisch *Rotsch*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 887 ff.; *ders.*, ZJS 2012, 680 (682 ff.).

²⁰⁶ Eingehend *Rotsch*, ZJS 2012, 680 (682 ff.). Siehe auch *Schünemann* (Fn. 139), § 25 Rn. 156 ff.

²⁰⁷ Beachte Fn. 209.

²⁰⁸ Missverständlich *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 95.

²⁰⁹ Auch wenn nach hier vertretener Auffassung § 298 StGB Sonderdelikt ist, spricht die Struktur der Vorschrift dafür,

¹⁹⁷ Oben im Text bei Fn. 27 ff.

¹⁹⁸ Siehe bereits oben bei Fn. 150.

¹⁹⁹ Siehe oben II. 4.

²⁰⁰ *Böse* (Fn. 3), § 298 StGB Rn. 4 f.

schaftliche Verantwortlichkeit die eigenhändige Abgabe des Angebotes gerade nicht voraussetzt, kann auch der Veranstalter Mittäter des § 298 StGB sein.²¹⁰

b) Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB bei Beteiligung nur an der Absprache

Einen geradezu klassischen Streitfall der Mittäterschaft stellt die zweite Konstellation dar, in der der Betreffende sich zwar nicht an der Tathandlung, wohl aber an der ihr zugrundeliegenden rechtswidrigen Absprache beteiligt. Auch hier ist neben seiner Eigenschaft als Unternehmer auf dem Boden der herrschenden Meinung zusätzlich Tatherrschaft, auf der Grundlage der Rechtsprechung ein eigenes Interesse am Taterfolg zu verlangen. In der Sache geht es um die Frage möglicher Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium.²¹¹ Wer insoweit mit guten Gründen restriktiv argumentiert, kann eine solche Mittäterschaft nicht anerkennen.²¹²

c) Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB bei Beteiligung im Vorbereitungsstadium der Vorbereitungshandlung

Wenn Straftatbestände Vorbereitungshandlungen als unrechtsbegründende Tatbestandsmerkmale normieren, ermöglicht § 25 Abs. 2 StGB jedenfalls auf dem Boden eines weiten Tatherrschaftsverständnisses grundsätzlich die Annahme von Mittäterschaft auch bei bloßer Beteiligung im (außertatbestandlichen) Vorbereitungsstadium der (tatbestandsmäßigen) Vorbereitungshandlung. Wer freilich – wie hier – bereits die strafrechtliche Verantwortlichkeit als Mittäter bei Beteiligung an der rechtswidrigen Ansprache für zu weitgehend hält, kann in dieser Konstellation erst recht eine mittäterschaftliche Strafbarkeit nicht für begründbar halten.

V. Ergebnis

§ 298 StGB schützt den Wettbewerb als Institution und das Vermögen des Veranstalters. Mit diesem doppelten Rechtsgüterschutz geht grundsätzlich die Möglichkeit einer gespaltenen Deliktsstruktur einher; § 298 StGB ist freilich im Hinblick auf beide Rechtsgüter abstraktes Gefährdungsdelikt. Dennoch ist die Vorschrift entgegen der herrschenden Meinung nicht Tätigkeits-, sondern Erfolgsdelikt. Auch die von der überwiegenden Ansicht vorgenommene Einordnung als Allgemeindelikt überzeugt nicht: Die Auslegung der Norm ergibt eine Begrenzung des Täterkreises, die zur Annahme eines Sonderdelikts führt. Schließlich wird über das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Absprache keine Blankettnorm,

sondern ein Tatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen konstruiert. Vertikale Absprachen sind auch nach der Änderung des § 1 GWB nicht zwingend von § 298 StGB erfasst. Im Hinblick auf die Voraussetzungen täterschaftlicher Verantwortlichkeit im Rahmen des § 298 StGB spricht einiges dafür, trotz des Sonderdeliktscharakters der Vorschrift außerdem die von der herrschenden Meinung auch sonst für erforderlich gehaltene Tatherrschaft zu verlangen.

neben der Eigenschaft als Unternehmer außerdem Tatherrschaft vorauszusetzen. Ob Tatherrschaft bei sämtlichen Sonderdelikten vorauszusetzen, oder ob insoweit eine differenzierte Behandlung angezeigt ist, kann hier nicht entschieden werden.

²¹⁰ Im Ergebnis ebenso *Dannecker* (Fn. 3), § 298 Rn. 96 m.w.N. in Fn. 387.

²¹¹ Vgl. den Streitstand im Überblick bei *Kühl* (Fn. 108), § 20 Rn. 110 ff. und 126 ff.

²¹² *Rotsch*, ZJS 2012, 680 (684).

I. Einleitung

Bernd Schünemann ist weithin bekannt als Rechtstheoretiker und Dogmatiker, der sich nicht im Kleinteiligen verliert, sondern gerade auch zum Strafprozess in großen Entwicklungslinien denkt¹ und sich dabei auch nicht davor scheut, Großkonzepte zu entwerfen.² Aber Schünemann ist genauso ein Strafrechtler, der den Einzelfall nicht nur als exemplarischen Gegenstand für systematische Überlegungen wahrnimmt. Sondern ihm ist die Ungerechtigkeit, die Verletzung der Rechte des betroffenen Bürgers, der Konflikt zwischen dem gerade im Strafverfahren (mitunter über-)mächtigen Staat und dem (bildhaft) mit dem Rücken zur Wand stehenden Bürger das zentrale Anliegen. Auf den Einzelfall, in dem die Ungerechtigkeit und der Schaden, der dem Bürger durch das Strafverfahren zugefügt wird, offen zu Tage treten, reagiert er mit mehr als nur wissenschaftlicher Empathie. So waren sein Erstaunen, seine Neugier und sein Entsetzen (Wie kann denn so etwas passieren?) groß, als der Fall des Bauern Rupp bekannt wurde. Die Bezeichnung „Fall des Bauern Rupp“ ist geläufig, aber eigentlich falsch: Es ein Fall des Rundumversagens der Justiz, von den ermittelnden Polizeibeamten bis zum Gericht. Und es ist sicherlich auch ein Fall des Versagens der Verteidigung. Denn als zufällig der Mercedes des Bauern in der Donau gefunden und herausgezogen wurde, da war doch recht bald klar, dass vieles schief gegangen sein musste im Strafverfahren gegen seine Frau, seine beiden Töchter und den Freund der einen, die vier Jahre zuvor wegen gemeinsamer Beteiligung an der Tötung des Bauern im gemeinsamen Haus durch Schläge auf und mit dem Hammer in den Kopf verurteilt worden waren und ihre Haftstrafen absaßen. Der Bauer, dessen Leiche laut der Urteilsgründe nach der Tat durch Kleinhacken und Verfüttern an die Tiere entsorgt worden war, glitschte zwar durch die bei der Bergung des Mercedes berstende Öffnung der Windschutzscheibe in die Donau, wobei die Füße verloren gingen, aber als das im Übrigen ganz unversehrte Skelett geborgen und auf dem Tisch der Rechtsmedizin obduziert worden war, da konnte es wenig Zweifel daran geben, dass diese Verurteilung zu Unrecht ergangen war.

Ich habe schon vor fünf Jahren auf einem von Schünemann veranstalteten Symposium³ den damals nur als Pressemeldung bekannten Fall des Bauern Rupp für meinen Beitrag als Aufhänger benutzt. In der Schlussbemerkung dieses Beitrags, in der ich den Umgang der Rechtsprechung des BGH mit den Rechten aus § 136 StPO und insbesondere dem Recht

des Beschuldigten auf Konsultation mit seinem Verteidiger analysiere,⁴ hatte ich vermutet, „dass eine genauere Analyse im Fall des Bauern Rupp zusätzliche praktische Erkenntnisse erbringen könnte, wie es zu Falschaussagen kommen kann und wo vermehrt der Schutz des Beschuldigten gerade auch durch frühe Verteidigung geboten ist.“ Und ich hatte vorgeschlagen, man solle „genauer untersuchen, wie die Ermittlungsbeamten ein so offensichtlich falsches Ergebnis produziert haben, das letztlich auch ganz problemlos die Revisionsinstanz passieren konnte.“ Meine Vermutung war richtig: Mittlerweile liegt mir die Akte aus dem Verfahren vor, die einen Einblick erlaubt – soweit das allein auf Grund der Dokumentation einer Akte möglich ist⁵ –, was im konkreten Verfahren passiert ist. Als weitere Information gibt es eine Filmdokumentation zu dem Fall, die in Auszügen eine Videoaufnahme enthält, die zeigt, wie die ermittelnden Polizeibeamten am Tatort die Beschuldigten zum Tathergang vernehmen.⁶ Auf dieser Grundlage ist es möglich, Antworten auf die Frage zu versuchen, die sich ja sofort aufdrängen: Wie sind die Geständnisse im Ermittlungsverfahren zustande gekommen, auf denen alleine am Ende das Urteil beruhte? Denn die Leiche gab es ja nicht und auch keinerlei Tatspuren. Wie kann in unserem System der Strafprozessordnung so ein krass falsches Urteil zustande kommen – Systemfehler, menschliches Versagen oder eine Mischung aus beidem? Was kann man daraus lernen, wie könnte man die Fehlerquellen in der Zukunft besser verhindern? Diesen Fragen nachzugehen lohnt sich vor allem auch deswegen, weil Schünemann selbst nicht mit Vorschlägen geizt, wie man den Strafprozess verbessern sollte,⁷ und weil aktuell eine vom Bundesjustizminister eingerichtete Expertengruppe damit befasst ist, Vorschläge für eine Reform „eines praxistauglichen und effektiven“ Strafverfahrens zu erarbeiten. Der Versuch an einem Einzelfall typische oder mögliche Fehlerquellen zu erkennen und zu überlegen, mit welchen Reformen derartige Fehler vermeidbar sein könnten, ist damit auch ein Beitrag zur aktu-

⁴ Fälschlich von mir bezeichnet als „Bauer RuppEL“, vgl. Nestler (Fn. 3), S. 51.

⁵ Zu den Problemen, die sich mit der mangelhaften Dokumentation von Ermittlungsvorgängen bei der derzeit üblichen Praxis ergeben, vgl. den folgenden Text unter IV.

⁶ Die Videoaufzeichnung dieser Tatortbegehung ist nicht Bestandteil der mir vorliegenden Akte. Ausschnitte dieser Videoaufzeichnung, die ich für diesen Beitrag nutze, sind Bestandteil eines Beitrages von Spiegel-TV, der auch für jeden Leser dieses Beitrages einsehbar ist, online unter: <http://www.youtube.com/watch?v=MFTV-7TBefs> (14.10.2014).

⁷ Exemplarisch der Epilog mit Nachweisen zu den vielfältigen Veröffentlichungen von Schünemann zur Analyse des Strafprozesses in: Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, S. 537 ff.

¹ Beispielhaft Schünemann, ZStW 114 (2002), 1.

² Beispielhaft die Initiierung und Leitung einer Arbeitsgruppe zu einem „Gesamtkonzept für die Europäische Strafrechtspflege“, vgl. Schünemann, Gesamtkonzept für die Europäische Strafrechtspflege, 2006.

³ Dokumentiert bei Nestler, in: Schünemann (Hrsg.), Risse im Fundament, Flammen im Gebäck: Zum Zustand des kontinentaleuropäischen Strafverfahrens, 2010.

ellen Reformdiskussion,⁸ bei der die realistische Chance besteht, dass aktuelle Reformüberlegungen auch tatsächlich umgesetzt werden.

II. Der Beginn des Verfahrens

Nachdem der Bauer Rupp nach Verlassen seiner Stammkneipe nicht zu Hause eintrifft, erstattet seine Frau im Oktober 2001 eine Vermisstenanzeige bei der örtlichen Polizei. Deren Nachforschungen bleiben erfolglos. 18 Monate später wird dann der Vorgang als Vermisstensache an die Kriminalpolizei abgegeben. Die nunmehr erfolgenden Befragungen im Umfeld der Familie Rupp ergeben eine Gerüchtelage – es gebe Schäferhunde auf dem Hof, die hätten den Bauern vielleicht gefressen; die eine Tochter habe einen aggressiven Freund, der mit im Haus lebe, was dem Bauern missfallen habe. Der sachbearbeitende Kripobeamte entscheidet sich im Oktober 2003 zwischen den möglichen Optionen – eines Untertauchens des Bauern Rupp, seines Suizids und eines gewaltsam von Dritten herbeigeführten Todes – für die „wahrscheinlichste“ Variante: Ein gewaltsamer Tod, herbeigeführt durch Ehefrau, beide Töchter und den Freund der einen Tochter. Schon an dieser Stelle des Verfahrens ergeben sich erste Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verfahrens. Denn man kann daran zweifeln, ob die Gerüchtelage und die Einschätzung, dass von den verschiedenen Möglichkeiten, mit denen das Verschwinden des Bauern Rupp erklärt werden konnte, der gewaltsame Tod durch Fremdeinwirkung mit anschließender Beseitigung von Leiche und Pkw, die wahrscheinlichste sei, für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens überhaupt ausreicht.⁹ Aber die Strafverfolgungsbehörden haben bei der Annahme eines Anfangsverdachts einen weiten Ermessensspielraum und für den weiteren Fortgang des Verfahrens ist diese Frage nicht relevant, weil allein an die fehlerhafte Einleitung eines Ermittlungsverfahrens keine rechtlichen Konsequenzen, wie etwa ein Verfahrenshindernis, geknüpft werden.

Interessant sind aber zwei andere Fragen. Hat die Ausgangsthese der weiteren Ermittlungen, Ehefrau, Töchter und Freund hätten den Bauern umgebracht, die weiteren Ermittlungen so geprägt, dass es nur noch um die Bestätigung dieser These ging, so dass die Ermittler blind waren für alles, was nicht in das Konzept passte, den Angehörigen der Familie die Tat nachzuweisen? Und wie ist die Kripo dann vorgegangen, um ihre These zu überprüfen?

III. Verfahren gegen Unbekannt?

Die klare Arbeitsthese der Kripo lautet: Mutter, Töchter und Freund sind tatverdächtig.¹⁰ Dennoch werden von der Staatsanwaltschaft die Durchsuchung der Wohngebäude und anliegenden Räume sowie die Telefonüberwachung von mehreren auf den Namen der Ehefrau angemeldeter Telefonanschlüsse sämtlich in einem Verfahren „gegen Unbekannt“ beantragt, so dass die Durchsuchungsanordnung nicht gem. § 102 StPO, sondern gem. § 103 StPO erging, und die Telefonüberwachung wurde ebenfalls nicht gegen Beschuldigte, sondern gegen sonstige Personen angeordnet. Das weitere Vorgehen der Polizei erklärt, warum die – vom Ermittlungsrichter „abgehakten“ – Anträge auf die Anordnung der Ermittlungsmaßnahmen so gestellt wurden. So werden Ehefrau, Töchter und Freund in den frühen Morgenstunden des 13.1.2004 von der Kripo aus dem Bett geholt und zur Polizeiwache verbracht, wo gegen 8:00 Uhr eine getrennte Vernehmung aller vier beginnt. Ersichtlich soll hier der Beschuldigtenstatus mit der Konsequenz der Belehrung gem. § 136 StPO hinausgezögert werden. Klar ist sowohl nach der Verdachtslage als auch nach der Zielrichtung von Durchsuchung und Telefonüberwachung, dass der „unbekannte“ Täter zu den vier Personen zählt, die in dem Haus leben. Ersichtlich geht es weder darum, Spuren der Tat zu finden, die ein anderer „unbekannter“ Täter, der nicht in dem Haus lebte, im Haus hinterlassen hatte,¹¹ noch ging es darum, dass gem. der zweiten Alternative des § 100a StPO unbekannte Beschuldigte Gespräche von den Anschlüssen der im Haus lebenden Familienmitglieder führen oder dass unbekannte Beschuldigte diese Anschlüsse anrufen würden. Mit Verfahren gegen „unbekannt“ konnte also allenfalls gemeint sein, dass noch keinerlei Anhaltspunkte dafür vorlagen, wer von den vier letztlich als Tatbeteiligter in Betracht kam.¹²

Der Sache nach handelt es sich daher schon bei der Durchsuchung wie auch bei der Telefonüberwachung um Ermittlungsmaßnahmen mit dem Ziel der Inculpation,¹³ so dass

¹⁰ Die Kripo entwickelt jetzt schon einen dreißigseitigen Fragenkatalog, „der sich teilweise wie ein Drehbuch liest“, vgl. *Rick*, *StraFo* 2012, 400.

¹¹ Zumal es keinerlei „bestimmte erwiesene Tatsachen“, also keine konkrete Auffindevermutung gab, die als Voraussetzung für eine Durchsuchungsanordnung gem. § 103 StPO erforderlich ist, sondern allenfalls eine kriminalistische Vermutung i.S.v. § 102 StPO. *Eschelbach*, *ZAP* 2013, 661 (662), der vom Fehlen einer Auffindevermutung gem. § 103 StPO darauf schließt, dass eine Durchsuchung gem. § 102 StPO stattgefunden habe, ist diese Umgehungsstrategie der Staatsanwaltschaft bei Abfassung seines Beitrages offenbar nicht bekannt gewesen.

¹² Eine interessante Variante des von *Volk/Engländer* (Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 9 Rn. 6) gebildeten Lehrbuchbeispiels: Wenn eine von sieben Personen der Täter sein muss, dürften alle informatorisch befragt werden. Kommen dann nur noch drei als Täter in Frage, seien sie als Beschuldigte zu behandeln.

¹³ Ebenso für die Durchsuchung *Eschelbach*, *ZAP* 2013, 661 (663).

⁸ Ich beschränke mich dabei auf solche Probleme des Verfahrens, die zu einer Diskussion der vorliegenden Reformvorschläge und Reformüberlegungen einladen und verzichte auf die Mitführung eines darüber hinausgehenden wissenschaftlichen Apparates.

⁹ Vgl. dazu *Eschelbach*, *ZAP* 2013, 661 (662), der den Fall „Rudi R“ als Grundlage nimmt für seinen Beitrag: Fehlurteilsquellen aus der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung.

die vier Verdächtigen schon durch die Anträge auf Anordnung der Ermittlungsmaßnahmen zu Beschuldigten geworden waren.¹⁴ Deutlich wird dies auch am Umgang mit den Verdächtigen am Morgen des 13.1.2004. Diese werden zum Verhör auf die Polizeiwache mitgenommen. Abgesehen davon, dass § 161a StPO für eine zwangsweise Mitnahme zu einer polizeilichen¹⁵ Vernehmung keinerlei Grundlage gibt, musste sich dieser Vorgang aus der Sicht der vier wie eine Festnahme darstellen – sie wurden wie Beschuldigte behandelt.¹⁶

IV. Vernehmungen und Dokumentation

Die Rekonstruktion an Hand der Akte, wie es zu den Geständnissen der Angehörigen des Bauern Rupp gekommen ist, ergibt folgendes Bild:¹⁷ Zunächst enthält die Akte das Formblatt mit Protokoll einer Beschuldigtenvernehmung der Ehefrau. Als Beginn ist 8:30 Uhr eingetragen und das Protokoll enthält am Anfang einen Vermerk, der die Belehrung gem. § 136 StPO enthält und die Feststellung, dass die Belehrung verstanden wurde. Die protokollierte Aussage der Ehefrau beginnt mit einer eine Seite langen Schilderung der Entwicklung ihrer Ehe in Ich-Form, die dann im Frage- und Antwortmodus über eine weitere Seite fortgesetzt wird.

Dann kommt ein „Vermerk: Die Vernehmung wird um 12:30 Uhr für 5 Minuten unterbrochen. Frau Rupp muss auf die Toilette.“

Direkt darunter dann der „Hinweis: Frau Rupp wurde zunächst als Zeugin zur KPI Ingolstadt verbracht. Nach einem informatorischen Gespräch ergab sich der Verdacht, dass Frau Rupp als Beschuldigte in einem Tötungsdelikt zum Nachteil ihres Mannes in Frage kommen wird. Sie wurde daraufhin um 11:20 Uhr als Beschuldigte belehrt.“

Die Vernehmung wird dann um 12:40 Uhr fortgesetzt und im Protokoll geht es weiter mit Fragen, die inhaltlich an die vor der Unterbrechung der Vernehmung gestellten Fragen und Antworten nach dem Zusammenleben der Familie anschließen, bis es etwa zwei Seiten später unvermittelt zu der Frage kommt: „Wann ist ihr Mann an dem Abend des 12.10. [das war der Tag, an dem der Bauer Rupp verschwunden war, Anm. d. Verf.] nach Hause gekommen?“ Antwort: „Das dürfte kurz nach 1:00 Uhr gewesen sein.“ Die Ehefrau schildert dann, wie es nach der Ankunft des Mannes zu einem Streit kam, der so endete: „Ich habe meinen Mann ein- oder zweimal geschubst. Es kann auch sein, dass ihn die A [eine der beiden Töchter, Anm. d. Verf.] einmal geschubst hat. Auf jeden Fall ist mein Mann dann umgefallen und mit dem

Kopf, oberhalb des rechten Ohres an die Steinstufe am Treppenaufgang zur oberen Wohnung gefallen.“

Es folgen dann weitere Fragen und Antworten zum Hergang – wie viel Blut geflossen war, wer von den anderen Angehörigen noch dazu kam, wie der Bauer in den Keller geschafft wurde, was man dort mit ihm gemacht hat, warum er am nächsten Tag, als die Vermisstenanzeige erstattet wurde, nicht mehr im Keller war, etc.

Liest man allein dieses Protokoll, bleibt vieles im Unklaren:

Ausweislich der Vorgaben am Ende – „Im Diktat mitgehört und genehmigt, sowie: F.d.R.d. Abschrift: Name, Ang.“ – handelt es sich um eine Abschrift von einem auf Tonband aufgenommenen Diktat der Vernehmungsbeamten. Das erklärt nur, warum eine Vernehmung, die (zu Unrecht) als Zeugenvernehmung begann, als Beschuldigtenvernehmung protokolliert ist. Dass hier nicht durchgehend chronologisch, sondern auch nachträglich protokolliert wurde, zeigt schon die Tatsache, dass das Protokoll am Anfang den Vermerk über die Belehrung nach § 136 StPO enthält, obwohl nach dem „Hinweis“, der nach dem Ablauf des Protokolls in der Unterbrechung der Vernehmung um 12:30 Uhr aufgenommen wurde, mitgeteilt wird, dass die Ehefrau um 11:20 Uhr als Beschuldigte belehrt wurde. Unklar ist daher schon, ob der im ersten Teil des Protokolls protokollierte Aussageinhalt nach der Belehrung um 11:20 Uhr entstanden ist oder schon davor. Viel wichtiger aber ist, was eigentlich der Inhalt des „informatorischen Gesprächs“ war, das offenbar von 8:30 Uhr bis 11:20 Uhr geführt wurde. Dazu enthält das Protokoll gar nichts. Und noch wichtiger wäre es zu wissen, woraus sich auf einmal der Verdacht ergab, dass die Ehefrau als Beschuldigte der Tötung ihres Mannes in Betracht kam und in welcher Form dieser Verdacht der Ehefrau mitgeteilt wurde. Aus dem Ablauf der protokollierten Fragen und Antworten ergibt sich vor und auch nach der Unterbrechung um 12.30 Uhr – und damit schon gar nicht um 11:20 Uhr – irgendeine Verdachtslage. Erstaunlich ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Ehefrau im späteren Verlauf des Verfahrens ihre Aussage widerrufen und darauf bestanden hat, der Bauer Rupp sei nach dem Kneipenbesuch gar nicht mehr nach Hause gekommen, dass sie auf die laut Protokoll im Kontext von Fragen und Antworten ganz unvermittelt gestellte Frage: „Wann ist er an diesem 12.10. nach Hause gekommen?“ ohne jedes weitere Überlegen und ohne jede weitere Rückfrage unmittelbar mit der Zeitangabe antwortet. Das lässt schon auf der Grundlage allein des Protokolls vermuten, dass es zwischen den Vernehmungsbeamten und der Ehefrau schon im Vorfeld der protokollierten Fragen und Antworten als feststehende Tatsache besprochen war, dass der Bauer nach Hause gekommen war. Ebenso dürfte es mit der „Tatschilderung“ gewesen sein, die unmittelbar auf die Frage: „Was ist dann passiert?“ in komprimierter Form erfolgt.

Was sich während der Vernehmung der Ehefrau ereignet hat, stellt der fünf Monate (und ca. 1.500 Bl. der Akte) später verfasste Schlussbericht der Kripo so dar: „Gleichzeitig [zur Durchsuchung, Anm. d. Verf.] wurden alle Personen, die im Anwesen gemeldet waren und angetroffen wurden, zu einer

¹⁴ So BGHSt 51, 367 (371 f.); 53, 112 (114 ff.).

¹⁵ Zur Abgrenzung zwischen staatsanwaltlicher und polizeilicher Vernehmung i.S.d. § 161a StPO klarstellend OLG Hamburg NStZ 2010, 716.

¹⁶ „Wie sich das Verhalten des Beamten nach außen, auch in der Wahrnehmung des Betroffenen darstellt“, ist nach der Leitentscheidung BGHSt 51, 367 (371 f.) ein zentrales Kriterium dafür, ob ein Beschuldigtenstatus gegeben ist oder nicht.

¹⁷ Vgl. zum Folgenden auch den Beitrag von Rick, StraFo 2012, 400, die den Ablauf der Vernehmungen umfangreicher und detaillierter als hier schildert.

staatsanwaltlichen Vernehmung¹⁸ zur KPI Ingolstadt verbracht und getrennt als Zeugen befragt. [...] Gegen 11.15h desselben Tages gestand M.E. (der Freund der einen Tochter) als Erster, dass Herr Rupp in der Tatnacht nach Hause gekommen war. Die o.a. Personen wurden daraufhin in den Beschuldigtenstatus erhoben.“

Ihren Anfang hatte die Serie der über Monate erfolgenden Aussagen der Angehörigen, wonach sie den Bauern Rupp gewaltsam zu Tode gebracht und dann samt Pkw entsorgt hatten, also in der Vernehmung des Freundes M.E.¹⁹ Aus dem zu dieser Vernehmung vorliegenden Protokoll (wiederrum diktiert von dem Vernehmungsbeamten und dann von einer Schreibkraft niedergeschrieben) ergibt sich: „Vor Protokollierung der nachgenannten Angaben wird in der Zeit von 08.00 Uhr bis 11.15 Uhr ein eingehendes Gespräch geführt. Nach anfänglichem Abstreiten bestimmter Sachverhalte macht der Zeuge nachgenannte Angaben: [die dann folgen, Anm. d. Verf.]“ Die eigentliche Vernehmung, offenbar so „eingehend“ geführt, dass der zunächst „abstreitende“ Zeuge am Ende zu einer Aussage gebracht wird, in der er eine erste Tatversion schildert, die jene verhängnisvolle Welle von Falsch-Geständnissen in Gang bringt, enthält das Protokoll nicht. Das Protokoll „dokumentiert“ allein die schon zuvor im Vorgespräch zwischen den Vernehmungsbeamten und dem Zeugen ausgehandelte Aussage zum Tathergang. Ebenso das daraufhin erfolgte Geständnis der Ehefrau kam offenbar in dem gerade nicht durch das Protokoll dokumentierten Vorgespräch zustande, und das Protokoll dokumentiert dann nur noch die Wiederholung dieser zuerst im Vorgespräch erfolgten Aussage.²⁰ Nachdem auch ein erstes Geständnis der Ehefrau vorliegt, wird mit Druck weiter vernommen. So werden bereits mittags um 13:35 Uhr erste Widersprüche zwischen den Aussagen abgearbeitet und die Ehefrau wird mit widersprechenden Detailangaben sowohl des Freundes als auch der Tochter A. konfrontiert.²¹

Die Tochter A. gibt in ihrer Zeugenvernehmung zunächst auch auf drängendes Nachfragen an, der Vater sei in der Nacht nicht nach Hause gekommen. Dann wird sie als Beschuldigte belehrt und damit konfrontiert, dass ihre Mutter und der Freund der Schwester bereits gestanden hatten, dass der Vater nach seiner Ankunft im Haus im Rahmen eines Streites zwischen den Familienangehörigen unglücklich zu Tode gekommen und dann entsorgt worden sei. Die Beschuldigte verzichtet laut Protokoll auf ihr Recht, einen Anwalt hinzuzuziehen, räumt ein, dass der Vater nach Hause gekommen ist, gesteht zunächst einen Tathergang, der aber zu den anderen schon vorliegenden Aussagen nicht passt und

gesteht dann Schritt für Schritt das, was mit den Aussagen der Mutter und dem Freund der Schwester besser zusammenpasst.

Die vier Beschuldigten werden nach ihren Vernehmungen festgenommen, nach weiteren Vernehmungen am nächsten Tag dem Haftrichter vorgeführt und in Haft verbracht, dort immer wieder vernommen, und zehn Tage nach der Festnahme räumt dann auch die Tochter M., die bislang bestritten hatte, dass der Vater nach Hause gekommen war, eine gewaltsame Tötung durch die anderen Familienmitglieder ein.

V. Probleme und Reformvorschläge

1. Belehrungsmängel

Die vier Verdächtigen hätten nach geltender Rechtslage alle zu Beginn der Vernehmungen am 13.1.2004 als Beschuldigte vernommen werden müssen.²² Dann hätte zunächst die Chance bestanden, dass der Freund M.E. von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht und nicht jene verhängnisvolle Aussage gemacht hätte, die der Auslöser für die Geständnisse der Ehefrau und der einen Tochter und nachfolgende Vernehmungskette war, oder dass er vor einer Aussage einen Anwalt verlangt und dieser ihn davon abgehalten hätte, eine Aussage zu machen. Für sehr wahrscheinlich halte ich es nicht, dass eine Belehrung nach § 136 StPO diese Folgen gehabt hätte. So haben alle Verdächtigen, nachdem sie als Beschuldigte belehrt worden waren, (weiterhin) Aussagen gemacht und weder von ihrem Schweigerecht noch von ihrem Konsultationsrecht Gebrauch gemacht. Das mag zum Teil darauf beruht haben, dass die ersten belastenden Aussagen schon vor der Belehrung gemacht wurden, so dass es aus der Sicht der Verdächtigen keinen Sinn mehr machte, nunmehr zu schweigen. Dennoch – hier scheint es sich um Verdächtige zu handeln, die von den Rechten, über die sie nach § 136 StPO belehrt werden, in der Vernehmungssituation nur schwerlich Gebrauch machen können.²³

2. Dokumentation der Beschuldigtenvernehmungen

Klar erkennbar ist aber, dass die Art der Dokumentation der Vernehmungen keinerlei verlässliche Überprüfung zu den zwei zentralen Fragen der Beschuldigtenvernehmung zulässt. Zunächst ist anhand der vorliegenden Protokolle nicht eindeutig überprüfbar, ob rechtzeitig belehrt wurde und wie belehrt wurde, da der genaue Zeitpunkt der Belehrung und der Inhalt der Belehrung nicht dokumentiert sind. Und ein von der Vernehmungsperson diktiertes Protokoll des Vernehmungsinhalts macht es unmöglich nachzuvollziehen, wie die Fragen wirklich gestellt wurden, wie die vernommene Person auf die Fragen reagiert hat und vor allem, was sie tatsächlich geantwortet hat. Nur zwei Beispiele aus der Akte: Die Urteilsgründe enthalten zu der Einführung der ersten Vernehmung der Ehefrau durch den Vernehmungsbeamten die Feststellung, die Ehefrau habe ihre Angaben zum Tathergang am 13.1.2004 „ohne Vorhalt einer anderen Aussage von sich aus getätigt.“ Der Schlussbericht der Kripo teilt aber mit, dass die

¹⁸ In der Sache war es eine polizeiliche Vernehmung, vgl. oben bei Fn. 14.

¹⁹ Zur Choreographie der Vernehmungen und der darin erfolgten Aussagen detailliert Rick, StraFo 2012, 400.

²⁰ Auch im Vorfeld der Aussage der Tochter M., die am 13.1. auch bis zum Ende ihrer Vernehmung noch darauf bestand, der Vater sei in der Nacht nicht nach Hause gekommen, wurde vor der protokollierten Aussage ein Vorgespräch geführt.

²¹ Vgl. zu den erheblichen Widersprüchen der Aussagen zum Tathergang Rick, StraFo 2012, 400 (401 ff.).

²² Siehe oben unter III.

²³ Zu den Konsequenzen aus diesem Befund unten bei V. 3.

Beschuldigtenbelehrung der Ehefrau erfolgte, nachdem der Freund in seiner Vernehmung angegeben hatte, dass der Bauer in der Nacht nach Hause gekommen war. Das wirft die Frage auf, ob diese Tatsache im Rahmen der Beschuldigtenbelehrung mitgeteilt wurde, ob das sog. Vorgespräch auch nach dieser Mitteilung noch fortgesetzt wurde, so dass die selbstbelastende Aussage zustande kam, bevor dann die förmliche Belehrung erging, und welche Fragen und Antworten Teil dieses (insoweit nicht einmal im Protokoll dokumentierten) Vorgesprächs waren. Zweites Beispiel: In den Folgevernehmungen kommt es immer wieder zu Korrekturen der Aussagen – entweder, weil sie in der Schilderung des Tathergangs nicht zusammenpassen und in den Folgevernehmungen, ersichtlich durch Vorhalte, immer mehr angeglichen werden, oder, weil sie mit den Tatsachen unvereinbar waren. So behauptet etwa der Freund in einer frühen Vernehmung, er habe den Pkw des Bauern in einem Weiher in der Nähe des Anwesens entsorgt. Die Vernehmungsbeamten fahren mit ihm an diesen Ort und der Freund zeigt die Stelle, an der er den Wagen ins Wasser gefahren hat. Dort ist aber auch mit Einsatz von Tauchern kein Pkw auffindbar. Daraufhin kommt es in einer weiteren Vernehmung zu einer Aussageänderung, wonach der Wagen noch nachts zu einem Schrotthändler gebracht wurde. Diese Aussage führt nicht nur zu einer monatelangen Inhaftierung dieses Schrotthändlers,²⁴ sondern auch zu einer der Urteilsfeststellungen, die später durch den Fund des Pkw in der Donau widerlegt wurden. Eine Aufzeichnung dieser Vernehmung hätte möglicherweise geholfen zu erkennen, wie diese neue Aussage zustande kam.

Die Probleme und Unzulänglichkeiten des von der Vernehmungsperson verfassten Protokolls sind altbekannt.²⁵ Seit längerem wird daher die wortwörtliche Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung durch audio-visuelle Aufzeichnung eingefordert.

Im Folgenden werde ich die beiden, die aktuelle Reformdiskussion prägenden Entwürfe der Bundesrechtsanwaltskammer (BRK) und des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme)²⁶ daraufhin analysieren, wie weit sie die im Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern

Rupp erkennbaren Probleme adressieren. Zu klären ist zunächst, unter welchen Voraussetzungen eine audio-visuelle Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung stattfinden muss. Der Vorschlag der BRK sieht dazu vor, dass die Beschuldigtenvernehmung immer dann audio-visuell aufzuzeichnen ist, wenn im gerichtlichen Verfahren ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben sein wird.²⁷ Der Vorschlag des AE-Beweisaufnahme sieht die audio-visuelle Aufzeichnung als Regel vor, wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird und macht sie nur zur Pflicht, wenn der Beschuldigte die Aufzeichnung beantragt.²⁸

Das Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp ist zunächst ein instruktives Beispiel dafür, dass die Beschuldigtenvernehmung (jedenfalls bei schwereren Tatvorwürfen)²⁹ immer aufgezeichnet werden sollte. Das vom AE-Beweisaufnahme vorgesehene Antragsrecht des Beschuldigten setzt ein Maß der Autonomie des Beschuldigten bei der Wahrnehmung seiner Rechte voraus, das bei den Angehörigen des Bauern Rupp nicht vorlag.³⁰

Beide Reformvorschläge versuchen das weitere Problem, dass auch außerhalb der Aufzeichnung (schon) verfahrensbezogene Gespräche geführt werden, durch eine Regelung zu lösen, wonach die Vernehmungsperson am Ende der Aufzeichnung zu erklären hat, ob und mit welchem Inhalt verfahrensbezogene Gespräche außerhalb der Aufzeichnung geführt wurden, und dass die vernommene Person Gelegenheit erhalten muss, sich hierzu zu erklären.³¹ Der praktische Hintergrund dieser Regelung sind vor allem Konstellationen, in denen im Vorfeld einer förmlichen Vernehmung (am Tatort, auf dem Transport zur Vernehmung etc.) häufig schon Gespräche geführt werden, die der Sache nach die förmliche Vernehmung vorprägen.³² Im Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp geht es aber um die Konstellation, dass durchgehend vor den ersten Vernehmungen und offenbar auch ganz gezielt Vorgespräche geführt wurden, bevor dann mit der im diktierten Protokoll festgehaltenen Vernehmung begonnen wurde. Diese nach Auskunft von Strafverteidigern durchaus verbreitete Praxis unterläuft den Sinn und Zweck der audio-visuellen Aufzeichnung, die ja möglichst von Anfang an den Ablauf und den Inhalt der Vernehmung verlässlich dokumentieren soll. Um eine solche Vorgehensweise zu

²⁴ Seine Geschichte ist auch Gegenstand der Filmdokumentation zum Verfahren, Nachweis in Fn. 6.

²⁵ Die Stichworte sind: Nichterkennbarkeit suggestiver Einflüsse der Befragung, Verzerrungen des Aussageinhalts, Verlust an Details – alle diese Mängel des herkömmlichen Protokolls sind in der Lit. umfangreich dokumentiert und unbestritten, vgl. dazu nur *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Kommentar, 8. Aufl. 2013, Rn. 609 m.w.N.; neuerdings und zusammenfassend v. *Schlieffen*, freispruch 2014, 1. Für eine Aufzeichnung sämtlicher Zeugenvernehmungen deshalb *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), S. 540.

²⁶ BRK (Strafrechtsausschuss), Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, 2010 (Entwurf BRK) = BRK-Mitt. 2010, 60; dazu auch zusammenfassend *Nack/Park/Brammsen*, NSTZ 2011, 310 (312). *Eser u.a.*, Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme) = GA 2014, 1.

²⁷ Entwurf BRK, § 136 Abs. 4 StPO-neu.

²⁸ AE-Beweisaufnahme, § 136 Abs. 4 S. 2 und 3 StPO-neu.

²⁹ Ich sehe keine überzeugenden Argumente dagegen, dass jede förmliche Beschuldigtenvernehmung aufgezeichnet wird, aber die Reformvorschläge sind hier zurückhaltender.

³⁰ Dazu schon oben bei V. 1.

³¹ Entwurf BRK, § 58a Abs. 2 StPO-neu; dieser Vorschlag wird vom AE-Beweisaufnahme übernommen, § 58a Abs. 2. S. 1 StPO-neu. Beide Entwürfe verweisen in ihren Vorschlägen zur Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung gesetzestechnisch jeweils auf die Neuregelung für die Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung in einem § 58a StPO-neu.

³² Daher erscheint es sinnvoll, nicht – wie von den Entwürfen vorgeschlagen – erst am Ende, sondern gerade zu Beginn der Aufzeichnung zu thematisieren, was vor der Aufzeichnung besprochen wurde.

verhindern, wird man eine Regelung einführen müssen, dass immer dann, wenn eine aufzuzeichnende förmliche Vernehmung stattfindet, was jedenfalls immer dann der Fall ist, wenn ein Beschuldigter oder Zeuge auf einer Polizeistation vernommen wird, die Aussage nur verwertbar ist, wenn sie audio-visuell aufgezeichnet wurde.

Damit stellt sich die weitere Frage, in welcher Form die Einführung der Aufzeichnung in die Hauptverhandlung stattfinden soll. Bekanntermaßen erfolgt nach der geltenden Rechtslage der Transfer der nicht-richterlichen Beschuldigtenvernehmung aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung über den Weg der Vernehmung der Vernehmungsperson als Zeuge vom Hörensagen. Damit wird als Inhalt der Beschuldigtenaussage im Ermittlungsverfahren das Verständnis der Vernehmungsperson von der Aussage eingeführt, die die Vernehmungsperson selbst herbeigeführt hat, und dieses Verständnis wird entweder durch Vorhalt des von der Vernehmungsperson selbst erstellten Inhalts der Vernehmung oder auch durch das seiner Vernehmung als Zeuge in der Hauptverhandlung vorangegangene Studium seines Vernehmungsprotokolls „aufgefrischt.“ Akzeptiert man die Ausgangsthese, dass das von der Vernehmungsperson erstellte Vernehmungsprotokoll im Hinblick darauf, was der Beschuldigte tatsächlich ausgesagt hat, hochgradig fehleranfällig ist und gleichzeitig die Entstehung der Aussage nur verzerrt wiedergibt, dann gibt die aktuelle Praxis nur selten die Möglichkeit, dass diese Mängel korrigiert werden können, denn die Darstellung der Verhörsperson entspricht ja dem institutionell legitimierten Wissen des Protokolls. „Warum sollte sich denn auch der Polizeibeamte, der als zuverlässiger Ermittler bekannt ist, gerade in diesem Fall fehlerverhalten haben“³³; das ist die wiederkehrende Logik auch in der Beweiswürdigung der Strafkammer, die die Angehörigen des Bauern Rupp verurteilt hat.

Während der Vorschlag der BRAK³⁴ den Anwendungsbereich des § 254 StPO-neu einfach auch auf die Aufzeichnung einer polizeilichen Vernehmung erstreckt, sieht der AE-Beweisaufnahme eine differenzierte Regelung vor: Angaben des Angeklagten aus dem Ermittlungsverfahren dürfen in der Regel nur mit seiner Zustimmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden.³⁵ Ohne Zustimmung dürfen seine Angaben in drei Konstellationen eingeführt werden:

- 1. wenn die Vernehmung durch den Richter durchgeführt wurde;
- 2. wenn bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war;

- 3. darf nur die Bild-Ton-Aufzeichnung eingeführt werden, wenn der Angeklagte vor der Vernehmung auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat.³⁶

Dieses Modell hätte die zentrale Fehlerquelle des Verfahrens, die Einführung der ersten Vernehmungen der Ehefrau und der einen Tochter, die ohne Verteidiger stattfanden und nicht aufgezeichnet worden waren, erfasst. Aber es hätte weder die Einführung der nicht aufgezeichneten Vernehmungen durch den Ermittlungsrichter und ebenfalls nicht die Einführung solcher nicht aufgezeichneter Vernehmungen, bei denen die Verteidiger anwesend waren, verhindert. Das Modell des AE-Beweisaufnahme mag daher als Gesamtkonzeption für das gesamte Strafverfahren sinnvoll sein,³⁷ zumal es mit einer Rangfolge der Beweismittel, wonach die Vorführung der audio-visuellen Aufzeichnung der Verlesung eines Protokolls und diese der Vernehmung der Verhörsperson vorgehen sollen, kombiniert ist.³⁸ Aber in solchen Fällen, in denen es wie im Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp um schwerwiegende Tatvorwürfe geht, drängt es sich auf, einen verstärkten Schutz des Beschuldigten dadurch vorzusehen, dass

- 1. alle Vernehmungen aufzuzeichnen sind,
- 2. die Angaben des Beschuldigten nur durch die Vorführung der Aufzeichnung in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen und
- 3. eine Regelung zur notwendigen Verteidigung schon bei der ersten Vernehmung eingeführt wird.

Alle Vernehmungen, also auch solche, bei denen ein Verteidiger anwesend ist, sind deswegen aufzuzeichnen, weil nur so die Entstehung der Aussage und der Aussageinhalt verlässlich festgestellt werden können. Auch hierzu ist das Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp instruktiv: Eine der beiden Töchter hatte zunächst bestritten, dass der Vater nach Hause gekommen war. Bei jener dann zehn Tage später stattfindenden Aussage, bei der auch diese Tochter eingeräumt hat, der Vater sei nach Hause und gewaltsam zu Tode gekommen, war ihr Verteidiger anwesend. Auch bei dieser Vernehmung wäre es wichtig gewesen, das Frage-Antwort-Geschehen, innerhalb dessen diese neue Aussage entstand, präzise nachvollziehen zu können. So weist auch die aussagepsychologische Literatur darauf hin, dass auf der Grundlage eines von der Verhörsperson formulierten Protokolls die Glaubwürdigkeitsbeurteilungen einer Aussage und insbesondere auch die Konsistenz des Aussageverhaltens praktisch

³³ So treffend *Witting*, in: Lüderssen/Volk/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014, S. 691 (692), der in diesem Zusammenhang auch an den Fall des Bauern Rupp erinnert.

³⁴ Technisch erfolgt dies über eine allzu komplizierte Verweisungstechnik, die über einen Verweis in § 254 Abs. 3 StPO-neu auf § 136 Abs. 4 StPO n.F. und eine auf diesen verweisende Änderung des § 163a Abs. 4 S. 2 StPO-neu auch die Aufzeichnung der polizeilichen Vernehmung umfasst.

³⁵ § 254 Abs. 1 S. 1 StPO-neu.

³⁶ § 254 Abs. 1. S. 2 i.V.m. S. 4 Var. 2. StPO-neu; richtigerweise soll die Einführung der Angaben des Beschuldigten in diesen Fällen nur dann zulässig sein, wenn der Beschuldigte vor Beginn der Vernehmung über die Möglichkeit der späteren Verwendung in der Hauptverhandlung belehrt worden ist.

³⁷ Eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem Konzept des AE-Beweisaufnahme kann im Rahmen dieses Beitrages nicht geleistet werden.

³⁸ AE-Beweisaufnahme § 251 StPO-neu.

nicht zu beurteilen sind.³⁹ Der anwesende Verteidiger mag Einfluss nehmen können auf den Ablauf der Vernehmung, aber wenn es zu Angaben kommt, ist sein Einfluss darauf, was im schriftlichen Protokoll dokumentiert wird, ersichtlich⁴⁰ allenfalls minimal. Weiterhin gibt es in einem Verfahren, in dem alle polizeilichen Vernehmungen aufzuzeichnen sind, auch keinen Grund dafür, bei den richterlichen Vernehmungen eine Ausnahme zu machen.

3. Notwendige Verteidigung bei der ersten Beschuldigtenvernehmung

Das Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp macht auch deutlich, warum (jedenfalls) bei schweren Tatvorwürfen schon bei der ersten Beschuldigtenvernehmung eine Verteidigung notwendig ist. Diese hätte zwar nicht den Überraschungseffekt verhindern können, der darin bestand, dass die Angehörigen vor der Beschuldigtenbelehrung auf die Polizeistation verbracht und als Zeugen vernommen wurden. Aber sie hätte die nach der Beschuldigtenbelehrung erfolgten Aussagen verhindern können, insbesondere auch das erste „Festklopfen“ und „Abstimmen“ der Aussagen am Nachmittag der Festnahme und am darauf folgenden Morgen, bevor die Beschuldigten dem Haftrichter vorgeführt wurden. Es ist geradezu erschreckend zu sehen, wie die Verteidiger der Beschuldigten in den Tagen nach der Inhaftierung, als die Tat dem Grunde nach gestanden war, auf Grund der vorangegangenen Aussagen offenbar ebenfalls soweit von der Begehung der Tat durch ihre Mandanten überzeugt waren, dass sie die Folgevernehmungen zuließen (und überwiegend nicht daran teilnahmen),⁴¹ mit denen über Monate hin dann die Widersprüche zwischen den Aussagen geglättet und der Ermittlungslage so angepasst wurden, dass sie mit dem Fehlen jeglicher Spuren am Tatort sowie dem Verschwinden des Pkw des Bauern Rupp einigermaßen kompatibel wurden. Wären zu dem Zeitpunkt, zu dem mit der Aussage des Freundes, der Bauer sei nach Hause und gewaltsam zu Tode gekommen, die Beschuldigtenbelehrungen vorgenommen und zwingend die weiteren Vernehmungen bis zum Eintreffen von Anwälten unterbrochen worden, hätte die realistische Chance bestanden, dass das Aussagenkonvolut, das später allein die Grundlage für die Verurteilung aller Angeklagten war, nicht zustande gekommen wäre.

Die Belehrungsvorschriften des § 136 StPO gehen von einem Beschuldigten aus, der trotz der psychologischen Zwangssituation der Konfrontation mit den Strafverfolgungsbehörden zu einer autonomen Entscheidung fähig ist, ob er

³⁹ Zusammenfassend dazu eine mir vorliegende aktuelle Stellungnahme von Renate Volbert, ausgewiesene Expertin für Aussagepsychologie mit vielfältigen Veröffentlichungen, auch zu Gründen für „Falsche Geständnisse“, vgl. Volbert, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2013, 230.

⁴⁰ Das lehrt die aktuelle Praxis.

⁴¹ Treffend Rick, StraFo 2012, 400 (402): „Jetzt kommt das Schmerzlichste an der ganzen Geschichte: Pflichtverteidiger werden beigeordnet. Und lassen die Beschuldigten weiter reden.“

eine Aussage macht oder nicht und ob er dabei der Unterstützung durch einen Anwalt bedarf. Das Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp, die allesamt sowohl ausgesagt als auch auf einen Anwalt verzichtet haben, zeigt aber exemplarisch das Autonomiedefizit, das die Grundlage für das Institut der notwendigen Verteidigung ist.⁴² Nur eine generelle Regel, die jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen eine notwendige Verteidigung schon bei der ersten Beschuldigtenvernehmung vorsieht, vermag das im Einzelfall drohende Autonomiedefizit zu kompensieren.⁴³

4. Dokumentation der Zeugenvernehmungen

„Sämtliche Zeugenaussagen (müssen) von Anfang an per Video aufgezeichnet werden“ – so die zweite der Reformforderungen, mit denen Schünemann im Epilog sein Lehrbuch enden lässt.⁴⁴ Auch für diese Forderung ist das Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp instruktiv, wenn auch in einer untypischen Konstellation. So war die erste Aussage, die die Geständnisse der Beschuldigten ins Rollen brachte, die Aussage des Freundes der einen Tochter bei seiner Zeugenvernehmung. Insbesondere das schriftliche Protokoll dieser Aussage wirft die Frage auf, wie jenes „künstliche[] Produkt aus dem Wissen des Zeugen und den leitenden Hypothesen der Vernehmungsbeamten“⁴⁵ zustande gekommen ist. Und nur dann, wenn auch schon die noch vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Aussagen von Ehefrau und Töchtern auf Video aufgezeichnet worden wären, könnte jenes in den Protokollen wiedergegebene Gemisch aus Gesprächen und Zeugenvernehmung, aus dem dann die ersten „Geständnisse“ entstanden sind, rekonstruiert werden. Dass sich mit der audio-visuellen Dokumentation von Zeugenaussagen sehr viel kompliziertere Fragen als bei der Beschuldigtenvernehmung im Hinblick auf den Transfer der so dokumentierten Aussage in die Hauptverhandlung ergeben

⁴² Vgl. Lüderssen/Jahn, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 140 Rn. 2 ff.; die h.M. sieht darin eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips, das eine wirksame Verteidigung des Beschuldigten verlange, beispielhaft Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Aufl. 2014, § 140 Rn. 1 m.w.N.

⁴³ Im Detail wird es bei einer Regelung zur notwendigen Verteidigung schon bei der ersten Beschuldigtenvernehmung um drei Fragen gehen: Wann soll notwendige Verteidigung gegeben sein – Kriterien können sein die Schwere des Tatvorwurfs und die Vernehmungssituation. Und sicherlich wird man eine Regelung finden müssen, die eine möglichst schnelle Anwesenheit eines Verteidigers ermöglicht, ohne damit zugleich eine Bestellung für das weitere Verfahren gem. § 141 StPO mit ihren Folgewirkungen zu verbinden. Die dritte Frage, die sich mit dem Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp aufdrängt, ist die Sicherung der Qualifikation von Anwälten, die als Strafverteidiger tätig sind.

⁴⁴ Roxin/Schünemann (Fn. 7), S. 540. Ich bin mir sicher, dass Schünemann auch die Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung für geboten hält.

⁴⁵ Roxin/Schünemann (Fn. 7), S. 540.

können,⁴⁶ ist kein Argument dagegen, dass die „komplette Videoaufzeichnung“ der Zeugenaussage die Voraussetzung dafür ist, dass Zeugenaussagen zuverlässig beurteilt werden können.⁴⁷

Wie notwendig eine „komplette“ Aufzeichnung einer Vernehmung ist, demonstriert das Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern Rupp ebenfalls. So wurden die bei der Tatortbegehung vorgenommenen Vernehmungen der Töchter und des Freundes aufgezeichnet. Diese in Auszügen öffentlich zugängliche Aufzeichnung⁴⁸ enthält die Vernehmung der Tochter M. zum unmittelbaren Tathergang. Im Aktenvermerk des Polizeibeamten, der die Vernehmung durchführte, heißt es dazu: „Wie aus der Videoaufzeichnung ersichtlich, schilderte M.R. den Tatablauf zunächst so, dass nur der M.E. auf den Vater eingeschlagen habe. Nachdem ihr in einem kurzen Gespräch die Widersprüche in ihrer Schilderung erläutert worden waren, gab sie zu, dass auch ihre Mutter mit einem Gegenstand auf den am Boden liegenden Vater eingeschlagen habe. Im Anschluss daran wird diese neue „Version“ mit M.R. nochmals mit Video dokumentiert.“ Sieht man sich das Video an, was ich jedem Leser dieses Beitrages nur dringend empfehlen kann – man sieht auch hier, wie sehr die audiovisuelle Darstellung einer Vernehmung jeder Wiedergabe im Text überlegen ist –, zeigt sich, dass die Aufnahme für jenes „kurze Gespräch“ unterbrochen wurde, und dann mit der Dokumentation der neuen Version fortgesetzt wird. Aber selbstverständlich wäre es notwendig gewesen, exakt dieses Gespräch, das dann die „neue Version“ herbeigeführt hatte, ebenfalls aufzuzeichnen.⁴⁹

5. Zur Justizorganisation

Bernd Schünemann spricht seit Jahrzehnten von der Zerstörung der Verfahrensbalance, die u.a. durch den Funktionsverlust der Hauptverhandlung immer mehr ins Schlepptau der polizeilichen Ermittlungsergebnisse geraten sei.⁵⁰ Dieser Effekt werde befördert durch „die in keiner Rechtsordnung der Welt so intensiv durchgeführte organisatorische Verzwirnung zwischen Richtern und Staatsanwälten“, die einen „Schulterschlusseffekt“ auslöse, „kraft dessen die Hypothesen von StA und Polizei vom Richter [...] grundsätzlich als an der Sache orientiert und damit objektiv interpretiert“ werden.⁵¹

Das vorliegende Verfahren bestätigt diese Thesen. Schon nach Aktenlage bestanden erhebliche Zweifel an der Täterschaft der Angeklagten. Schon die oben geschilderte Entstehungsgeschichte der Aussagen wirft erste gravierende Zwei-

fel an der Rechtmäßigkeit ihres Zustandekommens und an der Richtigkeit der Angaben auf. Und selbst die von der Polizei protokollierten Inhalte zeigen, dass es zwar ein Einräumen der Tat gab, dass aber die geschilderten Tatversionen ganz unterschiedlich und widersprüchlich waren. Und immer dann, wenn es möglich war, die Aussagen anhand von Tatsachen zu überprüfen (Beispiel wiederum: Das vom Freund geschilderte Entsorgen des Pkw in einem Weiher, wo der Pkw aber nicht gefunden werden konnte), werden die Aussagen durch die Tatsachen widerlegt. Erstaunlicherweise gibt es ja trotz der Schilderung von Blutlachen und anderen Spurenverursachern keinerlei Tatspuren im Haus, so dass am Ende sogar das Gerücht, der in Stücke zersägte und zerhackte Bauer sei den Hunden oder gar Schweinen verfüttert worden, Eingang in die Urteilsgründe findet. So hätte spätestens die ca. drei Wochen nach der Festnahme auf Video aufgezeichnete Vernehmung, mit der im Anwesen der Familie Rupp unter Mithilfe der Beschuldigten der Tathergang rekonstruiert wurde, zu durchgreifenden Zweifeln Anlass geben müssen. Denn dieses Video, das gegen den Widerstand der Verteidiger in der Haupthandlung durch Vorführung in Augenschein genommen wurde, zeigt erstens, welche Welten zwischen der von den Vernehmungsbeamten stammenden Formulierung der Aussagen laut den Vernehmungsprotokollen und der Art und Weise, wie die Beschuldigten ihre Aussagen gemacht haben, liegen. Das Video zeigt vor allem auch höchst instruktiv,⁵² wie die Aussagen der Beschuldigten selbst nach Wochen von Vernehmungen, in denen die Aussageinhalte geradezu eintrainiert worden waren, nicht wirklich von diesen selbst stammen, sondern das Produkt einer Mischung von Korrekturen, Anregungen und Suggestionen der Vernehmungsbeamten ist, die eine einigermaßen plausible Tatversion herstellen wollen. Dass das Gericht die Angeklagten, alle vier Personen im Grenzbereich der Debität, die zwischenzeitlich ihre Aussagen widerrufen und erklärt hatten, sie seien auf Druck der Polizei zustande gekommen, auf einer Beweisgrundlage verurteilte, die im Kern ausschließlich auf den Mitteilungen der Vernehmungsbeamten über die Vernehmungen der Angeklagten beruhte, verlangt nach einer Fehleranalyse und Korrekturen im deutschen Strafverfahren.

In diesem Verfahren ist das Gericht seiner Aufklärungspflicht, die angesichts der schon nach der Aktenlage klar erkennbaren Fehler bei den Beschuldigtenbelehrungen⁵³ dazu gezwungen hätte, der Frage nachzugehen, wann und vor allem auch wie belehrt wurde, ersichtlich nicht gerecht geworden.⁵⁴ Auch die Verteidigung ist hier nicht aktiv gewor-

⁴⁶ Vgl. dafür beispielhaft den AE-Beweisaufnahme, der dazu ein umfassendes Konzept vorlegt.

⁴⁷ Roxin/Schünemann (Fn. 7), S. 540.

⁴⁸ Im Internet unter:

<http://www.youtube.com/watch?v=MFTV-7TBefs>.

⁴⁹ Treffend zu diesem Vorgehen der Kommentar des Aussagesachverständigen Hans-Ludwig Kröber in der auf Youtube veröffentlichten Filmdokumentation (Fn. 48).

⁵⁰ Roxin/Schünemann (Fn. 7), S. 537 m.w.N. zu seinen umfangreichen Veröffentlichungen zu diesem Thema.

⁵¹ Roxin/Schünemann (Fn. 7), S. 538.

⁵² Hier erneut der Hinweis auf:

<http://www.youtube.com/watch?v=MFTV-7TBefs> (14.10.2014).

⁵³ Dazu oben unter III. und IV.

⁵⁴ Die Strafkammer mag diese Fragen bei der Vernehmung der Vernehmungsbeamten angesprochen haben, worüber das Protokoll der Hauptverhandlung, weil es kein Wortprotokoll ist (!), keine Auskunft gibt. Aus dem Protokoll und vor allem auch aus den Urteilsgründen ist aber nicht zu entnehmen, dass das Gericht diesen Fragen irgendwann ernsthaft nachgegangen ist.

den: Da es keinerlei andere Beweise gab, drohte eine Verurteilung allein auf der Grundlage der Geständnisse der Angeklagten, die ihre Aussagen sämtlich widerrufen hatten. Ziel musste es daher sein zu verhindern, dass diese Aussagen durch die Vernehmung der Vernehmungsbeamten eingeführt und verwertet werden konnten. Aber die Angeklagten schwiegen, wohl auf Anraten der Verteidiger, in der Hauptverhandlung, so dass mit Ihnen nicht thematisiert werden konnte, wie die Vernehmungen abliefen und wie es unter dem Druck der Vernehmungssituation zu den wahrheitswidrigen Aussagen gekommen war. Und ersichtlich⁵⁵ haben die Verteidiger in der Hauptverhandlung keiner einzigen Einführung und Verwertung der Aussagen im Ermittlungsverfahren widersprochen, sondern allein versucht zu verhindern, dass die Aufzeichnung der Tatortbegehung mit den Vernehmungen der Angeklagten in Augenschein genommen wurde, also gerade versucht die Einführung desjenigen Beweismittels zu verhindern, das sowohl das Aussageverhalten als vor allem auch die manipulative Form der Vernehmung demonstrierte. Bei aller Vorsicht, von außen bewerten zu wollen, welche Strategien sich einer Verteidigung im konkreten Mandat anbieten – nachvollziehbar ist dieses Verhalten der Verteidiger nicht.

Eine letzte Bestätigung erfuhr der „Schulterschlusseffekt“ dann, als jenes Gericht, das nach Auffinden des unversehrten Skeletts des Bauern und seines Pkw und auch angesichts der mit den Tatschilderungen der Beschuldigten und den darauf beruhenden Urteilsfeststellungen ganz unvereinbaren Ergebnisse der Obduktion den Wiederaufnahmeantrag mit einer Begründung abgelehnt hatte, die man schlicht auf den Nenner bringen kann: „Tot ist tot“ – dann müssen es die Angeklagten eben irgendwie anders als im Urteil festgestellt gemacht haben. Erst in der Beschwerdeinstanz war der Wiederaufnahmeantrag dann erfolgreich und hat letztlich zum Freispruch geführt.⁵⁶

VI. Schlussbetrachtung

Gezielte Umgehung der Beschuldigtenstellung, im Vernehmungsprotokoll nicht dokumentierte Vorgespräche, einseitiges Verfolgen einer bestimmten Ermittlungshypothese bis hin zum Zurückhalten entlastender Beweise,⁵⁷ permanente Beeinflussung des Aussageverhaltens durch die Polizei – alles dies (und mehr) findet sich im Verfahren gegen die Angehörigen des Bauern mit einer derartigen Selbstverständlichkeit, dass zu befürchten ist, dass der Fall durchaus repräsentativ ist. Die hier zu Tage tretende Praxis der Justiz wäre dann kein Einzelfall, sondern zum Einzelfall wurde das Verfahren nur dadurch, dass die Fehlerhaftigkeit des Ergebnisses durch den Fund von Leiche und Pkw offen zu Tage trat. Das macht

Angst, zumal der Fall in einer Reihe von Justizirrtümern der letzten Jahre steht.⁵⁸ Aber es besteht auch ein wenig Hoffnung: Der Fall zeigt vor allem,⁵⁹ dass eine verlässliche Dokumentation von Vernehmungen durch audio-visuelle Aufzeichnung und eine Erweiterung des Instituts der notwendigen Verteidigung Reformen wären, die die Chance, dass derartige Fehlurteile vermieden werden, deutlich erhöht – Reformen, die ohne größere Schwierigkeiten zeitnah stattfinden könnten.

⁵⁵ Insoweit ist das Hauptverhandlungsprotokoll aussagekräftig.

⁵⁶ Zum Wiederaufnahmeverfahren und zum Ablauf der neuen Hauptverhandlung siehe die Schilderung von Rick, StraFo 2012, 440 (404 f.), die eine der Verteidigerinnen war, die erfolgreich die Wiederaufnahme des Verfahrens betrieben haben.

⁵⁷ Beispiele bei Rick, StraFo 2012, 400 (403).

⁵⁸ Zum Fall „Peggy“ vgl. die Analyse von Eisenberg, JA 2013, 860. Einen guten Überblick über die bekannten Fälle der letzten Jahre gibt Darnstädt, Der Richter und sein Opfer, Wenn die Justiz sich irrt, 2013, passim.

⁵⁹ So beendet Rick ihre Präsentation des Verfahrens mit „Lehren aus einem solchen Verfahren“ und kommt zu der Forderung: „Dokumentation, Dokumentation, Dokumentation“, vgl. Rick, StraFo 2012, 400 (405).

„Pra saber, tem que vivir!“ oder „Man sieht nur, was man weiß!“?

Ein Versuch über die angemessene Herangehensweise an Tatsachenwahrnehmung und Tatsachenbewertung praktischer und theoretischer Rechtsanwender

Von Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Frankfurt a.M.

I. Der Jubilar im Lichte der titelgebenden Mottos

Juristen, die nichts wissen, sehen – folgt man dem bekannten Diktum – nichts, und sind deswegen, wie mir scheint, schlechte Rechtsanwender. Rechtsanwender andererseits, die nicht zu leben wissen (und gewusst haben), wissen – nach dem weniger bekannten Motto der brasilianischen Universität Unisinos¹ – auch nichts und sind folglich auch schlechte Juristen.

Bernd Schünemann, dem ich als Rechtswissenschaftler höchsten Respekt zolle, seitdem ich selbst begonnen habe, mich rechtswissenschaftlich zu versuchen, und dem ich mich freundschaftlich verbunden fühle, seitdem sich unsere strafrechtlich-kriminalpolitischen Vortragswege – überwiegend im spanisch und portugiesisch sprechenden Ausland – gekreuzt haben, Bernd Schünemann also, der Jubilar, dem ich mit diesem Beitrag sehr herzlich zum runden Geburtstag gratuliere, ist ein in jeder Hinsicht herausragender Rechtsanwender: Er sieht viel, (auch) weil er viel weiß, und er weiß viel, (auch) weil er zu leben weiß und gewusst hat. Der Mut, ihm diesen Essay zu widmen, hat viel mit der Person Bernd Schünemanns zu tun, seinem von mir immer vorgefundenen und daher auch für diesen kleinen Beitrag erhofften Interesse und seiner Nachsicht, auf die man sich stets verlassen kann, solange es nicht um den intellektuellen und kriminalpolitischen Wettstreit in der Kriminalwissenschaft geht.

II. Leben, Wissen und Rechtsanwendung

Was kann man den zitierten Mottos für die Rechtsanwendung und die Rechtslehre entnehmen, kann man sie in diesem Kontext überhaupt nutzbringend verwenden? In einem ersten Schritt will ich versuchen, anhand von Erfahrungen als (Straf-)Rechtslehrer Nutzen und Risiken des programmatischen Goethe-Zitates für den Rechtsanwender zu skizzieren. Beispiele aus der Praxis sollen dann klarstellen, in welchem Sinn mir die Berücksichtigung von durch Leben erlernten Wissens vorschwebt, um abschließend einige Verallgemeinerungen vorzuschlagen.

¹ Dieses Motto habe ich anlässlich eines 2004 an der – 1969 von Jesuiten gegründeten und auch seither von ihnen geprägten (vgl. <http://www.unisinos.br/institucional/a-unisinos/historia> [15.10.2014]) – Universität Unisinos in Porto Alegre, Brasilien, gehaltenen Vortrags kennengelernt. (Vgl. <http://noticias.universia.com.br/destaque/noticia/2005/04/25/484397/unisinos-lana-sua-nova-campanha-institucional-pra-saber-tem-viver.html> [15.10.2014]).

1. Nutzen und Risiken des Satzes „Man sieht nur, was man weiß!“ in der Rechtsanwendung und -lehre

Das vielzitierte Diktum, man sehe nur, was man wisse, wird Johann Wolfgang von Goethe zugeschrieben.² Die Weisheit des Satzes – evident, aber keineswegs trivial –, seine plakative Aussagekraft und Plausibilität sind vielfach erprobt. In der Strafrechtsvorlesung werbe ich – ansonsten überzeugt und vehement das Vorurteil bekämpfend, das Jurastudium sei ein (trockenes) „Paukstudium“ – mit ihm für die Notwendigkeit, (wenige) Definitionen,³ (manche) in prominenten Fällen fokussierte Probleme⁴ und (einige) systematische Zusammenhänge (notfalls) zu „pauken“, und versuche, den Satz mit dem Vergleich zwischen den um Blumen, Gräser und Insekten Wissenden und insoweit Unwissenden zu veranschaulichen. Ganz analog unterscheide sich der Rechtskundige vom Rechtsunkundigen, wenn er im Sachverhalt Probleme erkennt, sie systematisch verorten und den Fall unter Verwendung der fachsprachlichen Begrifflichkeit nach den Regeln des Rechts „lösen“ kann.

Dass der Satz (auch in der Rechtslehre) seine Tücken hat, ist nicht zu übersehen, wird von mir in den ersten Semestern zur Vermeidung größerer Verwirrung aber selten thematisiert. Spätestens in den Klausuren des Staatsexamens, bei deren Durchsicht erschreckend klar wird, welches Missverhältnis zwischen Skriptwissens- und Lebenswissenserwerb in den vier bis sieben Studienjahren der meisten Rechtsstudierenden zu bestehen scheint, muss man konstatieren, dass nicht wenige Prüflinge geradezu verzweifelt versuchen, das mühsam erworbene Wissen auch und gerade in der hic et nunc zu bearbeitenden Aufgabenstellung zu entdecken und (zumeist ausführlich) zu thematisieren. „Examenswichtige Klausurprobleme“⁵ wie die Abgrenzung zwischen dolus

² Das Originalzitat (aus einem Brief Goethes an Friedrich Müller vom 24.4.1819, zitiert nach Beutler [Hrsg.], Gedenkausgabe der Werke, Briefe und Gespräche, Bd. 13, 1948, S. 142) lautet: „Man erblickt nur, was man schon weiß und versteht.“

³ Man denke an die „verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen lässt“, eine Definition, die sich mir sofort einprägte, nachdem (Bernd Schünemanns und) mein Lehrer Claus Roxin sie, dabei die Hörsaalbühne mit ausgreifenden Schritten querend, wie ein Gedicht deklamierte.

⁴ Zum Beispiel der vom Preußischen Obertribunal entschiedene Fall Rose-Rosahl (GA 7 [1859], 332), der von dem vom BGH abgeurteilten Hoferbenfall (BGHSt 37, 214) nur zögerlich abgelöst wird.

⁵ Darin mag eine Schwäche der ansonsten von mir durchaus geschätzten Reihe liegen. Sie sind für den sicher im „befriedigenden“ Bereich liegenden Prüfling von großem Wert, um in den Prädikatsbereich zu gelangen; die Mängel der schlech-

eventualis und bewusster Fahrlässigkeit werden auch dort vertieft, wo sie zwar systematisch zutreffend angesiedelt, aber (in aller Regel) nicht entscheidungsrelevant sind.

Diese Gefahr des (zu viel) Wissens erscheint freilich im Vergleich mit anderen Auswirkungen der Problemsicht und Problemlösung durch die strenge Brille dogmatischen Wissens vergleichsweise harmlos. Gemeint ist der juristisch nicht nur strukturierte, sondern eingeeengte, der im Wortsinn „beschränkte“, Blick. Im Extremfall eine Karrierestufe notorisch „furchtbarer Juristen“⁶, wie sie im Dienst nicht nur nationalsozialistischen Macht bestens funktioniert haben, dürfte er im Normalfall Voraussetzung einer lebensfremden – und bisweilen auch im Alltag nicht menschengerechten – Rechtsanwendung sein, die sich im Übermaß auf die schon prima facie juristisch relevanten Tatsachen konzentriert und dabei den Lebenskontext dieser Tatsachen bewusst oder unbewusst ausblendet.

Spätestens an dieser Stelle muss gefragt werden, ob das hier kritisierte Verhalten der Rechtsanwender nicht genau dem entspricht, was unseren Studierenden zu Recht beigebracht wird, was also unserer Vorstellung von angemessener Rechtsanwendung entspricht. Und es muss auch hinterfragt werden, ob der Vorwurf „lebensfremder“ Rechtsanwendung nicht naiv laienhafte Missverständnisse des juristischen Geschäfts nachbetet, ob die Forderung nach Berücksichtigung des Lebenskontextes nicht sogar ein gefährliches Einfallstor für eine Rechtssicherheit nicht garantierende Einzelfalljustiz darstellt, die im besten (aber unter den gegebenen gesellschaftlichen Verhältnissen unrealistischen) Fall die Rechtsprechung einem Rat der rechts- und lebensklugen Dorfältesten überlässt, im schlechtesten (und historisch leidvoll erprobten) Fall in eine Justiz mündet, die sich nicht von dem Gesetzlichkeitsgebot unterworfenen Rechtsregeln, sondern von dem gesunden Volksempfinden leiten lässt. Zudem stellt sich rechtsphilosophisch die Frage, ob das Plädoyer für durch Leben erworbenes Wissen nicht all den Bedenken ausgesetzt ist, die anderen Versuchen, vom Sein auf das Sollen zu schließen, unter dem Stichwort des naturalistischen Fehlschlusses vorgeworfen werden.⁷

Dass die Sympathie mit dem Motto „*pra saber, tem que vivir!*“ nicht als Plädoyer dafür verstanden werden soll, die Rechtsprechung durch gesetzestreue Juristen zu ersetzen durch aufs Volksempfinden schielende, dürften (wohlwollende) Leser unterstellen. Umso interessierter wird man fragen, wofür dann plädiert wird, wenn für eine wichtigere Rolle des durch Leben erworbenen Wissens plädiert wird. Es sei dies

anhand von drei kurzen Beispielen illustriert, bevor versucht wird, verallgemeinerbare Konsequenzen zu formulieren.

2. Beispiele defizitären Lebenswissens in der Rechtsanwendung

Um dem Motto „*pra saber, tem que vivir!*“ auch selbst gerecht zu werden,⁸ wähle ich zunächst zwei selbst erlebte Beispiele, an die sich eine dritte Fallgruppe anschließt, die ich wie die meisten anderen als interessierter Leser von Tages- und Fachpresse beobachtet habe:

Beispiel 1: Einem befreundeten (nicht Deutsch als Muttersprache sprechenden) Ehepaar, wurde Betrug vorgeworfen, weil der Ehemann beim Beantragen von Wohngeld einen geringfügigen Verdienst seiner Ehefrau nicht angegeben hatte. Wie er uns – glaubhaft⁹ – versicherte, war ihm nicht bewusst, dass die Einnahmen aus diesem „450 Euro-Job“, der zudem weit weniger als 450 Euro in die knappe Haushaltskasse spülte, anzugeben waren, und auch der Sachbearbeiter, zur Beratung – gerade der sprachlich nicht perfekt auf deutsche Formulare vorbereiteten Antragsteller – durchaus verpflichtet, war nicht hilfreich gewesen. Nach einer polizeilichen Vernehmung, in der unser Freund den Sachverhalt – besten Gewissens und natürlich ohne anwaltliche Beratung und Begleitung – aus seiner Sicht schilderte, kam Post von der Staatsanwaltschaft, in der er (und seine Frau) ohne weitere Ermittlungen des Betrugers beschuldigt wurde. Tatvorsatz und Bereicherungsabsicht wurden als erwiesen erachtet, die Einstellung des Verfahrens gem. § 153a StPO gegen Zahlung von 650 Euro – ein erheblicher Teil des monatlichen Einkommens der fünfköpfigen Familie – wurde angeboten. Motiviert von der berechtigten Furcht, aus einem Strafverfahren mit einer Verurteilung und einer die Arbeitsfindung (im Sicherheitsbereich) fast unmöglich machenden Eintragung in das Führungszeugnis herauszukommen, wurde der Einstellung zugestimmt und die aus Sicht dieser Familie exorbitant hohe Summe überwiesen.

Beispiel 2: Bei dem Besuch einer Hauptverhandlung am Landgericht Frankfurt mit einer Delegation chilenischer Staatsanwälte und Richter ging es – die Verhandlung wurde von einem weithin anerkannten, mir persönlich auch gut bekannten und geschätzten Vorsitzenden geleitet – um die lebensgeschichtlichen Hintergründe eines Raubdelikts. Dieser Hintergrund bestand aus einer – aus meiner Sicht recht überzeugend dargelegten – Spielsucht des Angeklagten, der sich – durchaus problembewusst – frei-

teren Bearbeitungen liegen nach meiner Erfahrung nicht an Defiziten in diesem Bereich, sondern an weit grundsätzlicheren, methodischen Lücken.

⁶ So der – eine Formulierung des Dramatikers Rolf Hochhuth aufgreifende – Titel des 1987 erschienenen Buches von Ingo Müller über die verheerende Rolle der Juristen im Nationalsozialismus und ihr Talent nachträglicher Beschönigung in der jungen Bundesrepublik.

⁷ Dazu instruktiv und mit umfangreichen Nachweisen Lüderssen, Rechtsfreie Räume, 2012, S. 95 ff.

⁸ Dies nicht etwa aus rhetorisch motivierter Koketterie, sondern weil man über das selbst Erlebte mit allen Vor- (und auch Nachteilen, wie mir bewusst ist) anders sprechen kann.

⁹ Die Glaubhaftigkeit dieser Einlassung ist nicht nur in dem persönlichen Kennen begründet, sondern auch darin, dass der vermeintliche Sozialbetrug nicht etwa durch findige Behörden aufgedeckt wurde, sondern durch spätere eigene Angaben des „Beschuldigten“.

willig in allen deutschen Spielkasinos hatte sperren lassen, um nicht in Versuchung zu geraten, beim Gewinnenwollen Geld zu verlieren. Der Angeklagte hatte sich aber nicht auch im benachbarten Ausland sperren lassen und prompt in einem „schwachen Moment“, den der verantwortungsvolle und verantwortliche Bürger nicht, der spielsüchtige Mitmensch aber sehr wohl kennt, den Weg nach Luxemburg und in das dortige Spielkasino gefunden, und dort, wie zu erwarten war, Geld verloren, das er benötigte und sich dann durch den Raub beschaffte. Intensiv – und ersichtlich darum bemüht, die Glaubhaftigkeit der Versuche des Angeklagten, sich selbst gegen seine Spielsucht zu schützen, zu erschüttern – befragte der Vorsitzende ihn dazu, wie es denn sein könne, dass er, der sich im Inland habe sperren lassen, gleiches nicht auch im Ausland getan habe; das sei ja ganz unlogisch.

Beispiel 3: Das dritte Beispiel spielt in ganz anderen Sphären. Ich konstruiere es aus einer Reihe von mehr oder weniger prominenten und daher auch bekannten Wirtschaftsstrafverfahren, die in Jahren der Ermittlung und Verhandlung Regalmeter Prozessstoff behandeln, und nicht selten, wie z.B. im sogenannten „Mannesmann-Verfahren“¹⁰ oder im „Fall Ecclestone“ in durchaus zweifelhaften Verfahrenseinstellungen enden. Erwähnt seien auch, ohne dass es insoweit und in diesem Kontext auf die Details ankommt, Verfahren gegen Mitglieder des Vorstandes der Norddeutschen Landesbank oder der Immobilienbank Hypo Real Estate, in der die Staatsanwaltschaft „nach jahrelangen Ermittlungen“ Anklage erhoben hat und den Beschuldigten vorwirft, die Lage des Unternehmens in der Konzernbilanz 2007 und der Halbjahresbilanz Mitte 2008 nicht richtig dargestellt zu haben.

3. Beobachtungen und Kommentare zu den Beispielen

Was ist nun zu diesen Beispielen zu sagen?

Der erste Fall und die dritte (nur skizzierte und damit unzulässig verkürzte) Fallgruppe werfen zunächst die Frage auf, ob es nicht jenseits des für alle geltenden (materiell- und formellrechtlichen) Gesetzesprogramms in der konkreten Rechtsanwendung durch die Instanzen der Strafverfolgung eine Rechtsqualitätsdiskrepanz zwischen dem real existierenden Strafrecht der (wirklichen oder vermeintlichen) Unterschicht und einem Strafrecht der (wiederum: wirklich oder vermeintlichen) Oberschicht gibt.¹¹ Dass es – ungeachtet der

¹⁰ Die Beschuldigten in diesem Verfahren, das durch eine erste Anzeige gegen den damaligen Vorstandsvorsitzenden der Mannesmann-AG, Klaus Esser, in Gang kam, wurden vom LG Düsseldorf zunächst freigesprochen (22.7.2004); nach der überwiegend erfolgreichen Revision der Staatsanwaltschaft in der BGH-Entscheidung v. 21.12.2005 (BGHSt 50, 331) wurden die Verfahren am 29.11.2006 gem. § 153a StPO eingestellt.

¹¹ Vgl. zu diesen für viele in der Rechtswissenschaft auf den ersten Blick anachronistisch anmutenden Begriffspaar *Schünemann*, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstruk-*

alleits wohl konsentierten normativen Inakzeptabilität – idealtypisch solche zwei Strafrechte gibt, scheint mir kaum bestreitbar. Dabei geht es nicht darum, in der Tradition (historisch weitgehend berechtigter) herrschaftstheoretischer Strafrechtskritik auch heute einzelnen Strafrechtsanwendern oder den Strafverfolgungsinstanzen kollektiv bewusst soziale Einäugigkeit vorzuwerfen. Insoweit lässt sich wohl eher beobachten, dass in Verfahren gegen politisch¹² oder wirtschaftlich Mächtige¹³ besonders strenge Maßstäbe angewandt werden, um auf jeden Fall (und um fast jeden Preis¹⁴) den populären Vorwurf zu vermeiden, die Kleinen hänge man, die Großen lasse man laufen. Vielmehr geht es um strukturelle Unterschiede in Zahl und Gewicht von Tatvorwürfen und um unterschiedlich verteilte soziale Beschwerdemacht, die im (auch) sozialstaatlichen Strafverfahren – z.B. durch das Institut der Pflichtverteidigung – so weit wie möglich klein zu halten sind, die aber in einer freiheitlichen Gesellschaft, in der der Einkauf besonders kompetenter Rechtsberatung möglich sein muss, aber eben nicht jedem offen steht, nicht völlig beseitigt werden können und auch nicht sollen.

Gleichwohl wäre es verfrüht, sich – achselzuckend oder mitleidig – mit diesem Ergebnis zufrieden zu geben, und in Fall 1 dem zu Unrecht des Betruges beschuldigten Freund

turen und neue gesellschaftliche Herausforderungen, 2000, S. 15, und dazu *Prittwitz*, in: Hefendehl (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, 2005, S. 287.

¹² Wie mir dies z.B. in dem Verfahren des früheren Bundespräsidenten Christian Wulff wegen des Vorwurfes der Bestechlichkeit bzw. Vorteilsannahme der Fall zu sein scheint, den *Prantl* in der Süddeutschen Zeitung „absurd, peinlich und beschämend“ genannt hat.

(Vgl. <http://www.sueddeutsche.de/politik/prozessaufakt-gegen-christian-wulff-wegen-euro-1.1817168> [15.10.2014])

¹³ Wie es z.B. in den Strafverfahren gegen den früheren Deutsche Bank Vorstandsvorsitzenden Rolf E. Breuer und Kollegen (wegen versuchten Prozessbetruges im Zusammenhang mit der Zahlungsfähigkeit des Kirch-Imperiums) oder in dem Verfahren gegen die Porsche-Vorstandsmitglieder Wendelin Wiedeking und Holger Härter (wegen Untreue im Zusammenhang mit dem Versuch, sich Volkswagen einzuverleiben) möglich erscheint.

¹⁴ Bei dem „Preis“ ist neben den beachtlichen Kosten solcher Strafverfahren, die – vielleicht absehbar – mit einem Freispruch enden (die Ermittlungen gegen Christian Wulff sollen den Steuerzahler Millionen Euro gekostet haben), die Belastung der Beschuldigten durch lange Strafverfahren (und auch speziell die Belastung, die sehr öffentliche Ermittlungsverfahren für Personen, die im Interesse der Öffentlichkeit stehen) in Anschlag zu bringen; nicht zu übersehen ist auch der (u.U. unberechtigte) Reputationsschaden für Justiz, Rechtssystem und Recht, wenn öffentlichkeitswirksam eingeleitete, fortgeführte und zur Anklage geführte Ermittlungsverfahren in – nicht zu beanstandende, aber mit Unterstützung der Massenmedien missverständliche – Freisprüche oder Einstellungen münden.

vorzuhalten, er hätte sich eben im Bewusstsein seiner strafrechtlichen Unschuld anwaltlich beraten lassen müssen, was für die Beschuldigten im Parallellfall eines Subventionsbetrugsvorwurfs oder auch Korruptionsvorwurfs – unabhängig von Unschuld und Unschuldsbewusstsein – selbstverständlich gewesen wäre. Denn auch wenn nicht der Vorwurf vorsätzlicher Klassenjustiz erhoben wird, bleibt zu prüfen, ob das Verhalten der Strafverfolgungsorgane nicht doch (einen anderen) Vorwurf verdient.

Untersucht man nämlich die Gründe für die Unterschiede im Qualitätsniveau des Rechts für „Große“ und „Kleine“, dann finden sich schnell Befunde, die durchaus Anhaltspunkte für Weichenstellungen in Kriminalpolitik und Strafverfolgung sein könnten, es aber zur Zeit nicht sind. So verdanken sich Freisprüche und Verfahrenseinstellungen in den großen Wirtschaftsstrafsachen ersichtlich der allgemein-strafprozessrechtlichen und wirtschaftsstrafrechtlichen Kompetenz der kleinen Gruppe der die Beschuldigten vertretenden Strafverteidiger. Schon der Frage der Anklageerhebung, regelmäßig aber der Frage der Zulassung der Anklage gehen in aller Regel umfang- und kenntnisreiche Schutzschriften der Verteidiger voran, denen (zwar zunehmend, aber) nicht immer vergleichbare Kompetenzen bei Staatsanwaltschaften und Gerichten entsprechen. Nun wäre es ebenso naiv, für die „kleinen Beschuldigten“ in einem Sozialbetrugsverfahren vergleichbaren Rechtsrat zu fordern, wie es undenkbar ist, den „großen Beschuldigten“ die kompetente Verteidigung zu verwehren. Aber das rechtfertigt nicht eine Strategie des „weiter so!“ unter Verweis darauf, dass die Welt eben ungerecht sei. Denn es ist der Staat mit seinen materiell-rechtlichen Verböten, seiner Strafverfolgungspraxis (einschließlich seiner RiStBV) und – last not least – seiner Verpflichtung, von Amts wegen die „Wahrheit“ zu ermitteln, der für die faktisch bestehende Ungerechtigkeit mitverantwortlich ist. Eine alltagstheoretisch gezimmerte Vorsatzvermutung im Probelauf einer angebotenen Einstellung als „Vorsatznachweis“ auszugeben, ein Schicksal, das unseren Freund in Fall 1 traf, würde vermutlich die Abteilung Wirtschaftsstrafrecht von sich aus nicht wagen, jedenfalls würde die Verteidigung solch ein Vorgehen nicht durchgehen lassen.

Damit sind wir mitten in der Wirklichkeit des *Schünemann* zu Recht am Herzen liegenden Problems von „Unterschicht- und Oberschichtstrafrecht.“¹⁵ Lüderssen hat schon vor zehn Jahren versucht, zu hinterfragen, was der Jubilar mit seinem Vorwurf, „die Frankfurter“ würden das „Elendsstrafrecht“ kultivieren, genau meint¹⁶ und klargestellt, dass die „Großzügigkeit in großen Verhältnissen [...] gerade nicht durch Kleinlichkeit in kleinen Verhältnissen kompensiert

werden (darf)“¹⁷. In demselben Band zu *Schünemanns* 60. Geburtstag habe ich dem Jubilar vorgehalten, dass die Untermauerung seiner Kritik am kultivierten Elendsstrafrecht mit der Kritik an „rigide(r) Legitimitätsbedingungen“ und „rechtsstaatlicher Penibilität“¹⁸ im „Oberschichtstrafrecht“ nicht zu seinem ansonsten makellosen Eintreten für hohe Legitimitätsanforderungen an das Strafrecht und rechtsstaatliche Penibilität in diesem Rechtsbereich passt,¹⁹ habe aber mein Unbehagen darüber, dass erfolgreiche Strafverteidiger nicht oft genug pro bono „Unterschichtverteidigungen“ übernehmen oder sich dafür sogar zu vornehm sind, nicht verschwiegen.²⁰ Es reicht jedenfalls nicht aus, auf einzelne Erfolge zu verweisen²¹ und sich dann mit der Hoffnung zufriedengeben, die in Wirtschaftsstrafverfahren der „Großen“ erungenen strafrechtsdogmatischen Fortschritte würden sich über kurz und lang auch bei den „Strafverfahren der Kleinen“ durchsetzen.²²

Was folgt kriminalpolitisch daraus, dass es nicht hinnehmbar erscheint, die Verteidigungsrechte der „Großen“ zu beschränken, und naiv wäre, daran zu glauben, dass Strafverfolgungsorgane und Justiz von sich aus und ohne Druck der Verteidiger, „Oberschichtstrafrechtsdogmatik“ in „Unterschichtstrafrechtsverfahren“ anzuwenden? Was folgt daraus insbesondere in Bereichen, in denen man vermuten darf, dass schon die Massenhaftigkeit der Verfahren rechtsstaatliche Rigidität faktisch unmöglich macht? In erster Linie müssten Legislative oder Exekutive darauf dergestalt reagieren, dass vorhersehbare Fehleinschätzungen in Verfahren, die im gleichen Maß Massen- wie Bagatellverfahren sind, nicht zu ungerechten Sanktionen führen. Datenaustausch zwischen Behörden und eine polizeiliche Anhörung darf nicht dazu führen, dass Staatsanwaltschaften als Versuchsballon ein Angebot einer Verfahrenseinstellung mit verlockenden Versprechungen einerseits, mit wirtschaftlich ins Gewicht fallender²³ „Sanktionierung“²⁴ andererseits versenden und das Schreiben

¹⁷ Lüderssen (Fn. 16), S. 283.

¹⁸ *Schünemann* (Fn. 11), S. 24.

¹⁹ Prittwitz (Fn. 11), S. 292.

²⁰ Prittwitz (Fn. 11), S. 293.

²¹ Lüderssen (Fn. 16), S. 285 f.

²² Lüderssen (Fn. 16), S. 284.

²³ Die Zahlungen, die in Fall 1 als Auflage vorgesehen waren, beliefen sich auf über 600 Euro, und damit auf einen beachtlichen Teil der Summe, die die Familie zum Leben benötigt. Obwohl die Lebensumstände leicht ermittelbar waren, fanden solche Ermittlungen – anders als in der Öffentlichkeit berichtet bei den 3,3 Millionen Euro, die Josef Ackermann im Mannesmann für die Einstellung (angeblich) berappen musste, oder die 100 Millionen Euro, die Bernhard Ecclestone (nach Presseberichten) es sich kosten ließ, weiterhin als unbestraft zu gelten – nicht statt; jedenfalls wurde eine Zahlung in Raten, die sozialstaatlich geboten erscheint, nicht angeboten.

²⁴ Als nichts anderes denn als Sanktionierung (Strafe) wird ein solches bedingtes Angebot verstanden. Bemüht man sich ernsthaft, sich die Empfänger solcher „Angebote“ vorzustellen, dann steht fest, dass die „Androhung“ von Strafverfahren

¹⁵ Wobei die soziologische – aber nicht wertungsfreie und klassenkämpferisch wirkende – Nomenklatura in Zeiten durchlässiger (und verschwindender, bzw. neu definierter) „Schichten“ (erstaunlichen wirtschaftlichen Karrieren trotz geringem Bildungsstand [und ihren strafrechtlichen Risiken]) steht mancher arbeitslose Akademiker, der mit den Tücken der Sozialbürokratie kämpfen muss, gegenüber) änderungsbedürftig erscheint.

¹⁶ Lüderssen, in: Hefendehl (Fn. 11), S. 281.

mit der Bemerkung ergänzen, das Gericht habe dieser Sachbehandlung bereits zugestimmt. Die (faktische) Unmöglichkeit, Strafverfahren rechtsstaatlich unbedenklich durchzuführen, muss (schlicht) dazu führen, dass solche Strafverfahren unterlassen werden. Den – hier durchaus gesehenen – Gefahren des massenhaften Sozialbetrugs muss anderweitig begegnet werden; dabei ist zunächst an eine weniger fließbandartig arbeitende Sozialbürokratie, die ihre Beratungspflichten ernst nimmt, zu denken; im Übrigen erscheinen „Gefährderansprachen“, gerne präventiv eingesetzt bei potenziellen jugendlichen Gewalttätern, ein probates Mittel, sicherzustellen, dass bei danach immer noch vorkommenden Unregelmäßigkeiten wegen eines möglichen Betruges ermittelt werde.

Wenn aber ermittelt wird, dann muss, daran kann – bei aller Einsicht in die Nöte von Behörden im Massenbetrieb – kein Zweifel bestehen, darauf geachtet werden, dass dem Rechtsstaat Genüge getan wird, dass – auch zum subjektiven Tatbestand – ordentlich ermittelt wird.

Ein Gesetzgeber, der Lebenswissen berücksichtigt, dem es nicht nur darum geht, im generalpräventiv motivierten „Hauruck“-Verfahren das Phänomen Sozialbetrug zu minimieren, sondern dem auch daran gelegen ist, das – in Deutschland nach wie vor relativ hohe – Ansehen des Strafrechts zu wahren (und der dabei nicht nur auf massenmedial erzeugte Effekte schielt, sondern die Rechtsunterworfenen, die es tat-sächlich mit dem Recht und seinen Durchsetzern zu tun bekommen, im Auge hat), muss dafür Sorge tragen, dass solche unverhältnismäßigen Hiebe mit dem „scharfen Schwert“ Strafrecht²⁵ unterbleiben.

Wenn aber der Gesetzgeber versagt, bleibt die Verantwortung des Rechtsanwenders, im konkreten Fall die Verantwortung des die Einstellung vorschlagenden Staatsanwalts und des dem Vorschlag zustimmenden Gerichts. Mir fehlt nicht die Phantasie, mir den Vorgang in den Institutionen vorzustellen: Reihenweise – jedenfalls prima facie – gleichgelagerte Fälle, Erfahrungen mit früheren ebenfalls gleichgelagerten Fällen, wenige konkrete und individuelle Tatsachen, dafür aber ein enormer Zeit- und Erledigungsdruck. Und ich unterstelle den beteiligten Personen gerne, dass sie das förmliche Recht eingehalten haben. Aber dieses „Buchwissen“ um das Recht, um § 263 StGB und § 153a StPO reicht nicht aus. Man muss auch „leben“ und gelebt und daraus gelernt haben. Ein Blick in die Akte des Ermittlungsverfahrens hätte die beteiligten Akteure, konkret die Personen motivieren können, ich meine müssen, sowohl nach dem Betrugsvorsatz zu fragen und ihn nicht zu unterstellen, zumindest sich um die Höhe der erträglichen Zahlung Gedanken zu machen. Das ist, ich weiß, viel verlangt, wenn es sich um vorformulierte

Schreiben, in denen nur noch Namen und Daten einzufügen sind, handelt. Aber es ist nicht zu viel verlangt. Denn der Vorwurf, einen Betrug begangen zu haben, wiegt schwer; er kann nicht nur Berufschancen minimieren, er kann auch ehrverletzend sein. Genau deswegen hat der einzelne Rechtsanwender diese konkrete Verantwortlichkeit bezüglich seiner Aktionen. Was ist „schief“ gegangen? Der tiefere Grund dafür, warum die handelnden Justizakteure sich – meiner Überzeugung nach – dieser Verantwortlichkeit nicht bewusst waren, liegt neben der Individualisierung faktisch erschwenden bis unmöglich machenden Massenhaftigkeit der Verfahren darin, dass die Lebenswelt der möglichen Sozialbetrüger und die der beteiligten Juristen aller Voraussicht nach wenig Gemeinsamkeiten haben. Solch unterschiedliche Lebenswelten prägen Wahrnehmungen und Wertungen, und es kann dies nicht anders sein. Im sozialstaatlich aufgeklärten Rechtsstaat, der sich ein „Elendsstrafrecht“ nicht leisten kann, das auch auf unterschiedlicher Schichtzugehörigkeit von Juristen und Beschuldigten beruht, darf das der Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung nicht im Weg stehen.

Überlegungen ganz anderer Art, die mit Buch- und Lebenswissen zu tun haben, liegen nahe, wenn man isoliert die großen Wirtschaftsstrafverfahren der vergangenen Jahre betrachtet. Natürlich sind die Verantwortlichen z.B. der sogenannten Finanzkrise nicht a limine und auch nicht „systemisch“ von Verantwortung freizusprechen.²⁶ Aber dass „das Problem“ eher systemischer Natur ist, was individuelle Verantwortlichkeit für individuelles Fehlverhalten nicht ausschließt, wird sich kaum bestreiten lassen. Zur systemischen Natur des Problems gehört eben auch das Ausmaß an Freiheit, d.h. Unreguliertheit und Unkontrolliertheit, dass die Staaten – und auch die Bundesrepublik Deutschland – in Zeiten der Globalisierung den Finanzmärkten und ihren Akteuren gewährt hat. Die Frage nach der Gerechtigkeit der von einzelnen Akteuren zu zahlenden Zeche, dem Preis, den sie als Individuen für die Freiheit der Finanzmärkte zahlen sollen, ist eine Frage schwierigster Balancierung und Abwägungen zwischen individueller und kollektiver, namentlich auch staatlicher Verantwortung. Die Akteure in Strafverfolgung und Justiz haben – ganz überwiegend – nicht das durch Leben erworbene Wissen, um diese Abwägungen vorzunehmen. Auch in dieser Situation gilt, was über die Juristen, die den mutmaßlichen Sozialbetrüger als solchen wahrnehmen und beurteilen, gesagt wurde: Die Welt, in der die Tatsachen geschaffen werden und bewertet werden müssen, ist nicht ihre Lebenswelt. Das muss nicht ausschließen, dass sie solche Vorgänge aburteilen müssen. Und man muss sich durchaus der Gefahr bewusst sein, dass die Akteure der „großen“ Wirtschafts- und Finanzwelt nicht ohne Mitschuld der Staaten ein Selbstbewusstsein entwickelt haben, in dem es fast schon selbstverständlich erscheint, dass die normativen Vorgaben für das Recht von der Wirtschaft und nicht umgekehrt von dem Recht der Wirtschaft gesetzt werden.

(mit der ausdrücklichen Erwähnung der möglichen Verurteilung, also des Vorbestraftseins) und das Locken mit der „weißen Weste“ im Führungszeugnis auf ein „unanständiges Angebot“ hinausläuft.

²⁵ Auch wenn die Zahlungen im Kontext einer Einstellung gem. § 153a StPO keine Strafe darstellen, geht es bei Androhung des Strafverfahrens um die Androhung und damit die Anwendung des „scharfen Schwertes“.

²⁶ So die rhetorische Frage *Strates* in seinem Kommentar zur strafrechtlichen (Nicht-) Aufarbeitung der Finanzkrise, vgl. *Strate*, HRRS 2009, 441.

All das gilt ganz unabhängig davon, dass es auch mir unabweisbar erscheint, Schwerpunktstaatsanwaltschaften und Wirtschaftsstrafkammern bei den Landgerichten einzurichten. Aber wenn im Gefolge der Finanzkrise deutlich wurde, dass eine Reihe von Akteuren mit Produkten gehandelt hat, die sie selbst nicht oder kaum durchschaut haben, wenn man sich vor Augen führt, mit welcher Geschwindigkeit über welche Summen verfügt werden musste, dann fragt man sich schon, ob ein Strafrecht aus einer ersichtlich anderen Welt der richtige Ort ist, über individuelle Verantwortlichkeit zu befinden, nachdem die große Krise ausgebrochen war. Die unter Umständen vorwerfbar, unverantwortlichen Verhaltensweisen hat es jahrelang gegeben, auch an Warnungen hat es vor der Krise nicht gefehlt, die Staaten sind dennoch nicht tätig geworden.

Wiederum ganz andere Aspekte betreffen Fall 2, in dem ich mit meinen chilenischen Besuchern den Vorsitzenden Richter beim Verhandeln über Logik, Vernunft und Glaubwürdigkeit eines wohl spielsüchtigen Beschuldigten beobachten durfte. Er hatte ja Recht, dass er sich vermutlich vernünftigerweise auch in den ausländischen Spielkasinos hätte sperren lassen. Übersehen hat er dabei, dass es vermutlich kein Zufall ist, dass er sich überhaupt nicht hat sperren lassen müssen. Seine Empathie für den Spielsüchtigen entsprang der Introspektion und der Logik, vermutlich nicht die Wege, um herauszufinden, wie es um die Verantwortlichkeit dieses Beschuldigten stand.

III. Versuch einiger Verallgemeinerungen

Lässt sich aus diesen Beobachtungen Verallgemeinerbares ableiten? Einiges ist schon deutlich geworden; ich will versuchen, es zusammenzufassen:

Dass in der Rechtsanwendung neben oder statt dem Gesetzesprogramm ein „Second Code“ angewendet wird, kann inzwischen als rechtsoziologische Binsenweisheit gelten.²⁷ Die Fülle von Beobachtungen, welcher „second code“ den ersten, den gesetzlichen Code, angeblich vollständig ersetzt,²⁸ lässt freilich daran zweifeln, dass die radikale Sichtweise von dem den ersten Code ersetzenden zweiten Code zutrifft. Gleichwohl und auch in einer Version, die nicht zu einem radikalen Konstruktivismus führt, in dem der „naive“ Glauben an die Feststellung von Tatsachen durch den Glauben an

eine unbeeinflussbare Zuschreibung ersetzt wird, ist die Formulierung, „der Code des Rechts bleibe das Geheimnis der Juristen“,²⁹ gleichermaßen normativ provozierend wie plausibel. Vor dem Hintergrund der hier eingeführten Beispiele aus dem Bereich der möglichen Wirtschaftskriminalität „kleiner“ und „großer“ Beschuldigter interessiert besonders, dass nicht nur das Strafrecht insgesamt eine „strafrechtlich strukturierte Umwelt“ wahrnimmt,³⁰ sondern dass diese strafrechtlichen Zuschreibungen durchaus beeinflussbar und verhandelbar sind,³¹ wobei sofort einleuchtet, dass solche Einfluss- und Verhandlungsmöglichkeiten im Unternehmensstrafrecht hochplausibel, im „Elendsstrafrecht“ des vermuteten alltäglichen Sozialbetruges aber fast ausgeschlossen. Zu spekulieren ist sogar, ob die Beschwerdemacht der großen Wirtschaftsakteure, verstärkt durch eine intensive auch strafrechtswissenschaftliche Publikationstätigkeit auch von Strafverteidigern,³² systematischen Einfluss auf die wirtschaftsstrafrechtlichen Zuschreibung nehmen kann. Das muss nicht kritisiert werden, es kann auch interpretiert werden als Integration des „Lebenswissens“ in das „(Gesetz-) Buchwissen der Juristen“. Kritisiert werden muss aber, dass eine vergleichbare Integration anderen Lebenswissens nahezu ausgeschlossen erscheint.

Neben diesem Berührungspunkt zwischen „second code“ und „Lebenswissen“ scheint mir aber ein zweiter Punkt von Bedeutung. Idealtypisch und optimistisch unterstellt, dass die Schichtenzugehörigkeit in der (zumindest deutschen) Gesellschaft abnimmt, und auch – mit nach wie vor mehr Optimismus als Realismus – davon ausgegangen werden kann, dass politische motiviert second codes in der freiheitlichen Gesellschaft an Bedeutung verloren haben und weiter verlieren, scheint es mir nicht utopisch, daran zu glauben, dass die Rechtsanwendung zunehmend vom „first code“, also dem gesetzlichen Programm determiniert wird. Das wäre ein großer rechtskultureller Fortschritt. Es besteht aber die Gefahr, dass die seit langem zu beobachtende „Expansion des Strafrechts“³³ unter anderem zu einer „Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung“ von Strafrechtspraxis und –theorie³⁴ geführt haben, die diesen rechtskulturellen Fortschritt gefährden, weil zu unterschiedliche (und zu spezialisierte) Gegenstandsbereiche dem Strafrecht überantwortet werden. Ein (nicht als Elendsstrafrecht missverständenes) Kernstrafrecht garantiert am ehesten, dass die beteiligten

²⁷ Vgl. *MacNaughton-Smith*, Journal of Research in Crime and Delinquency 5 (1968), 189; deutsche Übersetzung in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Abweichendes Verhalten, Bd. 2/1, 1975, S. 197. *MacNaughton-Smith* (in: Lüderssen/Sack [a.a.O.], S. 210 Fn. 1) spricht allerdings, wie er in der deutschen Übersetzung ausdrücklich feststellt, nicht von einer ergänzenden, zweiten Gruppe von Regeln, sondern davon, dass der zweite Code den ersten ersetzt.

²⁸ Vgl. die informative Übersicht zum Stichwort „Zweiter Code“ auf der Seite www.rechtssemiotik.de (vgl. www.rechtssemiotik.de/de/begriffe/zweiter_code_6125_1.shtml [15.10.2014]). Kandidaten waren die Schichtzugehörigkeit, das politische Bewusstsein und politische Sympathien und Antipathien zwischen Richtern und Beschuldigten, die Linientreue.

²⁹ So der Beginn des Beitrags zum Stichwort „Zweiter Code“ auf der eben zitierten Seite.

³⁰ Sehr instruktiv: *Theile*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2012, S. 175 (178).

³¹ *Theile* (Fn. 30), S. 180 f.

³² Kritisch dazu: *Schünemann*, ZIS 2012, 183 (185).

³³ Dazu in inzwischen 3. (erweiterter) Aufl.: *Silva-Sanchez*, La expansión del derecho Penal, 2011; deutsch: Die Expansion des Strafrechts, 2003.

³⁴ Dazu *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (265), und speziell zu diesem Gesichtspunkt beim Wirtschaftsstrafrecht *Prittwitz*, ZIS 2012, 58 (60 f.).

Juristen bei der Rechtsanwendung nicht nur Buch- sondern auch Lebenswissen gerecht (!)³⁵ nutzen können.

Dazu passt ein Plädoyer, Strafrecht nicht auf Sachverhalte anzuwenden, die als Massenphänomene anzusehen sind, daher besser durch Maschinen (Computer) erledigt werden, und so in der Regel (Stichwort „Textbaustein“) auch erledigt werden. Eine materiell verstraftlichte Gesellschaft, die nicht auch noch ein Übermaß an Instanzen strafrechtlicher Sozialkontrolle zu ihrem Erkennungszeichen machen will, muss sich bewusst werden, dass das individuell gerechte und so vom Rechtsstaat geforderte Strafrecht in diesen Bereichen nicht zu haben ist.

Vor allem das zweite Beispiel zeigt aber, dass auch im Kernbereich des Strafrechts Gefahren lauern. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale, Fragen subjektiver Rechtsfertigung und der Entschuldigung sind willkommene Gegenstände von Zuschreibung. Diesen Bereich empfinden viele Richter als ureigenste richterliche Aufgabe; das soll ihnen nicht abgesprochen werden, aber die bisweilen zu beobachtende Immunisierung gegen überlegenes Fachwissen, sollte abgebaut werden.

Am Herzen liegt mir, dass im rechtswissenschaftlichen Studium, das – man mag dazu stehen, wie man will – auch rechtliche Ausbildung ist, die Bedeutung von Lebenswissen im Vergleich zum Buchwissen (und erst Recht zum Skriptenwissen) an Bedeutung gewinnt. Das kann nicht nur durch ein (Wieder-)Erstarken der juristischen Grundlagenfächer gefördert werden, sondern auch dadurch, dass die Praxis eine weitaus größere Rolle spielt als dies bisher der Fall ist. Von amerikanischen Law Schools kann man durchaus lernen, dass klinische Kurse die Juristen auf ihre berufliche Zukunft vorbereiten. Rechtsberatung durch Rechtsstudierende ist dabei ein wichtiges Stichwort. Dabei plädiere ich nicht für ein vorgezogenes „learning on the job“, sondern für ein praxisnahes, aber politisch und wissenschaftlich reflektiertes „learning for the job“.

Grundsätzlich gilt es, den anfänglich vermuteten Gegensatz zwischen den titelgebenden Mottos zu beseitigen: „Pra saber, tem que vivir“ sollte nicht gegen „Man sieht nur, was man weiß“ ausgespielt werden, sondern die beiden Mottos sollten ergänzend gelesen werden. Denn es stimmt ja, dass man nur sieht, was man weiß. Entscheidend ist aber, was man woher weiß. Hier ist anzusetzen, dem Buchwissen muss Lebenswissen an die Seite gestellt werden, wenn das (Straf-) Recht seine Aufgabe (sinnvoll und legitim) erfüllen soll. Stimmt man dem zu, kommen wichtige Zusatzfragen hinzu, und es geht um Abwägungen schwieriger Art: Welche Leistungen erbringt das Recht warum? Systematisierungen, verallgemeinerbare Sätze, die notwendig vom Einzelfall abstrahieren, sind ohne Zweifel die Grundlage eines „gut funktionierenden“ Rechts und zwar sowohl in Sachen Rechtssicherheit als auch als Barriere gegenüber Klientelrecht. Andererseits ist unübersehbar, dass die Verallgemeinerungen einen Preis haben, dass der Einzelfall – und die ebenfalls wichtige

Einzelfallgerechtigkeit – mit ihnen nicht immer angemessen gelöst wird. Diese – durchaus altehrwürdigen – Abwägungsfragen bekommen in der Mediengesellschaft neues Gewicht, weil das Bild von Recht und Justiz in der Mediengesellschaft weit stärker vom berichteten (weil berichtenswerten, interessanten und Mitgefühl auslösenden) Einzelfall geprägt wird als von den Systemleistungen des Rechts.

³⁵ Das zu betonen ist wichtig, weil auch „Vorurteile“ zum „Lebenswissen“ gehören, wenn der Abgeurteilte und der Aburteilende nicht aus denselben Lebenswelten stammen.