Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

1/2023
2. Jahrgang

S. 1-66

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Strafbare Beteiligung an Sexualdelikten gehorsampflichtiger Kleriker
Zugleich eine kritische Betrachtung des Kölner Gercke-Gutachtens**
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 1
- Attempting the Impossible: Impossibility in Criminal Law Theory and the Constructivist
Discourse-Theoretical Concept of Law**
By Dr. Svenja Behrendt, Konstanz 20
- Organisationshaft zwischen Gesetzlosigkeit und Platzmangel**
Von Dr. Lorenz Bode, Magdeburg 33

Ausländisches Strafrecht

- Von der Äußerungsfreiheit in der Türkei und dem neuen Straftatbestand der
Desinformation als ein Negativbeispiel für Gesetzgebung**
Von Engin Turhan, LL.M. (Istanbul), Halle (Saale) 35

Europäisches Strafrecht

- Grundrechtsschutz in Auslieferungsverfahren nach dem RbEuHB
Auf dem Weg zu einem „in allen Mitgliedstaaten wirksamen Schutzniveau“?**
Von Rechtsanwältin Nicola Bier, LL.M., Berlin 44

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Viktoria Schrader, Über Schuld und Durchschnittsmenschen – auch ein Beitrag zum
Verbandsstrafrecht, 2021**
(Gunnar Spilgies, Hemmingen) 52
- Viktoria Schrader, Über Schuld und Durchschnittsmenschen – auch ein Beitrag zum
Verbandsstrafrecht, 2021 (Replik auf Spilgies, ZfIStw 1/2023, 52)**
(Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, Dresden) 62

Strafbare Beteiligung an Sexualdelikten gehorsamspflichtiger Kleriker Zugleich eine kritische Betrachtung des Kölner Gercke-Gutachtens

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

Was die Überschrift als den Schwerpunkt andeutet, ist genauer gesagt die Frage strafbarer Beihilfe, durch aktives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen, begangen vom Bischof oder anderen Personen im Bistum, die dem jeweils sexuell übergriffigen Priester Weisungen erteilen können. Das Gercke-Gutachten, erstattet von Kölner Anwälten, hat die Frage nahezu gänzlich verneint. Die Gutachter prüfen unter verschiedenen Gesichtspunkten, ob strafbare Beteiligung in Frage kommt, präsentieren aber Punkt für Punkt ein negatives Ergebnis, was erkennbar beabsichtigt war. Die Begründungen, die die Resultate tragen sollen, sind in erschütterndem Ausmaß fehlerhaft. Dies deckt der vorliegende Beitrag auf. Sein eigenes Ergebnis lautet in der Hauptsache: Es ist durchaus realistisch, dass ein Bischof sich als Gehilfe strafbar beteiligt an Sexualdelikten gehorsamspflichtiger Kleriker. Solche Beihilfe wird auch tatsächlich vielfach geleistet, sogar durch aktives Tun, vor allem aber durch Unterlassen. Bestraft worden ist sie bislang noch niemals.

I. Einführung

Unter Federführung des Strafverteidigers und Honorarprofessors der Universität zu Köln Björn Gercke hat die Strafverteidigerkanzlei Gercke/Wollschläger das Missbrauchsgeschehen im Kölner Bistum rechtlich begutachtet.¹ Beraten wurden die Gutachter dabei von einem Münchener Kollegen, dem Strafrechtsprofessor Mark Zöllner. Die in der Presse als „Gercke-Gutachten“ firmierende Expertise hat einige Wellen geschlagen, weil sie zahlreiche kirchenrechtliche Verfehlungen von Bischöfen, Vikaren und anderen Kirchenverantwortlichen herausgearbeitet hat. Dies in quantitativer Übertrumpfung des zuvor von einer Münchener Kanzlei vorgelegten und von Erzbischof Woelki zunächst nicht veröffentlichten Gutachtens.²

Fürs staatliche Recht jedoch bescheinigt das Gercke-Gutachten den Kirchenverantwortlichen, dass sie keine strafbewehrte Pflicht verletzt haben. Insbesondere geht es dabei um aktive Beihilfe und um Beihilfe durch Unterlassen der Verantwortlichen an den Sexualstraftaten der – meist klerikalen – unmittelbaren Täter. Von den fast 900 Seiten des Gutachtens entfallen auf diese strafrechtliche Problematik ganze zwanzig (S. 146–166). Auf die betreffenden Ausführungen im Gutach-

ten aufmerksam gemacht haben mich Scheinfeld/Gadel/Roßmüller mit ihrem kritischen Beitrag in der ZEIT-Beilage Christ & Welt.³ Sie rügen insoweit das Gutachten besonders scharf: Es ziehe „die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur selektiv heran“ und es enthalte insgesamt „viele Merkmale eines Gefälligkeitsgutachtens“. Zur vollkommen entgegengesetzten Bewertung kommt Zöllners Fakultätskollege, der Münchener Kriminologe Heinz Schöch, der im Auftrag des Bistums geprüft hat, „inwieweit in dem Gutachten [...] die methodischen Standards der rechtswissenschaftlichen Begutachtung [...] eingehalten worden sind“.⁴ Diese Standards eingehalten zu haben, bescheinigt der Obergutachter Schöch dem Gercke-Gutachten auch für den das staatliche Strafrecht betreffenden Teil. Zudem komme es in seiner Bestimmung des strafrechtlichen Maßstabs „zu durchweg richtigen Ergebnissen“.⁵

Die beiden krass gegensätzlichen Beurteilungen geben Anlass, die Problematik der Beteiligung der Leitungsverantwortlichen eines Bistums näher zu betrachten. Hauptsächlich geht es um die Frage, inwieweit ein Bischof „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“ (§ 13 Abs. 1 StGB), hier also dafür, dass ein ihm gehorsamspflichtiger Priester oder ein anderer Untergebener keinen sexuellen Missbrauch oder Übergriff verübt (vgl. §§ 176, 177 StGB). Ferner will ich klären, ob die Kölner Gutachter ihren Auftrag erfüllt und den Umgang mit Missbrauchsfällen im Erzbistum Köln nach wissenschaftlichen Maßstäben korrekt am staatlichen Recht gemessen haben. Dies hatte auch Schöch in seinem methodischen Obergutachten zu prüfen.

II. Pflichten des Rechtsgutachters

Der Gutachtenauftrag des Bistums sah nämlich für die Kanzlei Gercke/Wollschläger sehr deutlich vor, den „Umgang mit Fällen sexuellen Missbrauchs“ dahingehend zu „evaluieren, ob die Vorgehensweise der damaligen Diözesanverantwortlichen im Einklang mit den insoweit bestehenden Vorgaben des kirchlichen und des staatlichen Rechts und/oder dem kirchlichen Selbstverständnis stand bzw. steht“.⁶ Offenkundig ist die Würdigung des Umgangs mit Missbrauchsfällen nach staatlichem Recht in puncto Verantwortlichkeit der Leitungspersonen des Erzbistums der bedeutsamste Teil des Gutachtens. Wie man weiß, geht der Papst sehr milde um mit Bischöfen,

¹ Kanzlei Gercke/Wollschläger, Pflichtverletzungen von Diözesanverantwortlichen des Erzbistums Köln im Umgang mit Fällen sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen und Schutzbefohlenen durch Kleriker oder sonstige pastorale Mitarbeitende des Erzbistums Köln im Zeitraum von 1975 bis 2018 – Verantwortlichkeiten, Ursachen und Handlungsempfehlungen, 2021, 895 S., abrufbar unter <https://www.erzbistum-koeln.de/news/Unabhaengige-Untersuchung-jetzt-online-einsehbar/> (17.1.2023).

² Schöch, Exemplarischer Vergleich des Münchener Gutachtens (WSW) vom 1.10.2020 und des Kölner Gutachtens (GW) vom 18.3.2021, S. 9.

³ Scheinfeld/Gadel/Roßmüller, ZEIT, Beilage Christ & Welt v. 2.6.2021, S. 4, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2021/23/erzbistum-koeln-bjoern-gercke-gutachten-missbrauch-kardinal-woelki> (17.1.2023).

⁴ Schöch, Gutachten zu Fragen der Einhaltung methodischer Standards aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht, 15.3.2021, abrufbar unter

<https://www.erzbistum-koeln.de/news/Unabhaengige-Untersuchung-jetzt-online-einsehbar/> (17.1.2023).

⁵ Schöch (Fn. 4), S. 10.

⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 1 (Hervorhebung nur hier).

die sich ihrerseits im Umgang mit Missbrauchsfällen fehlerhaft verhalten haben. Ernsthafte Konsequenzen müssen Bischöfe und Bistümer nur vom weltlichen Recht fürchten. Deshalb schaut auch die Öffentlichkeit in erster Linie auf Gutachten- teile und sonstige Stellungnahmen, die insoweit Aussagen machen.⁷ Ich habe mich umgehört und unter den Befragten niemanden gefunden, der wissen will, wie das problematische Verhalten von Bischöfen nach kanonischem Recht zu beurteilen ist und ob ihnen kirchenrechtliche Sanktionen drohen wie Exkommunikation, Klosterhaft, Auferlegung einer Bußwallfahrt oder eine päpstlich angeordnete „Auszeit“. Vielmehr fragt man, was das *weltliche* Strafrecht, aber auch das strenge Haftungsregime des Zivilrechts ergeben: Begehen die betreffenden Personen Unrecht? Kommen sogar Freiheitsstrafen ernsthaft in Betracht? Haben die Opfer Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld gegen den Bischof oder das Bistum? Darüber will informiert werden, wer *Gerckes* Gutachten zur Hand nimmt.

Und was ist von diesem Gutachten noch zu fordern? Es muss zum einen den rechtswissenschaftlichen Standards genügen und zum anderen den Zweck des Auftrags erfüllen. Der Gutachtauftrag des Erzbistums Köln verstand sich als Teil der Aufklärungsarbeit im Bistum, das Missbrauchsgutachten sollte der Gesellschaft zeigen, dass das Erzbistum umfassend jedwedes Fehlverhalten nicht nur kirchenrechtlich, sondern auch nach den für alle geltenden Rechtsregeln aufzudecken entschlossen ist. Diesen Zweck kann das Gutachten von vornherein nur erfüllen, wenn es das praktizierte Recht zugrunde legt. Für das Gercke-Gutachten ist deshalb insbesondere relevant, wie die Obergerichte das „staatliche Recht“ konkretisieren. Dies bringen die Kölner Gutachter selbst zum Ausdruck, wenn sie sich bei der abstrakten Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme an „der für die Strafverfolgungspraxis maßgeblichen Rechtsprechung“ orientieren.⁸

Damit sachlich übereinstimmend orientiert sich *Schöch* in seinem Obergutachten plausibel am Rechtsgedanken des § 839a BGB, bestimmt so seinen eigenen Prüfmaßstab und zugleich, wann ein Gutachten unrichtig ist: „Das ist dann der Fall, wenn das Gutachten aufgrund fehlerhafter Befunderhebung von einem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgeht oder wenn die aus den Tatsachen abgeleiteten rechtlichen Schlussfolgerungen falsch sind. [...] Abweichungen von der obergerichtlichen Rechtsprechung oder einer herrschenden Meinung in der Literatur sind deutlich zu machen.“⁹

⁷ Siehe nur *Florin*, Deutschlandfunk v. 2.3.2022, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/missbrauch-katholische-kirche-100.html> (17.1.2023);

Wawatschek/Neumeier, BR24 v. 25.1.2022, abrufbar unter <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/heilige-scheu-justiz-zurueckhaltend-bei-sexuellem-missbrauch,SvRwNC2> (17.1.2023);

Rath, ZEIT, Beilage Christ & Welt v. 20.9.2021, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2021/38/strafverfolgung-bischoefe-katholische-kirche-justiz> (17.1.2023).

⁸ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 152.

⁹ *Schöch* (Fn. 4), S. 3.

Schauen wir, was herauskommt, wenn man das Gercke-Gutachten nach diesen Vorgaben durchsieht, und ob es die objektive Rechtslage richtig erfasst!

III. Die Rechtslage in kritischer Würdigung des Gercke-Gutachtens

1. Aktive Beihilfe

Die Gutachter wenden sich, bezogen auf das weltliche Strafrecht, der Frage zu, ob die Leitungspersonen des Bistums wegen aktiver Beihilfe zu Sexualstraftaten ihrer Kleriker oder sonstigen pastoral Mitarbeitenden verantwortlich sind (S. 143, 146 ff.). Bereits eingangs erfährt der Leser, dass „die Gutachter bei der Auswertung der zur Verfügung gestellten Aktenvorgänge jedoch keinerlei Anhaltspunkte für eine aktive Beteiligung von Verantwortungsträgern an einzelnen Missbrauchstaten erkennen konnten“, weshalb „lediglich ein kursorischer Überblick über die Voraussetzungen einer aktiven Tatbeteiligung“ gegeben werde (S. 143). Im Folgenden wird dann allerlei Lehrbuchwissen ausgebreitet und auf dieser Grundlage die Rechtsprechung dargelegt. Eine denkbare konkrete Handlung eines Kirchenverantwortlichen wird jedoch nicht genannt, die Ausführungen bleiben ganz im Abstrakten. Unter der Überschrift „Übertragung auf eine aktive Beteiligung an Sexualstraftaten“ wird schließlich knapp und zusammenfassend betont, dass ein Gehilfe an einer Missbrauchstat zumindest bedingten Vorsatz haben müsse und dass reines Dulden der Haupttat nicht für eine strafbare aktive Beihilfe hinreiche.

Was an dieser Stelle fehlt und was den Leser irritiert, ist der Umstand, dass die Gutachter nicht eine einzige (hypothetische) Verhaltensweise eines Verantwortungsträgers daraufhin prüfen, ob darin eine strafbare Beihilfe zu sehen sein könnte. Es wird vielmehr der Eindruck erweckt, dass eine aktive Beihilfe der Verantwortungsträger bezogen auf die üblichen Abläufe im Bistum generell und ausnahmslos ausscheide. Nicht behandelt wird vor allem die Fallgruppe, dass ein Bischof den als Sexualstraftäter erkannten Kleriker schlicht in eine andere Gemeinde versetzt und dort weiter als Priester einsetzt, wo er wieder mit Kindern und Jugendlichen arbeitet und weitere Taten begeht.¹⁰ Dabei waren solche Verfehlungen von Bischöfen auch 2020 schon längst aus der Presse bekannt.¹¹ Die Auslassung im Gutachten verwundert auch deshalb, weil in der von den Kölner Gutachtern mehrfach zitierten Kommentierung von *Joecks/Scheinfeld* für solche Fälle ausdrücklich eine Beihilfestrafbarkeit in Betracht

¹⁰ Zutreffend gerügt schon von *Scheinfeld/GadelRoßmüller* (Fn. 3).

¹¹ Vgl. nur *Rösmann*, FAZ v. 7.9.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/region-und-hessen/missbrauchsverdacht-priester-in-ruhestand-geschickt-16372572.html> (17.1.2023); *Spiegel* v. 27.11.2018, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/missbrauch-in-der-katholischen-kirche-paedophiler-priester-versetzt-neuer-missbrauch-a-1240753.html> (17.1.2023).

gezogen wird.¹² Obendrein ist ein solcher Fall aus der Rechtsverfolgungspraxis in einem öffentlich zugänglichen Missbrauchsgutachten zum Bistum Aachen genannt, das die Kölner Gutachter in ihrer Einleitung neben anderen auflisten (S. 12).¹³ In dem Aachener Gutachten liest man auch, dass die Staatsanwaltschaft Kassel seinerzeit sogar ermittelt hat gegen den Fuldaer Bischof wegen aktiver Beihilfe zu Sexualstrafen eines zuvor vom Bischof versetzten Priesters.¹⁴ Auch ist im kirchenrechtlichen Teil des Gercke-Gutachtens die Versetzung eines auffällig gewordenen Priesters mehrfach berücksichtigt: Insbesondere sei das schlichte Versetzen, weil bloße Verlagerung des Problems, als Reaktion nicht ausreichend;¹⁵ es bestehe bei einer Versetzung die Pflicht zum Informieren der Verantwortlichen der neuen Gemeinde;¹⁶ es sei nach den Handlungsempfehlungen der Gutachter vor wichtigen Personalentscheidungen wie Beförderung oder Versetzung Auskunft bei der Interventionsstelle einzuholen;¹⁷ und es wurde ferner, sagt das Gutachten, die Versetzung im Erzbistum Köln stets vom Bischof entschieden und verfügt.¹⁸ Die Gutachter hatten also durchaus vor Augen, dass den – mit Leitungsgewalt ausgestatteten – Bischof beim Versetzen eines Klerikers bestimmte (ethische) Pflichten zur Vermeidung neuer Sexualstraftaten treffen. Dennoch mündet dieses Wissen nicht in die konkrete Prüfung der aktiven Beihilfe.

Vollends ins Staunen über die Auslassung gerät, wer erfährt, dass Erzbischof Woelki den federführenden Gutachter *Björn Gercke* eindringlich gebeten hatte, die Verantwortlichkeiten im Fall des Priesters Adamek zu klären, der, obwohl wegen Sexualstraftaten verurteilt, nach Haftverbüßung in mehreren Bistümern in der Seelsorge eingesetzt worden war:¹⁹ „Ohne dem Gutachten von Prof. Dr. Björn Gercke vorzugreifen“, sagte Woelki seinerzeit, „muss jedem klar sein, dass der wiederholte Einsatz eines verurteilten Straftäters absolut unverantwortlich war. Der gesamte Umgang mit Pfarrer A ist eine jahrzehntelange Aneinanderreihung schwerer Fehler. Und dafür müssen Personen damals verantwortlich gewesen sein, die herausgefunden und benannt werden müssen. Ich

habe Herrn Prof. Dr. Gercke gerade im Rahmen der gebotenen Zurückhaltung gebeten, die Frage der Verantwortung insbesondere in diesem Fall zu klären.“²⁰ Der Auftraggeber, Erzbischof Woelki, hatte als juristischer Laie klar vor Augen, dass das Einsetzen eines verurteilten Straftäters als Priester eine Verantwortlichkeit ergeben muss, und er wies den Gutachter auf diesen Fall und damit auf diese Gattung von Fällen besonders hin. Der juristisch versierte Gutachter *Gercke*, seine Mitgutachter und der Berater *Zöllner* aber behandeln diese Fallgruppe im Gutachten nicht unter dem Aspekt der aktiven Beihilfe. Wohl hingegen erwähnen sie das Einsetzen einer auffällig gewordenen Person (in der Kinder- und Jugendarbeit) als ein pflichtwidriges Vorverhalten, das eine Ingerenzgarantenstellung auslösen könne (aber nur ab Geltung der Leitlinien von 2003).²¹ Das erneute Einsetzen des als Sexualstraftäter bekannten Priesters erkennen die Kölner Gutachter als pflichtwidrig, die darin steckende aktive Hilfeleistung zu neuen Missbrauchstaten wollen sie nicht gesehen haben.

Dass die Gutachter die Fallgruppe des Versetzens und Einsetzens des auffällig gewordenen Priesters bei der aktiven Beihilfe nicht erwähnen, ist ein handfester Mangel. Er untergräbt, wie alle Mängel bei der Bestimmung der rechtlichen Vorgaben, das Vertrauen in die richtige und vollständige Tatsachenerhebung im Gutachten. Denn es droht, dass die Gutachter die Tatsachen nicht mit Blick auf den richtigen Maßstab erhoben und nicht alles Relevante benannt haben.²² Es droht also im Sinne des Obergutachters *Schöch*, dass das Gercke-Gutachten, bezogen auf die aktive Beihilfe, von einer „fehlerhaften Befunderhebung“ aufgrund eines „unvollständigen Sachverhalts“ ausgeht.²³

Was der Strafbarkeit eines Bischofs wegen aktiver Beihilfe wohl auch entgegenstehen soll, ist das Fehlen eines Vorsatzes. Von den Gutachtern wird dies eher suggeriert als ausdrücklich gesagt.²⁴ Deutlicher ist da *Schöch* in seinem Methodengutachten: „Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zu den weiteren Straftaten scheidet aus, da ein Unterstützungsvorsatz nicht fingiert werden darf.“²⁵ Man braucht aber nicht viel Phantasie, um sich Konstellationen vorzustellen, in denen der Vorsatz nicht fingiert werden muss, sondern schlicht vorliegt: „Dies etwa dann, wenn der verantwortliche Amtsträger den betreffenden Priester zu einer neuen Dienststelle versetzt, womit ihm

¹² *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 101, wo zudem verwiesen wird auf *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 52.

¹³ Kanzlei Westphal/Spilker/Wastl Rechtsanwälte München, Sexueller Missbrauch Minderjähriger und erwachsener Schutzbefohlener durch Kleriker im Bereich des Bistums Aachen im Zeitraum 1965 bis 2019, Jahr 2020, S. 112.

¹⁴ Kanzlei Westphal/Spilker/Wastl Rechtsanwälte München (Fn. 13). Das Verfahren wurde dann wegen geringer Schuld eingestellt, unter anderem, „weil die Bistumsleitung versprochen habe, ähnliche Fälle künftig unmöglich zu machen“.

¹⁵ Kanzlei Westphal/Spilker/Wastl Rechtsanwälte München (Fn. 13), S. 303, 319.

¹⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 196, 305.

¹⁷ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 784.

¹⁸ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 231.

¹⁹ Siehe den Aktenvorgang 13 im Gercke-Gutachten, Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 452–480.

²⁰ Domradio.de v. 19.11.2020 (*Hervorhebungen* nur hier), abrufbar unter <https://www.domradio.de/artikel/es-ist-verheimlicht-warden-kardinal-woelki-sieht-fehler-umgang-mit-missbrauchsfall> (17.1.2023).

²¹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 165 f.; zur Ingerenz siehe noch unten 2. a) bb).

²² Vgl. bei *Scheinfeld*, Mitteilungen und Informationen zur Zeit (MIZ) 1/2022, abrufbar unter [Aufarbeitung innerkirchlichen Missbrauchs – Materialien und Informationen zur Zeit \(miz-online.de\)](#)

²³ Siehe oben vor Fn. 4.

²⁴ Siehe im Gercke-Gutachten (Fn. 1), S. 148, die blasse Kennzeichnung unter der Überschrift „Übertragung auf eine aktive Beihilfe an Sexualdelikten“.

²⁵ *Schöch* (Fn. 4), S. 5.

dann erneut unbeaufsichtigter Umgang mit Minderjährigen ermöglicht wird. Bei Schaffung einer solch gefahrgeneigten Situation muss im Einzelfall davon ausgegangen werden, dass es zu weiteren Sexualdelikten kommt. Dies gilt vor allem, wenn der Priester bereits mehrfach zum Täter geworden ist und gerade deshalb ein weiteres Versetzen nötig wird; dann handelt es sich um einen ‚erkennbar Tatgeneigten‘.²⁶ Im Einzelfall wird ein etwaiges Vertrauen des Bischofs auf den guten Ausgang mangels Tatsachenfundiertheit nur als Gottvertrauen²⁷ und als ein vages Hoffen angesehen werden können, was der Annahme des von der Rechtsprechung geforderten Billigenden-in-Kauf-Nehmens der Haupttatbegehung sowie der Vorsatzbejahung auch bei höchst unerwünschten Folgen nicht entgegensteht.²⁸ So muss es die Staatsanwaltschaft Kassel gesehen haben, als sie gegen den damaligen Fuldaer Bischof ermittelte und im Versetzen des Priesters eine aktive Beihilfe erblickte.²⁹ Man kann es kaum fassen, dass das Kölner Gutachten darauf nicht eingeht. „So fühlt man Absicht und man ist verstimmt.“

Schließlich kommt für das Versetzen des auffällig gewordenen Priesters auch bei Fehlen des Vorsatzes ein weiteres Delikt in Betracht, die aktive fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB).³⁰ Zum Beispiel kann ein Bischof durch Einsetzung eines gefährlichen Priesters vorhersehbar ‚verursachen‘ (vgl. § 229 StGB), dass dieser kindliche Opfer beim sexuellen Übergriff schmerzhaft anpackt oder sogar brutal penetriert. Die Gutachter bedenken lediglich (allgemein) eine fahrlässige Körperverletzung begangen durch das Nichteingreifen des Bischofs.³¹ Warum sie dann aber für das aktive Versetzen oder Einsetzen die fahrlässige Körperverletzung nicht erwähnen, ist unerfindlich.

Dass die Fallgruppe (schlichtes Versetzen oder Einsetzen des Sexualstraftäters) nicht im Gutachten behandelt wird, weckt insgesamt Zweifel, ob die Gutachter die ‚erforderliche

Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 2 BGB) gewahrt haben. Sie haben sich monatelang mit dem Missbrauchsgeschehen im Bistum Köln beschäftigt. Warum haben sie dennoch diese bekannte, im Gutachten mehrfach berücksichtigte, das Volk besonders empörende und für Bischöfe zentrale Fehlverhaltensweise nicht betrachtet? Das Gutachten liest sich in dieser Passage wie eine mangelhafte Hausarbeit aus studentischer Feder: Lange Ausführungen und viele Nachweise bei Banalitäten und Definitionen, aber kaum etwas an Begründung und Nachweisen, wo es ‚ans Eingemachte‘ geht. Vor allem bleiben sich aufdrängende Aspekte und dezidierte Gegenansichten unerwähnt.³²

2. Beihilfe durch Unterlassen

Deutlich größeren Begründungsaufwand betreiben die Kölner Gutachter zur weitgehenden Verneinung auch einer strafbaren Beihilfe durch Unterlassen, das heißt, sie fragen nach der rechtlichen Einstandspflicht der Verantwortungsträger im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB (Garantenpflicht): Trifft insbesondere die Bischöfe als Verantwortungsträger des Bistums eine strafbewehrte Pflicht, vermeidbare Missbrauchstaten der ihrem Bistum angehörigen Kleriker zu verhindern? Die Gutachter folgen für ihre Antwort der gängigen Unterscheidung zwischen Überwacher- und Beschützergaranten.

a) Überwachergarantenstellung

Dem Vorliegen einer Überwachergarantenstellung der kirchlichen Leitungspersonen gehen die Kölner Gutachter sodann unter zwei Gesichtspunkten nach. Zum einen erwägen sie eine Geschäftsherrenhaftung, zum andern eine Ingerenzgarantenstellung.

aa) Geschäftsherrenhaftung

Die grundsätzliche Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Geschäftsherrenhaftung auf die Bistümer und Kirchenverantwortlichen bejaht das Gercke-Gutachten.³³ Eine Zuschreibung einer Überwachergarantenstellung des Geschäftsherrn, womit der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit ausnahmsweise durchbrochen werde, halten die Gutachter sodann in abstracto unter zwei Voraussetzungen für möglich. Einerseits müsse der potentiell Verantwortliche die Organisationsherrschaft und Weisungsbefugnis eines Vorgesetzten innehaben und andererseits müsse die Betriebsbezogenheit der Tat be-

²⁶ So *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 12), § 27 Rn. 101, deren naheliegende Sicht von den Kölner Gutachtern ignoriert wird; zum Beihilfevorsatz auch *Rath*, [Strafverfolgung von Bischöfen: Müssen Bischöfe die Justiz fürchten? | ZEIT Arbeit](#): „Ein bedingter Vorsatz der Kirchenoberen könnte darin bestehen, dass sie den guten Ruf der Kirche rücksichtslos und gleichgültig über den Schutz der jungen Kirchenmitglieder stellen.“

²⁷ *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976, 978 (mit Fn. 46).

²⁸ BGHSt 36, 1 (9 f.); *Schneider*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 212 Rn. 86 mit Fn. 388.

²⁹ Kanzlei Westphal/Spilker/Wastl Rechtsanwälte München (Fn. 13), S. 112. – Ferner halten die Kölner Gutachter selbst eine Beihilfe zum Missbrauch durch Unterlassen aufgrund einer Ingerenzgarantenstellung für möglich (Kanzlei Gercke/Wollschläger [Fn. 1], S. 163–166), wofür ja ebenfalls Vorsatz gegeben sein muss.

³⁰ Das Gercke-Gutachten erwähnt die Körperverletzung nur beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt (Kanzlei Gercke/Wollschläger [Fn. 1], S. 153), wofür aber im Weiteren die Garantenstellung verneint wird (S. 154–166).

³¹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 153.

³² Man betrachte die *Gerckesche* Vorgehensweise nur einmal unter dem Aspekt der Compliance-Beratung und denke sich, ein Bischof hätte sein Verhalten im Vertrauen auf die Richtigkeit der Darlegung des staatlichen Rechts in *Gerckes* Rechtsberatung ausgerichtet! Er hätte also einen auffällig gewordenen Priester ohne Einschränkungen einfach in eine andere Gemeinde versetzt, woraufhin die Staatsanwaltschaft, weil sie die aktive Beihilfe oder zumindest die fahrlässige Körperverletzung nicht verdrängt und diese Delikte für gegeben erachtet, den Bischof anklagt, woraufhin dieser schließlich verurteilt wird! *Gerckes* Rechtsberatung wäre fehlerhaft und zöge Regressforderungen des Bischofs nach sich.

³³ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 159.

stehen. Beide genannten Voraussetzungen verneinen die Gutachter – weiterhin auf deutlich abstrakter Ebene – für alle denkbaren Fälle des klerikalen Missbrauchs, also auch für die Vergewaltigung von Kirchenangehörigen wie Messdienern und anderen Kindern der Gemeinde.

(1) *Organisationsherrschaft*

„Eine Organisationsmacht des Geschäftsherrn“ lasse „sich weder für den Erzbischof noch für die ihm zugeordneten Leitungsämtler begründen.“³⁴ Zwar habe der Diözesanbischof eine „Autoritätsstellung“, und aus ihr folgten kirchenrechtlich sogar Aufsichtspflichten gegenüber den Klerikern; doch habe der Bischof „keine unmittelbaren dienst- und arbeitsrechtlichen Durchgriffsmöglichkeiten“, seine Autorität folge vielmehr aus der „sakramentalen Eigenart des Verhältnisses“ zum einzelnen Priester.³⁵ Deshalb gelte: „Eine Organisationsmacht des Geschäftsherrn in Verbindung mit dessen Herrschaft über eine Gefahrenquelle [...] lässt sich weder für den Erzbischof noch für die ihm zugeordneten Leitungsämtler begründen. [...] Der Kölner Erzbischof kann dann mangels ausreichender Organisationsherrschaft und Weisungsmacht gegenüber den Klerikern seines Bistums nicht für deren strafrechtlich relevante Verhaltensweisen bei Fällen sexuellen Missbrauchs verantwortlich gemacht werden.“³⁶

Hier versäumen es die Gutachter, sich mit einer früheren Aussage ihres eigenen Gutachtens auseinanderzusetzen: „Der Erzbischof [gemeint ist: Joachim Meisner] traf in Personalangelegenheiten, worunter auch die Missbrauchsfälle gefasst wurden, stets die Letztentscheidung, über die man sich nach Auffassung der Befragten nicht hinwegsetzen konnte.“ Zu Recht weisen *Scheinfeld/Gadel/Roßmüller* darauf hin, dass die Verneinung der Organisationsherrschaft unvereinbar ist mit der im Gutachten umschriebenen Leitungsposition des Bischofs: „Der Erzbischof konnte insbesondere entscheiden, wer in der Kinder- und Jugendarbeit eingesetzt wird und wer überhaupt in der Diözese verbleibt. Er hatte also eine amtsbezogene Verhinderungsmacht. Diese Leitungsbefugnis lässt sich nicht hinwegspiritualisieren.“³⁷

Auffällig an der Passage im Gutachten ist zudem, dass Ausführungen des Kirchenrechtlers *Lüdecke* hier nur selektiv herangezogen werden, das heißt nur, soweit sie für die Verneinung der Organisationsmacht des Bischofs erhalten können: „Unmittelbare dienst- und arbeitsrechtliche Durchgriffsmöglichkeiten hat der Diözesanbischof entsprechend nicht.“ Doch schon die sich unmittelbar anschließenden Sätze bei *Lüdecke* (der hier ohnehin nur Ordensmitglieder im Auge hat) hätten Gutachtern und Lesern Klarheit verschafft: „Zum Zu- oder Wegschauen ist er [der Diözesanbischof] aber keineswegs verurteilt. Entdeckt er etwa Missstände, die der Ordensobere trotz Mahnung nicht beseitigt, kann der Diözesanbischof aus eigener Autorität eingreifen (c. 683 § 2). In dringenden und schweren Fällen kann er einem Ordensmit-

glied den Aufenthalt in der Diözese verbieten.“³⁸ Warum die Kölner Gutachter diese Passage nicht auch bei Erörterung der Organisationsmacht einbeziehen und nicht erst recht als relevant erachten für das Verhältnis des Bischofs zu den ihm direkt unterstehenden und gehorsamspflichtigen Diözesanpriestern (den sog. Säkularklerikern), bleibt im Gutachten unausgesprochen. Die „umfassende Leitungsgewalt“ des Diözesanbischofs wird erst im kirchenrechtlichen Teil – und dort schnörkellos – aus dem Kirchenrecht gefolgert.³⁹

Anzumerken ist zunächst, dass die Gutachter eine von ihrem gutachterlichen Standpunkt aus relevante Differenzierung nicht vornehmen. Ihr fürs staatliche Recht präferiertes Hinwegspiritualisieren einer tatsächlich gegebenen Leitungsbefugnis könnte allenfalls funktionieren bei Priestern, die zum Täter werden, nicht aber bei sonstigen Kirchenangestellten, bei denen keine sakramentale Eigenart des Verhältnisses zum Bischof bestünde; die Organisationsherrschaft über die nicht-klerikalen Mitarbeitenden müssten also, was das Gercke-Gutachten zu sagen schuldig bleibt, allemal gesondert bewertet werden.

Eine Differenzierung, die aber im Grunde gar nicht mehr interessieren kann. Man darf nämlich den Streit, den die Gutachter und ihre Kritiker um die Organisationsherrschaft eines Diözesanbischofs geführt haben, als beigelegt betrachten. In einer Reaktion auf ihre Kritiker haben *Gercke/Stirner/Zöller* in der *ZEIT* nebenbei eingeräumt, dass bei Kirchenverantwortlichen „ohne Zweifel“ (!) eine „Befehls- und Or-

³⁸ *Lüdecke*, Münchener Theologische Zeitschrift 62 (2011), 33 (57), abrufbar unter https://bonndoc.ulb.uni-bonn.de/xmlui/bitstream/handle/20.500.11811/1006/Lüdecke_Missbrauch.pdf?sequence=1&isAllowed=y (17.1.2023).

³⁹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 302: „Gemäß can. 1722 CIC/1983 kann der Ordinarius während eines laufenden Strafprozesses den Beschuldigten vom geistlichen Dienst oder von einem kirchlichen Amt und Auftrag ausschließen, ihm den Aufenthalt an einem bestimmten Ort oder in einem Gebiet auferlegen oder untersagen oder ihm auch die öffentliche Teilnahme an der heiligen Eucharistie verbieten. Darüber hinaus kann ein Pfarrer vom Diözesanbischof seiner Pfarrei enthoben werden bei ‚Verhaltensweisen, die für die kirchliche Gemeinschaft schweren Schaden oder Verwirrung verursachen‘ (can. 1741 Nr. 1 CIC/1983), sowie in eine andere Pfarrei oder ein anderes Amt versetzt werden, wenn das Heil der Seelen oder die Notwendigkeit oder der Nutzen der Kirche es erfordern (can. 1748 CIC/1983). Neben diesen kodifizierten Maßnahmen ist der Diözesanbischof jedoch auch befugt, jederzeit administrative Maßnahmen zu ergreifen, die ihren Rechtsgrund allein in der umfassenden Leitungsgewalt des Diözesanbischofs finden.“ – Ebenso relevant ist die Passage auf S. 303: „Kirchenrechtliche Anknüpfungspunkte bieten etwa can. 384 CIC/1983, der eine umfassende Fürsorgepflicht des Diözesanbischofs für seine Kleriker statuiert, und can. 1339 CIC/1983, der Mittel zur Verhinderung von Straftaten zur Verfügung stellt.“

³⁴ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 161.

³⁵ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 161.

³⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 161 f.

³⁷ *Scheinfeld/Gadel/Roßmüller* (Fn. 3).

ganisationsherrschaft“ besteht.⁴⁰ Man fragt sich allerdings, warum, wenn denn die Organisationsherrschaft zweifellos besteht, im Gutachten zum staatlichen Recht das Gegenteil vertreten wird. Auch hätte den Autoren ein wenig Zurückhaltung gut zu Gesicht gestanden. Sie begegnen ihren Kritikern eher von oben herab, was umso mehr befremdet, als die Gutachter den Kritikern ja in diesem wichtigen Punkt jetzt recht geben, freilich ohne den Wechsel der Ansicht kenntlich zu machen.⁴¹

(2) *Innerer Zusammenhang mit dem Priesteramt (Betriebsbezogenheit der Taten)*

Es kommt also auch nach den im Punkte „Organisationsmacht des Bischofs“ geläuterten Kölner Gutachtern und ihrem geläuterten Berater *Zöller* für die Geschäftsherrenhaftung der Kirchenverantwortlichen entscheidend darauf an, ob ein hinreichender Zusammenhang der Sexualstraftaten mit dem „Betrieb“, also mit der Kirche besteht. Im Gercke-Gutachten wird diese Voraussetzung wie folgt umrissen (S. 160, mit Nachweisen in Fn. 217–221):

„*Betriebsbezogen* ist eine Tat dann, wenn ein innerer Zusammenhang mit der Art des Betriebs, mit spezifischen Betriebsgefahren oder mit dem Tätigkeitsfeld des jeweiligen Mitarbeiters besteht. Nicht ausreichend sind somit Straftaten, die lediglich in einem zeitlichen Zusammenhang mit betriebsbezogenen Straftaten begangen werden. Die Tat muss vielmehr Ausdruck der dem konkreten Betrieb oder der speziellen Tätigkeit des Mitarbeiters spezifisch anhaftenden Gefahr sein und dürfte sich nicht außerhalb des Betriebs genauso ereignen können. Typische Fälle sind Bestechungsdelikte oder Betrugstaten gegenüber Unternehmenskunden. Abzulehnen ist eine Betriebsbezogenheit aber z.B. für einen Angestellten in einem Kiosk, der dort eigennützig auch Drogen verkauft oder für einen angestellten Handwerker, der während der Arbeit bei einem Kunden dort in einem unbeobachteten Moment Gegenstände entwendet. Betriebsbezogene Taten sind somit

abzugrenzen von Taten, die nur ‚bei Gelegenheit‘ der betrieblichen Tätigkeit begangen werden. Für eine Betriebsbezogenheit kommt es somit immer darauf an, dass die Tat unter Ausnutzung der tatsächlichen oder rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten begangen wurde und dass sich durch diese Taten gerade eine dem jeweiligen Betrieb bzw. der betrieblichen Tätigkeit speziell anhaftende Gefahr verwirklicht.“

(a) Hoch aufschlussreich für Qualität und Charakter des Gutachtens ist an dieser Passage zunächst das Beispiel des Drogen verkaufenden Kioskangestellten, für dessen Taten die Kölner Gutachter eine Betriebsbezogenheit beiläufig verneinen. Denn leider erfährt der Leser hier nicht, dass dieser Sachverhalt aus einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs stammt, einer Entscheidung, die allerdings zur gegenteiligen Ansicht, nämlich zur Bejahung der Geschäftsherrenhaftung gelangt. Dagegen erwecken die Gutachter den Eindruck, als stimme ihre Verneinung der Betriebsbezogenheit mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überein oder stehe ihr zumindest nicht entgegen. In Wahrheit hatte der 5. *Strafsenat* für den Kioskbetreiber die Geschäftsherrenhaftung bejaht, und vor allem führt er zur Begründung manches an, was sich problemlos auf die von Klerikern begangenen Missbrauchstaten übertragen lässt. Es lohnt sich deshalb, die Passage der Senatsentscheidung auf sich wirken zu lassen, weil sie die Voraussetzung der Betriebsbezogenheit für die Missbrauchsfälle aufs Förderlichste konkretisiert:

„Nach der Rspr. des BGH (BGH Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45 f.) kann sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter je nach den Umständen des Einzelfalls eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten von Mitarbeitern ergeben. [...] *Betriebsbezogen* ist eine Tat dann, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweist (BGH aaO, S. 46). [...] Dies war nach den Feststellungen des LG hinsichtlich des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln der Fall. Der Angekl. G hat Betäubungsmittel unter Nutzung der Verkaufs- und Lagerräume gleichsam in Erweiterung des legalen Geschäftsbetriebes an die Ladenkundschaft verkauft. Diese Geschäfte unter Einschaltung des Nichtrevidenten E waren Ausfluss seiner betrieblichen Tätigkeit als Verkäufer im Ladenlokal seines Bruders, was auch die Einbindung von Stammkundschaft in den Betäubungshandel belegt. Die Ausstattung der Räume (abgeklebte Scheiben) sowie die Art und Weise des Geschäftsbetriebes (hohe Frequenz, kurze Aufenthaltszeiten) erleichterten zudem das Durchführen illegaler Geschäfte.“⁴²

⁴⁰ *Gercke/Stirner/Zöller*, ZEIT, Beilage Christ & Welt v. 17.6.2021, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2021/25/katholische-kirche-sexueller-missbrauch-strafrecht-rechtssprechung-bundesregierung-debatte> (17.1.2023); der Autor *Mark Zöller*, selbst kein offizieller Gutachter, hatte den Kölner Gutachtern beim Erstellen des Gercke-Gutachtens beratend zur Seite gestanden.

⁴¹ *Gercke/Stirner/Zöller* (Fn. 40) verschweigen in ihrer Erwiderung auf die Kritiker, dass sie ihnen in puncto Organisationsherrschaft nunmehr zustimmen und unterstellen ihnen eine Verwechslung von Organisationsherrschaft und Betriebsbezogenheit. Wer die Kritik von *Scheinfeld/GadelRoßmüller* (Fn. 3) unbefangen liest, wird diese beiden Aspekte klar getrennt und keineswegs verwechselt finden. Es ist ein unangenehmes Merkmal des Gercke-Gutachtens und der Erwiderung von *Gercke/Stirner/Zöller*, dass Positionen angegriffen werden, die so niemand vertritt, vor allem darf man einen Fehler, den man beim Gegner beanstandet, nicht vorher selbst erfunden haben.

⁴² BGH, NSTZ 2018, 648; im Ergebnis zustimmend *Weigend*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van San/Rönnau/Schluckbier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 56; wohl auch *Nassif*, CCZ 2019, 97; ablehnend dagegen etwa *Gercke/Hembach*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl.

Zunächst ist markant, dass die Kölner Gutachter zu keinem Zeitpunkt einen konkreten Missbrauchsfall betrachten, obwohl der Bundesgerichtshof betont, dass die „Umstände des Einzelfalls“ entscheidend sind.⁴³ Bei Lektüre der Kiosk-Entscheidung des 5. Strafsenats aber wird mancher gläubige Katholik – wenn das Ausnutzen der Erleichterungen beschrieben wird („abgeklebte Scheiben“ und gut abgeschirmter Kiosk) – unwillkürlich die visuelle und akustische Abschirmung des Beichtgeschäfts im Beichtstuhl assoziieren. Und es dürfte jedem Leser der Entscheidung völlig klar sein: Wenn der eine Geschäftsherr für seinen Kiosk verantwortlich ist, weil der dem dort Angestellten die Tatbegehung erleichtert, dann ist der andere Geschäftsherr für seinen Beichtstuhl und seine Sakristei verantwortlich, die dem Priester die Tatbegehung erleichtern. Es ist schlechterdings nicht vorstellbar, dass der Bundesgerichtshof den Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Priesters verneinen würde für einen Fall, in dem der Priester seinen Messdiener im Beichtstuhl unter Ausnutzung dieser „doppelt abgeschirmten Geheimnisphäre“⁴⁴ missbraucht hat. Mit wem auch immer man unter dem Aspekt unseres Themas über diese Kiosk-Entscheidung spricht, ein jeder verweist auf den Beichtstuhl oder die Sakristei. Ausgerechnet die Gutachter, die sich monatelang mit den Sexualstraftaten der Kleriker beschäftigt haben, bei denen auch Beichtstuhl und Sakristei hier und da zumindest für die Anbahnung der Missbrauchstat eine Rolle gespielt haben,⁴⁵ soll dieser Gedanke nicht gekommen sein?

Der Bundesgerichtshof stellt für den Betriebsbezug auch auf die „Art und Weise des Geschäftsbetriebs“ ab und fragt dahingehend, ob sie die Begehung der Straftaten „erleichtern“. Man stelle sich nur einen Fall vor, in dem der Priester während der Beichte das Beichtkind auffordert, ihm doch mal vorzumachen, was es an unkeuschen Taten gebeichtet hat, wobei der Priester dann selbst masturbiert! Das Gercke-Gutachten schildert einen ähnlichen Verdachtsfall.⁴⁶ Nach Zöllner, Gercke und Kanzleikollegen besteht kein Betriebsbe-

zug im Sinne des Bundesgerichtshofs! Das Gegenteil liegt auf der Hand: Die priesterliche Autorität und die Abschirmung im Beichtstuhl erleichtern ersichtlich die Sexualstraftat, sie ist Ausfluss seiner priesterlichen Tätigkeit und der Priester des Beispiels begeht die Tat „gleichsam in Erweiterung des legalen Geschäftsbetriebs“, weil er ja so tut, als gehöre das, was er vom Beichtkind zu tun verlangt und was er dann selbst tut, zu seinem Beichtgeschäft dazu. Es steht obendrein jedem vor Augen, dass die Beichte sich besonders gut eignet, dem Opfer der Sexualstraftat die Pflicht zur Geheimhaltung auf die Seele zu binden, was, wie der Psychologe *Undeutsch* betont, ein bekanntes Charakteristikum allen sexuellen Missbrauchs von Kindern ist.⁴⁷

Handgreiflich gegeben ist der Betriebsbezug auch bei dem Missbrauch, den Kleriker an Internatskindern verübt haben. Eine dies aufzeigende Schilderung bietet *Winfried Ponsens*, dessen Eltern den zehnjährigen Sohn Klerikern im Internat Collegium Josephinum (Bonn) anvertraut hatten:

„Wenn wir im Haus oder auf dem Gelände einem der Pater begegneten, hatten wir mit leichter Verneigung zu grüßen: ‚Grüß Gott, Hochwürden.‘ Mich hatte vor allem Pater S. spielend unter seine Kontrolle gebracht. Sechs Jahre lang war er mein Präfekt, mein Erzieher. Er war der erste Erwachsene, der seine Versprechen hielt, zum Beispiel von meinen Eltern zu verlangen, regelmäßig Briefe zu schreiben. Ich schaute zu ihm auf, ich liebte und verehrte ihn. Er war aber auch der Erste, der mich demütigte, der Erste, der mir meine Würde nahm. Eines Nachts kam Pater S. an mein Bett im Gruppenschlafsaal, griff unter meine Decke und machte mir den ersten Samenerguss. Ich lag stocksteif da, atmete kaum und ließ mich vom rauschenden Gefühl des ersten Orgasmus überwältigen. Er flüsterte mir zu, dass ich jetzt ruhigen Gewissens schlafen könne, am nächsten Morgen solle ich noch mal zu ihm kommen. Er sagte mir dann, wenn er das mache, sei das keine Sünde. Und knöpfte mir gleich noch einmal die Hose auf. Danach tat er es immer und immer wieder. Jeden zweiten Tag musste ich zu ihm. Die anderen Jungs auch, manche weniger oft, andere mehr. Er rief uns einzeln zu sich. Gespräche, Verhöre. Auch Sexualaufklärung, so nannte er das. Wir mussten vor ihm masturbieren, bis kurz vor dem Orgasmus, dann sollten wir aufhören. Wir sollten trainieren, der Versuchung zu widerstehen. Ein Orgasmus war nur ‚erlaubt‘, wenn er ihn uns verschaffte. Untereinander sprachen wir nie darüber, was der Pater mit uns anstellte.“⁴⁸

Ihre Verneinung der Geschäftsherrenhaftung erstrecken die Kölner Gutachter auch auf solche Fälle. Dieses Ergebnis ist nur zu haben, wenn man die maßgeblichen Kriterien des 5. Strafsenats ignoriert.

und ihn ‚wohl während der Beichte‘ ‚sexuell missbraucht‘ haben.“

⁴⁷ Siehe bei *Putzke/Scheinfeld/Undeutsch/Klein*, ZStW 112 (2009), 607 (627).

⁴⁸ *Ponsens*, TAZ v. 5.12.2013, abrufbar unter <https://taz.de/Missbrauch-und-sexuelle-Revolution/!5053471/> (17.1.2023).

2020, § 13 Rn. 17; *Kretschmer*, StraFo 2012, 259 (262); *Wagner*, NZWiSt 2019, 365.

⁴³ Kritisiert schon von *Scheinfeld* im Interview mit *Wakonigg*, Humanistischer Pressedienst v. 9.6.2021, abrufbar unter <https://hpd.de/artikel/missbrauchsgutachten-stets-wirken-sich-maengel-zugunsten-bischoefe-19360> (17.1.2023).

⁴⁴ *Scheinfeld* im Interview mit *Wakonigg* (Fn. 43).

⁴⁵ Siehe dazu etwa den von *Scheinfeld/GadelRoßmüller* (Fn. 3) herausgestellten Fall: „Man betrachte nur die Schilderung eines im Alter von 14 bis 17 Jahren missbrauchten Mädchens aus dem Aktenvorgang 19 des Gercke-Gutachtens: In der Beichte hatte es sich dem Pfarrer anvertraut und von den Problemen berichtet, die der Alkoholismus der Mutter für die Familie mit sich brachte; zunächst tröstete der Pfarrer das Mädchen und baute Vertrauen auf, um dann übergriffig zu werden – von anfänglichem Umarmen übers Küssen, Griffen unters T-Shirt bis hin zum Geschlechtsverkehr. Unerschrocken schieben die Gutachter den Machtmissbrauch beiseite: kein Bezug zur priesterlichen Tätigkeit!“

⁴⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 423 f.: „Der Beschuldigte soll dem Betroffenen ‚zu nahe‘ gekommen sein

Ganz allgemein gesprochen ist schlicht zu konstatieren, was seit Aufkommen des Missbrauchsskandals jeder weiß: dass die Priester ihre Vertrauensstellung ausnutzen, um ihre Sexualstraftaten zu begehen.⁴⁹ Viele Eltern haben in den Jahren vor 2010 keinen Verdacht geschöpft, weil sie der Institution Katholische Kirche mit ihrem hohen moralischen Anspruch vollkommen vertrauten; das Vertrauen ging ja sogar so weit, dass die Eltern kindlicher Missbrauchstopfer diese bestrafen, wenn sie zu Hause Andeutungen zu einem übergreifigen Priester machten.⁵⁰ Kaum eine berufliche Anstellung konnte, aus den oben genannten Gründen, Sexualstraftaten an Kindern und Jugendlichen besser ermöglichen als das Priesteramt: besonderes Vertrauen der Eltern, Zugriff auf das Seelenleben der Kinder als Vertreter Gottes auf Erden und damit beste Voraussetzungen für manipulative Einflussnahme zur Ermöglichung, Erleichterung und Geheimhaltung von Vergewaltigungs- und sonstigen Missbrauchstaten.⁵¹

Wie die Kölner Gutachter es hätten richtig sehen müssen, wenn sie die Kriterien des Bundesgerichtshofs zur Betriebsbezogenheit von Straftaten nicht verdrängt hätten, machen die Münchener Gutachter vor, indem sie die ersichtlich einschlägigen Kriterien des 5. *Strafsenats* nicht unterdrücken, sondern anwenden:

„Bei Missbrauchshandlungen durch Priester handelt es sich nach den Erkenntnissen der Gutachter meist um solche, die spezifisch mit dem Nähe- und Vertrauensverhältnis zwischen Priester und Gläubigen verbunden sind. In einer Vielzahl von Missbrauchsfällen durch Kleriker, auch im Rahmen der von den hiesigen Gutachtern überprüften Sachverhalte, wird die Tat gerade dadurch möglich, jedenfalls aber signifikant erleichtert, dass der Täter gegenüber dem Opfer als Priester auftritt. [...] Hinzu tritt eine Vielzahl von Fällen, in deren Rahmen der Kleriker dem Opfer gegenüber als allein verantwortlicher Betreuer auftritt, beispielsweise im Rahmen von Ministrantenausflügen und kirchlichen Jugendfreizeiten. Die Stellung als Priester wird neben den günstigen objektiven Tatmodalitäten aber vor allem insofern ausgenutzt, als im Rahmen der Seelsorge das notwendige Vertrauen aufgebaut werden kann, um die Basis für sexuelle Kontakte zu schaffen. Bei den Opfern

handelt es sich nach den Erkenntnissen der Gutachter meist nicht um kirchenferne Personen, die zufällig mit dem Kleriker in Kontakt gekommen sind. Vielmehr sind die Opfer im Regelfall dergestalt ‚sozialisiert‘, dass sie ‚ihrem‘ Priester erheblichen Vertrauensüberschuss entgegenbringen, der in einigen Fällen an den der familiären Verbundenheit heranreicht. Insofern werden im Rahmen derartiger Missbrauchshandlungen die Wirkungsmöglichkeiten und Machtbefugnisse der priesterlichen Tätigkeit ausgenutzt.“⁵²

Diese verständige Umsetzung der obergerichtlichen Kriterien haben die Kölner Gutachter und ihr Berater *Zöller* nicht gekannt. Sie wurde erst später veröffentlicht. In der Sache setzen sie ihr etwas entgegen, was wiederum das Kriterium des 5. *Strafsenats* ignoriert. Gemeint ist der Verweis darauf, dass die Straftaten des Untergebenen, um die Geschäftsherrenhaftung auszulösen, nicht außerhalb des Betriebs „genauso“ hätten begangen werden können; gerade dies soll aber bei den Missbrauchsfällen anzunehmen sein, weshalb sie nur bei Gelegenheit der beruflichen Tätigkeit begangen worden seien.⁵³ Zu diesem Argument, das die Kölner Gutachter auch in einer weiteren Stellungnahme anbringen, sagt *Scheinfeld*:

„Zudem trägt die Stellungnahme die Züge einer neuerlichen Verschleierung der eigentlichen Rechtsprechungssicht. Es ist ja so, dass die Rechtsprechung die Pflicht zum Einschreiten des Geschäftsherrn dann bejaht, wenn die berufliche Position des Angestellten diesem seine Tatbegehung erleichtert. Wie im genannten Kioskfall. In solchen Fällen ist es aber gerade nicht so, wie die Gutachter behaupten, dass die Tat *genauso* außerhalb des Betriebs begangen werden könnte. Wenn der Priester sich dem Messdiener in der Abgeschiedenheit der Sakristei aufdrängt unter der Drohung, ihn von der Messdienerschaft auszuschließen, sollte er sich nicht fügen, dann kann diese Tat ersichtlich nicht außerhalb der Kirche an einem fremden Kind *genauso* begangen werden. So liegt es auch bei den Drogengeschäften in besagtem Kioskfall: Der Kioskangestellte könnte seine Drogen auch im Park verkaufen, aber eben nicht *genauso*, nicht unter Ausnutzung der Erleichterungen, die ihm die Anstellung bietet. Das liegt einigermaßen auf der Hand. Und für die Missbrauchsfälle gilt dasselbe.“⁵⁴

⁴⁹ Vgl. zu solch ganz konkreten Vorwürfen auch Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 335: „Darüber hinaus liege der Verdacht nahe, dass er ‚seine Vertrauensstellung als Seelsorger mißbraucht hat und weiterhin mißbraucht‘“, und S. 560 f.: „Im Rahmen dieser Wochenendbesuche wurde aus dem anfänglichen Vertrauensverhältnis durch Vergünstigungen allgemeiner Natur, wie Geschenke pp., ein Abhängigkeitsverhältnis geschaffen, in dessen Rahmen es dann wiederholt zu sexuellen Handlungen, bis hin zum Analverkehr, kam.“ Siehe noch S. 481, 540.

⁵⁰ *Wawatschek*, Deutschlandfunk v. 16.1.2020, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/zehn-jahre-missbrauchsskandal-ein-pfarrer-tut-so-etwas-nicht-100.html> (17.1.2023).

⁵¹ Vgl. auch bei *Lüdecke*, Münchener Theologische Zeitschrift 62 (2011), 33 (34).

⁵² *Westphal/Spilker/Wastl*, Sexueller Missbrauch Minderjähriger und erwachsener Schutzbefohlener durch Kleriker sowie hauptamtliche Bedienstete im Bereich der Erzdiözese München und Freising von 1945 bis 2019 – Verantwortlichkeiten, systemische Ursachen, Konsequenzen und Empfehlungen, 2022, S. 123 f., abrufbar unter <https://westpfahl-spilker.de/wp-content/uploads/2022/01/WSW-Gutachten-Erzdiocese-Muenchen-und-Freising-vom-20.-Januar-2022.pdf> (17.1.2023).

⁵³ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 160 ff.; *Gerckel Stirner/Zöller* (Fn. 40).

⁵⁴ *Scheinfeld* im Interview mit *Wakonigg* (Fn. 43). *Hervorhebungen* im Original.

Mit anderen Worten: Die Verfasser des Gercke-Gutachtens wenden gegen die Bejahung der Betriebsbezogenheit klerikaler Sexualstraftaten etwas ein, was, wenn es gelten würde, den 5. Strafsenat zur Verneinung der Geschäftsherrenhaftung auch gerade im Kiosk-Fall hätte bewegen müssen. Da diese obergerichtliche Entscheidung anders ausgefallen ist, muss besagter Einwand der Kölner Gutachter – was er ja denn auch ganz offensichtlich tut – die Sicht des Bundesgerichtshofs verfehlen.

In doppelter Hinsicht kopfschüttelnd steht man vor dem Einwand der Kölner Gutachter und ihres Beraters Zöller, dass die Kleriker ihre Sexualstraftaten an Kindern der Gemeinde zwar in der Regel über ihre berufliche Stellung angebahnt hätten, die Begehung der Taten dann aber zumeist in der Freizeit stattgefunden habe. Ich lasse die Frage beiseite, ob ein Priester nach seinem Selbstverständnis und nach dem Selbstverständnis der Katholischen Kirche überhaupt je einem Gemeindeglied als ein Bürger in seiner Freizeit gegenübertritt oder ob der Priester im Umgang mit Gemeindegliedern nicht vielmehr „immer im Amt“ ist, sondern konzentriere mich stattdessen auf zwei bemerkenswerte Aspekte der Argumentation. Die Behauptung der Gutachter ist nämlich zum einen schlicht nicht wahr. Dies weist das Gercke-Gutachten klar aus, weil sich gemäß der dort vorgenommenen Einordnung der Fälle nach dem „Kontext der Tatbegehung“ rechnerisch ergibt, dass nach der fürs Gutachten insgesamt zugrunde gelegten Verdachtslage umgekehrt die meisten Sexualstraftaten der Kleriker (57 %) im kirchlichen Kontext begangen worden sein sollen: Kinder-/Jugendbetreuung (18 %), Internat-/Heimunterbringung (11 %), Schule/Unterricht (12 %), Ausflüge-/Ferienfreizeit (9 %) und sonstiger kirchlicher Kontext (7 %).⁵⁵ Zum anderen ist es schon ein auffälliger und kurioser Fehlschluss, wenn man wegen des Umstandes, dass etwas weniger als die Hälfte der Sexualstraftaten räumlich außerhalb des Kirchenkontextes begangen worden ist (etwa außerhalb des Pfarrhauses in der Privatwohnung des Klerikers), den Betriebsbezug für sämtliche klerikalen Missbrauchstaten verneint. Den im kirchlichen Internat begangenen klerikalen Straftaten soll deshalb der Betriebsbezug fehlen, weil viele andere Straftaten in „Privaträumen“ des Klerikers begangen worden sind?

Nach allem ist, was der 5. Strafsenat in der Kiosk-Entscheidung zur Geschäftsherrenhaftung anführt, für die klerikalen Missbrauchsfälle sehr einschlägig: der Umstand, dass die berufliche Stellung die Begehung der Tat erleichtert hat.⁵⁶ Das hat den Kölner Gutachtern offenbar nicht zugesagt, weshalb sie diese Konkretisierung der Betriebsbezogenheit nicht anführen. Dabei war ihnen die Entscheidung des 5. Strafsenats sehr wohl bekannt. Das belegt zum einen das vorherige Verweisen auf diese Kiosk-Entscheidung als ein Beispiel ausnahmsweiser Annahme einer Geschäftsherrenhaftung;⁵⁷ zum andern hat Björn Gercke eben diese Entscheidung zuvor in seiner Gesetzeskommentierung im AnwaltKommentar als

zu weitgehend kritisiert,⁵⁸ also darüber nachgedacht. Man muss sich zum Kiosk-Fall und dem vom Bundesgerichtshof präferierten Kriterium der „Erleichterung der Tatbegehung“ durch die Stellung im Betrieb klarmachen: Die Kölner Gutachter nehmen zur Darlegung der Rechtslage den Sachverhalt einer BGH-Entscheidung, verneinen für ihn eine Geschäftsherrenhaftung, und dass der BGH das anders sieht, wird verschwiegen.

(b) Eine andere Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Geschäftsherrenhaftung wird im Gercke-Gutachten immerhin näher berücksichtigt, die Bauhof-Entscheidung.⁵⁹ Der 4. Strafsenat hatte zu entscheiden über eine Garantenstellung des Vorarbeiters einer Baukolonne des städtischen Bauhofs, der bei mehreren Gelegenheiten, obwohl anwesend, nicht eingeschritten ist gegen gefährliche Körperverletzungen, die Mitarbeiter seiner Kolonne an einem Arbeitskollegen einer anderen, seiner Verantwortung nicht unterliegenden Kolonne begangen haben. Der Senat verneint den inneren Zusammenhang (Betriebsbezogenheit) der Körperverletzungen mit der betrieblichen Tätigkeit der Aktivtäter (der zu Tätern gewordenen Kolonnenmitarbeiter); zur Begründung verweist der Senat darauf, dass „insbesondere [...] den Mitangeklagten die Schikanierung des Geschädigten weder als Teil der ‚Firmenpolitik‘ – etwa um einen unliebsamen Mitarbeiter zum Verlassen des Unternehmens zu bewegen – von der Betriebsleitung aufgetragen worden“ war, „noch nutzten die Mitangeklagten ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumte arbeitstechnische Machtbefugnisse zur Tatbegehung aus“.⁶⁰ Deutlicher formuliert: „noch nutzten die Mitangeklagten arbeitstechnische Machtbefugnisse, die ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumt waren, zur Tatbegehung aus“.

Die Kölner Gutachter wollen diese BGH-Entscheidung nun in einer Weise interpretiert wissen, die von dem obergerichtlichen Judikat in der Sache nichts übrig lässt. Man liest dazu im Gercke-Gutachten:

„Zwar wurden die fraglichen Taten unter Ausnutzung der Wirkungsmöglichkeiten der Stellung eines Klerikers begangen, da die Anbahnungen regelmäßig im Rahmen der kirchlichen oder seelsorgerischen Tätigkeiten stattfanden. Jedoch sind sexuelle Missbrauchstaten keine speziell der

⁵⁸ Gercke/Hembach (Fn. 42), § 13 Rn. 17.

⁵⁹ BGHSt 57, 42 = HRRS 2012, Nr. 74.

⁶⁰ BGHSt 57, 42 (47 Rn. 15). Dem Ansatz des BGH stimmen aus der Literatur etwa zu (teils mit weiterem Verständnis der Betriebsbezogenheit): Dannecker, NZWiSt 2012, 441; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 13 Rn. 69; Jäger, JA 2012, 392; Ladiges, Soziales Recht 2013, 29; Lindemann/Sommer, JuS 2015, 1057; Pokuntke, CCZ 2012, 157; Rönnau, JuS 2022, 117; Roxin, JR 2012, 305; Wagner, ZJS 2012, 704; Weigend (Fn. 42), Rn. 56; teils kritisch Bülte, NZWiSt 2012, 176; Schlösser, NZWiSt 2012, 281; den Ansatz des BGH lehnen wegen der Eigenverantwortlichkeit des Aktivtäters etwa ab: Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1190 m.w.N.; die Einschränkung der Betriebsbezogenheit gänzlich ablehnend Kuhn, wistra 2012, 297.

⁵⁵ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 52–54.

⁵⁶ BGH, NStZ 2018, 648; dazu schon Scheinfeld im Interview mit Wakonigg (Fn. 43).

⁵⁷ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 159 mit Fn. 212.

kirchlichen oder seelsorgerischen Tätigkeit eines Priesters im Erzbistum Köln anhaftende Gefahr. Die aktuelle Debatte um Missbrauchsfälle im Turn- und Schwimmsport zeigt vielmehr auf, dass sich vergleichbare Taten auch in anderem Kontext ereignen können. Das lässt darauf schließen, dass strukturelle Probleme, Autoritätsstellungen oder Machtstrukturen wesentliche Faktoren zur Begünstigung sexuellen Missbrauchs sind und es sich inhaltlich nicht um eine spezifisch der kirchlichen oder seelsorgerischen Tätigkeit anhaftende Gefahr handelt. Auch sexuelle Übergriffe bei Kirchenfreizeiten, Messdienerfahrten oder beim Umkleiden in der Sakristei entspringen allein der kriminellen und triebhaften Energie des jeweils beschuldigten Klerikers und sind mit seinen kirchlichen Tätigkeitsfeldern gerade nicht spezifisch verbunden. Vielmehr nutzen Beschuldigte in solchen Fällen allenfalls (vermeintlich günstige) Tatgelegenheiten, die ihnen ihre Stellung als Kleriker ermöglicht. Dies kann aber auch außerhalb des kirchlichen Bereichs entsprechend bei Trainern, Lehrern, Leitern von Jugendgruppen, Dienstvorgesetzten oder Leitungspersonen privatwirtschaftlicher Unternehmen ebenso vorkommen. [...] Solche Taten weisen deshalb keinen inhaltlichen Bezug zum klerikalen Aufgabenbereich auf, weil sie bei hypothetischer Betrachtung auch außerhalb des kirchlichen Kontextes hätten geschehen können.⁶¹

Dies ist nun eine wahrhaft groteske Verirrung. Zunächst: *Scheinfeld/Gadel/Roßmüller* werfen den Kölner Gutachtern mit Recht vor, die Entscheidung selektiv auszuwerten, und richten an dieser Stelle einen genauen Blick auf die Verschiebung der Maßstäbe:

„Erkennt Gercke ‚Autoritätsstellungen‘ und ‚Machtstrukturen‘ zunächst noch ausdrücklich als Faktoren an, die sexuellen Missbrauch begünstigen, so verschiebt er dann fein leise die Kriterien hin zu dem Erfordernis, dass die Gefahr ‚spezifisch‘ (im Sinne von ‚ausschließlich‘) der Kirche anhaftet. Die gegenläufige, richtige und sich aufdrängende Schlussfolgerung, dass ein Ausnutzen von beruflicher Autorität und Macht sowohl beim Priester in der Kirche als auch beim Trainer im Sportverein den ‚inneren Zusammenhang‘ zur Tätigkeit begründet, zieht Gercke erstaunlicherweise nicht. Aber will er wirklich vertreten, dass der innere Zusammenhang zur beruflichen Position fehlt, wenn der Trainer seine 13-jährige Leistungsturnerin zum Geschlechtsverkehr nötigt mit der Drohung, sie bei Weigerung zukünftig nicht mehr für die Riege aufzustellen? In Wahrheit liegt der nötige innere Zusammenhang auf der Hand. Der Bundesgerichtshof bejaht ihn insbesondere, wenn der Täter die durch seine ‚Stellung im Betrieb eingeräumten Machtbefugnisse zur Tatbegehung‘ ausnutzt. Nach Gercke aber dürfte das überhaupt keine Geltung beanspruchen, denn ein Ausnutzen der beruflichen Machtstellung kann es in jedem Betrieb geben, ist

also nicht einem Betrieb exklusiv vorbehalten, ist nicht in Gerckes Sinn ‚spezifisch‘.“⁶²

Mit anderen Worten: Die Kölner Gutachter geben der Entscheidung des 4. *Strafsenats* einen Sinn, der dazu führt, dass eine Geschäftsherrenhaftung *niemals* bejaht werden dürfte. „Arbeitstechnische Machtbefugnisse“, „Autoritätsstellungen“ und „Machtstrukturen“ gibt es in jedem Betrieb. Wer ihr Ausnutzen für die Tatbegehung – wie die Kölner Gutachter – nur dann zur Einstandspflicht des Geschäftsherrn des Aktivtätlers führen lassen will, wenn diese Faktoren *ausschließlich* in dem betreffenden Betrieb (hier: der Kirche) bestehen, verkehrt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ins Gegenteil. Das springt sofort ins Auge, wenn man die von den Gutachtern akzeptierten Fälle der Betriebsbezogenheit (und daraus folgender Geschäftsherrenhaftung) heranzieht. „Typische Fälle“, heißt es im Gercke-Gutachten, „sind Bestechungsdelikte oder Betrugstaten gegenüber Unternehmenskunden“.⁶³ Aber warum sind sie das? Der Geschäftsherr des Anlagebetrügers kann doch für das Bestreiten seiner Einstandspflicht darauf verweisen, dass Betrugereien gegenüber Kunden auch in anderen Betrieben vorkommen (z.B. im Gebrauchtwagenhandel), die Betrugsgefahr sei nicht im Sinne der Gutachter „spezifisch“ mit seinem Betrieb verbunden; und der Geschäftsherr des korrupten Prokuristen könnte ganz im Sinne der Kölner Gutachter einwenden, Bestechung im Geschäftsverkehr sei überall möglich und hafte nicht spezifisch seinem Betrieb an. Dass die Geschäftsherren damit keine triftigen Einwände gegen ihre Einstandspflicht erheben, ist klar und liegt der für solche Fälle akzeptierten Bejahung zugrunde. Genauso klar ist dies aber in Bezug auf das Faktum, dass Sexualstraftaten in anderen Betrieben ebenfalls unter Ausnutzung der Autoritätsstellung und der mit der Anstellung verbundenen Macht begangen werden. Die Geschäftsherren der Sexualstraftäter können sich aus ihrer Verhinderungspflicht nicht mit dem Hinweis stehlen, dass Vergewaltigungen anderswo ebenfalls unter Ausnutzung betrieblicher Macht begangen werden.⁶⁴ Ich wage zu sagen: Die Haftung der Geschäftsherren in den genannten „typischen Fällen“ zu bejahen, sie aber für den Bischof generell zu verneinen, wenn seine Untergebenen Sexualdelikte begehen, ist nach der den Bischof entlastenden Begründung so eklatant widersprüchlich, dass die Gutachter es selbst gemerkt haben müssen.

Schließlich dürfte auch jeder, der nicht die Augen verschließt, leicht sehen, was dabei herauskommt, wenn man die beiden hier behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zusammenliest: Das Kriterium des 4. *Strafsenats* im Bauhof-Fall (Ausnutzen einer betrieblichen Machtstellung) und dasjenige des 5. *Strafsenats* im Kiosk-Fall (die Anstellung erleichtert die Straftatbegehung) führen allemal dann zur Bejahung der Betriebsbezogenheit und der Geschäftsherrenhaf-

⁶² *Scheinfeld/Gadel/Roßmüller* (Fn. 3).

⁶³ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 160.

⁶⁴ Zur Bauhof-Entscheidung siehe auch *Kudlich*, HRRS 2012, 178 (179 f.), dessen verständige Interpretation die Kölner Gutachter nicht diskutieren und nicht einmal in der Fußnote erwähnen.

⁶¹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 162, mit Verweis auf BGHSt 57, 42 (47 Rn. 15).

tung, wenn das Ausnutzen einer betrieblichen Machtstellung die Straftatbegehung erleichtert. *Gercke/Stirmer/Zöller* sagen selbst: In Missbrauchsfällen sei „ein strukturelles Machtgefälle vom Missbrauchstäter zum Missbrauchsoffer häufig der entscheidende kriminalitätsbegründende Faktor“.⁶⁵ Also erleichtert das Machtgefälle zwischen Kleriker und Opfer die Tatbegehung und erfüllt eben jenes Kriterium des Bundesgerichtshofs, das die Kölner Gutachter verschwiegen haben. Denn dies gerade ist das Charakteristikum klerikalen Missbrauchs, dass die Kleriker, denen die Kinder und Jugendlichen – als Spezifikum des Betriebs Kirche zur Seelsorge und Betreuung – anvertraut worden sind, für die Tatbegehung ihre Vertrauens- und Autoritätsstellung ausnutzen sowie weitere Taterleichterungen nutzen, die ihnen das Priesteramt bietet (etwa zum Gefügigmachen des Opfers und zur Gewährleistung der Verschwiegenheit des Opfers als vorweggenommene Stravereitelung).⁶⁶

Nach der nächstliegenden Interpretation der obergerichtlichen Judikate begründet also ein Ausnutzen der Priestermacht gegenüber den minderjährigen Opfern immer die Geschäftsherrenhaftung der Bischöfe und ihre Abwendungspflicht. Die Gutachter betonen selbst, das „strukturelle Machtgefälle“ sei der „entscheidende kriminalitätsbegründende Faktor“. Dem Täter diese entscheidende, taterleichternde Macht verliehen hat der Anstellungsbetrieb, das heißt das Bistum, in welchem der Bischof ihn als Priester eingesetzt hat. Darum müssen die kirchlichen Verantwortungsträger die aus ihrer Machtübertragung resultierenden Gefahren abwenden. Weil das „Machtgefälle“ so entscheidend ist, darf es nicht ankommen auf vergleichsweise nebensächliche Umstände wie den Ort der Tatbegehung. Vielmehr muss die Geschäftsherrenhaftung immer dann greifen, wenn der „entscheidende kriminalitätsbegründende Faktor“ wirksam wird. Das ist fast immer der Fall, wenn der Täter seinem Opfer als Priester begegnet. So bekommt der Messdiener oder das Beichtkind die Autoritätsmacht seines Pfarrers auch dann zu spüren, wenn dieser zum Besuch in der Privatwohnung oder zum gemeinsamen Spaziergang im Wald auffordert – vorgeblich um ein seelsorgerisches Gespräch zu führen.⁶⁷

⁶⁵ *Gercke/Stirmer/Zöller* (Fn. 40).

⁶⁶ Siehe oben im Text vor Fn. 46.

⁶⁷ Es ist erst die Vertrauensstellung des Priesters, die eine Vereinzelung des Missbrauchsoffers ermöglicht und so die Tatbegehung erleichtert. Ablesen lässt sich das beispielsweise im Fall des Missbrauchsoffers Georg Menne, vgl. *Polonyi*, Spiegel v. 5.8.2022, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/sexuelle-gewalt-in-der-katholischen-kirche-er-verehrte-ihn-wie-einen-vater-a-e113abf6-0cef-4e96-a8a0-5dad529f7036> (17.1.2023):

Menne wurde ab seinem elften Lebensjahr von seinem Priester über Jahre vergewaltigt. Die meisten Taten beging der Priester in einem Haus in der Eifel, in dem er Ministranten-Freizeiten abhielt, wohin die Eltern der Opfer diese ihrem Täter anliefernten. Es kann schlechterdings für den Betriebsbezug der dort begangenen Taten des Priesters nicht darauf ankommen, ob das Haus von der Kirche oder vom Priester bereitgestellt wurde.

Nach allem ergibt sich auch aus der Bauhof-Entscheidung des 4. Strafsenats für Fälle klerikalen Missbrauchs gegenüber kindlichen Gemeindemitgliedern klar die Betriebsbezogenheit der Missbrauchstaten und die grundsätzliche Geschäftsherrenhaftung der Bischöfe; allemal gilt dies für die Mehrheit der Kölner Verdachtsfälle, weil sie sogar im kirchlichen Kontext begangen worden sind (Internat, Messdienerbetreuung etc.).⁶⁸ Jedenfalls für diese Mehrzahl der Fälle verfehlen die Kölner Gutachter daher recht offenkundig die obergerichtliche Rechtsprechung.

(c) Die volle Wahrheit erfährt der Leser des Gercke-Gutachtens auch nicht, wo es darum geht, ob die Kenntnis wiederholter Taten, die bei Gelegenheit der Berufsausübung begangen wurden, eine Garantienpflicht des Erzbischofs auslöst.⁶⁹ Richtig ist, dass der 4. Strafsenat dem „iterativen Moment“ entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts grundsätzlich und allein keine solche Kraft beimisst.⁷⁰ Die Kölner Gutachter legen aber nicht offen, dass der Senat eine Einschränkung formuliert: „Damit würde das Merkmal der Betriebsbezogenheit jedoch jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden überdehnt.“⁷¹ Und obendrein muss im Gercke-Gutachten für die Irrelevanz des iterativen Moments in der Fußnote *Fischer* als Referenz erhalten, sodass der Eindruck entsteht, auch der frühere Vorsitzende des 2. Strafsenats sehe es wie die Gutachter. Doch liest man bei *Fischer* am Ende der einschlägigen Randnummer: „Das mag in *Ausnahmefällen* anders sein; etwa wenn wiederholte Vorfälle die Gefahr von Taten solcher Art nahe legen und dies dem Betriebsinhaber bekannt ist (zB sexuelle Übergriffe oder Gewalttätigkeiten im Rahmen der Arbeit).“⁷² Das Gercke-Gutachten suggeriert dagegen in puncto „wiederholte Taten“ die völlige Übereinstimmung mit Bundesgerichtshof und Gesetzeskommentator, obwohl sie jeweils Ausnahmen für möglich erachten, *Fischer* sogar explizit für die zu begutachtende Deliktgruppe sexueller Übergriffe.

(d) Gerade in Bezug auf klerikale Tatserien (iteratives Moment), aber auch allgemein hätte es sehr nahegelegen, den Körperschaftsstatus des Erzbistums einzubeziehen. Die Kölner Gutachter versäumen das, obwohl sie den Status der Kirche als Körperschaft des Öffentlichen Rechts bei der Stravereitelung im Amt bedenken.⁷³ Und gerade dieser Status könnte dazu führen, dass die vom 4. Strafsenat angedeutete Ausnahme greift, dass es sich um einen Fall handelt, in dem die Betriebsbezogenheit bei iterativer Begehung nicht überdehnt wird. Mit dem Körperschaftsstatus der Katholischen Kirche einher gehen nämlich besondere Pflichten zur Rechtstreue ihrer Verantwortungsträger: „Die Zuerkennung des Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts bindet sie

⁶⁸ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 52–54.

⁶⁹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 163.

⁷⁰ BGHSt 57, 42 Rn. 18.

⁷¹ BGHSt 57, 42 Rn. 18.

⁷² *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 13 Rn. 69 (*Hervorhebungen* im Original); die Textpassage findet sich in *Fischers* Kommentar schon in der Voraufgabe und noch in der aktuellen.

⁷³ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 167.

[...] an die Achtung der fundamentalen Rechte der Person, die Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist.“⁷⁴ Es ließe sich daher sowohl in Bezug auf eine Ausnahme für Tatserien als auch ganz allgemein argumentieren, dass die Betriebsbezogenheit bei Kirchen aufgrund besagter Pflicht zum Schutze der Würde und zur Achtung sonstiger fundamentaler Rechte ihrer (besonders schutzbedürftigen minderjährigen) Gläubigen schärfer ausgelegt werden muss als bei anderen „Betrieben“.⁷⁵ Das hätten die Kölner Gutachter bedenken und bewerten sollen.

bb) Ingerenzgarantenstellung (Einstandspflicht aus „gefährlichem Vorverhalten“)

Die Möglichkeit der Garantienpflicht aus pflichtwidrigem Vorverhalten bejaht das Gutachten in gewissen engen Grenzen. Es heißt zusammenfassend: „Eine Strafbarkeit aus Ingerenz kommt dementsprechend in solchen Fallkonstellationen in Betracht, in denen ein Verantwortungsträger eine spezielle Schutzpflicht verletzt hat (ab dem 1.2.2003) und sodann eine neue Missbrauchstat begangen wird, die gerade auf der vormaligen Pflichtverletzung beruht.“⁷⁶ Eine solche spezielle Schutzpflicht haben – nach den Gutachtern – erst die Leitlinien der deutschen Bischofskonferenz von 2002 statuiert.⁷⁷ Bezogen auf die Ingerenzgarantenpflicht stellt das Gutachten folgende weitere Voraussetzungen auf: „Vor diesem Hintergrund kommt eine Garantienstellung der Verantwortungsträger des Erzbistums Köln von vornherein nur in solchen Fällen in Betracht, in denen in Bezug auf einzelne Beschuldigte im Laufe der Jahre mehrere Verdachtsanzeigen eingegangen sind. Sofern es dann bei der Behandlung vorangegangener Verdachtsfälle von sexuellem Missbrauch zu Pflichtenverstößen – insbesondere im Hinblick auf die von den Gutachtern definierten Pflichtenkreise nach kanonischem Recht – gekommen ist, könnten diese als pflichtwidriges gefährdendes Vorverhalten einzustufen sein. Die mögliche Folge wäre für spätere Fälle die Begründung einer Garantienstellung aus Ingerenz.“⁷⁸

Positiv zu vermerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Gutachter den Gedanken des § 25 JArbSchG aufgreifen

⁷⁴ BGHZ 148, 307 (311) = NJW 2001, 3537; zu dem Amtshaftungsanspruch, resultierend aus dem Körperschaftstatus der Bischöfe, näher *Gerecke/Roßmüller*, NJW 2022, 1911; *Jaeger*, VersR 2022, 1129; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Gutachten 144/10 („Haftung der Kirchen in sexuellen Missbrauchsfällen“), abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/413890/2c763f7449ab65fbd8a30f26ab94ff3/WD-3-144-10-pdf-data.pdf> (17.1.2023).

⁷⁵ So handelte es sich in BGHSt 54, 44, wo die rechtliche Einstandspflicht bejaht wurde, beim „Anstellungsbetrieb“ mit der Berliner Stadtreinigung um eine Anstalt des Öffentlichen Rechts (dazu *Rotsch*, ZJS 2009, 712 [717]; diesen Aspekt weist etwa *Spring*, GA 2010, 222 [225], zurück).

⁷⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 166.

⁷⁷ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 166 – die Leitlinien sind 2003 in Kraft getreten.

⁷⁸ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 164.

und ihn bei den Rechtswirkungen der Leitlinie von 2003 fruchtbar machen, indem sie anhand dieser gesetzlichen Wertung das Ermessen eines Bischofs kirchenrechtlich auf null reduziert und ihn zum Einschreiten verpflichtet sehen in Fällen qualifizierten Tatverdachts.⁷⁹ Doch ist ihr Verständnis der Leitlinie mit der Folge einer allein möglichen Ingerenzgarantenstellung (§ 13 Abs. 1 StGB) unplausibel und führt zu untragbaren Differenzierungen. Wenn nach den Gutachtern die Leitlinien des Jahres 2003 die Kraft haben, eine rechtliche Einstandspflicht des Bischofs zu begründen, dann haben die Leitlinien diese Kraft nicht erst nach einem ersten Verstoß gegen die statuierten Pflichten und für die Zukunft, sondern sie haben diese Kraft sofort. Das folgt schon aus dem Gedanken, dass eine solche Ingerenzgarantenstellung nur aus einer Norm folgen kann, deren Schutzzweck es ist, die entsprechende Rechtsgutsverletzung zu verhindern (Schutzzweckzusammenhang).⁸⁰ Angenommen, der Bischof besucht spontan und unangekündigt eine Gemeinde und wird im dunklen Kirchenschiff zufällig Zeuge, wie der Gemeindepfarrer, der sich unbeobachtet glaubt, einem Messdiener die Hose auszieht, um ihn sexuell zu missbrauchen. Dann muss der Bischof, wenn er denn rechtlich überhaupt auf Basis des kanonischen Rechts strafrechtlich zum Verhindern von Sexualstraftaten verpflichtet werden kann, auch sofort zum Eingreifen verpflichtet sein. Es gibt schlicht keinen Sachgrund, seine Handlungspflicht erst nach pflichtwidrigem Unterlassen von Schutzmaßnahmen zu bejahen. Auch das kanonische Recht will ja sämtliche verhinderbaren Missbrauchsfälle verhindern, nicht erst solche *nach* Pflichtverletzung eines Bischofs. An der Pflicht des Bischofs zum sofortigen Einschreiten ändert sich nun aber nichts, wenn er nicht wie im Beispiel am Tatort des Missbrauchs, sondern in seinem Amtssitz glaubhaft von drohenden Sexualstraftaten eines Priesters erfährt.

Der Ansatz der Gutachter zur Ingerenzgarantenstellung ist aber auch in seiner konkreten Anwendung fehlerhaft, wenn sie spezielle kirchenrechtliche Bischofspflichten zum Rechtsgüterschutz erst den Leitlinien von 2003 entnehmen.⁸¹ Um das zu erkennen, hätten die Kölner Gutachter nur in den kirchenrechtlichen Teil ihres Gutachtens schauen müssen, wo sie selbst die Existenz einer einschlägigen Norm schon für das Jahr 1983 benennen: „Im Kirchenrecht existiert mit dem fahrlässigen Amtsmissbrauch (can. 1389 § 2 CIC/1983) ebenfalls eine Form der Unterlassungsstrafbarkeit. Entscheidend ist danach, ob die Handlung kirchlicher Gewalt, eines kirchlichen Dienstes oder eine kirchliche Aufgabe unrechtmäßig unterlassen wurde.“⁸² Dazu schreibt der Kirchenrechtler *Lüdecke*: Den „fahrlässigen Amtsmissbrauch (c. 1389 § 2) [...] begeht z.B. ein Bischof, der jemandem Schaden zufügt, indem er erforderliche Amtshandlungen unterlässt.“⁸³ Also existiert kirchenrechtlich jedenfalls schon seit 1983 eine strikte Auf-

⁷⁹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 302 f.

⁸⁰ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 60), Rn. 1196 – unter Verweis auf BGHSt 37, 106 (115 f.); BGH NSZ 2008, 276 (277).

⁸¹ So schon *Scheinfeld/Gadel/Roßmüller* (Fn. 3).

⁸² Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 301.

⁸³ *Lüdecke*, Münchener Theologische Zeitschrift 62 (2011), 33 (57).

sichts- und Verhinderungspflicht des Bischofs. Daraus ergibt sich direkt eine strafrechtliche Einstandspflicht der Bischöfe: „Ihre rechtliche Verantwortlichkeit ist – mit dem Bundesgerichtshof gesprochen – nur die ‚notwendige Kehrseite‘ der gegenüber der Kirche (im Interesse potenzieller Opfer) übernommenen Pflicht, Straftaten zu vermeiden.“⁸⁴ Auf die Handlungspflicht aus can. 1389 § 2 CIC/1983 geht das Gercke-Gutachten dort, wo es das staatliche Strafrecht behandelt, nicht ein, obwohl die Handlungspflicht bei Lüdecke, dessen Begründung die Gutachter rezipiert haben, in erfreulicher Klarheit ausbuchstabiert ist. Die Kölner Gutachter, dies erweist sich hierin erneut, betreiben selektive Auswertung einschlägiger Literatur und selektive Verwertung von Erkenntnissen.

b) Beschützergarantenstellung

Da nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Bischöfe, bezogen auf fast alle vermeidbaren klerikalen Sexualstraftaten, eine rechtliche Einstandspflicht aus dem Gedanken der Geschäftsherrenhaftung besteht, spielt die Frage nach einer Beschützergarantenstellung objektiv betrachtet eine untergeordnete Rolle. Für die Gutachter hingegen, die keine Geschäftsherrenhaftung annehmen wollen, sondern stattdessen nur in seltenen Fällen eine Ingerenzhaftung, war die Frage der Beschützergarantenstellung gleichermaßen wichtig, weil sich ihnen unter diesem Aspekt viel weitergehend eine Einstandspflicht ergeben konnte.

Die Beschützergarantenstellung des Bischofs wird nach oberflächlicher Betrachtung verneint. Es fehle die dafür „nötige Abhängigkeit des Opfers von der Schutzbereitschaft“ des Bischofs und die erforderliche „persönliche Verbundenheit“ zwischen „den Verantwortungsträgern des Erzbistums Köln und den einzelnen Gemeindemitgliedern“: „Akteure wie der Erzbischof, der Generalvikar oder der Leiter der Hauptabteilung Seelsorge-Personal“, schreiben die Gutachter, „haben auch weder vertraglich noch tatsächlich besondere Verantwortung für die Missbrauchsopfer übernommen, die über ihren Status als Gemeindemitglieder hinausgeht.“⁸⁵ Damit bleiben die Gutachter wiederum ganz im Abstrakten. Betrachtet man hingegen konkrete Situationen, in denen gläubige Kinder Opfer klerikalen Missbrauchs werden, drängen sich Fragen auf, die das Gercke-Gutachten nicht stellt: Soll mit der Aufnahme eines Zehnjährigen ins katholische Internat⁸⁶ kein zumindest konkludentes Obhutsversprechen

der Kirche als Institution verbunden sein, den Jungen über das Wirken ihrer Leitungsverantwortlichen vor vermeidbaren Verbrechen zu schützen? Gilt dasselbe für Ferienlager? Für die Messdienerschaft? Für die Beichte? Allgemein ließe sich fragen, ob es nicht grob widersprüchlich ist und deshalb von den Eltern der Kinder so nicht verstanden werden kann, dass die Katholische Kirche einerseits ein Kernanliegen in der seelsorgerischen Begleitung des gläubigen Menschen sieht, andererseits sich rechtlich nicht verpflichtet sieht, einen „Seelenmord“⁸⁷ vom anvertrauten Kind abzuwenden. Müssen die Eltern das Aufnehmen des Kindes (ins Internat, ins Ferienlager, in die Obhut des Seelsorgers der heimischen Gemeinde) nicht vielmehr insgesamt als Versprechen deuten, dass die Kirche und ihre Leitungsverantwortlichen nach Möglichkeit Schaden vom Kind abwenden, wenn solch ein Schaden konkret und in besonderer Schwere droht? Bezieht man das seit langem vorhandene Allgemeinwissen über klerikalen Missbrauch mit ein oder führt man sich die Schwere der Folgen kurz durch eigenes Nachdenken vor Augen, kann die Antwort darauf nur „Ja“ lauten. In der Präambel ihrer Anerkennungsverordnung beschreibt die Katholische Kirche den klerikalen Missbrauch so: „Sexueller Missbrauch an Minderjährigen sowie an schutz- oder hilfebedürftigen Erwachsenen – gerade wenn Kleriker, Ordensleute oder Beschäftigte im kirchlichen Dienst solche Taten begehen –, erschüttert nicht selten bei den Betroffenen und ihren Angehörigen sowie Nahestehenden und Hinterbliebenen das Grundvertrauen in die Menschen und in Gott. In jedem Fall besteht die Gefahr schwerer physischer und psychischer Schädigungen.“⁸⁸ Die Eltern können schwerlich annehmen oder erkennen, dass die Katholische Kirche als Körperschaft in Gestalt ihrer Leitungsverantwortlichen nicht rechtlich dafür einstehen will, dass ein ihrer Obhut anvertrautes Kind keinen Missbrauch erleidet, der „das Grundvertrauen in die Menschen und in Gott“ erschüttert und schwere psychische Schädigungen zeitigt.

Warum vor diesem Hintergrund nicht „das faktische Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses“ bejaht werden kann, das die Gutachter grundsätzlich auch „für die Kirche“ (ihre Verantwortungsträger) als Entstehungsgrund einer rechtlichen Einstandspflicht gelten lassen,⁸⁹ wird nicht ausgeführt.⁹⁰ In der Kommentarliteratur hingegen wird eine

⁸⁴ Scheinfeld/GadelRoßmüller (Fn. 3); wohl bezogen auf BGHSt 54, 44 (Rn. 27); zu dieser Entscheidung im Ergebnis zustimmend Rotsch, ZJS 2009, 712; kritisch dagegen Berndt, StV 2009, 687 (690 ff.), dessen auf die Situation des Compliance-Beauftragten gerichteten Einwände lassen sich indes nicht vorbringen gegen die herrschende Annahme der Einstandspflicht des mit Organisations- und Weisungsmacht ausgestatteten Leitungsverantwortlichen – zumal der leitungsverantwortliche Bischof als Teil und in den Strukturen einer Körperschaft des Öffentlichen Rechts agiert.

⁸⁵ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 155.

⁸⁶ Zur eindringlichen Schilderung eines solchen Missbrauchs-falles oben bei Fn. 48.

⁸⁷ Lüdecke, Münchener Theologische Zeitschrift 62 (2011), 33 in Fn. 2.

⁸⁸ Ordnung für das Verfahren zur Anerkennung des Leids, Präambel; die Fassung v. 24.11.2020 ist abrufbar unter https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_2020/2020-ORDNUNG-Verfahren-zur-Anerkennung-des-Leids_final.pdf (17.1.2023).

⁸⁹ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 165.

⁹⁰ Vgl. noch das zur Amtshaftung und zur Treueprägung des Gefüges „Kirchengemeinde“ Ausgeführte bei Gerecke/Roßmüller, NJW 2022, 1911 (1914): „Auch die kirchliche Glaubensgemeinschaft stellt insbesondere in den örtlich tief verwurzelten und sozial eng verwobenen Gemeinden in den Augen der Gläubigen und auch nach dem Selbstverständnis der Kirche regelmäßig ein der Familie vergleichbares Gefüge mit besonderer Treueprägung der Gläubigen untereinander,

Beschützergarantenstellung von Bischöfen zum Teil ausdrücklich bejaht.⁹¹ Der Leser des Gutachtens erfährt das nicht.

Die Gutachter gehen noch kurz dem Gedanken nach, ob bei Bischöfen eine hinreichende Parallele zur Stellung weltlicher Amtsträger besteht, für die weithin eine Beschützergarantenstellung bejaht wird, wie etwa bei Mitarbeitern des Jugendamtes, einem Schulleiter oder einem örtlich und sachlich zuständigen Polizisten; anders als diese Amtsträger treffe den Bischof jedoch keine Schutzpflicht (gegenüber allen Gläubigen seines Bistums), denn die zu erfüllen sei praktisch unmöglich.⁹² Der Fehler in dieser Argumentation ist so offensichtlich, dass er den Gutachtern selbst bewusst gewesen sein muss. Dem Polizisten ist es faktisch auch unmöglich, alle Bürger seines Zuständigkeitsbereichs vor jedwedem Verbrechen zu schützen. Gleichwohl ist er als Garant zum Einschreiten verpflichtet, wenn er eine konkrete Angriffssituation beobachtet oder glaubhaft von einem Verbrechen vorhaben erfährt. Warum soll nicht dasselbe für den Bischof gelten, wenn er um die Tatgeneigtheit eines Klerikers weiß? Hier zitiere ich, weil es ersichtlich Gewicht hat, erneut den Bundesgerichtshof in Zivilsachen zum Körperschaftsstatus der Katholischen Kirche: „Die Zuerkennung des Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts bindet sie [...] an die Achtung der fundamentalen Rechte der Person, die Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist.“⁹³ In diesem Sinne „achten“ Körperschaften die Rechte der Person, indem sich ihre Leitungsverantwortlichen angemessen verhalten. Diese Pflicht zur Achtung der fundamentalen Rechte ist nach dem Bundesgerichtshof eine Rechtspflicht, und es lässt sich wohl kaum vertreten, dass ein beim Kindesmissbrauch wegschauernder Bischof die Rechte des Missbrauchsopfers achtet. Warum gehen die Gutachter nicht der Frage nach, ob der Bischof als Leitungsorgan der Körperschaft das fundamentale Recht des Mitglieds seiner örtlichen Glaubensgemeinschaft auf körperliche und seelische Unversehrtheit in der Weise zu achten und zu schützen hat, dass er gegen die aus seiner Sicht drohenden, das Opfer entwürdigenden Sexualstraftaten in gebotener Weise einschreitet?

c) Kombination der Aspekte: Obhut und Überwachung

Wollte man ganz genau sein bei der Frage, wie die obergerichtliche Rechtsprechung wahrscheinlich die rechtliche Einstandspflicht eines Bischofs bestimmen würde, dürfte man die Aspekte der Überwachungs- und Obhutsgarantenstellung nicht strikt trennen. Der 5. Strafsenat hat nämlich in seiner

aber vor allem im Hinblick auf den mit Seelsorge und der Anleitung im Glauben betrauten Priester dar (Gemeinde). Die Gläubigen sind nach dem katholischen Kirchenrecht dazu verpflichtet, immer die Gemeinschaft mit der Kirche zu wahren. In christlichem Gehorsam haben die Gläubigen die Bestimmungen der Priester als geistliche Hirten zu befolgen.“

⁹¹ *Bosch* (Fn. 12), § 13 Rn. 52; *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 12), § 27 Rn. 101.

⁹² *Kanzlei Gercke/Wollschläger* (Fn. 1), S. 155 f.

⁹³ BGHZ 148, 307 (311) = NJW 2001, 3537; zum Amtshafungsanspruch der Missbrauchsopfer siehe die Nachweise in Fn. 74.

Bejahung einer Garantenstellung des Innenrevisors der Berliner Stadtreinigung beide Gesichtspunkte kombiniert und spricht von der „Übernahme entsprechender Überwachungs- und Schutzpflichten“.⁹⁴ Diese Sicht des *Senats* ist am Ende auch methodisch vorzugswürdig. Bei § 13 Abs. 1 StGB geht es darum, ob jemand rechtlich dafür einzustehen hat, dass ein bestimmter Deliktserfolg abgewendet wird; anders ausgedrückt, geht es darum, ob er mit seinem Unterlassen gegen eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung verstößt. Diese Wertung kann sich aber nicht nur getrennt aus Aspekten entweder der Obhut oder der Überwachung ergeben, sondern auch doppelt begründet sein (ein Vater muss gegen die gefährliche Rauferei seiner Kinder einschreiten) oder vielleicht auch erst folgen aus der Summe der Umstände, die für das Auferlegen einer solchen Einstandspflicht sprechen. Hier droht der Einwand, dass eine solche Gesamtbetrachtung in die Unbestimmtheit führe und einen Verfassungsverstoß ergäbe (Art. 103 Abs. 2 GG). Triftig wäre der Einwand nicht. Das Recht bestimmt die Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem häufig nach einer *umfassenden* Abwägung der widerstreitenden Interessen, ausdrücklich bestimmt ist dies in § 34 StGB. Es wird aber etwa auch praktiziert bei der Fahrlässigkeit und der Konkretisierung von Sorgfaltspflichten.⁹⁵ Dort wie hier geht es um das Erkennen einer rechtlichen (Handlungs-)Pflicht. Die Kölner Gutachter hatten das nicht in dieser Weise dogmatisch zu unterfüttern. Sie hätten aber die aufgezeigte Methode des 5. Strafsenats ernstnehmen müssen. Denn bei so vollzogener, dem Obergericht entsprechender Anwendung des staatlichen Rechts könnte die Rechtsprechung ersichtlich eher zur Bejahung einer rechtlichen Einstandspflicht der Bischöfe gelangen als die Gutachter.

d) Eine systematische Betrachtung zur Verantwortlichkeit

Die Kölner Gutachter konkretisieren den vom Erzbistum Köln erteilten Auftrag selbst, indem sie die folgende Frage formulieren: „Wurden die Missbrauchsfälle von den Verantwortlichen – gemessen an den zum Zeitpunkt ihrer Bearbeitung geltenden Rechtsnormen – adäquat behandelt?“ Den Gutachtauftrag so zu kennzeichnen, heißt doch aber auch, die Frage nach dem richtigen Umgang mit Missbrauchsfällen in Ansehung des Schadensersatzrechts zu stellen, insbesondere in Ansehung des Amtshaftungsrechts. Das Amtshaftungsrecht ist „staatliches Recht“ im Sinne des Gutachtauftrags, wie die einschlägigen Normen „geltende Rechtsnormen“ im Sinne der Konkretisierung seitens der Gutachter sind. Und auch die Relevanz dieser Rechtsmaterie spricht für die Einbeziehung. Wenn das Kirchenrecht interessiert, dann doch wohl auch das staatliche Schadensersatzrecht. Das Erzbistum wird sich von den Gutachtern nicht auf den Standpunkt gestellt sehen wollen, dass ihm Verstöße gegen diese rechtlichen Vorgaben unwichtig sind. Das dürfte schon deshalb so sein, weil das Schadensersatzrecht in Gestalt des Amtshaf-

⁹⁴ BGHSt 54, 44 (Rn. 25); kritisch dazu *Rotsch*, ZJS 2009, 712 (717).

⁹⁵ *Schlehofer*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 15 f., 58 f.; gegen eine auf Unbestimmtheit zielende Argumentation bei der Fahrlässigkeit siehe *Herzberg*, ZIS 2011, 444.

tungsanspruchs gegen die solvente Institution Katholische Kirche aus Sicht der Opfer von höchster Bedeutung ist. Und am angemessenen Ausgleich des Leids ist die Katholische Kirche auch nach ihrem (für den Gutachtauftrag ebenfalls relevanten) Selbstverständnis⁹⁶ interessiert. Ausgleich des Leids ist Motiv und Gegenstand des kirchlichen Anerkennungsverfahrens. Zum anderen entspricht es dem gewählten Status der Körperschaft des Öffentlichen Rechts mit der besonderen Verpflichtung zur Rechtstreue, die rechtlichen Vorgaben einzuhalten.⁹⁷ Deshalb ist man erstaunt, dass die Kölner Gutachter – anders als andere Gutachter⁹⁸ – das Schadensersatzrecht überhaupt nicht betrachten.

Eine Einbeziehung des Schadensersatzrechts wäre nicht zuletzt auch als systematische Auslegung fruchtbar gewesen, weil das Kriterium für einen Amtshaftungsanspruch gegen die Kirche (analog Art. 34 S. 1 GG mit § 839 BGB) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen im Ausgangspunkt demjenigen der Strafsenate für die Geschäftsherrenhaftung entspricht. Hier wie dort fragt die Rechtsprechung nach dem „inneren Zusammenhang“ der Straftatbegehung mit dem Priesteramt. Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages hat die Haftung der Kirchen in Fällen klerikalen Missbrauchs bereits im Jahr 2010 in Auswertung der BGH-Rechtsprechung prägnant in diesem Sinn zusammengefasst und darauf hingewiesen, dass es sich letztlich um eine „Tatfrage im Einzelfall“ handelt.⁹⁹ Präziser dargelegt findet sich

⁹⁶ Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 1: Den Umgang mit Missbrauchsfällen sollten die Gutachter auch „dahingehend evaluieren“, ob er im Einklang mit „dem kirchlichen Selbstverständnis“ steht.

⁹⁷ Siehe oben im Text bei Fn. 74; ferner bei *Gercke/Roßmüller*, NJW 2022, 1911.

⁹⁸ Universität Osnabrück, Betroffene – Beschuldigte – Kirchenleitung, Sexualisierte Gewalt an Minderjährigen sowie schutz- und hilfsbedürftige Erwachsene durch Kleriker im Bistum Osnabrück seit 1945, Zwischenbericht: Pflichtverletzungen der Bistumsleitung, 2022, S. 136 ff., abrufbar unter https://www.s-gewalt.uni-osnabrueck.de/fileadmin/documents/public/PDFs/Betroffene_Beschuldigte_-_Kirchenleitung_Zwischenbericht.pdf (17.1.2023);

Westphal/Spilker/Wastl (Fn. 52), S. 160 ff.

⁹⁹ Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Gutachten 144/10 (Fn. 74), S. 7: „Ein Amtshaftungsanspruch ist allerdings nur insoweit gegeben, als die Amtspflichtverletzung gerade in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgte und nicht bloß bei Gelegenheit der Ausübung. Dabei ist der Begriff ‚in Ausübung‘ aber nicht eng auszulegen. Entscheidend ist, ob bei objektiver Betrachtung ein genügend naher *innerer und äußerer Zusammenhang zwischen der übertragenen Aufgabe und der Schadenshandlung* besteht, sodass die Letztere als Teil einer, wenn auch mangelhaften Diensthandlung anzusehen ist, oder ob es an einer inneren Beziehung fehlt und die schädigende Handlung nur in einer rein äußerlichen örtlichen oder zeitlichen Beziehung zur Dienstausübung steht. Die Diensthandlung impliziert, dass der Beamte in seiner Eigenschaft als Träger hoheitlicher Aufgaben, also ‚in

die Amtshaftung bei *Gercke/Roßmüller*, deren Fazit so beginnt: „Bei materiellen und immateriellen Schäden durch Missbrauchstaten kirchlicher Amtsträger und Bediensteter, die diese im Rahmen ihrer kirchlichen Tätigkeit verübt haben, haftet die kirchliche Anstellungskörperschaft in analoger Anwendung des § 839 BGB iVm Art. 34 GG selbst. Nach rechtlichen Maßstäben liegt damit nicht nur eine ‚institutionelle Mitverantwortung‘ vor, sondern die Bistümer müssen zivilrechtlich für die durch Missbrauchstaten hervorgerufenen Schäden einstehen. Die Feststellung scheint angesichts der klaren Meinungslage in Rechtsprechung und Literatur banal, allerdings zeigen die anderslautenden oder fehlenden Ausführungen in Gutachten und seitens der Kirche ein enormes Klarstellungsbedürfnis. Die Anerkennungs-VO selbst schweigt sich über den Anspruch aus und verschafft dem Geschädigten keine Klarheit. Er geht mit einem Fehlverständnis in die Verhandlungen, wofür die Bistümer mitverantwortlich sind. Es wäre den Verordnungsverfassern ein Leichtes gewesen, im Rahmen der Präambel auf ihre grundsätzlich gegebene ‚Passivlegitimation‘ hinzuweisen.“¹⁰⁰ Die Evangelische Kirche hat Missbrauchsoffer ihrer Geistlichen schon 2012 auf den gegen die Kirche bestehenden Amtshaftungsanspruch hingewiesen.¹⁰¹

Für die Mehrheit der im Gercke-Gutachten betrachteten Missbrauchsfälle dürfte ein Amtshaftungsanspruch schon deshalb gegeben sein, weil der Sexualstraftäter seine Tat im „inneren Zusammenhang“ mit dem kirchlichen Amt begangen hat, nämlich im kirchlichen Kontext¹⁰² und wohl unter Ausnutzung der Erleichterungen, die ihm seine priesterliche Autoritäts- und Vertrauensstellung verschaffte. Hier liegt eine bedeutsame Kriterien- und Deckungsgleichheit in Bezug auf das zivilrechtliche Einstehenmüssen der Institution Kirche und dem strafrechtlichen Einstehenmüssen ihrer Leitungspersonen (bei gegebener Vermeidefähigkeit). Die Universität Osnabrück kommt in ihrer Missbrauchsstudie denn auch zu dem Ergebnis, dass in Bezug auf klerikalen Missbrauch die Voraussetzungen für einen Amtshaftungsanspruch „in vielen

amtlicher Eigenschaft“ gehandelt hat. Der maßgebliche innere Zusammenhang entfällt nicht schon dadurch, dass der Missbrauch des Amtes zu eigennützigem, schikanösen oder gar strafbaren Zwecken erfolgt oder die Pflichtwidrigkeit auf eigensüchtigen oder rein persönlichen Beweggründen beruht. Ein innerer Zusammenhang ist dagegen nicht mehr gegeben, wenn der Beamte grundsätzlich aus dem Bereich seiner Obliegenheiten heraustritt und quasi nur als Privatmann handelt.“ (*Hervorhebungen* nur hier).

¹⁰⁰ *Gercke/Roßmüller*, NJW 2022, 1911 (1916).

¹⁰¹ Evangelische Kirche in Deutschland (EKD), Orientierungshilfe für Unterstützungsleistungen – zu Unterstützungsleistungen an Betroffene sexuellen Kindesmissbrauchs in Anerkennung ihres Leids, 2012, abrufbar unter https://www.ekd.de/orientierungshilfe_unterstuetzungsleistungen.htm (17.1.2023).

¹⁰² Das Gutachten der Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 52–54, weist die Tatbegehung im kirchlichen Kontext für die Mehrheit der Fälle aus.

Fällen relativ klar“ vorliegen.¹⁰³ Daneben tritt eine mögliche und dem Missbrauch vorausgegangene Amtspflichtverletzung eines Kirchenverantwortlichen im Umgang mit klerikalen Missbrauchstaten,¹⁰⁴ wovon das Gercke-Gutachten ja im kirchenrechtlichen Teil gerade viele benennt.

Die Besonderheit des Amtshaftungsanspruchs ist allerdings, dass der Anspruch übergeleitet wird auf die Anstellungskörperschaft, also die Diözese.¹⁰⁵ Es ist deshalb eine glatte Irreführung, wenn die Katholische Kirche in der Präambel ihrer Anerkennungsverordnung die Missbrauchssopfer für Rechtsansprüche an den Täter verweist: „Die primäre Verantwortung zur Erbringung von Leistungen liegt beim Täter.“ Und die Kirche erbringe insbesondere dann Leistungen gegenüber den Missbrauchssopfern, „wenn nach staatlichem Recht vorgesehene Ansprüche gegenüber dem Beschuldigten wegen Verjährung oder Tod nicht mehr geltend gemacht werden können“.¹⁰⁶ Ich schließe die Möglichkeit aus, dass die Katholische Kirche nicht weiß, dass die analoge Anwendung des Art. 34 S. 1 GG nach außen hin (gegenüber dem Missbrauchssopfer) zur Überleitung der Schuldnerstellung auf die Körperschaft, also auf das Bistum führt. Es sollte selbstverständlich sein, dass die Justiziere der Bistümer über diese seit 1956 vom Bundesgerichtshof¹⁰⁷ geklärte Rechtslage Bescheid wissen; der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages hatte die Möglichkeit der Amtshaftung schon 2010 dargelegt; die Evangelische Kirche hatte in ihrer „Unterstützungshilfe“ schon 2012 öffentlich auf den Amtshaftungsanspruch gegen die Kirche hingewiesen, und man darf davon ausgehen, dass die Verantwortlichen der Katholischen Kirche, auch des Erzbistums Köln, die Verfahrensweise der Schwesterkirche beobachtet haben; schließlich war in der DBK-Ordnung von 2011 noch vorgesehen, dass „bei nicht verjährten Schadensersatz- und Schmerzensgeldforderungen von den betroffenen kirchlichen Körperschaften eine außergerichtliche Einigung mit den Anspruchstellern angestrebt werden soll“.¹⁰⁸

Wenn dies aber so ist, dann hätten die Kölner Gutachter die Haftungslage und das Verhalten der kirchlichen Verantwortungsträger zum Gegenstand der Begutachtung machen sollen. Eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts darf Gläubiger nicht irreführen mit falschen rechtlichen Behauptungen. Das gilt unabhängig davon, ob man darin eine tatbestandsmäßige Täuschung erblickt (§ 263 StGB). Es handelt sich im Sinne des Gutachtauftrags dabei nicht um eine „adäquate Behandlung“ von Missbrauchsfällen.

3. Zwischenergebnis

In der Sache ist die im Gercke-Gutachten vertretene weitgehende Entlastung der Bischöfe auf abstrakt-strafrechtlicher

Ebene vor dem Hintergrund des Gutachtauftrags ganz falsch, weil nach staatlichem Recht eine Garantenstellung aufgrund der Geschäftsherrenhaftung besteht. Mit den Ausführungen zur Garantenpflicht der Bischöfe, aber auch mit den grob lückenhaften Ausführungen zur aktiven Beihilfe entpuppt sich das Gutachten als ein Schutzschild zur Abwehr drohender Strafverfolgung, wie sie der Fuldaer Bischof seinerzeit erfahren hat. Auch dem Laien drängt das der Umstand auf, dass alle anderslautenden Stimmen verschwiegen werden. Zudem verneinen die Autoren die Garantenstellung für einen Sachverhalt (Kiosk-Fall), der offensichtlich einer BGH-Entscheidung entnommen ist, ohne dann aber die bejahende Entscheidung des BGH auch nur zu nennen; dort und anderswo genannte Kriterien des BGH werden verschwiegen, weil sie nicht ins Entlastungskonzept passen. Evident führen die Kriterien des Bundesgerichtshofs – die räumlichen Gegebenheiten und die berufliche Stellung erleichtern die Tatbegehung – zu dem Ergebnis, dass Bischöfe rechtlich für die Verhinderung sexueller Übergriffe ihrer Priester prinzipiell einzustehen haben (§ 13 StGB). Denn dass dem unmittelbaren Täter die Autorität seines Priesteramtes und die Abschirmung in kirchlichen Räumen es leichter machen, seine Missbrauchstaten zu verüben, ist eine banale Selbstverständlichkeit. Es ist abwegig und nicht seriös, sich demgegenüber zur Entlastung des Bischofs darauf zu berufen, die betrachteten Missbrauchstaten könnten ja „genauso“ auch außerhalb kirchlicher Räume von Tätern und an Kindern begangen werden, die der Kirche fernstehen. Was hat es mit der Einstandspflicht des Bischofs zu tun, dass auch viele Sexualdelikte verübt werden, die zu verhindern er keine Verantwortung trägt?

IV. Schöchs Methodengutachten

Sollten dem Obergutachter *Schöch* wirklich keine Zweifel gekommen sein, obwohl in dem Gutachten nicht ein einziger Gegenstandspunkt erwähnt wird – dies nicht einmal in den Fußnoten? Wie *Schöch* vor dem Hintergrund des oben dargelegten gutachterlichen Versagens zu der Bewertung gelangt, wissenschaftliche Standards seien im Gercke-Gutachten eingehalten worden, erfährt der Leser seines methodischen Obergutachtens nicht. Denn seine Prüfung zu dem Gutachtenteil, der das staatliche Recht betrifft, erschöpft sich nahezu in der Passage: „Das [...] strafrechtliche Gutachten über die engen Grenzen einer Strafbarkeit von Verantwortungsträgern bei sexuellem Missbrauch durch Kleriker und kirchliche Bedienstete (S. 143–175) kommt zu durchweg richtigen Ergebnissen (s.o. V.). Nach diesen Maßstäben konnten die Gutachter richtigerweise keine Pflichtverstöße feststellen, aus denen sich eine Strafbarkeit nach den Normen des weltlichen Rechts ergab.“¹⁰⁹

Schöchs Bewertung ist mit seinen eigenen Kriterien unvereinbar. Er prüft ja nicht, ob „Abweichungen zur obergerichtlichen Rechtsprechung“ bestehen, wie er es selbst eingangs seines Gutachtens für bedeutsam erklärt. Zu seinen Pflichten als Obergutachter hätte doch zumindest gehört, die in den Fußnoten des Gutachtens angegebenen BGH-Ent-

¹⁰³ Universität Osnabrück (Fn. 98), S. 137.

¹⁰⁴ Universität Osnabrück (Fn. 98), S. 138.

¹⁰⁵ *Gercke/Roßmüller*, NJW 2022, 1911 (1912); *Jaeger*, VersR 2022, 1129 (1132).

¹⁰⁶ Jeweils in der Präambel der Ordnung für das Verfahren zur Anerkennung des Leids (Fn. 88).

¹⁰⁷ BGH NJW 1957, 542.

¹⁰⁸ Universität Osnabrück (Fn. 98), S. 141.

¹⁰⁹ *Schöch* (Fn. 4), S. 10.

scheidungen auf Übereinstimmung der rechtlichen Kriterien zu prüfen. Dabei wäre ihm die handgreifliche Abweichung sofort aufgefallen: Die Nennung eines Sachverhalts aus einer BGH-Entscheidung, ohne dies offenzulegen, bei gleichzeitigem Behaupten, für den Sachverhalt sei nach staatlichem Recht eine Geschäftsherrenhaftung zu verneinen, obwohl der Bundesgerichtshof sie bejaht – mehr an Abweichung von obergerichtlicher Rechtsprechung ist kaum denkbar.¹¹⁰

Dass *Schöch* als Obergutachter die Maßstabsbestimmung des Gercke-Gutachtens ohne wirkliche inhaltliche Begründung für „richtig“ befindet (was sie nun wahrlich nicht ist), erfüllt keinesfalls seinen Auftrag. Ob die Maßstabsbestimmung das staatliche Recht zutreffend wiedergibt, wie es vor allem in der obergerichtlichen Rechtsprechung konkretisiert ist, das hatte er zu prüfen. Geht man dieser Frage nach, fällt es nicht schwer, die den juristisch gebildeten Leser des Gercke-Gutachtens anspringenden Fehler, Auslassungen und Verschleierungen zu erkennen und zu benennen. *Schöch*s Obergutachten rügt keinen einzigen der aufgezeigten und handgreiflichen Mängel und bleibt – bezogen auf das staatliche Recht – eine ernsthafte Prüfung des Gercke-Gutachtens schuldig.

V. Resümee

Die Gutachter verfehlen das „staatliche Recht“, das heranzuziehen und richtig zu deuten ihr Auftrag war, in grober Weise. Viel zu weitgehend verneinen sie eine Einstandspflicht der Bischöfe, bezogen auf Sexualstraftaten der Kleriker ihres Bistums. Besonders handgreiflich ist die Missachtung des auch vom Obergutachter *Schöch* betonten Gebots, ein rechtspraktisches Gutachten am gelebten staatlichen Recht auszurichten, also in erster Linie an der Rechtsprechung der Obergerichte.¹¹¹

Führt man sich die groben Fehler im Gercke-Gutachten vor Augen, ergibt sich eine lange Liste und ein erschütterndes Bild: Die Kölner Gutachter 1. lassen eine entscheidende Fallgruppe der aktiven Beihilfe unbehandelt, obwohl die betreffenden Fälle bischöflichen Fehlverhaltens, das erneute Einsetzen eines Sexualstraftäters in der Kinder- und Jugendarbeit, nicht nur über Presseberichte bekannt sind, sondern auch in der Kommentarliteratur und in anderen einschlägigen Rechtsgutachten ausdrücklich genannt werden, ja ihnen sogar aus den begutachteten Fällen vor Augen standen;¹¹² 2. sie verschweigen die Kriterien einer BGH-Entscheidung, aus denen sich eine Geschäftsherrenhaftung von Bischöfen ohne Weiteres ableiten lässt und die der federführende Gutachter in seiner Gesetzeskommentierung als zu weitgehend kritisiert hat, schildern vielmehr nur den Sachverhalt der Entscheidung und legen mit bloßer Behauptung fest, dass ein solches Verhalten keine Geschäftsherrenhaftung auslöst (dies entgegen der anderslautenden Entscheidung des BGH);¹¹³ 3. sie werten eine andere BGH-Entscheidung selektiv aus, indem sie auf halbem Wege stehenbleiben und das sich – ohnehin aufdrängende – Kriterium des BGH für die Geschäftsherrenhaftung

(Aktivtäter nutzt seine berufliche Macht und die darin liegende Erleichterung zur Tatbegehung aus) nicht auf die Missbrauchsfälle anwenden, was zur vollständigen Verkehrung der BGH-Entscheidung führt;¹¹⁴ 4. sie tun so, als könne man die Rechtsfragen auf ganz abstrakter Ebene klären, obwohl der BGH bei Prüfung einer Geschäftsherrenhaftung ganz auf die Umstände des Einzelfalls abstellt;¹¹⁵ 5. sie ziehen Gesetzeskommentierungen nur zur Stützung ihrer Thesen heran, verschweigen aber widerstreitende und konkret zum Missbrauchsgeschehen einschlägige Passagen;¹¹⁶ 6. sie verweisen zur Verneinung der Geschäftsherrenhaftung von Bischöfen törichterweise darauf, dass sexueller Missbrauch auch in Turn- und Sportvereinen vorkomme, als könnte der für eine Geschäftsherrenhaftung nötige innere Zusammenhang zur beruflichen Stellung nicht sowohl im Turnverein als auch in der Kirche bestehen;¹¹⁷ 7. sie unterdrücken jeden Zweifel an der eigenen Position der Gutachter, sodass ein Kommentator zur Stützung der eigenen engen Sicht in der Fußnote genannt wird, der gerade für wiederholte Fälle sexuellen Missbrauchs ausnahmsweise eine Geschäftsherrenhaftung für möglich erachtet;¹¹⁸ 8. sie vertreten in Bezug auf eine mögliche Ingerenzhaftung von Bischöfen kuriose Differenzierungen;¹¹⁹ 9. sie scheuen nicht den dreisten Versuch, eine selbst vorgefundene und handfeste Organisationsherrschaft (Leitungsgewalt) von Bischöfen unter lediglich selektiver Auswertung kirchenrechtlicher Erwägungen „hinwegzuspirtualisieren“ (um im kirchenrechtlichen Teil und in der Antwort auf ihre Kritiker diese Organisationsherrschaft dann doch lieber als „ohne Zweifel“ bestehend auszuweisen);¹²⁰ 10. sie ignorieren den Status des Bistums als Körperschaft des Öffentlichen Rechts, woraus im Rechtsstaat auch für Bischöfe eine „gesteigerte Verantwortung“ und eine Rechtspflicht zur Achtung der Würde und anderer fundamentaler Rechte der Person erwächst;¹²¹ 11. sie bekämpfen groteske Positionen, die niemand vertritt;¹²² 12. sie erwähnen aber im gesamten Gutachten keine einzige tatsächlich existente Gegenstimme; 13. und sie behaupten wahrheitswidrig, dass die meisten der begutachteten Sexualstraftaten von Klerikern im Bistum Köln außerhalb des kirchlichen Kontexts begangen worden seien, obwohl ihr eigenes Gutachten das Gegenteil ausweist.¹²³

Was bleibt am Schluss zu sagen? Ich vermeide das böse Wort „Gefälligkeitsgutachten“, welches *Scheinfeld/Gade/Roßmüller*, wenn auch eher beiläufig, aussprechen. Haben denn die Gutachter dem Erzbischof von Köln, Dr. Rainer Maria Kardinal Woelki, eine Gefälligkeit erwiesen, ihm einen Gefallen getan durch die irreführende Verneinung von Verantwortlichkeit, die im oben begründeten Maß richtigerweise zu

¹¹⁰ Siehe Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 159 mit Fn. 212.

¹¹¹ Zu diesem Gebot oben im Text bei Fn. 8.

¹¹² Siehe oben III. 1.

¹¹³ Siehe oben III. 2. a) aa) (2) (a).

¹¹⁴ Siehe oben III. 2. a) aa) (2) (b).

¹¹⁵ Siehe oben im Text bei Fn. 42.

¹¹⁶ Siehe oben im Text bei Fn. 12 und 91.

¹¹⁷ Siehe oben im Text bei Fn. 61.

¹¹⁸ Siehe oben im Text bei Fn. 72, III. 2. a) aa) (2) (c).

¹¹⁹ Siehe oben im Text nach Fn. 79.

¹²⁰ Siehe oben unter III. 2. a) aa) (1).

¹²¹ Siehe oben III. 2. a) aa) (2) (d).

¹²² Siehe oben im Text bei Fn. 41 und 92.

¹²³ Siehe oben im Text vor Fn. 55.

bejahen ist? Das bestreite ich. Was die Fragen des Themas betrifft, sollte im Gercke-Gutachten das staatliche Recht offenbar zum vermeintlichen Wohl der Katholischen Kirche (oder der kirchlichen Verantwortungsträger) als nicht einschlägig, als nahezu irrelevant hingestellt werden. Aber dem wahren Wohl der Kirche kann es in der Zeit ihres Niedergangs und Mitgliederschwundes nur dienen, ihr schonungslos *alle* rechtlichen Verantwortlichkeiten und Einstandspflichten klarzumachen, auch die strafrechtlichen und insbesondere die der Bischöfe, wenn es um begangene und drohende Missbrauchstaten ihnen gehorsampflichtiger Priester geht.

„Nos sumus testes“ ist Woelkis bischöflicher Wahlspruch. Wir sind Zeugen (dieser Ereignisse), also denn auch des Missbrauchsskandals der Katholischen Kirche, der ihren Nimbus zerstört hat, sie andauernd zutiefst erschüttert und Woelki selbst wegen eigenen Fehlverhaltens existenziell bedroht. Das von ihm gewünschte Gercke-Gutachten hat schon im vorigen Jahr, den strafrechtlichen Teil betreffend, gut begründete Kritik erfahren. Ob diese dem Erzbischof als erkenntnisfördernd willkommen war, weiß ich nicht. Zweifel daran drängen sich auf angesichts von Zeugenaussagen, die früheres Verhalten des Erzbischofs betreffen und die jetzt (im Januar 2023) sogar die Staatsanwaltschaft in zwei Ermittlungsverfahren beschäftigen. Aber im Zweifel will ich glauben, dass der Ereigniszeuge Woelki keine Abwehrschrift in Auftrag gegeben, sondern bei Beauftragung der Kölner Anwälte aufrichtig begehrt hat, zutreffend und vollständig aufgeklärt zu werden; dass er wirklich wissen will, ob im aktuellen Skandal den Leitungsverantwortlichen in Bistümern auch strafrechtlicher Vorwurf oder gar strafrechtliche Haftung droht. Diese Aufklärung haben die Gutachter nicht geleistet. Die Schwere und die Fülle der Mängel, die sich sämtlich als Entlastung der kirchlichen Leitungspersonen auswirken, verbieten mir auf das Entscheidenste die Bewertung, das Kölner Gutachten genüge den „wissenschaftlichen und methodischen Standards“ und es komme im strafrechtlichen Teil „zu durchweg richtigen Ergebnissen“. ¹²⁴ Zutreffend ist die genaue Umkehrung dieses Urteils.

Doch zurück zur Rechtslage, die das Kölner Gutachten so falsch dargestellt hat! Die eingehende Auseinandersetzung mit den Thesen des Gercke-Gutachtens hat mir ergeben, dass Diözesanbischöfe sich wegen Beteiligung an einer Sexualstraftat des ihnen zum Gehorsam verpflichteten Priesters strafbar machen können. So kann ein aktives Hilfeleisten (§ 27 StGB) darin zu sehen sein, dass der Bischof einen auffällig gewordenen Priester in eine andere Gemeinde versetzt und ihn dort erneut als Seelsorger einsetzt. Wie stets bei berufsmäßigem Verhalten kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. ¹²⁵ Setzt der Bischof einen Priester erneut ein, der zuvor sogar wegen eines Sexualdeliktes verurteilt worden ist oder dessen Tatgeneigtheit ihm sonst hinreichend bekannt ist, liegt darin nicht nur ein objektives Hilfeleisten (durch Verschaffung neuer Möglichkeiten), sondern es dürfte zudem

vielfach der kongruente Beihilfevorsatz gegeben sein. ¹²⁶ – Für die ebenfalls bedeutsame Fallgruppe des Nichteinschreitens des Bischofs trotz hinreichender Anhaltspunkte für die Gefährlichkeit des gehorsampflichtigen Priesters ergeben die Kriterien des Bundesgerichtshofs zumeist recht klar die rechtliche Einstandspflicht (§ 13 Abs. 1 StGB) über den Gedanken der Geschäftsherrenhaftung: Begegnet der Priester seinem zur Gemeinde der Gläubigen gehörenden Opfer als katholischer Priester, nutzt er so gut wie immer seine Autoritäts- und Vertrauensstellung aus, also die vom „Betrieb“ verliehene Machtstellung, die ihm die Tatbegehung erleichtert (Betriebsbezug der Tat). ¹²⁷ Die Verhinderungsmacht des Diözesanbischofs ergibt sich aus seiner umfassenden Leitungsgewalt, er kann den auffällig gewordenen Priester beispielsweise aus der Kinder- und Jugendarbeit herausnehmen oder ihn gar der Diözese verweisen. ¹²⁸ Angesichts dieser innerbetrieblichen Organisationsmacht ist es richtig, den Bischof für Missbrauchstaten mit Betriebsbezug (Ausnutzen des Priesteramts) als einstandspflichtig anzusehen. Denn es ist sein Betrieb, der dem unmittelbaren Täter Machtstellung und Erleichterung der Tatbegehung gegenüber den ihm anvertrauten Kindern und Jugendlichen verschafft hat, die daraus resultierenden Gefahren muss er abwenden. ¹²⁹ Zu den für die Geschäftsherrenhaftung der Bischöfe sprechenden Aspekte tritt der Körperschaftsstatus der Bistümer als verstärkender Umstand. Die aus dem Körperschaftsstatus folgende Rechtspflicht zur Achtung der fundamentalen Rechte der Person ¹³⁰ ergibt für die leitungsverantwortlichen Diözesanbischöfe, dass sie die Würde des potentiellen Opfers schützen müssen, indem sie gegen gefährliche Priester einschreiten. Deshalb kommt es für die rechtliche Einstandspflicht auch nicht auf die Frage an, ob der Umstand des Anvertrautseins, also dass die Eltern ihre Kinder in die Obhut der Kirche gegeben haben, schon für sich genommen eine Rechtspflicht des Bischofs begründet. Allemal besteht eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung.

Es ist nach allem durchaus realistisch, dass ein Bischof sich als Gehilfe strafbar beteiligt an Sexualdelikten gehorsampflichtiger Kleriker; auch kommt eine Haftung als Fahrlässigkeitstäter in Betracht. Straftaten seiner Kleriker, bei denen sie ihr Priesteramt ausnutzen, muss der Bischof vermeiden, soweit er sie vermeiden kann. Das fordern von ihm nicht nur Moral und Anstand, es gebietet ihm auch das staatliche Recht. Es erlegt ihm die Pflichten auf, vermeidbares Fördern von Missbrauchstaten zu unterlassen (§§ 176, 177, 27; 229 StGB) und vermeidbare Missbrauchstaten seiner

¹²⁶ Siehe oben im Text nach Fn. 25.

¹²⁷ Zu diesen Kriterien des 4. *Strafsenats* (Ausnutzen einer betrieblichen Machtstellung) und des 5. *Strafsenats* (Anstellung erleichtert die Tatbegehung) näher oben im Text nach Fn. 59 bzw. vor Fn. 42.

¹²⁸ Siehe oben im Text bei und in Fn. 39; zur Bedeutung der Leitungsgewalt vgl. noch *Spring*, GA 2010, 222 (225).

¹²⁹ Dazu allgemein *Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 53; *Weigend* (Fn. 42), § 13 Rn. 56.

¹³⁰ Siehe oben III. 2. a) aa) (2) (d).

¹²⁴ So aber *Schöch* in seinem methodischen Obergutachten (Fn. 2).

¹²⁵ Zur Sicht der Rechtsprechung eingehend *Joeks/Scheinfeld* (Fn. 12), § 27 Rn. 59 ff., 84 ff.; vertiefend *Putzke*, ZJS 2014, 635.

Untergebenen abzuwenden (§§ 176, 177, 13; 229, 13 StGB). Dem müssten nach kurzem erneuten Nachdenken auch die Kölner Gutachter beipflichten, denn sie entnehmen dem § 25 JArbSchG die Wertung, dass ein Bischof einen Sexualstraftäter nicht in der Kinder und Jugendarbeit einsetzen darf.¹³¹ Dann aber gilt: Das wissentliche Versetzen und erneute Einsetzen eines straffällig gewordenen Klerikers in der Kinder- und Jugendarbeit ist ein aktives pflichtwidriges Fördern seiner in der neuen Gemeinde begangenen weiteren Straftaten; erfährt der Bischof von den früheren Sexualstraftaten des Klerikers hingegen erst, nachdem er ihn bereits in der Seelsorge eingesetzt hat, muss er als Leitungsverantwortlicher gemäß der Wertung des § 25 JArbSchG folgerichtig verpflichtet sein, den Einsatz des gefährlichen Klerikers in der Kinder- und Jugendarbeit nicht fort dauern zu lassen.

¹³¹ Vgl. Kanzlei Gercke/Wollschläger (Fn. 1), S. 303.

Attempting the Impossible: Impossibility in Criminal Law Theory and the Constructivist Discourse-Theoretical Concept of Law

By Dr. Svenja Behrendt, Konstanz*

From the perspective of criminal law theory, the notion of impossibility continues to fascinate. The paper outlines core ideas of objectivist and subjectivist accounts and identifies conceptual problems that arise when someone attempts the impossible. Neither objectivist nor subjectivist accounts offer a conceptually satisfying answer on how to deal with impossibility. The majoritarian view does not fit either position and lacks a conceptually viable normtheoretical foundation. However, there is a way out of this predicament. The proposed solution consists of two elements: the (meta-level) relational theory of basic rights and a constructivist discourse-theoretical concept of law. This approach leads to the conclusion that the question of whether there is a breach of a behavioural norm is not the core problem – the focus shifts to the question of whether there is a need to react to a norm breach. The agent is (generally) criminally liable if he or the observer understands the agent’s behaviour to be in breach of an incriminated behavioural norm. A breach of a behavioural norm is a necessary but not a sufficient condition for punishment.

I. Introduction

The attempt at an impossible crime and its punishability have been thoroughly discussed throughout the years.¹ The positions are clear and consolidated; the arguments are exchanged. Nevertheless, the topic captures our fascination. It is continuously addressed in paper after paper, this one included. Is this ongoing involvement just a phenomenon that accompanies the academic generational turnover? That might be part of it, but I doubt that it is all there is. There seems to be a deep-seated irritation that does not fully fade away despite the well-rounded, seemingly conclusive answers which at least some of the different criminal law theories offer. My hypothesis is that this irritation has something to do with the nature of law itself and that we will not overcome it as long as we conceptualise law, i.e. normative contents, as something external to the interpreter. The constructivist discourse-theoretical concept of law² sheds a different light on the topic and might

enable us to better understand whether there is a breach of the behavioural norm and what it means if there is.

This paper addresses conceptual issues of criminal law theory which are highlighted when it comes to the notion of impossibility. In what way criminal law deals with it and if being liable for attempting the impossible is even conceptually conceivable cannot be discussed without referring to criminal law theory:³ criminal law theory determines the understanding of the behavioural norm, and whether or not there was a breach of a behavioural norm seems to determine criminal liability.⁴ However, the question of how criminal law should be conceptualised has been controversially discussed for centuries. There is a wide variety of approaches. Generally, one can differentiate between subjectivist and objectivist accounts,⁵ but there are also approaches that show characteristics of both. Because it is debatable what exactly makes an account “objectivist” or “subjectivist”,⁶ different interpreters might disagree about whether to place an approach within the subjectivist or objectivist column. However, there seems to be some clarity in reference to the categorisation of some criteria.

* Postdoctoral Researcher at the University of Konstanz. My thanks go to Prof. Dr. Helmut Frister and Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg for reviewing earlier drafts. They both provided me with helpful critical annotations and remarks. The paper was basically finalised in 2019; it was shortened and updated before submission.

¹ For an insight into the historical (German) debate see Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 2015, passim; Struensee, *ZStW* 102 (1990), 21; for the historical English debate cf. Tauzin, *Louisiana Law Review* 26 (1966), 426.

² See Behrendt, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171. The approach shares a lot of similarities with the concept which Becker, *Was bleibt?*, *Recht und Postmoderne – Ein rechtstheoretischer Essay*, 2014, p. 73, 104 et seq., has brought forward under the term “ironic behaviourism of law”.

³ Cf. Frisch, in: Hilgendorf/Lerman/Córdoba (eds.), *Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, 2020, p. 347 (362).

⁴ Cf. e.g. Duff, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 14; v. Hirsch, *Criminal Law Forum* 1 (1990), 259 (275 et seq.); Freund, in: Erb/Schäfer (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 1, 4th ed. 2020, Vor § 13 paras 133 et seq. and § 13 para. 17; Rostalski, in: Hilgendorf/Lerman/Córdoba (fn. 3), p. 635 (636). This paper is based on a dualist conception of criminal law, i.e. the notion that the norm which addresses sanctionability needs an underlying behavioural norm. The contrasting position argues for a monist understanding of criminal law according to which norms addressing sanctionability are the *only* ones there are. For a more thorough discussion of this question see – each with further references – Hörnle, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. 1, 2019, § 12 paras. 27 et seq.; Roxin/Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 5th ed. 2020, § 7 para. 33c.

⁵ Subjectivist accounts: see e.g. Yaffe, *Attempts: In the Philosophy of Action and the Criminal Law*, 2010; Alexander/Ferzan, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, 2009; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1973; Sancinetti, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, 1995. Objectivist accounts: See e.g. Duff, *Criminal Attempts*, 1996; Wachter (fn. 1); Roxin/Greco (fn. 4), § 10 paras 96 et seq.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2nd ed. 1993, sec. 6 para. 73 (p. 166); Neumann, in: Hilgendorf/Lerman/Córdoba (fn. 3), p. 119 (126).

⁶ See also Sancinetti (fn. 5), p. 281.

This makes it possible to give an account of the respective “purified” theoretical positions.⁷

This paper consists of two main parts. In the first part, I explain that objectivist and the existing subjectivist accounts fail to conceptualise criminal law in a satisfying manner. The mixed approach (which is favoured by the majority) might lead to “acceptable results”, but it lacks a theoretical foundation, which calls its legitimacy into question. The second part elaborates on how one would approach the topic based on the constructivist discourse-theoretical concept of law. I argue that this theoretical foundation can provide the results at which the majority stance aims. The normtheoretical deficits of existing subjectivist accounts can be overcome by dispensing with the view that law is something external to the interpreter. The proposed concept softens the objectivist-subjectivist controversy because it shifts the attention from criminal liability to the need for a formal response.

Before we begin, there is the matter of terminology. Complex problems and a thorough, lively debate tend to lead to a number of terms and a disparate use of them within the discourse. This topic is no exception. Both the Anglo-American and the German discourse are conducted with reference to certain categories. The most important differentiation is the one between factual and legal impossibility.⁸ Furthermore,

⁷ The main focus of this paper is the normtheoretical conceptualisation of the behavioural norm and its relevance for criminal liability. For this reason, some aspects which are central to the discussion of criminal law theory and the subjectivist-objectivist controversy will not be addressed here. Among these aspects is the question of whether the result of an action can influence blameworthiness. Since it is intertwined with the topic under discussion here, this requires an explanation: the position that harm is considered to enhance blameworthiness is an objectivist one, but an objectivist conceptualisation of the behavioural norm does *not necessarily* lead to this stance.

⁸ The distinction between factual and legal impossibility has dominated the Anglo-American debate for a long time (and is still referred to in literature) but seems to be dismissed nowadays, cf. *Yaffe*, *The Yale Law Journal* 124 (2014), 92 (133); *Alexander*, in: *Cruft/Kramer/Reiff* (eds.), *Crime, Punishment and Responsibility: The Jurisprudence of Anthony Duff*, 2011, p. 215 (230 et seq.); *Ashworth*, *Attempts*, in: *Deigh/Dolinko* (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, 2011, pp. 125 (137–140). It seems to be replaced more and more by the question whether the agent has formed the necessary *mens rea*, cf. *Yaffe*, *The Yale Law Journal* 124 (2014), 92 (133). However, this new formula can also be understood as a clarification of what is meant by legal impossibility, *Hasnas*, *Hastings Law Journal* 54 (2002), 1 (9, 12). If so, the portrayal of the prevailing opinion within the Anglo-American discourse is (still) correct. The same is true for the differentiation of circumstantially and inherently impossible attempts. At least as long as we understand “factual impossibility” and “legal impossibility” as a *definiens* which is exchangeable with other terms without altering the *definiendum*, the assessment given in the text is apt.

one can differentiate between an inapt attempt, an attempt by “extraordinary means” (e.g. witchcraft), an irrational/a foolish attempt and/or (an attempt at) a crime of delusion (meaning that contrary to the agent’s assumption, the legal order does not incriminate the act). The Anglo-American discourse differs from the German in terminology even though similar arguments and questions are raised. For example, the German distinction between an irrational attempt and a crime of delusion does not translate into the Anglo-American discourse. What is meant by these terms might seem fairly obvious to a versed reader from the respective legal community. However, whether these categories lead to precisely the intended differentiation or at least to a convincingly contoured class of cases has been controversially discussed for years in both legal communities.⁹ When it comes to matters of terminology, we should be clear as to what function we expect the term to fulfil: Should it only describe a certain class of cases that share key characteristics? Or should it also work as a qualifying instrument that decides the legal fate of the specific case? At least the practical German legal discourse is currently mostly expecting the latter: a concrete case is categorised alongside the aforementioned terms, and this decides the legal fate. This seems to point to the core problem because a disagreement about the preferable terminology or the correct label for a specific case can implicitly be a disagreement about the “correct” criminal theory. For this reason, this paper focuses on the conceptual controversy and not on terminology.

II. Outlining the conceptual problems of punishable attempts at an impossible crime

1. Objectivist accounts

A purely objectivist account is based on a (completely) determinist worldview. Incrimination would be based on harm.¹⁰ Every incriminated attempt would – in time – need to result in harm to the protected legal interest.¹¹ That is not the case if the perpetrator has not undertaken all the objectively necessary steps for causing harm¹² or if the attempt, for whatever reason, cannot succeed. A purely objectivist account cannot

⁹ *Cahill*, in: *Hörnle/Dubber* (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 512 (522); *Yaffe*, *The Yale Law Journal* 124 (2014), 92 (132 et seq.); *Donnelly-Lazarov*, *A Philosophy of Criminal Attempts*, 2015, p. 135; *Hasnas*, *Hastings Law Journal* 54 (2002), 1 (5); *Alexander* (fn. 8), p. 231, 233.

¹⁰ The German discourse mostly refers to “legal goods”. However, there is a long-standing debate as to what exactly constitutes a “legal good”, see e.g. *Hörnle*, in: *Hörnle/Dubber* (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 679 (686 et seq.). The term is misleading because the only thing that matters is if there exists a legally protected interest and whether it is harmed. Keeping this in mind, the German and the Anglo-American discourse – which generally does not take this “detour”, see *Hörnle*, *ibid.*, p. 679 (687) – are more alike than the differences in terminology suggest.

¹¹ Cf. *Jakobs* (fn. 5), sec. 6 para. 70.

¹² This constitutes an incomplete (i.e. inchoate) attempt from an objectivist point of view.

differentiate between cases of inaptness and cases of superstitious or delusionary beliefs, nor would it matter if the lack of impact is due to natural causal relations or the intervening actions of a third party. Every attempt that turns out to have been impossible would not be incriminated. Such an account would need to argue that neither the objectively incomplete attempt nor the failed attempt at accomplishing a harmful result is punishable.¹³

Such a view seems to be too restrictive for most advocates of objectivist accounts.¹⁴ They argue for incriminating an unsuccessful attempt in the following cases: (a) the attempt would have resulted in harm if no third party had intervened or (b) the offender's assumption that the causal relation would have led to harm was reasonable.¹⁵ By taking this stance, the perspective has shifted. The focus is no longer solely on the protected legal interest. It has moved to the abstract behavioural norm that aims to protect said legal interest. Such an account could still be called "objectivist" because the only relevant criterion for the incrimination would be whether the objectively construed behavioural norm has been broken. Whenever the behaviour poses no "risk", there would be no incriminated attempt.¹⁶ In comparison to a purely objectivist theory, this approach acknowledges the fact that we are generally unable to tell how a situation will develop.¹⁷ Risks are a core conceptual element to this sort of objectivist accounts: the behavioural norm is conceptualised by taking epistemic limits into account and by declaring the ex-ante perspective of an objective third party to be crucial. A risk can be assumed even in cases where there will be no harmful event. Criminal liability hinges on an infringement of

this behavioural norm.¹⁸ Whether the behaviour of the subject constitutes a breach of the respective behavioural norm would be a matter of the (somewhat blurry) ascription.¹⁹

In contrast to what the majority stance within the German legal discourse states, the solution to the core problem of whose assessment is crucial cannot be to leave it to the "objective third party". Obviously, there is not really an objective third party, and no one claims that there is. It is a normative fiction. However, even if we make it a mental exercise to try to determine whether someone with "average knowledge" – whatever that means – would assess a relevant risk under the concrete circumstances, we would need to assume a lot of other things, e.g. that this person would have taken notice of all the relevant circumstances. Since that "objective third party" would be human, the result might be far less than ideal²⁰ since we would need to assume a knowledge base and an assessment which is the result of diligent behaviour. In comparison to a purely objective assessment of the behavioural norm as stated above, there might be a significant discrepancy. Assessing risks by referring to the "objective third party" might lead to assuming a (relevant) risk where a better-than-average party would not assume risk, and vice versa.²¹ As a result, a behaviour might be forbidden even though there would be no risk according to the assessment of a party with better knowledge of the circumstances (much less when measured against the truth). The "objective third party" is a figure by which legal doctrine blurs the standards and hides uncertainties. To be blunt: the assessment of an "objective third party" seems to become whatever someone says it is as long as it is somewhat plausible; it makes a mockery out of the notion of objectivity to call a thus conceived behavioural norm "objective".²²

The notion of risk is only conceptually conceivable because there is a lack of knowledge. Since the knowledge base

¹³ *Sancinetti* (fn. 5), p. 37.

¹⁴ Cf. e.g. *Feinberg*, *Criminal Attempts*, in: Feinberg (ed.) *Problems at the Roots of Law*, 2003, p. 77 (82); *Weigend*, *DePaul Law Review* 27 (1978), 231 (268 et seq.); *Duff* (fn. 5), p. 348; *Roxin*, GA 164 (2017), 656 (658); *Hirsch*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, p. 711 (717); *Kindhäuser*, in: *Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich* (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, 2017, p. 325 (327, 337 et seq.); *Wachter* (fn. 1), p. 149, 170 f., 173.

¹⁵ *Duff* (fn. 5), ch. 11–13; *Weigend*, *DePaul Law Review* 27 (1978), 231 (268 et seq.).

¹⁶ *Hirsch* (fn. 14), pp. 716–720, 725; *Duff* (fn. 5), pp. 374, 384. It should be noted that *Duff* advocates for understanding the law of attempts as a law of attacks, not as a law of endangerments (cf. *ibid.*, p. 371–374). For *Duff's* understanding of what constitutes an attack see *ibid.*, p. 227 et seq.

¹⁷ Conceptually, it makes a difference whether we talk about "risks" from a non-deterministic or a deterministic point of view. The notion of risk is a core conceptual element of a non-determinist perspective. When it comes to a determinist point of view, the use of the term "risks" only makes sense if one takes epistemic limitations into account. Those limitations establish the significance of the risk paradigm. Since causality requires determination, I understand the term "risk" to be based on the latter paradigm.

¹⁸ Cf. *Duff* (fn. 5), p. 364; *Weigend*, *DePaul Law Review* 27 (1978), 231 (268 et seq.).

¹⁹ Cf. *Roxin/Greco* (fn. 4), § 10 para. 98 (p. 423). Criminal theories that build on the notion of communication typically ask what communicative content is ascribed to the behaviour, cf. *Jakobs* (fn. 5), p. 166; *Puppe*, in: *Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß* (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten Geburtstag*, 1999, p. 469 (473 et seq.); *Günther*, in: *du Bois-Pedain* (ed.), *Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, 2004, p. 123 (127).

²⁰ Cf. *Kindhäuser*, *JRE* 13 (2005), 527 (530).

²¹ Cf. *de Murillo*, in: *Heinrich/Jäger/Schünemann* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, 2011, p. 345 (352 et seq.); *H. Schumann/A. Schumann*, in: *Hettinger/Hillenkamp/Köhler* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 546 (558 et seq.).

²² For a critical perspective on the notion of objectivity and the way in which it is used cf. e.g. *Arm. Kaufmann*, in: *Vogler* (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, 1985, p. 251 (259 f., 271); *Duttge*, *Erb/Schäfer* (fn. 4), § 15 paras 95 et seq., 105 ff.; *Kindhäuser*, GA 2007, 447 (456 et seq.).

can vary from subject to subject, this kind of objectivist approach leads to an arbitrary adjudication of cases. This arbitrariness is hard to recognise when punishability is hardly ever off the table. If punishability is repudiated solely in cases in which only a fool would assume that the attempt might succeed, the distinction might seem clear-cut. Nevertheless, the arbitrariness is undeniably there: whether something appears to be foolish is a matter of perspective and insight. Furthermore, the fact that such a line is drawn at all raises the following question: Why are you allowed to try to kill someone as long as you are behaving particularly stupidly but not when you act in a manner that shows at least a certain degree of reasonableness? Some have tried to solve this problem by adding another conceptual prerequisite: a normatively relevant disturbance. The agent's behaviour would need to challenge the validity of a behavioural norm.²³ If the attempt is exceptionally stupid, the members of the legal community will not be shaken in their belief in the validity of the more abstract behavioural norm "do not kill people". No one else will feel as if it is an infringement of the law,²⁴ and since the rule of law remains undisturbed, there is no need to react. However, this answer is unsatisfying because the agent still thought he was killing someone. If the agent is legally responsible for his decision, why can his behaviour not be understood to be an infringement of the law?²⁵ Has he not expressed his willingness to infringe upon the law according to which it is prohibited to kill someone? It isn't very convincing to dismiss a communicative relevance just because another person disagrees with the assessment. In addition, these questions highlight that the connection of the behav-

oural norm with the decision of the individual is blurred in objectivist accounts.

It might be noteworthy that there is some room for a subjectively conceptualised behavioural norm even for objectivist accounts. A subjectively conceptualised behavioural norm would need to be understood as something external – i.e. alien – to the discipline of criminal law; criminal liability would be construed separately. Whether the individual is in breach of the "alien" behavioural norm would be irrelevant from the perspective of criminal law.²⁶ The subjectively conceptualised behavioural norm could be used to understand an agent's misconception of law, but it would not serve any other function.

To summarise, there are several problems with objectivist accounts: the connection of the behavioural norm with the decision of the individual is somewhat blurred. By acknowledging the fact that there are epistemic limits to our insight into harmful acts, the focus of interest shifts to whether the agent creates a relevant risk. The assessment of whether a certain behaviour poses a relevant risk is influenced by the knowledge base and this leads to arbitrary adjudication. The idea of measuring an assessment of risk against an imaginary "objective third party" should be repudiated.

2. Subjectivist accounts

Subjectivist accounts shine when it comes to conceptualising criminal law in a manner that connects law with the behavioural decision of a subject. They argue that a behavioural norm is aimed at influencing the behavioural decisions of its addressees and therefore only the perspective of the individual matters.²⁷ If the intended behaviour constitutes a breach of the behavioural norm in the eyes of the addressee and he acted upon it nevertheless, he would have carried out an incriminated attempt. According to a purely subjectivist account, even the legally impossible attempt would be incriminated.

However, subjectivist accounts do not go this far. Most accounts refute the notion that the attempt by "extraordinary means" (i.e. means that are inherently incapable of succeeding, e.g. witchcraft) constitutes an incriminated attempt.²⁸

²³ For a more detailed description of this so-called "Eindrucks-theorie" see *Murmann*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, vol. 2, 13th ed. 2021, Vor §§ 22 ff. paras 83 et seq.; *Wachter* (fn. 1), p. 56 et seq. (*Wachter* gives an account of the different variations and similar approaches); see also *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30th ed. 2019, Vor § 22 para. 22; *Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9th ed. 2020, ch. 23 para. 4; *Jakobs* (fn. 6), sec. 25 paras 21 et seq.; *Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3rd ed. 2019, § 8 paras 10 et seq.; *Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10th ed. 2022, § 30 paras 9 et seq. This notion does not rise to the level of a full, stand-alone concept of criminal law, but it amends objectivist or subjectivist concepts. One could understand those amalgamations as forming a new sort of theoretical concept – even then, these theories would just be a variation of an objectivist or subjectivist concept.

²⁴ Cf. e.g. *Frisch* (fn. 3), p. 352; *Jakobs* (fn. 5), sec. 25 paras 22 et seq.

²⁵ A similar thought is expressed by *Kudlich*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. 3, § 57 para. 50; *Murmann* (fn. 23), Vor §§ 22 ff. para. 79. For a further critique of the so-called "Eindrucks-theorie" see *Murmann*, *ibid.*, Vor §§ 22 ff. paras 84 et seq.; *Hirsch* (fn. 14), p. 714 ff.; *Wachter* (fn. 1), p. 58 et seq.

²⁶ Cf. *Frisch* (fn. 3), p. 353.

²⁷ *Zielinski* (fn. 5), p. 121 et seq., 251; *Alexander/Ferzan* (fn. 5), p. 6, 172; *Yaffe* (fn. 5), p. 21; *id.*, *The Yale Law Journal* 124 (2014), 92 (110, 132).

²⁸ Cf. *Sancinetti* (fn. 5), p. 47, 199–201; *Struensee*, *ZStW* 102 (1990), 21. See also *Alexander/Ferzan* (fn. 5), p. 195: "And just as the criminal law does not punish the pure legally impossible attempt, so too would we exempt from punishment those who believe themselves to be culpable but who are not. There are, in our schema, no 'attempts to be culpable'." When it comes to attempts by extraordinary means, *Yaffe* (fn. 5), p. 254, wants "to acquit on grounds of 'inherent impossibility' [...] because where there is good reason to doubt the agent's practical competence, there is reasonable doubt that he is actually attempting the crime. There are not good grounds for guilt for attempt, in such cases, even if the defendant did indeed commit one." However, the criterion that

Furthermore, subjectivist accounts do not consider attempting to commit a crime to be a breach of the behavioural norm if such a crime is not legally recognised as such. They argue that nomologically those cases could not constitute a criminal attempt because the acting agent only thinks that he is infringing upon a behavioural norm; in truth, his mindset would not be directed at a crime.²⁹ Since there is no behavioural norm that prohibits the agent's behaviour, the agent's mindset cannot have been directed at committing a crime. This argumentation seems neat and convincing because it would prevent subjectivist accounts from "overreaching". Holding the agent criminally liable solely because of his erroneous legal assessment would seem hardly justifiable.³⁰

Critics argue that (most) subjectivist accounts fail to follow through on their own approach.³¹ A purely subjectivist account would need to acknowledge that the behavioural norm is construed by the acting agent himself and therefore subjectivist accounts could only argue that the question if the norm breach deserves to be punished needs to be addressed separately.³² Those subjectivist accounts that are represented in the discourse would disagree: according to these, criminal liability does not hinge on an actual infringement of a behavioural norm – it is sufficient that the mindset of the agent was directed at its infringement and that he acted upon it. The opening statement would need to be reformulated: criminal liability would not require an infringement of a behavioural norm, only the expression of a volition that is directed at such an infringement. To justify this concept of criminal liability, proponents of subjectivist accounts refer to the arguments we have already discussed here: the whole point of behavioural norms is to influence the behaviour of their addressees,³³ and since the subject can only decide on the basis of whatever he/she knows about the relevant circumstances, criminal liability needs to be tied to the decision and its implementation. Even though this seems to be a valid point, it is certainly noteworthy

that – from this perspective – it would be irrelevant whether there is an actual "objective" infringement of a behavioural norm. Furthermore, this approach cannot satisfyingly answer the question as to why in some cases there would be no criminal liability: if the violation of a behavioural norm is solely determined from a subjective perspective, why should it matter that the behavioural norm does not forbid the intended behaviour or that a behavioural norm that bears any resemblance to the one the agent imagined does not even exist? Subjectivist accounts can either claim to be coherent in the way they conceptualise wrongful behaviour – then they need to claim that an agent is also criminally liable for a legally impossible attempt – or they need to acknowledge that the behavioural norm itself is conceptualised by the subject as well, and then there simply are no legally impossible attempts.

3. The mixed approach of the majority

The majority within the legal discourse disagrees with objectivist as well as subjectivist concepts. Most participants argue for an incriminated attempt even in cases in which the offender did not create an objectively relevant risk for the protected legal interest as long as (1.) he thought that he did and (2.) he would have created a relevant risk if his mental picture had been correct.³⁴ An attempt would therefore be punishable even in cases in which the "objective" behavioural norm has not been breached. In that respect, their stance can only be explained with a subjectivist element. However, subjectivist accounts do not fit the prevalent opinion either. If they adhere to the thesis that the behavioural norm is conceptualised objectively, then there would be no behavioural norm that prohibits it – the subjectivist conception would be directed at a non-existent behavioural norm. If they acknowledge the necessity to construe the behavioural norm subjectively or dispense with the notion that criminal liability hinges on an actual breach of a behavioural norm and declare the imagined violation of a behavioural norm to be crucial, then they cannot explain why there would be no criminal liability for legally impossible attempts. Because the majority stance rejects the incrimination of "legally impossible attempts",³⁵ subjectivist accounts offer no theoretical basis for the majority stance.

The majority stance raises the question of whether there is an additional normtheoretical approach. There should be one because it cannot be explained by the concepts we have just discussed, and it needs to be based on a coherent theoretical foundation. If there is no theoretical foundation, it cannot legitimately guide our ruling on cases – at least it would need

Yaffe refers to bears no relevance to criminal liability. It does not matter if the offender might resort to other means (at least until he does). Otherwise, we would hold him liable for no other reason than our fear of him. *Armin Kaufmann*, in: *Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos* (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, 1974, p. 393 (403), and *Zielinski* (fn. 5), p. 134 fn. 14, argue that the attempt by extraordinary means is incriminated even though there might be no need for punishment. *Zielinski* (fn. 5), p. 161, rejects the notion that one can infringe a behavioural norm that does not objectively exist.

²⁹ Cf. *Yaffe*, *The Yale Law Journal* 124 (2014), 92 (120); *Struensee*, *ZStW* 102 (1990), 21; *Zielinski* (fn. 5), p. 124–127, 161; *Sancinetti* (fn. 5), p. 54, 228 et seq.

³⁰ Cf. *Wachter* (fn. 1), p. 210 et seq.; *Cahill* (fn. 9), p. 516.

³¹ Cf. e.g. *Duff* (fn. 5), p. 156 et seq.

³² Cf. *Kaufmann* (fn. 28), p. 403. *Zielinski* (fn. 5), p. 134 fn. 14, points this out by arguing that an attempt which is based on superstitious or grossly irrational beliefs cannot be ruled out by denying a legal wrong – but there might be no need for punishment.

³³ Cf. e.g. *Alexander/Ferzan* (fn. 5), p. 172 et seq.

³⁴ Cf. e.g. *Hoffmann-Holland*, in: *Erb/Schäfer* (fn. 4), § 22 para. 48; *Jäger*, in: *Wolter* (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 1, 9th ed., 2017, § 22 para. 45; *Wachter* (fn. 1), p. 186 et seq.; *Yaffe*, *The Yale Law Journal* 124 (2014), 92 (133).

³⁵ Cf. *Wachter* (fn. 1), p. 207–209; *Kudlich* (fn. 25), § 57 para. 38; *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, vol. 1, 5th ed. 2017, § 22 para. 40; *Yaffe*, *The Yale Law Journal* 124 (2014), 92 (133 f., 141); *Hasnas*, *Hastings Law Journal* 54 (2002), 1 (9).

to be explained why we can base our legal practice on concepts that conflict with each other. Therefore, we need to assess whether there is a way to reach a coherent normtheoretical basis.

One might consider whether the position of the majority can be explained by a subjectivist account which incorporates an objectivist element with respect to punishability: the behavioural norm would be conceptualised in a subjectivist manner, but a breach of the respective behavioural norm would only constitute a necessary, not a sufficient condition for criminal liability.³⁶ An objective element (e.g. an objective risk) would need to be fulfilled in addition. This explanation does not fit the prevalent opinion either: first, their proponents argue for punishability even in cases in which the offender did not create an objectively relevant risk for the protected legal interest. Second, such an account would not justify criminal liability in cases in which the agent believes that his actions were perfectly legal.

Merging subjectivist and objectivist accounts does not seem feasible either. One cannot build a homogenous concept of law by combining incompatible elements. In addition, neither subjectivist nor objectivist accounts offer convincing concepts of criminal liability. Trying to conceive criminal liability by acknowledging both cumulatively does not rectify these deficiencies.

4. Interim result

Looking at the dispute from a distance, I cannot help but feel as if we are stuck between a rock and a hard place: the objectivist stance should be refuted because criminal liability needs to be based on the behavioural decision that the agent made and not on some external factor. An objectivist account that conceptualises criminal liability by basing the notion of risk on an understanding that takes epistemic limits into account and by declaring the ex-ante perspective to be crucial can be highly speculative and leads to arbitrary results. Subjectivist accounts seem to get it right when it comes to the normtheoretical approach³⁷ – at least to some extent. Because the concretisation of the behavioural norm aims to influence the individual in his decisions on behavioural options,³⁸ the crucial question for criminal liability needs to be how the individual deals with the information and the behavioural options he has. However, this fails, inter alia, when it comes to criminal liability in cases in which the agent believes to act in compliance with the law.

The majority stance seems to enable practitioners to come to adequate results. Why would we punish someone for behaviour that we do not perceive as criminally relevant? A

³⁶ Cf. *Roxin/Greco* (fn. 4), § 10 para. 95.

³⁷ This is supported by the notion that even objectivist accounts agree that law aims to influence behaviour and that we are “paradigmatically responsible for our intended actions,” *Duff* (fn. 5), p. 363, 371 et seq.

³⁸ Cf. e.g. *Alexander/Ferzan* (fn. 5), ch. 5; *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 67 et seq., 102–108; *Zielinski* (fn. 5), p. 121, 251.

legal community that prides itself on being secular and that celebrates reason and restraint in the use of criminal law (ultima-ratio-principle) should not resort to punishment all too quickly. The assumption seems valid that there must be a normtheoretical basis for criminal liability in those cases in which the offender did not create an objectively relevant risk for the protected legal interest but (1) thought that he did and (2) would have created a relevant risk if his mental picture had been correct. The individual decides on what he perceives of the world and if he thinks he is shooting with a loaded gun at a person, then that should make him criminally liable for attempting to kill someone. However, there seems to be no theoretical basis for this thesis posited by the majority.

The bottom line seems to be that – however we look at it – there is just no conceptually viable solution. Or is there?

III. Drafting a way out

There might be a way out of this conceptual predicament: criminal liability could be approached on the basis of the constructivist discourse-theoretical conception of law against the theoretical backdrop of the relational theory of basic rights as a meta-concept.

The constructivist discourse-theoretical conception of law³⁹ dismisses the conventional assumption that law (or to be more precise: a normative content) is something “objective” generated either by the legislator or by some kind of intersubjective consensus and that an interpreter’s task is to “find” the law.⁴⁰ It argues that normativity is not external to the interpreter: normative contents “exist” only as a cognitive creation

³⁹ See *Behrendt*, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171. Similarly: *Becker* (fn. 2), p. 104 et seq. With a focus on the process of building law as a system cf. *Lee*, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, p. 97 et seq., 152 et seq.; *id.*, in: *Bung/Valerius/Zimmermann* (eds.), *Normativität und Rechtskritik*, 2007, p. 179 (184 et seq.).

⁴⁰ The discrepancies of this notion begin with the assumption that the legislator issues the norm itself (and not only the norm text) and are continued with the thesis that those normative contents are only applied by the interpreter, cf. *Wischmeyer*, *JZ* 2015, 957 (959 – methodically, the concept of the legislator’s volition is broadly understood as a relic of an old and relinquished mentality); *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, vol. 1, 11th ed. 2013, p. 519 f.; *Christensen/Kudlich*, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verhältnis*, 2008, pp. 20, 146; *Barth*, in: *Bäcker/Klatt/Zucca-Soest* (eds.), *Sprache – Recht – Gesellschaft*, 2012, p. 211 (219): “Understanding a legal text is not a process of discovering meaning but one with which the recipient produces meaning”; *Neumann*, in: *Senn/Fritschi* (eds.), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, 2009, p. 87: “The appearance of objectivity in legal interpretation is destroyed completely and irrevocably by philosophical hermeneutics”, all translations by the *author* of this text. For a thorough analysis of the question with a focus on postmodern linguistics see *Becker* (fn. 3).

of the interpreter.⁴¹ The concept does not argue against the possibility of consensus, it argues against a conception of legal oughts and normative contents that takes a substantial consensus as a prerequisite. When applied to the issue of criminal liability, the concept would not lead to a purely subjectivist stance. Criminal liability would be perceived as an interpreter-relative issue that needs to be appreciated against the backdrop of the multitude of interpreters.

The relational theory of basic rights⁴² serves as a reference point on a meta-level. It has little to do with the constructivist discourse theory of law, but it serves as a theoretical backdrop for those normative contents which are positively acknowledged by an agent in assessing the positive law. Both are needed to make a case for a change in our outlook on law.

1. *The (meta-level) relational theory of human rights and the objectivist-subjectivist controversy*

According to the relational theory of basic rights, every member has a prima facie claim against every other member to assist in realising his interests and to desist from harming them. Every member is correspondingly prima facie obligated to do so. Whenever someone behaves in a way that infringes on that prima facie obligation, he also impairs this other member's claim to be recognised as an equal. However, the

⁴¹ Behrendt, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171 (179). The hermeneutical quality of the process of "reconstructing" the normative content is generally not even disputed by authors who argue in favour of the common narrative. Cf. e.g. Jestaedt, in: Bumke (ed.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, pp. 49 (62 et seq.). For a hermeneutical conception of law and a defence of the notion that the law is issued by the legislator see Poscher, in: v. Hein/Merkt/Meier/Bruns/Bu/Vöneky/Pawlik/Takahashi (eds.), *Relationship between the Legislature and the Judiciary*, 2017, p. 41 (43, 46); *id.*, in: *The Cambridge Companion to Hermeneutics*, 2019, p. 326 (332 et seq., 337 et seq.); *id.*, *Droit & Philosophie* 9 (2018), 121.

⁴² See Behrendt, *Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte*, 2023, ch. 19. It shares some resemblance to recognition theory but, in contrast to the latter, it is not based on the notion of reason. Recognition theory has deep philosophical roots that can be traced back to thoughts expressed by Fichte, Hegel and Kant, cf. Behrendt, *ibid.*, ch. 19 A. II. 1. a), with references. Within contemporary philosophical literature, Axel Honneth is probably the most prominent advocate of a philosophy that builds on the recognition paradigm. Recognition theory is represented in the literature on constitutional law and on criminal law, see e.g. Rothhaar, *Die Menschenwürde als Prinzip des Rechts*, 2015, p. 207 et seq.; Hofmann, *AöR* 118 (1993), 353 (364); Wolff, in: Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform 1987*, p. 137 (182 et seq.); Köhler, *ZStW* 104 (1992), 3 (15); Zaczek, in: Landwehr (ed.), *Freiheit, Gleichheit, Selbstständigkeit, Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft*, 1999, p. 73 (80 et seq.); *id.*, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 250.

agent himself also has a claim against the other member to assist in realising the agent's interest. This conflict of prima facie norms needs to be solved by balancing: whether it would definitely be a violation of the other member's rights or whether it would be the other member who needs to tolerate the impairment of his interests is decided by balancing the interests (which is a complex endeavour, as we all know). Conflicting interests are considered only when it comes to assessing the level of what is the definitely valid norm.⁴³

This model does not yet solve the objectivist-subjectivist controversy. Prima facie claims and prima facie obligations can be conceived as purely objectivist if we look at them on the basis of a determinist worldview: a member only has a claim against another member to undertake a specific action if it furthers his interest and he only has a claim to refrain from undertaking a specific action if it leads to harm.

However, that does not mean that a member cannot attempt to violate another member's claim to be recognised as an equal. Because members have claims against each other to assist in the upkeep and the realisation of interests, we need to be able to tell if the other member infringes on those claims or behaves in accordance with his obligations. This requires that his actions and omissions are normatively relevant. They only are normatively relevant if they are based on what is commonly referred to as an autonomous decision of the subject.⁴⁴ This standard needs to take into account that there are epistemic limitations and that the decision-making process is essentially a cognitive (data) process which is determined by biochemical, physical and biological processes. If we accept this, a normatively relevant decision and its

⁴³ The differentiation of two levels of validity (prima facie validity and definitive validity) and the importance of balancing is based on Robert Alexy's work on basic rights, i.e. principles theory, see e.g. Alexy, *International Journal of Constitutional Law* 16 (2018), 871; *id.*, *Revus* 2014, 51; *id.*, *A Theory of Constitutional Rights*, 2002. Alexy's theory builds on a normtheoretical dualism of rules and principles. The viability of this dualism is challenged by many, cf. e.g. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, p. 73 et seq.; *id.*, in: de Oliveira/Paulson/Trivisonno (eds.), *Alexy's Theory of Law*, 2015, p. 129 et seq.; *id.*, *Ratio Juris* 33 (2020), 134; Jestaedt, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (eds.), *Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee*, 2007, p. 253 (260); *id.*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, p. 206–260. The relational theory of basic rights does not share Alexy's normtheoretical dualism, see Behrendt (fn. 42), ch. 12. The two levels of constitutional rights arise because of their basic nature as rights of an individual which must always undergo some sort of social mediation. Furthermore, the proposed concept aims at a positivist conception of law, see Behrendt, *ibid.*, ch. 19. This is another fundamental difference to Alexy's theory. Alexy argues for a non-positivist understanding of law, and his principles theory and his non-positivist conception are not separable from one another, cf. Alexy, *Ratio Juris* 23 (2010), 167; *id.*, *Der Staat* 50 (2011), 389 (404).

⁴⁴ Cf. Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 59 f.

implementation can only require that the decision-making process is sufficiently complex. That a member can (attempt to) infringe and violate another member's claim to be recognised as an equal is a result of the thesis that a member's behaviour is only legally relevant if it is built on a sufficiently complex, i.e. sufficiently reasonable, decision. Since this standard takes epistemic limitations into account, a behaviour can infringe on an obligation to omit an action even if objectively there is no such obligation (because the action does not lead to harm). If there is normatively relevant behaviour, there may be an attempt to violate another member's claim to be recognised as an equal even though objectively the action itself constitutes no infringement. The behaviour might even be in accordance with what the agent was supposed to do because it helps to realise a member's interests. However, the agent is not responsible for complying with his duties if his behaviour is not based on a sufficiently complex decision about creating this chance.

Within this concept, responsibility is understood as a decision which the agent reached through a sufficiently complex process and which is conceptually linked to risks and chances. This might be conceived as somewhat of a contortion by members of the legal discourse who are used to more common narratives. At least within the German legal discourse concerning criminal law, we are accustomed to a narrative which poses the question of responsibility only when it comes to wrongful behaviour. Due to the disciplinary focus, the responsibility for compliance, i.e. law-abiding behaviour, is simply not of interest. Of course, this cannot be counted as an oversight since criminal law only deals with wrongful behaviour. Furthermore, it depends on the interpreter's norm-theoretical approach whether this question is even worth his while – one could also argue that the law only aims at preventing unlawful behaviour (proponents of a framework narrative or of what is called a liberal concept of freedom would argue along these lines).

What does this mean with respect to the subjectivist-objectivist controversy? The argumentation makes a case for a subjectivist account (deliberately attempting to violate an obligation is an attempt to violate another member's claim to be recognised as an equal), but there are a few issues which challenge the applicability. Firstly, the deliberation only pertains to the meta-level. When it comes to positive law, we need an explanation that takes into account that positive law does not need to acknowledge human rights. A positive legal order may be based on protecting the interests and needs of society as such and of its individual members, but it can also be based on protecting the interests and needs of only some members or even of only one member. Basic rights – understood as rights of individuals – might make a case for the relevance of an agent's mental picture and for connecting the agent's behaviour in light of the subjectively construed behavioural norm with the other members' claim to be respected as an equal, but that does not necessarily support the thesis that a breach of that behavioural norm results in criminal liability. What behavioural norms are positively acknowledged needs to be taken into account. Secondly, the argumentation can hardly pertain to criminal law. The model is too

broad because not every attempt at violating another member's claim to be recognised as an equal constitutes criminal liability. On the basis of a positivist understanding of law, which violations deserve to be punished hinges first and foremost on the norm texts issued by the legislator. Not every behavioural obligation is protected by criminal law.

Furthermore, this model does not solve the issue of criminal liability from the perspective of the majority stance because it does not understand it as a multiple-interpreter problem and because it lacks the societal dimension as long as it is perceived only as a horizontal bilateral concept.

2. *The constructivist discourse-theoretical concept of law and the positively acknowledged behavioural norm*

Normative contents "exist" only as a cognitive creation by an interpreter. What normative content is positively set forth is postulated by the interpreter.⁴⁵ As a result, there is no unified legal order.⁴⁶ There are only norm texts, communicative acts about law (both of which are subject to interpretation) and the pursuit of a consensus,⁴⁷ approval⁴⁸ and coherence⁴⁹. Acts of communication which refer to the law, i.e. to normative contents, make up the legal discourse.⁵⁰ What is perceived as an act of communication about the law is determined by the interpreter: if an agent understands an occurrence to convey meaning, he will perceive it as an act of communication,⁵¹ and if he comprehends it to convey a statement regarding normative contents, the agent understands it to be a remark on the law.⁵² Therefore, different interpreters might have different assessments about the width of the legal discourse or the one on specific normative contents⁵³ and what ought is positively acknowledged. One cannot simply dismiss the

⁴⁵ Christensen/Kudlich (fn. 40), p. 216; Becker (fn. 2), p. 125; Behrendt, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171 (179).

⁴⁶ Behrendt, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171 (180).

⁴⁷ Becker (fn. 2), p. 114; Behrendt, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171 (181, 191).

⁴⁸ Cf. e.g. Lee (fn. 39), p. 148, 155; Becker (fn. 2), p. 87, 112–114.

⁴⁹ See e.g. Balkin, *The Yale Law Journal* 103 (1993), 105; MacCormick, in: Krawietz/Schelsky/Winkler/Schramm (eds.), *Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, 1984, p. 37 et seq.; Becker (fn. 2), p. 113 et seq. Cf. Dworkin, *Law's Empire*, 1986 (reprint 1998), p. 225 et seq.

⁵⁰ Cf. e.g. Morlok, in: Blankenagel/Pernice/Schulze-Fielitz (eds.), *Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, 2004, p. 93; Christensen, in: Krüper/Merten/Morlok (eds.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, 2010, p. 127 (129 et seq.); Müller/Christensen/Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, p. 83, 86; I. Augsberg, *Rechtstheorie* 40 (2009), p. 71.

⁵¹ Cf. e.g. Poscher (fn. 41 – Relationship), p. 51; Behrendt, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171 (182).

⁵² Behrendt, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171 (182 et seq.).

⁵³ This is an issue which relates to the question of why we need to react to some infringements of behavioural norms at all. This question will be addressed later.

perspective of one agent because he is a layman or not as skilled as another interpreter. This is not to say that the authority of the interpreter and the matter of whose judgement holds sway in case of conflicting opinions about the law would not be conceptually relevant when looking at a broader social concept. There is a need to solve conflicts and thereby to acknowledge being bound by someone else's ruling and for society to enforce some judgement by force, if necessary. These problems do not call into question that normative contents are created by the interpreter. Whether people accept being bound by someone else's ruling is an ontological question. Acceptance cannot be built into the legal order – which is why gaining acceptance and trust is an ongoing challenge for any legal order. Power and force can substitute acceptance to some extent, but it is usually not a good idea to substitute acceptance over the long term.

If we take a step back and re-address the problem of transferring the meta-level solution to the level of positive law, we can conclude that an infringement of another person's claim to be recognised as an equal can be conceived even without an "actual" breach of a behavioural norm because it is sufficient that the acting agent (or another interpreter) assumes a positively acknowledged behavioural norm. More precisely: the existence of an "actual" breach is inherently interpreter-relative.

3. Reformulating the concept of criminal law in general

If the agent conceives an incriminated behavioural norm and acts in breach of it,⁵⁴ he would be criminally liable according to his own standard. This would mean that a legally impossible attempt would be (ironically) conceptually impossible. Within the concept of criminal law as a social practice, there could not be a factually or legally impossible attempt when it comes to the perspective of the acting agent – these verdicts can only be given by an observer due to superior knowledge (or better reasoning) or from an ex-post perspective.⁵⁵

The behavioural decision is based on what the agent perceives of the world, what his needs, goals and interests are and what methods he has at his disposal to fulfil them. It is also influenced by what the agent knows or assumes to know about how a situation will develop and how his behaviour will influence this. The law aims to influence this behavioural decision. Even though there is no such thing as "the law" in a unitary sense, we measure our behaviour and those of other persons by the law. An agent capable of behaving in a legally relevant fashion should be aware that his behaviour can be judged by other people in respect to its lawfulness. This is why conceiving the behavioural norm is non-arbitrary. The

discourse works as a controlling instance,⁵⁶ and the anticipation of discourse has a pre-effect on the conception of behavioural norms. "The law" provides guidance because of the knowledge that one's own conception of what the law dictates in the concrete case can be reviewed by others – maybe even state officials with the authority to punish – if one acts according to one's conception.

Therefore, the agent has reason to assess whether his intended behaviour might cause harm to a protected legal interest (i.e. the object which is representing the legal interest). That entails an assessment of which interests are legally protected and whether the intended behaviour might lead to harming them. If the agent concludes that his intended behaviour might harm a legally protected interest, he has to assess in what way the intended behaviour furthers his own interests (and maybe that of other people) and whether these interests outweigh the interests which might be harmed. An agent usually forms his conviction about the concrete behavioural norm based on what other people and society have taught him about how he should behave. (The agent is rarely aware of these processes, but awareness is not relevant.) Maybe in some rare cases, he additionally engages with the norm text issued by the legislator and/or might be aware of some of the relevant jurisprudence since some decisions are communicated by the press. The acting agent is usually not a professional "interpreter" of law and calling him an interpreter rather stretches the meaning of the word since the agent rarely engages with the relevant norm texts, but this does not mean that he cannot be conceived as an interpreter of law in a broader sense.

Others might agree or disagree with the agent's assessment of risks and the law. (Dis)Agreement can pertain to different levels and steps within the process of conceiving the definitively valid behavioural norm. The last part refers to the level of concretisation⁵⁷ of the law: the observer (e.g. a public prosecutor or a judge) and the acting agent might be in agreement when it comes to the more abstract behavioural norm. For example: they might agree that killing people is forbidden, but only the acting agent thinks that he can kill a specific person by using mint tea. If the agent serves that person mint tea, he infringes on what he perceives to be a concrete behavioural norm which derives from the more abstract behavioural norm "do not kill people". The observer would assess that this is not an infringement of the behav-

⁵⁴ This already refers to the level of definitive validity. If the agent assumes to act in his own interest because doing so outweighs conflicting interests or due to exonerating circumstances, he would not be criminally liable according to his own standard as long as he believes this to be "what the law dictates" in this case.

⁵⁵ Cf. e.g. *Donnelly-Lazarov* (fn. 9), p. 88 et seq.; *Freundl Rostalski* (fn. 23), p. 324.

⁵⁶ Cf. *Becker* (fn. 2), p. 103 (when it comes to communicating a thesis about law within the professional discourse, control is brought about by the discourse itself), 114 ff.

⁵⁷ The connection between the abstract norm and its concretisation has enjoyed much attention esp. within the field of German legal theory, legal philosophy and constitutional law, cf. e.g. *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, passim; *id.*, in: Bumke (ed.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, pp. 49 ff; *Poscher*, *Legal Construction* (note 41), p. 41 (42). In *Behrendt*, *Entzauberung* (note 42), ch. 12 B.V.1 and 3, I take a normtheoretical approach that focuses on a substantial structural connection.

ious norm because serving mint tea is not an apt way to kill that person, and even if it creates any risks, creating them would be allowed. In this case, the observer would not think that the agent's behavioural decision and its implementation constitute a norm breach and therefore disagree with the acting agent when it comes to the concrete behavioural norm. The observer would also refute the notion that this is an infringement of the abstract behavioural norm if he assumes that the abstract norm consists of the sum of its concretisations.⁵⁸ The concept needs to explain, if – and if so, when and why – the acting agent is criminally liable in these cases. Furthermore, it might be the other way around: pursuant to his own legal assessments, the acting agent might assume that he is behaving in accordance with the law and the observer disagrees. There is also the need to explain if – and if so, under which circumstances and why – the acting agent is criminally liable in these cases despite the fact that normative contents are construed subjectively.

At first glance, these issues seem to be all about criminal liability. However, criminal liability might not be the core problem if we accept the premise that criminal liability (only) requires a breach of a behavioural norm and link it to the proposed concept: in those cases in which criminal liability is discussed there would be a breach of a behavioural norm either according to the acting agent himself or according to the observer.⁵⁹

As a consequence, a conceptualisation of criminal law that is based on the proposed concept of law would need to be interested in what happens once there is a breach of a behavioural norm: because of the conceptual turn, it becomes questionable whether criminal liability is linked to the necessity of formally responding to a breach. If an observer concludes – in contrast to the acting agent – that the behaviour is not in violation of a criminally relevant behavioural norm, is it (il)legitimate to punish? If it is the other way around, how can punishing the acting agent be justified if his behaviour was lawful according to his own assessment? Is it at all legitimate to react with censure, i.e. a “moral reproach”, and even with punishment in cases in which there could not have been a breach of a behavioural norm according to a purely objectivist stance? The breach of a behavioural norm cannot be enough to explain why these reactions are – generally – legitimate. These questions are not issues of criminal liability. They pertain to the legitimacy of addressing a norm breach with censure and maybe even with punishment.

A sound concept of criminal law would need to have answers to those questions. They can be found in theories of criminal law that perceive both crime and punishment as

communication.⁶⁰ According to these approaches, “punishment [...] expresses moral condemnation to the degree of ‘the blameworthiness of the conduct’” and “indignation about and moral disapproval of the crime”.⁶¹ Even though the focus is mostly on the communicative nature of punishment,⁶² crime can be perceived in the same manner.⁶³ Behaviour can have a communicative character. It is communicative if we ascribe sense to it and are justified in doing so – that is the case if the behaviour is normatively relevant in the above-mentioned sense.⁶⁴ Since the individual needs to abide by the law, every action can be interpreted as a remark on the law implying that said action is lawful. Therefore, we attribute a claim to (legal) correctness to behaviour.⁶⁵ Even shooting someone in cold blood can be interpreted as such a remark on the law. If we take this into consideration, the missing piece seems to be that there needs to be a reason to communicatively respond to the breach of a behavioural norm. Hence, the theory which perceives crime and punishment as communication is core to the understanding of criminal law and in harmony with the constructivist discourse theory of law and its conceptual implications for criminal law.

4. Spelling it out

The concept needs to be spelt out if we are to assess it properly. With respect to the construed behavioural norm and the agent's decision on his behaviour, we can differentiate several constellations. If the acting agent has thought about whether his intended behaviour might cause harm to a protected legal interest (i.e. the object which is representing the legal interest), he will have formed an opinion regarding aptness,⁶⁶ i.e.

⁶⁰ See e.g. *Günther* (fn. 19), p. 123 et seq.; *Hörnle/v. Hirsch*, GA 1995, 261 (266 et seq.); *Duff*, Punishment, Communication, and Community, 2001; *id.*, The Realm of Criminal Law, 2018, p. 19, 37 f.; see also *id.*, Ethic Theory Moral Practice 2018, 775, regarding a relational concept of accountability that is in harmony with an expressivist account of criminal law.

⁶¹ *Günther* (fn. 19), p. 124. See also *Frisch*, GA 2019, 537 (547 et seq.).

⁶² See e.g. *Hörnle/v. Hirsch*, GA 1995, 261 (266 et seq.); *Frisch*, GA 2019, 537 (544, 547 et seq.).

⁶³ *Günther* (fn. 19), p. 127; *Feinberg*, The Monist 49 (1965), 397.

⁶⁴ *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, p. 44; *id.* (fn. 44), p. 22 et seq.; *Günther* (fn. 19), p. 127; *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, Über die Legitimation staatlichen Strafens, 2017, p. 22; *Behrendt*, Rechtstheorie 51 (2020), 171 (182); see also *Puppe* (fn. 19), p. 469 et seq.

⁶⁵ See *Jakobs* (note 44), p. 13, 15 et seq., 20 (with further references), 22 et seq. This thought can be traced back to Hegel, see *Günther* (fn. 19), p. 129 f.; *Seelmann*, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, Hegels Straftheorien, 1995, p. 88.

⁶⁶ He might not have thought about whether his intended behaviour creates a risk for the respective legal interest. This topic will be addressed in a different paper and based on a

⁵⁸ See *Behrendt*, Entzauberung (note 42), ch. 12 B.V.1.

⁵⁹ This shows also why the proposed concept differs from subjectivist approaches. The same applies to the so-called “personale Straftatlehre”: According to it, the intended project of the acting agent is measured against the law, cf. *Freund/Rostalski* (fn. 23), § 8 para 4, 35 (p. 324, 333 et seq.), and could thus be attributed to the column of subjectivist accounts.

whether the action creates a risk.⁶⁷ This leads to the following constellations:

Constellation 1a: If the agent thinks that the intended behaviour might lead to harm to a legally protected interest and that it would create an unlawful risk,⁶⁸ his assessment of the law will lead him to the conclusion that he is not allowed to behave as intended. If he carries it out nevertheless (opt. 1), he is wilfully in breach of what he considers to be the behavioural norm. The offender would not uphold the law, i.e. his version of the law. He would not follow the concrete behavioural norm he had created. He interprets his action as being in breach of what he perceives to be the behavioural norm. According to the acting agent himself, the claim of correctness which is attributed to his behaviour is wrong. In a way, he acknowledges and denies the generated behavioural norm at the same time. If he omits the intended behaviour (opt. 2), he behaves in accordance with his conception of the law. Therefore, there is no breach of a behavioural norm according to the acting agent, and the claim to correctness which is attributed to his behaviour would be justified.

Constellation 1b: If the agent thinks that it would be legally allowed to create the risk, his assessment of the law would result in the thesis that behaving as intended is allowed even though it creates a risk for legally protected interests. In the event that he acts as intended, the ascribed claim of correctness would be true according to the agent himself. If he omits the behaviour nevertheless, then he would behave in compliance with the law as well – assuming that there is no obligation to undertake the action.

Constellation 2: If the agent thinks that the action is incapable of causing harm to a legally protected interest, he has no reason to doubt the lawfulness of his behaviour. His legal opinion is therefore the same as in constellation 1b.

a) The acting agent is in breach of his own assessment of the law

In those cases in which the issue of impossibility arises, the acting agent usually thinks that his behaviour constitutes an incriminated attempt (constellation 1a opt. 1). If the observer

concept of human rights which has been developed in *Behrendt* (fn. 42), ch. 19.

⁶⁷ His assessment might be *objectively* wrong because the empirical facts are different than the agent assumed. Objectively, a real danger for the legal interest does not exist in either of the cases broached by this topic. When success is impossible, the attempt is harmless. Shooting with an unloaded gun or praying for someone's death creates the same level of risk towards the intended victim: no risk at all. See for instance *Alexander/Ferzan* (fn. 5), p. 195.

⁶⁸ The agent's opinion on whether he is *legally allowed* to carry out the intended behaviour can depend on a multitude of factors. Because the omission or execution of the action usually needs to be regarded within a multitude of legal relationships, cf. *Behrendt* (fn. 42), ch. 19 E., the agent can be obligated to execute or omit the action for other reasons than those of the bilateral relationship to the subject whose legal interests are in question.

agrees, he categorises the behaviour as punishable. Both agree therefore that the claim to correctness which is ascribed to the offender's behaviour is false. Therefore, they would rationally need to infer that the preservation of the law demands a response with which the communicated correctness is repudiated.

If the observer disagrees, he does not share the assessment that the mindset of the offender is directed at a breach of the behavioural norm and that the offender has infringed the law by behaving in the way that he did. For example, the observer might not share the delusion that a hex or serving camomile tea can cause someone else's death. With respect to the validity of the norm, the observer would not see a need to react to the offender's action because he does not consider it to be a breach of the behavioural norm that he has created himself. Therefore, he would not perceive the claim to correctness ascribed to the behaviour to be false. There would be no need to proclaim the validity of what he perceives to be the law.

Nevertheless, one can assume a necessity to communicate a response for a different reason: the observer might not ascribe a claim to the behaviour that would need to be repudiated, but the acting agent does. According to the latter, his behaviour is claiming something untrue because he regards his behaviour to be unlawful. In the eyes of the observer, this is not the case, but even he would need to acknowledge that the respective agent has put his willingness to infringe on an incriminated behavioural norm into action. Therefore, there is still cause to respond if the acting agent has (implicitly or explicitly) communicated that he perceives his behaviour to be in breach of criminal law. In this case, it is not the behaviour itself which gives occasion to respond (at least not the behaviour by which the acting agent oversteps the threshold to criminality according to his own assessment). Instead, it is the knowledge about the acting agent's subjective assessment regarding said action which calls for a response (because the observer takes notice of the breach of the subjectively construed behavioural norm).

The necessity for a response is rooted in a notion concerning norm hierarchy. Because the concrete behavioural norm is contained in the abstract behavioural norm, the offender has implicitly infringed on the abstract behavioural norm. Since the norm (at least) consists of the sum of its concretisations, to be in breach in one case means to have eroded the norm in its abstract form.⁶⁹ If the observer agrees that there is an abstract behavioural norm according to which it is forbidden to create unlawful risks for the protected interest⁷⁰ and if the acting agent has communicated an infringement of this abstract behavioural norm, then there are grounds for responding and engaging with the question of whether and how one reacts to the implemented infringement of the subjectively created behavioural norm. If there is no agreement about such

⁶⁹ *Behrendt* (fn. 42), ch. 12 B. V. 1. and 3., 19 C. II.

⁷⁰ This would be the case if the observer's disagreement pertains only to the classification of the concrete behaviour with respect to the abstract behavioural norm.

an abstract behavioural norm, then there is no need to respond to the agent's norm breach.

As a result, criminal liability would not be decided by classifying a case as an attempt by superstition, an attempt at an imagined crime, a legally or factually impossible attempt or some other category. Criminal liability would be established by a norm breach. In all of the aforementioned categories, there would be a norm breach at least when it comes to the acting agent's perspective. However, if one understands criminal liability in this manner, it cannot justify punishment or censure as a response by itself. There needs to be some sort of a communicative necessity to react in this manner because punishment and censure have a communicative nature that goes beyond the legal relationship with the acting agent. There are other – social or informal – forms of responding which might suffice if the event does not rise to a societal level. A formal response would only be necessary if the more abstract behavioural norm is substantially called into question by the event. If the members of society dismiss the event as being non-relevant (e.g. witchcraft, maybe also some cases that might be categorised as irrational attempts), there is no need for a formal response. Society would need to refrain from imposing punishment – perhaps even refrain from instigating or prolonging a criminal investigation. A formal response to an attempt at something impossible would always be under a higher burden of justification, but these issues go beyond the scope of this paper.

b) The acting agent is complying with his own assessment of the law

The problem presents itself differently if the acting agent behaves in accordance with his own assessment of the law. These cases are usually not in question when it comes to the issue of impossibility. As *Struensee* notes: "Usually, it is the agent's opinion of doing something unlawful that gives rise to reviewing the case with regard to punishability; a crime of delusion without the presumption of unlawfulness – i.e. a crime of delusion under an error of law – seems to be a non-word."⁷¹ However, the proposed concept needs to be able to address these cases as well. If it cannot offer a satisfying solution, it would fail conceptually.

According to the agent's conceptualisation of the norm, there is no breach of the behavioural norm in these cases. After all, he thought that his intended behaviour would not be legally wrongful. If the observer agrees, there is no problem. Obviously, this is different if the observer, e.g. the prosecution/the judge, takes a different stance regarding the criminal relevance of the agent's behaviour: according to the observer's understanding, the offender's mindset would have been directed at performing an act by which he would infringe on the concrete (incriminated) behavioural norm. From the observer's point of view, the offender failed to contribute to the validity of the norm if he behaved as intended. The acting agent and the observer would therefore be in disagreement as to whether the (ascribed) claim of correctness is true or false.

⁷¹ *Struensee*, ZStW 102 (1990), 21 (42), translated by the author of this paper.

With respect to the validity of the behavioural norm, the observer would see a need to react to the offender's action because he considers it to be a breach of the behavioural norm that he has created himself. This raises two important conceptual questions: (1) Why can the competent representative of the state claim that his interpretation is valid and binding and overrule a conflicting interpretation? (2) How can a formal response (e.g. imposing punishment) be legitimate if the acting agent behaved in accordance with what he perceived to be the law?

The proposed concept can lead to the existence of rivaling interpretations. If an observer claims to be justified in reproaching the acting agent by stating that his assessment of the law was wrong, there needs to be a justification for why his own interpretation holds sway over that of the acting agent. This question pertains to the question of who can claim authority on legal interpretation and whose assessment unfolds a binding force. While the individual can be perceived as an interpreter of the law, his interpretation generally does not bind another person. This is different when it comes to the opinion of the judge who is called upon to decide the case.⁷² If society creates courts and empowers them to rule about what the law dictates, then society imparts the authority of legal interpretation to the courts and decides to be bound by their decisions. Correspondingly, the same would apply to the institutionalisation of criminal courts and bestowing the competence of responding to crime on the state. This would explain why the competent judge is legitimised by society to formally respond to the breach of a behavioural norm.

Additionally, the justification of censure as a formal reproach needs to take into account that the legal community can only expect its members to behave in accordance with a behavioural norm if they can perceive it. This notion, which is expressed by the core principle "nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa, stricta", is codified within the German constitution (Art. 103 para. 2 GG) and has a long and rich historical background.⁷³ If the competent judge conceptualises the norm differently than the offender and the result is a disagreement about the categorisation of the offender's behaviour, the judge needs to ask whether he can hold the agent responsible for having conceptualised the behavioural norm wrongly. Therefore, the following question needs to be answered: Could and should the offender have known that his interpretation will be perceived as a mistake of law⁷⁴ by the competent judge? If he could not have known, he cannot be blamed for the breach of the behavioural norm which was conceptualised by the court. The so-called mistake of law only bridges the difference between the two concep-

⁷² A judge who is not institutionally authorised to decide on the matter cannot claim a binding force of his view on the matter. This topic is elaborated in *Behrendt*, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171.

⁷³ Cf. *Kreß*, in: Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2nd ed. 2012, para. 2 et seq.; *Roxin/Greco* (fn. 4), § 5 paras 18 et seq.

⁷⁴ In the German Criminal Code, the mistake of law is addressed in § 17 StGB.

tions of law (the one of the offender and the one of the observer).⁷⁵ The proposed concept therefore leads to a shift in the understanding of the mistake of law. According to the proposed concept, the term would be misleading. The perpetrator can only be mistaken in his legal assessment if the law would be something objective or intersubjective and the proposed concept dismisses such an understanding. According to the constructivist discourse-theoretical concept of law, the phenomenon would pertain to accountability for not having conceptualised the behavioural norm in the way the judge did (or at least with a similar result). The question of whether the offender could have assessed the law “correctly” has always been somewhat of a stretch in difficult cases. However, there is no lack of awareness of the problems of predictability and their connection to the legitimacy of punishment. The constructivist discourse-theoretical concept of law only omits to mask these problems.

IV. Concluding remarks

The proposed concept would lead to a shift in the concept of criminal law. It provides a necessary normtheoretical element for subjectivist stances which cannot be fathomed under the assumption that law is something external. Criminal liability as it is understood in this paper only requires the breach of a behavioural norm. Impossibility does not factor in the concept of criminal liability: in all those cases which raise the issue of impossibility, there is a criminal liability since there would at least be a breach of a behavioural norm according to the perpetrator himself. Hence, it does not matter if a case is categorised as an attempt at a crime of delusion or as an irrational attempt. Criminal liability is not determined by whether it is a case of factual or legal impossibility.

The crucial question is not whether there is an infringement of a behavioural norm – this is only a necessary but not a sufficient condition for censure and punishment. There needs to be a communicative necessity to respond to the norm breach as well. To this extent, the concept gives the majoritarian stance a conceptual background.

As a consequence of the proposed concept, whether the observing agent understands the attempt to be based on superstition or whether he considers it to be a factually or a legally impossible attempt loses a lot of importance. These categories would not decide criminal liability. However, they do not lose their relevance altogether because they might

factor in the question of whether there is a necessity for a formal response.

The proposed concept does not necessarily conflict with the results to which objectivist stances lead. It would be misleading to call any position about normative contents objectivist because any interpretation is unavoidably subjective. Since there is no objectivity to be had, the claim to objectivity only disguises the subjective character of the assessment and distorts a healthy professional legal discourse.⁷⁶ However, there is no reason why the observer could not take objective factual circumstances or a better knowledge of causality and the laws of nature into account when conceiving the behavioural norm and assess the need to respond. On the contrary, there are grounds to assume that he is obliged to do so – but this is not the topic under discussion in this paper. What I have laid out here only addresses the normtheoretical conceptual basis.

In conclusion, the notion of impossibility in criminal law theory is an intricate topic that cannot be understood without referring to criminal law theory. However, the proposed concept shows that it is possible to conceive criminal liability without dealing with questions of impossibility. Law might have a sense of irony after all.

⁷⁵ Therefore, one needs to differentiate between (a) the responsibility for not having created the respective behavioural norm in a manner which does not conflict with the one the judge created and (b) culpability as such. Culpability needs to be understood as the ability for sufficiently complex cognitive processes, see *Frister* (fn. 23) ch. 18 paras 12–14; *id.*, *Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“*, *Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*, 1993, p. 126 et seq.; *id.*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*, *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 533 (546–548); *Behrendt* (fn. 42), ch. 19 A. II. 4.

⁷⁶ See also *Becker* (fn. 2), p. 17, 72, 124 et seq.

Die Organisationshaft¹ ist eine wenig bekannte Haftform. Sie wird aus organisatorischen Gründen und regelmäßig² bei Menschen angewandt, die nach einer rechtskräftigen Verurteilung von der Untersuchungshaft in den Maßregelvollzug überführt werden sollen. Die Organisationshaft überbrückt den Zeitraum, bis ein Platz im Maßregelvollzug zur Verfügung steht.³ Welche Probleme das verursacht und wie es aktuell um die Organisationshaft steht, zeigt eine Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. vom 14.4.2022.⁴ Dort geht es um einen wegen BtM-Delikten verurteilten Menschen. Das LG ordnete mit rechtskräftigem Urteil vom 1.12.2021 zugleich dessen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt – ohne Vorwegvollzug von Strafe – an. Seit dem 1.12.2021 wurde gegen den Verurteilten, der sich zuvor bereits in Untersuchungshaft befunden hatte, die Organisationshaft in der Justizvollzugsanstalt vollstreckt. Eine Aufnahme in die Entziehungsanstalt wurde für den 27.6.2022 terminiert.⁵

I. Gesetzlosigkeit

Ein zentrales Problem ist, dass für die Organisationshaft keine gesetzliche Grundlage existiert⁶ – und das, obwohl es sich um einen Freiheitsentzug handelt, für den es gem. Art. 104 GG nicht nur ein förmliches Gesetz, sondern auch eine richterliche Entscheidung als Grundlage braucht. In der Rechtsprechung⁷ umschifft man dieses Problem, indem man auf das BVerfG verweist. Das Verfassungsgericht hat sich in zwei Entscheidungen⁸ mit Fragen der Organisationshaft befasst. Entscheidend für die Gerichte ist dabei, dass die Verfassungsrichter die Organisationshaft nicht „schlechthin für

unzulässig“⁹ erklärt haben. Man geht deshalb davon aus, dass die Organisationshaft anerkannt ist, oder wie *Bartmeier*¹⁰ schreibt: Es besteht eine „Karlsruher Unbedenklichkeitsbescheinigung“.

Begründet wird dieses Ergebnis damit, dass es sich – so der Senat des OLG Frankfurt a.M. unter Bezug auf das BVerfG – „nicht etwa um eine Freiheitsentziehung ohne gesetzliche Grundlage, sondern um ein befristetes Abweichen von der sich aus dem Urteilstenor i. V. mit § 67 I, II StGB ergebenden Reihenfolge der Vollstreckung der rechtskräftig verhängten Freiheitsstrafe und der rechtskräftig verhängten Maßregel“ handelt und „dass eine solche Abweichung die Gesamtdauer der Freiheitsentziehung in der Regel nicht verlängert“.¹¹ So weit, so pragmatisch.

Auf der Basis verfassungsgerichtlicher Erwägungen wird die Organisationshaft also praktisch am Leben gehalten. Und das seit Jahrzehnten. Dabei dürfen drei Aspekte nicht unberücksichtigt bleiben.

Erstens: Bereits 1972 hat das BVerfG in seiner berühmten Strafgefangenen-Entscheidung¹² der Lehre vom „besonderen Gewaltverhältnis“ für den Bereich des Strafvollzugs eine Absage erteilt und festgestellt, dass die Grundrechte von Strafgefangenen „nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden“ können.¹³ Dies wird man auch bei der Organisationshaft, die laut BGH¹⁴ „zunächst schlichte Strafhaft“ ist, berücksichtigen müssen. Denn über Art. 1 Abs. 3 GG, der alle staatliche Gewalt, also auch die Justizbehörden, an die Garantien der Grundrechte bindet, bleiben Menschen in der Organisationshaft weiterhin Grundrechtsträger.

Zweitens: Die vorerwähnten Entscheidungen des BVerfG betreffen zwar die Organisationshaft, Kernpunkt beider Beschlüsse war jedoch nicht die Rechtmäßigkeit der Organisationshaft – diese wurde lediglich mitbehandelt –, vielmehr ging es um die Frage der Anrechnung der Organisationshaft sowie um deren zeitliche Grenze, vor allem mit Blick auf das sog. Beschleunigungsgebot.

Drittens: Die Entscheidungen des BVerfG zur Organisationshaft liegen einige Zeit zurück. Inzwischen haben sich die Realitäten gewandelt. Während man im Jahr 2005 noch der Ansicht sein konnte, dass Plätze im Maßregelvollzug zwar knapp, aber mit etwas Organisationsaufwand zeitnah zu erhalten waren, muss man heute erkennen, dass ein allgemeiner Platzmangel herrscht, der es – wie die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. zeigt – selbst mittelfristig (viereinhalb Monate

* Der Autor ist LL.M. (Wirtschaftsstrafrecht) und als Probedichter derzeit abgeordnet an das Justizministerium Sachsen-Anhalt. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

¹ Ausführlich dazu *Klingelhöfer*, Organisationshaft, 2012; vgl. aktuell auch *Bode*, Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht – Blog Nr. 71/2022 v. 13.12.2022, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/71-2022/> (10.1.2023).

² Dieser Regelfall bildet die Grundlage für die nachfolgenden Betrachtungen.

³ Vgl. *Krauß*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.10.2022, § 112 Rn. 55.

⁴ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.4.2022 – 7 Ws 51/22 = NStZ-RR 2022, 390.

⁵ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2022, 390.

⁶ Statt vieler *Maier*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 67 Rn. 131: „dringend gebotene gesetzliche Regelung“; ein Novellierungsvorschlag findet sich bei *Klingelhöfer* (Fn. 1), S. 264–266.

⁷ Vgl. nur OLG Naumburg NStZ-RR 2022, 158; OLG Düsseldorf NStZ 2021, 442; OLG Oldenburg BeckRS 2020, 44326; KG BeckRS 2020, 53092 = StV 2022, 321.

⁸ BVerfG NStZ 1998, 77, und BVerfG NJW 2006, 427; ausführlich dazu *Bartmeier*, NStZ 2006, 544.

⁹ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2022, 390 (391).

¹⁰ *Bartmeier*, NStZ 2006, 544 (547).

¹¹ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2022, 390 (391 – *Hervorhebung* im Original).¹² BVerfG NJW 1972, 811 (Leitsatz).

¹² BVerfG NJW 1972, 811 (Leitsatz).

¹³ Vgl. auch *Klingelhöfer* (Fn. 1), S. 98, die konstatiert, dass bis zur Strafgefangenen-Entscheidung des BVerfG „kaum ein Bewusstsein für die Grundrechtseingriffe bei Strafgefangenen und Maßregeluntergebrachten bestanden hat“.

¹⁴ BGH NStZ-RR 2018, 190.

länderübergreifende Suche)¹⁵ unmöglich macht, einen Platz zu organisieren.

II. Platzmangel

Damit ist ein weiteres Problem angesprochen: der Mangel an Therapieplätzen. Auch das OLG Frankfurt a.M. hat sich mit diesem Problem befasst. Anhand der Entscheidung¹⁶ wird deutlich, wie prekär die Situation aktuell ist: Trotz „unverzüglicher Reaktion“ der zuständigen Staatsanwaltschaft am 7.12.2021 konnte „auf Grund der angespannten Verlegungssituation“, „die sich auf Grund der Corona-Pandemie noch verschärft hat“, für den Verurteilten ein Aufnahmetermine für die Entziehungsanstalt erst für den 27.6.2022 vorgemerkt werden. Das lässt aufhorchen. Eine solche Zeitspanne ist mit dem Zweck der Organisationshaft, wie ihn das BVerfG¹⁷ beschreibt, nämlich zum „Zweck der Nutzung der ‚therapeutisch fruchtbaren‘ Zeit [...] die nach der gesetzlichen Reihenfolge und dem richterlichen Erkenntnis vorweg zu vollziehende Maßregel“ vorzubereiten, kaum noch zu rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als sich die zeitlichen Grenzen der Organisationshaft offenbar immer weiter verschoben haben. Zwar hat das BVerfG keine starren Fristen vorgegeben; vielmehr soll es auf den Einzelfall ankommen. Auffällig ist dennoch, dass in der Entscheidung des BVerfG von 2005 eine dreimonatige Frist für die Organisation zur Debatte stand, während im aktuellen Beschluss des OLG Frankfurt a.M. nunmehr viereinhalb Monate die Grenze zur Unangemessenheit bilden.

Damit dies kein „Kampf gegen Windmühlen“ wird, in dem die Obergerichte versuchen, den stetig wachsenden Mangel an Therapieplätzen durch eine Ausweitung der Grenzen der Organisationshaft zu kompensieren, müssen die Landes-sozialministerien¹⁸, in deren Verantwortung der Platzmangel fällt, flankierend tätig werden. Der *Senat* des KG¹⁹ bringt das Problem in einer Entscheidung aus dem Jahre 2020 mit der Formulierung auf den Punkt, dass „für die Exekutive (und den Haushaltsgesetzgeber) die Rechtspflicht“ besteht, „die zur Durchführung eines eindeutigen Gesetzesbefehls erforderlichen Mittel bereitzuhalten, d.h. die zur Vollstreckung eines Urteilsspruchs erforderlichen Einrichtungen bereitzustellen“. Dagegen hat sich, wie ein Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zum Maßregelvollzug gem. § 64 StGB²⁰ zeigt,

nach „aktuelleren und alle Länder erfassenden Angaben“ die „durchschnittliche Zahl der Unterbringungen allein vom Jahr 2017 zum Jahr 2020 sogar von 4.462 auf 5.280 Personen und damit in nur drei Jahren um gut 18 % erhöht“.

Schließlich liegt die Beseitigung des Platzmangels aber im Interesse aller – sei es aus Fürsorge- oder aus Sicherheitsgründen. Denn Betroffene werden, sofern sich die Fortdauer der Organisationshaft als unangemessen erweist, in die Freiheit entlassen. Praktisch bedeutet das: Man setzt therapiebedürftige Menschen kurzerhand auf die Straße und überlässt sie zunächst sich selbst. Passend dazu heißt es in einem Bericht des Südwestrundfunks vom 6.5.2022,²¹ dass in Baden-Württemberg im Jahr 2021 in 35 Fällen die Fortdauer der Organisationshaft für unzulässig erklärt worden sei und es 2022 bereits 17 Fälle gegeben habe, bei denen man Inhaftierte aus der Organisationshaft in die Freiheit entlassen musste. Gerade bei einem länger anhaltenden Platzmangel gelangt man so leicht in den Anwendungsbereich des § 67c Abs. 2 StGB: mit der Folge, dass die Unterbringung nur noch vollzogen werden darf, wenn das Gericht dies explizit anordnet; auch eine Erledigung der Maßregel auf diesem Weg ist denkbar, ohne dass es überhaupt zu einer Unterbringung kommt.²² Umso wichtiger ist es, in geeigneten Fällen – wie *Lemke*²³ schreibt – „die weitere Vollstreckung der Maßregel zur Bewährung auszusetzen, um so Maßregelplätze für gefährlichere, vorrangig unterzubringende Verurteilte freizumachen“.

III. Schlussbemerkung

Die Probleme rund um die Organisationshaft sind altbekannt.²⁴ Vor allem aber der akute Platzmangel drängt mehr denn je zum Handeln – auch den Gesetzgeber.

¹⁵ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2022, 390 (391).

¹⁶ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2022, 390 (391).

¹⁷ BVerfG NJW 2006, 427, 428.

¹⁸ Bzw. die Landesgesundheitsministerien; vgl. auch *Rautenberg*, NStZ 2000, 502 f.; treffend *Lemke*, NStZ 1998, 77 (78): „Letztendlich kann es immer nur darum gehen, Maßregelplätze in ausreichender Anzahl zur Verfügung zu stellen.“

¹⁹ KG BeckRS 2020, 53092 Rn. 17; siehe auch *Klingelhöfer* (Fn. 1), S. 267, die von „chronischen Kapazitätsproblemen“ spricht.

²⁰ Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Prüfung des Novellierungsbedarfs im Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 des Strafgesetzbuches (StGB) v. 22.11.2021, abrufbar unter <https://www.bmj.de/DE/Service/Fachpublikationen/Bericht>

[Massregelvollzug.html;jsessionid=3818F22C3085BEBDB348CF4C726D4285.1_cid324?nn=6704238](https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/wiederstraftaeter-wegen-therapieplatzmangel-raus-100.html) (10.1.2023).

Weiterführend dazu *van Gemmeren*, ZRP 2022, 76.

²¹ SWR v. 6.5.2022, abrufbar unter

<https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/wiederstraftaeter-wegen-therapieplatzmangel-raus-100.html> (10.1.2023).

²² Vgl. *Braasch*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, StGB § 67c Rn. 7.

²³ *Lemke*, NStZ 1998, 77 (78).

²⁴ Eindrücklich etwa *Paeffgen*, in: Weßlau/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, S. 35.

Von der Äußerungsfreiheit in der Türkei und dem neuen Straftatbestand der Desinformation als ein Negativbeispiel für Gesetzgebung

Von Engin Turhan, LL.M. (Istanbul), Halle (Saale)*

Der Entwurf des sog. Desinformationsgesetzes, der am 13. Oktober 2022 vom türkischen Parlament verabschiedet wurde und am 18. Oktober 2022 in Kraft getreten ist, hat sowohl inner- als auch außerhalb der Türkei viel Aufmerksamkeit, Kritik und Ablehnung hervorgerufen. Neben den fragwürdigen Änderungen im Pressegesetz steht vor allem der 29. Paragraph des Änderungsgesetzes im Mittelpunkt der Diskussion, durch welchen ein neuer Tatbestand gegen Desinformation in den § 217/A tStGB eingeführt wurde. Genau dieser liegt aktuell dem Verfassungsgerichtshof mit dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung vor. Der vorliegende Beitrag bietet sowohl eine Übersicht über den aktuellen Stand der türkischen (Straf-)Rechtspraxis im Hinblick auf die Freiheit der Meinungsäußerung als auch eine Analyse dieses neuen Straftatbestandes.

I. Einleitung

Desinformation wird definiert als Schaffung, Darbietung und Verbreitung falscher, unzutreffender oder irreführender Informationen, um der Öffentlichkeit absichtlich Schaden zuzufügen oder daraus einen eigenen Vorteil zu ziehen.¹ Die Suche nach Wegen, dieses Phänomen zu bewältigen, ist heute ein weltweit brisantes Thema. Dazu beigetragen hat in jüngster Vergangenheit die Zunahme der Online-Desinformation während der Corona-Pandemie, die, wie sich gezeigt hat, sogar lebensbedrohlich sein kann.²

Die Gesetzgeber verschiedener Länder, darunter auch Deutschland mit dem NetzDG, haben schon früh auf diese Entwicklung reagiert und Gesetze gegen Desinformation sowie Internetkriminalität erlassen. Die deutsche Regierung erklärte außerdem der „Desinformation als hybride Bedrohung“³ sowie der Verbreitung „falsche[r] oder irreführende[r]

Informationen“ den Kampf.⁴ Die EU verstärkte jüngst ihren diesbezüglichen Kodex.⁵ Im postfaktischen Zeitalter ist es wenig verwunderlich,⁶ dass die Regierenden gegen Desinformation mit staatlicher Gewalt paternalistisch vorgehen wollen.⁷

Die Türkei hingegen ist laut der Venedig-Kommission, der mit der verfassungsrechtlichen Beratung der Mitgliedstaaten betrauten Einrichtung des Europarates, in diesem Kampf zu weit gegangen. Kurz vor der Verabschiedung des in diesem Aufsatz gegenständlichen Gesetzes veröffentlichte sie eine ausführliche Stellungnahme,⁸ die sich insbesondere mit dem neu eingeführten Straftatbestand befasst. Darin wird entgegen der Behauptung der türkischen Regierung festgestellt, dass in den europäischen Ländern eine vergleichbare (strafrechtliche) Regelung fehle und die betreffende Regelung im Hinblick auf die Schranken-Schranken (Grenzen der Einschränkung von Menschenrechten) unangemessen sei. In diesem Rahmen wird insbesondere auf die Unbestimmtheit des Tatbestands verwiesen und ausgeführt, er verstoße gegen das Kriterium, dass die Einschränkung der Rechte „gesetzlich vorgesehen“ sein muss; ebenso wird kritisch gesehen, ob eine solche Strafandrohung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei.⁹ Darüber hinaus prognostiziert sie eine Nachwirkung dieser Regelung und ihrer Anwendung: „chilling effect“ (Abschreckungswirkung) sowie eine Tendenz zur Selbstzensur.

Der Einwand, dass ein Gesetz zur Regulierung des Internets dem Autoritarismus dienen könnte, ist eigentlich nicht neu. Auch das deutsche NetzDG und der britische Gesetzentwurf über Kommunikationsdaten („Draft Communications

* Der Verfasser ist Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Prof. Dr. Henning Rosenau) und zugelassener Rechtsanwalt an der Anwaltskammer Istanbul.

¹ Vgl. den Bericht der (von der EU-Kommission beauftragten) hochrangigen Expertengruppe zu Fake-News und Online-Desinformation: Europäische Kommission, A multi-dimensional approach to disinformation, Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation, 2018, S. 10, abrufbar unter

https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271 (16.1.2023). Siehe auch *Mafi-Gudarzi*, ZRP 2019, 65 (66).

² So der Vizepräsident der Europäischen Kommission: Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 10.6.2020, abrufbar unter

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_201006 (16.1.2023).

³ <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/topthemen/DE/topthema-desinformation/artikel-desinformation-hybride-bedrohung.html> (16.1.2023).

⁴ <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/topthemen/DE/topthema-desinformation/massnahmen-der-bundesregierung.html> (16.1.2023).

⁵ Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation, Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 16.6.2022, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_223664 (16.1.2023).

⁶ Siehe *Ali Fikret Aydın*, in: *Asya Studies* 12 (4/2020), 76 (77 ff.); *Bilge Kaan Güner*, in: *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2021, 501.

⁷ Zu der Gefährdung der Meinungs- und Äußerungsfreiheit in heutiger Zeit siehe *Tolga Şirin*, in: *barobirlik* Nr. 62, 2022, 38.

⁸ Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe, Opinion no. 1102/2022 v. 7.10.2022, abrufbar unter [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2022\)032-e#](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2022)032-e#) (16.1.2023).

⁹ Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe, Opinion no. 1102/2022 v. 7.10.2022 (Fn. 8), S. 15 ff.

Data Bill“) wurden mit der Begründung kritisiert, dass sich autoritäre Regime davon inspirieren lassen und damit abweichende Stimmen unterdrücken könnten.¹⁰

II. Die bisherige Rechtspraxis

Diese Bedenken sind durchaus berechtigt, wenn die derzeitige Rechtspraxis in Bezug auf die Freiheit der Meinungsäußerung in der Türkei betrachtet wird. In diesem Kontext rücken drei Gruppen von Straftatbeständen in den Vordergrund, die nicht selten zu breite Anwendung finden und im dringenden Verdacht stehen, dass sie als staatliches Druckmittel gegen die Äußerungsfreiheit eingesetzt werden.¹¹

Die erste Gruppe, die Beleidigungsdelikte, besteht aus der Beleidigung eines Amtsträgers (§ 125 Abs. 3 tStGB)¹² und der „Präsidentenbeleidigung“ (§ 299 tStGB). In mehreren, auf diese Strafvorschriften gestützten Verfahren, die das Interesse der Medien weckten, war zu beobachten, dass die vom EGMR gezogenen Grenzen zur Einschränkung der Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft unzureichend berücksichtigt wurden. Ein Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung ist nach der Rechtsprechung des EGMR vornehmlich dann notwendig, wenn die betreffenden Äußerungen Hassrede,¹³ Diskriminierung oder Aufstachelung

¹⁰ Global Network Initiative Comments on UK Draft Communications Data Bill v. 23.8.2012, Abs. 6, abrufbar unter <https://globalnetworkinitiative.org/gni-comments-on-uk-draft-communications-data-bill> (16.1.2023); Global Network Initiative, Annual Report 2017, S. 15, abrufbar unter <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2018/06/GNIAnnualReport2017.pdf> (16.1.2023).

¹¹ Vgl. den Beobachtungsbericht zu Strafverfahren bezüglich der Meinungsfreiheit von MLSA (Media and Law Studies Association) unter <https://www.mlsaturkey.com/dava-gozlem-temmuz-2021/#saniklara-yoneltelen-suclamalar> (16.1.2023).

¹² Ein jüngstes Beispiel zu § 125 Abs. 3 tStGB, das die politisierte Praxis veranschaulicht, ist die Verurteilung des Bürgermeisters von Istanbul durch das erstinstanzliche Gericht wegen Beleidigung eines Amtsträgers, das ihm auch ein Politikverbot androht. Siehe dazu Deutsche Welle v. 14.12.2022, abrufbar unter <https://www.dw.com/de/mehr-als-zweieinhalb-jahre-haft-f%C3%BCr-istanbuler-b%C3%BCrgermeister/a-64094756> (16.1.2023). Strafrechtsprofessoren verfassten ein Gutachten zu dem Verfahren, in dem die Versetzung des ursprünglichen (gesetzlichen) Richters und die bisherige Rechtsprechung betont wurde, der eine Verurteilung zuwiderlaufen würde. Siehe dazu Cumhuriyet v. 14.12.2022, abrufbar unter <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/cumhuriyet-ekrem-imamoglundun-uc-onemli-isme-hazirlattigi-mutalaaya-ulasti-2011782> (16.1.2023).

¹³ EGMR, Urte. v. 4.12.2003 – 35071/97 (Gündüz v. Türkei), Rn. 21 f., 41. Obwohl Äußerungen, die Hassreden darstellen, nicht von Art. 10 der Konvention geschützt sind, ist der Begriff der Hassrede in der EMRK nicht ausdrücklich vorgesehen – im Gegensatz zu dem Internationalen Pakt über bürger-

zur Gewalt sowie Gewaltverherrlichung¹⁴ beinhalten. Außerdem müssten Personen des öffentlichen Lebens schärfere Kritik ertragen als der Durchschnittsbürger.¹⁵ Die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Türkei steht zwar eigentlich im Einklang mit den vom EGMR aufgezeigten Grundsätzen,¹⁶ ist aber in der Praxis in Bezug auf die gezeigten Beleidigungsdelikte von geringer Bedeutung. Ein wichtiger Grund dafür ist, dass die Vorschrift über die Beleidigung des Präsidenten, deren bloße Existenz vom EGMR und der Venedig-Kommission offen kritisiert wurde, an sich bereits nicht mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung vereinbar ist.¹⁷ Der signifikante Anstieg der strafrechtlichen Verfolgungen und Verurteilungen wegen Beleidigung des Präsidenten spricht in dieser Situation bereits für das Problem, das diese Vorschrift in der Praxis aufwirft.¹⁸

Zur zweiten Gruppe gehören die Straftaten gegen den öffentlichen Frieden und dort vornehmlich die „Bedrohung

liche und politische Rechte (Art. 20) und dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Art. 4). Für die Definition von Hassrede des Europarats siehe die Politik-Empfehlung Nr. 15 des Europarats über die Bekämpfung von Hassrede v. 8.12.2015, S. 3, online abrufbar unter

<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech-germ/16808b5b00> (16.1.2023).

¹⁴ EGMR, Urte. v. 2.10.2009 – 36109/03, Rn. 40 ff.

¹⁵ Siehe den Leitfaden zu Art. 10 EMRK: Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression, aktualisiert am 31.8.2022, S. 45 ff., online abrufbar unter

https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_10_eng.pdf, (16.1.2023).

¹⁶ Für ein Urteil des 16. Strafsenats des türkischen Obersten Gerichtshofs, das die Rechtsprechung des EGMR, insbesondere seine Auffassung zu Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens, bekräftigt, siehe Urte. v. 5.6.2018 – Az.: 2018/511, Urte. Nr.: 2018/2459; zur Annahme einer Beleidigung des Staatspräsidenten durch die Bezeichnung als „Dieb, Mörder“ siehe Urte. v. 4.4.2017 – Az.: 2016/4232, Urte. Nr.: 2017/3629.

¹⁷ EGMR, Urte. v. 19.10.2021 – 42048/19 (Vedat Şorlı v. Türkei), Sektion II; Venedig-Kommission, Stellungnahme Nr. 831/2015.

¹⁸ 2021 wurden allein wegen dieses Delikts insgesamt 33.973 Ermittlungen eingeleitet; 1.239 öffentliche Klagen endeten mit einer Verurteilung. Im Jahr 2014 dagegen gab es lediglich 682 eingeleitete Ermittlungen und sieben Verurteilungen. Siehe die Statistiken in den Judicial Statistics 2021 des Justizministeriums der Türkei, S. 60, 156, abrufbar unter https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9092022143819adalet_ist-2021.pdf (16.1.2023); und die Statistiken in den Judicial Statistics 2014, S. 60, 156, abrufbar unter https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019114148Adalet_ist_2014.pdf (16.1.2023). Siehe die Analyse dazu unter <https://bianet.org/english/law/251059-insult-cases-erdogan-says-do-not-exist-documented-in-justice-ministry-statistics> (16.1.2023).

mit der Absicht der Erzeugung von Angst und Panik in der Bevölkerung“ (§ 213 tStGB) sowie die „Aufstachelung zu Hass und Feindseligkeit in der Bevölkerung oder Demütigung der Bevölkerung“ (§ 216 tStGB). Es handelt sich dabei um die Tatbestände, die z.B. gegen die „haltlosen und provokativen Beiträge“ über Pandemiemaßnahmen auf sozialen Medien verwendet wurden.¹⁹ Nach Angaben des Innenministeriums wurden bis zum 21. Mai 2020 mehr als 1.000 Social-Media-Nutzer vom „virtuellen Streifendienst“ wegen Beiträgen mit Pandemiebezug als verdächtig eingestuft und 510 davon inhaftiert.²⁰ Jedoch enthielten die Beiträge, über die in den Medien berichtet wurde, keine drohenden Äußerungen i.S.v. § 213 tStGB. Sie erfüllten auch nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 216 Abs. 1 und 2 tStGB (unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Geeignetheit für Aufstachelung).²¹

Aus rechtsstaatlicher Sicht mag es schwer vorstellbar sein, dass zwei Straftatbestände ungeachtet der Tatbestandsmerkmale zu einem anderen (ungewissen) Zweck als dem eigentlichen Schutzzweck der Norm verwendet werden. Allerdings werden diese beiden abstrakten Gefährdungsdelikte als Anfangstatbestände gegen die angeblichen Äußerungsdelikte eingesetzt. Diese analoge Anwendung verschiedener Straftatbestände zur Bekämpfung der „Desinformation“ hatte bereits befürchten lassen, dass die Praxis die Verabschiedung eines neuen, angemessenen Straftatbestands fordern würde.

Als Drittes sind Terrordelikte und Verbrechen gegen die Regierung zu nennen, die in schwereren²² Fällen angewendet werden und zu hohen Freiheitsstrafen führen können. Hierbei

sei auf die Fälle von Kavala²³ sowie Demirtaş²⁴ verwiesen, bei welchen die Entscheidungen des EGMR über sofortige Freilassung keine Anerkennung von den türkischen Gerichten fanden. Kavala, einem Unternehmer und Menschenrechtsaktivisten, wird vorgeworfen, die Gezi-Protteste angeführt oder unterstützt zu haben, und Demirtaş, dem ehemaligen Co-Vorsitzenden der pro-kurdischen Partei HDP, Terrorpropaganda gemacht zu haben. Zurzeit führt das Ministerkomitee des Europarates wegen der Nicht-Freilassung Kavalas ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Türkei,²⁵ weil der EGMR im Rahmen des Verfahrens nach Art. 46 Abs. 4 EMRK feststellte, dass seine (ursprüngliche) rechtskräftige, verbindliche Entscheidung von der Türkei nicht umgesetzt wird.²⁶

Abschließend lässt sich festhalten, dass die türkische Strafrechtspraxis durch die missbräuchliche Anwendung von Vorschriften über Äußerungsdelikte geprägt ist, was die Rechtssicherheit und damit die demokratische Ordnung untergräbt.²⁷ Dies spiegelt sich zwar selten in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wider, umso mehr aber in Strafverfolgungsmaßnahmen, Inhaftierungen während des Strafverfahrens und erstinstanzlichen Gerichtsentscheidungen.²⁸ Es lässt sich vermuten, dass sich die Praxis zu § 217/A tStGB parallel entwickeln wird. Es ist bereits bekannt, dass ein Journalist wegen dieser Straftat in Untersuchungshaft saß.²⁹

Den Boden für eine missbräuchliche Strafrechtspraxis bereiten mehrere Äußerungsdelikte, die als abstrakte Gefährdungsdelikte konzipiert sind. Einige Autoren versuchen,

¹⁹ Ein Beispiel für einen Nachrichtenartikel zu diesem Thema ist abrufbar unter

<https://bianet.org/5/104/221478-nineteen-detained-over-social-media-posts-on-coronavirus-outbreak> (16.1.2023).

Siehe auch die Mitteilung des Rize Gouverneurs v. 18.3.2020, abrufbar unter

<http://www.rize.gov.tr/kamuoyunun-bilgisine> (16.1.2023).

²⁰ Dies wurde vom Innenministerium lediglich auf dem offiziellen Twitter-Konto geteilt, abrufbar unter

https://twitter.com/TC_icsleri/status/1263498305125978112 (16.1.2023). Für die Inhalte der verfolgten Social-Media-Beiträge siehe die Mitteilung des Innenministeriums v. 6.4.2020, abrufbar unter

<https://icsleri.gov.tr/3576-adet-sosyal-medya-hesabi-incelendi-229-sahis-yakalandi> (16.1.2023).

²¹ Für die Analyse der Fälle siehe *Turhan*, T24 Haftalık v. 19.7.2020, abrufbar unter

<https://t24.com.tr/yazarlar/engin-turhan/pandemi-hakkinda-yapilan-sosyal-medya-paylasimlarina-sucsuz-cezasorusturmaları,27414> (16.1.2023).

²² Damit sind nicht gesetzlich geregelte besonders schwere Fälle gemeint, sondern Aussagen, die sich mit staatlichen Problemen wie etwa Terrorsachen befassen und die von den Verfahrensobjekten als größere Gefahr für die öffentliche Ordnung wahrgenommen und deshalb drastischer verfolgt werden.

²³ EGMR, Urte. v. 10.12.2019 – 28749/18 (*Kavala v. Türkei*), Sektion II, abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-199515> (16.1.2023).

²⁴ EGMR (Große Kammer), Urte. v. 22.12.2020 – 14305/17 (*Selahattin Demirtaş v. Türkei*), abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-220380> (16.1.2023).

²⁵ Siehe die Interim Resolution CM/ResDH(2021)432 v. 2.12.2021, abrufbar unter

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a4b3d4 (16.1.2023).

²⁶ EGMR (Große Kammer), Urte. v. 11.7.2022 – 28749/18, abrufbar unter

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218516> (16.1.2023).

²⁷ Laut dem Rechtsstaatlichkeitsindex von 2022 liegt die Türkei an der 116. Stelle von 140 Ländern, siehe

<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/Turkey> (16.1.2023).

²⁸ Über die kontroverse Festnahme einer berühmten Künstlerin siehe *Turhan*, T24 Haftalık v. 28.8.2022, abrufbar unter

<https://t24.com.tr/yazarlar/engin-turhan/halka-kin-vedusmanlik,36505> (16.1.2023). Für eine Analyse zu grundlosen Verfolgungen siehe *Turhan*, T24 Haftalık v. 19.7.2020, abrufbar unter

<https://t24.com.tr/yazarlar/engin-turhan/pandemi-hakkinda-yapilan-sosyal-medya-paylasimlarina-sucsuz-cezasorusturmaları,27414> (16.1.2023).

²⁹ Ein Bericht zu diesem Fall ist abrufbar unter

<https://www.mlsaturkey.com/en/imprisonment-of-journalist-sinan-aygul-under-disinformation-law-is-brought-before-the-constitutional-court/> (28.1.2023).

dieses Problem zu lösen, indem sie die Konkretisierung der Gefahr bei der Auslegung und Anwendung dieser Normen fordern.³⁰ Allerdings prägen Begriffe wie „öffentlicher Friede“ oder „öffentliche Ordnung“ den Tatbestand in hohem Maße in abstrakter Weise, was dem Missbrauch Vorschub leistet.

Auf dieser Grundlage ist zu analysieren, ob die neue Regelung so vage formuliert ist, dass die Befürchtung unrechtmäßiger (aber ggf. gesetzlicher) Einschränkungen der Meinungsfreiheit tatsächlich berechtigt ist.

III. Der Tatbestand der „Öffentlichen Verbreitung irreführender Informationen“ (§ 217/A tStGB)

Der vom *Verfasser* ins Deutsche übersetzte Tatbestand lautet wie folgt:³¹

„(1) Wer nur mit dem Motiv, in der Bevölkerung Sorge, Angst oder Panik zu erregen, eine wahrheitswidrige Information über die innere und äußere Sicherheit des Landes, die öffentliche Ordnung und die allgemeine Gesundheit in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe von ein bis drei Jahren bestraft.

(2) Begeht der Täter die Straftat unter Verheimlichung seiner wahren Identität oder im Rahmen der Tätigkeit einer Organisation, so wird die nach dem ersten Absatz verhängte Strafe um ihre Hälfte erhöht.“

Im Folgenden werden die Merkmale des Grundtatbestands untersucht, während der Qualifikationstatbestand (Abs. 2) ausgeklammert bleibt, der eigenständige Probleme bereitet, wie etwa die Unvereinbarkeit mit dem Recht auf Anonymität oder die Möglichkeit der doppelten Bestrafung von Organisationsdelikten.

1. „nur mit dem Motiv, in der Bevölkerung Sorge, Angst oder Panik zu erregen“

Bereits am Anfang des Gesetzestextes fällt die ungewöhnliche Begriffswahl auf, weil der Gesetzgeber den Begriff des Motivs (türkisch: saik oder güdü) benutzt, der eigentlich eine innere, das Handeln antreibende Kraft kennzeichnet,³² obwohl die Formulierung einer „Absicht“ zu entsprechen scheint. Dies wirft die Frage auf, ob es sich hierbei um eine Begriffsverwirrung handelt, oder ob „Motiv“ begrifflich „Ab-

sicht“ (türkisch: amaç) oder zweckbezogene Formulierungen ganz oder teilweise umfasst.

Aus strafrechtlicher Sicht beruht das Motiv typischerweise auf der Persönlichkeit des Täters (z.B. Habgier, Gewinnsüchtigkeit, Fremdeindlichkeit, Ehrgeiz) oder hat seinen Ursprung in einer seelischen Reaktion auf physiologische oder äußere Umstände (z.B. Hunger, Erschöpfung, Schmerz oder Notlage, Gefahrensituationen).³³ In der Psychologie hingegen fallen Zielsetzungen unter den Begriff „explizite Motive“, die „bewusste, sprachlich repräsentierte (oder zumindest repräsentierbare) Selbstbilder, Werte und Ziele [sind], die sich eine Person selbst zuschreibt“, und die sich somit von den impliziten Motiven unterscheiden.³⁴ Eine nähere Betrachtung der strafrechtlichen Studien zeigt auch eine gewisse Verwandtschaft von Motiv und Zweck.

In der türkischen Literatur sind keine besonderen Bemühungen zu erkennen, um zwischen motiv- und zweckbezogenen Begriffen zu unterscheiden. Auch wenn der Begriff „Zweck“ (türkisch: maksat) explizit im Gesetz genannt ist, wird in wissenschaftlichen Aufsätzen und in Gerichtsentscheidungen im Zusammenhang mit den betreffenden Paragraphen manchmal der Begriff „Motiv“ (türkisch: saik) verwendet.³⁵ Erklärungen zu den Begriffen „Motiv“ und „Absicht“ finden sich oft unter dem (vermeintlichen) Oberbegriff des speziellen Vorsatzes (lateinisch: dolus specialis, türkisch: özel kast) oder zusammen mit sonstigen Merkmalen des subjektiven Tatbestandes, ohne sie klar voneinander abzugrenzen.³⁶ In diesem Rahmen wird nicht darauf eingegangen, ob das Motiv durch die Merkmale des Vorsatzes, nämlich Wissen und Wollen, gekennzeichnet ist und ob es als eine Form des Vorsatzes eingestuft werden kann.

In tiefergehenden strafrechtlichen Untersuchungen wird hingegen verdeutlicht, dass das Motiv als der seelische Faktor auch mit einem interessengeleiteten Zweck verknüpft sein kann.³⁷ Das bedeutet, dass das Motiv nicht mit einem beabsichtigten konkreten Erfolg (Ziel) identifiziert werden kann, sondern mit dem daraus zu ziehenden Nutzen, der den Täter

³³ Siehe *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975), 888 (893 und Fn. 26).

³⁴ *J. Heckhausen*, in: J. Heckhausen/H. Heckhausen (Hrsg.), *Motivation und Handeln*, 5. Aufl. 2010, S. 5. Siehe auch *Dursun*, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi* (deutsch: Das Konzept und der Begriff der Handlung im Strafrecht auf Grundlage eines interdisziplinären Ansatzes), 2021, S. 58 ff.

³⁵ *Şare*, *Hacettepe HFD* (deutsch: Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Hacettepe) 10(2)/2020, 863 (892 ff.); *Özen/Köksal*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2019, 579 (501); 18. *Strafsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 18.4.2018 – Az.: 2016/6670, Urt. Nr.: 2018/5837.

³⁶ *Özbek/Doğan/Bacaksız*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (deutsch: Türkisches Strafrecht, Allgemeiner Teil), 2021, S. 265 f.; *Kocalı/Üzülmez* (Fn. 32), S. 251 f.; *Özgenç*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (deutsch: Türkisches Strafrecht, Allgemeiner Teil), 2021, S. 300 f.

³⁷ *Otaç*, *Terazi Hukuk Dergisi* 59 (2011), 29 (30).

³⁰ *Toroslu*, in: Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan (deutsch: Festschrift für Prof. Dr. Nevzat Toroslu), 2015, S. 1201 (1208).

³¹ Die Vorschrift lautet im Original wie folgt:

„(1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır.“

³² *Kocalı/Üzülmez*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (deutsch: Strafrecht, Allgemeiner Teil), 2021, S. 252.

bewegt. So sei die Absicht bei einem Bankraub, das Geld aus der Bankenkasse zu nehmen, das Motiv hingegen z.B. der Wunsch, reich zu werden.³⁸

In der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist eine derartige Unterscheidung nicht ersichtlich. Sowohl die Beabsichtigung des tatbestandlichen Erfolgs (z.B. Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache) als auch der vom Täter gewünschte Nutzen (z.B. rechtswidrige Bereicherung) seien als Motivation zu betrachten.³⁹ Der deutschen Literatur lässt sich jedoch entnehmen, dass unter „Absicht“ im juristischen Sinne (als eine Form des Vorsatzes) lediglich der auf den tatbestandlichen Erfolg gerichtete Wille zu verstehen ist, während das „Motiv“ als der unspezifischere Begriff alle möglichen Beweggründe für ein Handeln umfasst, mögen diese auch auf ein außertatbestandliches Ziel gerichtet sein. Das Motiv wird sogar ausdrücklich dem Endziel gleichgesetzt.⁴⁰ Das primäre Ziel, das der Täter verfolgt und dessentwegen er handelt, fällt damit unter den Begriff des Motivs. Allerdings ist an der Bezeichnung „Endziel“ zu kritisieren, dass das „Ziel“ ein angestrebtes, konkretes Ergebnis ist,⁴¹ während es beim „Motiv“ eher um etwas Abstraktes, einen inneren Antrieb, geht, wie oben dargestellt.

Auf ein weites Verständnis des Motivbegriffs deutet etwa die Auslegung des § 188 dStGB hin. Dies ist der einzige Paragraph im Besonderen Teil des deutschen StGB, der auf den Beweggrund des Täters (bzw. dessen Motiv) Bezug nimmt. Insoweit ist die Regelung nicht wirklich bestimmt: Die üble Nachrede muss „aus Beweggründen begangen“ worden sein, „die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen“. Die Rechtsprechung erachtet es für unerheblich, „welches Endziel der Täter mit der üblen Nachrede verfolgt“⁴² und fordert nur, dass der Täter das Opfer z.B. „lediglich in dessen ‚Eigenschaft als Kanzlerkandidat‘ angreifen“ will.⁴³ Vor Einführung des § 217/A tStGB fand sich im türkischen StGB nur ein einziger Tatbe-

stand, der den Begriff des Motivs gebrauchte, nämlich mit § 77 tStGB mit der Überschrift „Delikte gegen die Menschheit“ („politische, philosophische, rassische oder religiöse Motive“),⁴⁴ ein Tatbestand, der bisher in der Praxis noch nie zur Anwendung gekommen ist.

Für die Notwendigkeit einer Abgrenzung des Beweggrunds vom Ziel spricht jedoch die Tatsache, dass sowohl das türkische als auch das deutsche Strafzumessungsrecht sie als eigenständige Gesichtspunkte aufführen (§ 61 Abs. 1 lit. g tStGB: „Die vom Täter verfolgte Absicht und sein Motiv“;⁴⁵ § 46 Abs. 2 StGB: „Beweggründe und Ziele des Täters“). Hinzu kommt, dass die Gesetzgeber stets die Begriffe Zweck oder Ziel (dStGB) und amaç oder maksat (tStGB)⁴⁶ präferiert haben, wenn sie festlegen, was vom Täter beabsichtigt sein muss. Ob ein Täter durch ein selbstgesetztes Ziel motiviert sein kann, und ob diese Aussage von Bedeutung ist, bleiben ebenfalls offene Fragen.

Eine längere Diskussion darüber würde allerdings den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Schließlich ist – trotz des strittigen Umfangs des Motivs – nicht zu erwarten, dass diese ungewöhnliche Begriffswahl zur praktischen Unanwendbarkeit des § 217/A tStGB führen wird. Das echte Endziel des Täters muss jedoch darin bestehen, „in der Bevölkerung Sorge, Angst oder Panik zu erregen“. Der Wortlaut verlangt eindeutig, dass dies das Handlungsmotiv des Täters ist. Hier können die Auslegungsdivergenzen, die entstehen können, wenn der Gesetzgeber die Begriffe „Absicht“, „Zweck“ oder Ziel wählt, nicht mehr auftreten. Gemeint sind die Fragen, die der diese Begriffe enthaltende Tatbestand aufwirft, deren Antwort den Schutzbereich bzw. -umfang des Tatbestandes zu bestimmen vermögen; ob es genügt, wenn der Täter das im Tatbestand genannte Ziel lediglich als Neben- oder Zwischenziel anstrebt, ob es das Hauptziel oder sogar das einzige angestrebte Ziel sein muss oder ob der Täter die Zielerreichung nur für wünschenswert halten muss.⁴⁷ Der Anwendungsbereich der Regelung wird dadurch relativ eng gefasst.

Für ähnliche Probleme sorgt der Tatbestand mit dem Wort „nur“ (türkisch: „sırf“). Der Täter muss demnach ausschließlich aus tatbestandlichen Motiven handeln, um sich strafbar zu machen. Wenn er nicht nur die im Tatbestand abschließend aufgezählten Arten von Motiven („Sorge, Angst oder Panik zu erregen“), sondern auch weitere hat, dann müsste dieser Fall als tatbestandslos gelten. Dies ist jedenfalls das, was der Wortlaut gebietet, der die absolute Grenze der Auslegung darstellt. Die schwere Beweislast dafür, dass

³⁸ Beispiel von *Demirbaş*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (deutsch: Strafrecht, Allgemeiner Teil), 2021, S. 399.

³⁹ Für die Bezeichnung des unbedingten Willens „an das Geld des Opfers zu gelangen“ als „Motivation“ siehe BGH, Urt. v. 15.6.2000 – 4 StR 172/00 = NSfZ-RR 2000, 327 (328); übernommen von *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 15 Rn. 25. „Vermögensverfügung“ als Motiv: *Lück*, JuS 2018, 1148 (1151). „Bereicherung“ als Handlungsmotiv (und Endziel): *Hefendehl*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1150. Siehe auch KG NJW 1957, 881 (882); *Erb*, in: *Erb/Schäfer* (a.a.O.), § 274 Rn. 19.

⁴⁰ *Heger* (Fn. 39), § 15 Rn. 20, § 263 Rn. 58; *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 10. Für eine ähnliche Betrachtung in der türkischen Literatur siehe *Kocalı/Üzümmez* (Fn. 32), S. 251.

⁴¹ Vgl. mit der dritten Definition des Ziels im Duden, abrufbar unter

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Ziel> (16.1.2023).

⁴² BGH NJW 1953, 869.

⁴³ OLG Düsseldorf NJW 1983, 1211.

⁴⁴ Der Gesetzestext lautet im Original: „Bazı fiillerin siyasa, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı herhangi bir plan doğrultusunda, sistemli olarak işlenmesi insanlığa karşı suç oluşturur.“

⁴⁵ Der Gesetzestext lautet im Original: „Failin güttüğü amaç ve saiki“.

⁴⁶ Das Wort „hedef“, das dem Wort „Ziel“ entspricht, wird in keinem Paragraphen des türkischen Strafgesetzbuchs verwendet.

⁴⁷ Siehe *Roxin/Greco* (Fn. 40), § 12 Rn. 10 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 66 f.

der Täter ausschließlich aus tatbestandlichen Motiven handelt, liegt selbstverständlich bei der Staatsanwaltschaft und den Gerichten.

Zu der Auslegung dieses neuen Tatbestands steht selbstredend keine Rechtsprechung zur Verfügung. Eine vergleichbare Formulierung („nur mit dem Zweck, den Frieden und die Ruhe zu stören“) findet sich jedoch in einem anderen Tatbestand, dem der Ruhestörung (§ 123 tStGB). In der Rechtsprechung wird das Wort „nur“ so ausgelegt, dass der Hauptzweck des Täters mit dem tatbestandlichen Zweck übereinstimmen muss.⁴⁸ Darin wird jedoch kein Ausschluss anderer möglicher (Neben-)Zwecke gesehen.⁴⁹ Das lässt eine weite Auslegung des Wortlauts des neuen Straftatbestands erwarten, weist aber nicht in die rechtlich zutreffende Richtung der notwendig wortlautkonformen Auslegung.

Allein die beiden oben dargestellten Nuancen des ersten Merkmals sind bei einer rechtskonformen Auslegung des Tatbestands imstande, ihn – in einem rechtsstaatlichen Sinne – als nahezu funktionsunfähig zu enttarnen. Es bleiben nur noch die praktischen Fragen, ob die Begriffswahl („Motiv“) und Formulierung („nur“) von der Praxis schlicht übersehen wird und wie viel Bedeutung dem Zweifelsatz hinsichtlich der Beweisschwierigkeiten tatsächlich beigemessen wird. Diese Fragen stellen sich auch für die weiteren Merkmale.

2. „wahrheitswidrige Information“

Das problematischste Merkmal der Regelung ist die wahrheitswidrige Information. Dies ist keineswegs verwunderlich, wenn sich das Recht in eine komplexe philosophische Frage, wie die nach der Wahrheit und Richtigkeit, einmischen will. Diese Frage muss *entphilosophisiert* und *verrechtlicht* werden, wenn in Gerichtssälen keine (postfaktischen) Diskussionen um die Absolutheit und Relativität der Wahrheit geführt werden sollen.

Dafür müsste sich die Regelung auf die nachweisbaren, kontroversfreien Fakten beschränken und dürfte keine Äußerungen einbeziehen, die der Interpretation offenstehen.⁵⁰ Dieser Punkt, der auf politischer Ebene nur am Rande gestreift wird,⁵¹

⁴⁸ *Großer Strafsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 13.2.2018 – Az.: 2014/821, Urt. Nr.: 2018/45; *4. Strafsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 7.5.2014 – Az.: 2013/4167, Urt. Nr.: 2014/15593, und Urt. v. 30.4.2014 – Az.: 2013/2369, Urt. Nr.: 2014/14506.

⁴⁹ Siehe *Kocasakal*, Ankara Barosu Dergisi 2/2015, 109 (140 f.); *Özbek/Doğan/Bacaksız*, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (deutsch: Türkisches Strafrecht, Besonderer Teil), 2021, S. 487; *Großer Strafsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 10.3.2015 – Az.: 2013/429, Urt. Nr.: 2015/34; *4. Strafsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 19.1.2015 – Az.: 2013/30354, Urt. Nr.: 2015/1453.

⁵⁰ Für die Unterscheidung des EGMR zwischen Tatsachen und Werturteilen aufgrund der Beweisbarkeit siehe EGMR, Urt. v. 3.11.2015 – 57675/10 (Bestry v. Polen), Sektion IV, Rn. 59; EGMR, Urt. v. 24.2.1997 – 19983/92 (Da Haes und Gijssels v. Belgium), Rn. 42, 47.

⁵¹ Siehe die kleine Anfrage der FDP-Fraktion v. 8.6.2020 (zur Definition der Desinformation) und die Antwort der Bundes-

regierung ist für die Meinungsfreiheit und die demokratische Ordnung von lebenswichtiger Bedeutung.⁵² Unlogische Schlussfolgerungen, von der Allgemeinheit nicht akzeptierte Deutungen oder sogar manche Verschwörungstheorien, deren Falschheit nicht bewiesen werden kann, zum Gegenstand einer Straftat zu machen, wäre ein unangemessener Angriff auf die Meinungsäußerungsfreiheit.⁵³ Auch die Rechtsprechung des EGMR fordert die klare Unterscheidung zwischen Tatsachen und Werturteilen.⁵⁴

Darüber hinaus würde die gesetzliche Gewährleistung der gerichtlichen Faktenprüfung einen möglichen Missbrauch der Vorschrift verhindern. Insbesondere würde sie dann eine Sicherungsfunktion für die Äußerungsfreiheit erfüllen, wenn das Gesetz den Gerichten die Möglichkeit verboten hätte, sich bei der Faktenprüfung mit einem Vergleich mit Mitteilungen staatlicher Behörden zu begnügen, und stattdessen die wissenschaftliche Überprüfung der Unrichtigkeit der verbreiteten Informationen ausnahmslos geboten hätte.

Die Vorstellung einer derartigen Gewährleistung mag prima facie übertrieben erscheinen. Beim Fehlen einer Regelung zur Überprüfung der Unrichtigkeit verbreiteter Informationen können jedoch die staatlichen Mitteilungen tatsächlich als Wahrheitsmaßstab herangezogen werden. Einige aktuelle Situationen geben bereits Anlass zu berechtigter Sorge. Dies lässt das „Desinformation-Bulletin“ erahnen, durch das das Direktorat für Kommunikation der Präsidentschaft seit dem 9. Oktober 2022, kurz vor der Verabschiedung dieses Gesetzes, mitteilt, welche medialen Behauptungen eine Lüge seien

regierung (maßgeblich: Nachweisbarkeit) v. 8.7.2020, beides abrufbar unter

https://www.bundestag.de/webarchiv/presse/hib/2020_07/706386-706386 (16.1.2023). In der Präambel des Verhaltenskodexes zur Bekämpfung von Desinformation im Internet („EU Code of Practice“) wird eine Definition gegeben, die ebenfalls die Nachweisbarkeit der Information einschließt, im Übrigen jedoch nicht näher erläutert wird, abrufbar unter https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=54454 (16.1.2023).

⁵² Betrachtet man die jüngste Strafverfolgung gegen den Geologen Prof. Dr. h.c. A. M. Celal Şengör (67), wird schnell deutlich, wie vage der Begriff der Wahrheit sein kann und wie eine unbestimmte Regelung ohne klare Maßstäbe missbraucht werden kann. In einer Fernsehsendung behauptete der Wissenschaftler, dass es keine historischen Beweise dafür gibt, ob die Propheten Moses und Abraham jemals existiert haben. Er wurde deshalb von der Staatsanwaltschaft nach (dem oben dargestellten) § 216 Abs. 3 tStGB beschuldigt, die religiösen Werte eines Teils der Bevölkerung herabgewürdigt zu haben, und wurde diesbezüglich vernommen. Siehe <https://www.bernerzeitung.ch/warum-die-justiz-einen-erdbebenforscher-drangsalisiert-223830943323> (16.1.2023).

⁵³ Siehe den Bericht der Expertengruppe in Fn. 1, S. 10: „The threat is disinformation, „not fake news““.

⁵⁴ Für die Differenzierung aufgrund der Beweisbarkeit siehe EGMR, Urt. v. 3.11.2015 – 57675/10 (Bestry v. Polen), Sektion IV, Rn. 59; EGMR, Urt. v. 24.2.1997 – 19983/92 (Da Haes und Gijssels v. Belgien), Rn. 42, 47.

und was der Wahrheit entspreche.⁵⁵ Dies ruft unweigerlich das Wahrheitsministerium in George Orwells berühmtem Roman „1984“ in Erinnerung.

In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass das Vertrauen der Öffentlichkeit in staatliche Daten in der Türkei inzwischen dramatisch gesunken ist. Ein Beispiel dafür bietet eine Umfrage über die Glaubwürdigkeit der vom Staat und von unabhängigen Organisationen mitgeteilten Inflationsraten, zwischen denen ein gravierender Unterschied besteht.⁵⁶ Laut dieser Umfrage glauben nur 23,9% der Bevölkerung der offiziellen Mitteilung.⁵⁷ Dasselbe Phänomen ist auch in Europa zu beobachten, wenn von einer „weit verbreiteten Vertrauenskrise zwischen einem Großteil der Öffentlichkeit und vielen öffentlichen Einrichtungen auf nationaler oder EU-Ebene“ gesprochen wird.⁵⁸

Es besteht daher die Gefahr, dass bei Äußerungen, die nicht mit den staatlichen Mitteilungen übereinstimmen, im Hinblick auf das Wissen um die Unrichtigkeit der Äußerung automatisch auf den Vorsatz des Täters geschlossen wird. Nach der Rechtsprechung des EGMR dürfen sich Journalisten wohl auf offizielle Mitteilungen berufen und sich mit ihnen begnügen (was sie prinzipiell vor Anschuldigungen schützt),⁵⁹ aber sie müssen es natürlich nicht. Das Gegenteil würde letztlich auch dem Wesen der Meinungsbildungs-, Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit widersprechen. Nicht-Journalisten dürfen aber a fortiori natürlich nicht von offiziellen Mitteilungen abhängig gemacht werden. Es muss ihnen erlaubt sein, anderen Quellen als denen des Staats zu glauben, ihnen zu folgen und sie zu verbreiten. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine frühere staatliche Mitteilung kein Beweis dafür sein kann, dass der Täter zum Zeitpunkt der Straftat die Unrichtigkeit der betreffenden Informationen kannte.

Auch für die Prüfung der Vorhersehbarkeit der Unrichtigkeit der Information ist der übliche Maßstab des EGMR für die Nachforschungspflicht bei journalistischer Tätigkeit heranzuziehen. Demnach sind Journalisten auf der Grundlage

des „verantwortungsbewussten Journalismus“ verpflichtet, die ihnen zur Verfügung stehenden Informationen lediglich in einem angemessenen Umfang zu überprüfen.⁶⁰ Damit steht auch der vom Türkischen Obersten Gerichtshof verwendete Maßstab der „sichtbaren Realität“ im Einklang.⁶¹

Diese (schwer konkretisierbaren) Maßstäbe sind für Nicht-Journalisten, die den besonderen Schutz der Pressefreiheit nicht genießen, sicherlich niedriger anzusetzen. Genauso wenig wie von Journalisten erwartet wird, dass sie wie ein Staatsanwalt ermitteln, kann von Nutzern sozialer Medien die Sorgfalt eines Journalisten bei der Verifizierung von Informationen verlangt werden. Die Frage, welche Sorgfalt im Einzelnen geboten ist, betrifft zwar hauptsächlich die Fahrlässigkeitshaftung, die von § 127/A tStGB nicht vorgesehen ist. Sie ist aber auch für die Prüfung des bedingten Vorsatzes von praktischer Bedeutung. Das liegt daran, dass die geteilten Informationen von Laien, den Nutzern sozialer Medien, sehr selten recherchiert werden, was wiederum zu der automatischen Annahme führen kann, dass sie die Unrichtigkeit der ohne Nachprüfung geteilten Informationen für möglich gehalten und gebilligt haben.

3. „Information über die innere und äußere Sicherheit des Landes, die öffentliche Ordnung und die allgemeine Gesundheit“

In diesem Merkmal finden sich erneut ungenaue, aber bei Gesetzgebern durchaus beliebte Begriffe wieder. Die öffentliche Ordnung, die im Tatbestand als möglicher Gegenstand der verbreiteten Information aufgezählt wird, stellt einen Oberbegriff dar. Er umfasst die Gesamtheit der Regeln, die sich an den Interessen der Gesellschaft orientieren.⁶² Im Zentrum des Begriffs stehen die Herrschaft der Ordnung und des Friedens im öffentlichen Leben. Der unbestimmte und variable Begriff der öffentlichen Ordnung umfasst nach herrschender Ansicht auch die anderen zwei Begriffe im Tatbestand, nämlich „innere Sicherheit“, die dem Schutz der Gesellschaft vor Kriminalität entspricht,⁶³ und „allgemeine Gesundheit“, die dem Schutz der Gesellschaft vor ansteckenden Krankheiten⁶⁴ und der Gewährleistung eines guten Gesundheitszustands entspricht.⁶⁵

⁵⁵ „Dezenformasyon Bülteni“ abrufbar unter <https://www.iletisim.gov.tr/images/uploads/dosyalar/9-16EkimBulteni.pdf> (16.1.2023).

⁵⁶ Nach Angaben des Türkischen Statistikinstituts lag die jährliche Inflationsrate im September 2022 bei 84,45 %. Die Daten sind online abrufbar unter <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Tuketici-Fiyat-Endeksi-Eylul-2022-45798#> (16.1.2023).

Gemäß Angaben der unabhängigen Recherchegruppe für Inflation (ENAG) liegt sie jedoch im selben Zeitraum bei 186,27 %, abrufbar unter <https://enagrup.org> (16.1.2023).

⁵⁷ BirGün v. 1.7.2022, abrufbar unter <https://www.birgun.net/haber/metropoll-anketi-sizce-tuik-mi-enag-mi-enflasyonu-dogru-veriyor-394042> (16.1.2023).
Siehe auch die Analyse der Financial Times v. 23.9.2021 unter <https://www.ft.com/content/e4fc3be4-d2f1-4af3-b657-e77433812470> (16.1.2023).

⁵⁸ Bericht der Expertengruppe (Fn. 1), S. 11.

⁵⁹ Siehe den Leitfaden zu Art. 10 EMRK (Fn. 15), S. 59.

⁶⁰ Siehe den Leitfaden zu Art. 10 EMRK (Fn. 15), S. 59.

⁶¹ *Großer Zivilsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 23.9.2012 – Az.: 2012/16897, Urt. Nr.: 2013/14691; *4. Zivilsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 9.5.2016 – Az.: 2016/4244, Urt. Nr.: 2016/6373.

⁶² *Bayra*, Istanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2/2020, 45 (49 f.).

⁶³ Für nähere Erklärungen siehe *Güneş*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3/2019, 435 (441 ff.).

⁶⁴ Der Begriff der öffentlichen Ordnung schließt in der Praxis den Begriff der öffentlichen Gesundheit mit ein. Zum Beispiel beruhen die Ausgangssperren, die während der Coronapandemie über lange Zeit verhängt wurden, auf einer Regelung im Gesetz für Provinzverwaltung (§ 11/C Abs. 2 des Gesetzes für Provinzverwaltung, türkisch: İl İdaresi Kanunu). Dies enthält zwar die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, nicht aber den der Gesundheit. Wiederum beinhaltet das türkische Pendant des Infektionsschutzgesetzes (tür-

Dass sich der EGMR selbst als das verfassungsrechtliche Instrument der europäischen öffentlichen Ordnung („constitutional instrument of European Public Order“)⁶⁶ bezeichnet, offenbart die uneingeschränkte Natur des Begriffs der öffentlichen Ordnung, da der EGMR nicht über einen starken Durchsetzungsmechanismus oder eine internationale öffentliche Ordnung verfügt, die vom nationalen politischen (Regierungs-)Willen unabhängig aufrechterhalten werden könnte.⁶⁷ Es ist unschwer zu erkennen, dass diesen Begriffen keine den Tatbestand einschränkende Funktion zukommt.

Weiterhin weist dieser Abschnitt des Gesetzestextes einen gesetzgebungstechnischen Fehler auf, weil zwischen den Informationsarten kein „oder“, sondern „und“ steht. Sie werden somit – im Gegensatz zum ersten Merkmal (s.o. 1.) – nicht alternativ, sondern kumulativ aufgezählt. Selbst wenn dies dem vermutlichen Willen des Gesetzgebers nicht entspricht, fordert die wortlautkonforme Auslegung, dass die Verbreitung sämtliche im Tatbestand aufgezählten Informationsarten enthält. So würde beispielsweise eine Mitteilung, die sich nur auf die innere Sicherheit des Landes oder die allgemeine Gesundheit bezieht, nicht dem Tatbestand unterfallen.⁶⁸

4. „in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“

Das Eignungsmerkmal ist im türkischen sowie deutschen Strafrecht bekannt. Genau diese Formulierung enthalten auch die Vorschriften der Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten gem. § 126 StGB sowie der Volksverhetzung gem. § 130 StGB.⁶⁹

Ähnlich wie bei diesen und anderen Pendants im türkischen und deutschen StGB, die als Eignungsdelikte einzustufen sind, bietet der Tatbestand keinen Maßstab zur Beurteilung der Geeignetheit der Handlung. Der Tatbestand verlangt weder einen Verletzungserfolg noch eine konkrete Gefahr, der bzw. die infolge der Handlung eintritt. Vorausgesetzt ist vielmehr, dass die Handlung eine abstrakte, potenzielle Gefahr schafft. Dies ist bei Delikten, die die Meinungs(äußerungs)freiheit

einschränken, äußerst kritisch zu sehen. Der EGMR fordert für die Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit eine vorhandene konkrete Gefahr, gemessen am Kriterium des dringenden gesellschaftlichen Bedürfnisses.⁷⁰ In der Rechtsprechung des türkischen Obersten Gerichtshofs kommt jedoch ein solcher restriktiver Ansatz nicht vor.⁷¹ Auch das Vorhaben des türkischen Gesetzgebers, mit einer Änderung des Strafgesetzbuchs gegen die hohe Zahl der Verurteilungen vor dem EGMR vorzugehen, scheiterte. Bis auf eine Ausnahme (§ 125 tStGB) behielten sämtliche Straftatbestände, die die Meinungsfreiheit beschränken, ihren Charakter als abstrakte Gefährdungsdelikte.⁷²

Es sei auch darauf hingewiesen, dass nach dem Gesetzestext die Geeignetheit auf die Form der Verbreitung und nicht auf den Inhalt der verbreiteten Information bezogen ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss die Verbreitungshandlung und nicht die verbreitete Information geeignet sein, den öffentlichen Frieden zu stören. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn wahrheitswidrige Informationen von einer vertrauenswürdigen Einrichtung oder in ihrem Namen verbreitet werden: Die Verbreitung einer falschen Information über die Gesundheit als Stellungnahme einer Gesundheitsorganisation oder eine Fehlinformation über die innere Sicherheit in der offiziellen Mitteilung des Innenministeriums können beispielweise wegen der besonderen Glaubwürdigkeit der Institutionen das Eignungsmerkmal erfüllen, obwohl die Information selbst dies gerade nicht nahelegt.

5. „öffentlich verbreitet“

Das öffentliche Verbreiten kommt einer dem Journalismus ähnlichen Tätigkeit nahe. Hierbei muss der Täter weder selbst die Quelle der wahrheitswidrigen Information sein noch wird das Teilen von eigenen Äußerungen vorausgesetzt. Es reicht bereits aus, eine solche Information öffentlich zu verbreiten.

Verbreiten (türkisch: yaymak) bedeutet „etwas vielen Menschen bekannt machen“.⁷³ Im juristischen Sinne versteht man unter der „Verbreitung von Informationen“ die Bereitstellung von Informationen für mehrere Menschen. Aus der Rechtsprechung zu anderen Tatbeständen (unter anderen § 136 tStGB über personenbezogene Daten) die das Merkmal der Verbreitung enthalten, ist bekannt, dass es ausreicht, eine Information nur zugänglich zu machen. Es ist also nicht erforderlich, dass jemand die Information tatsächlich empfängt.⁷⁴ Es gibt keine Gewissheit über die erforderliche Anzahl von Adressaten der verbreiteten Information. Die Tatsache, dass die Verbreitung öffentlich sein muss, schließt jedoch den Fall aus, dass die Information nur einem bestimmten, begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wird.

kisch: Umumi Hıfzısıhha Kanunu) keine anwendbare Regelung zur Ausgangssperre. Siehe *Turhan*, *Suç ve Ceza Dergisi* 1/2020, 197 (211 ff.).

⁶⁵ *Bayra*, *Istanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2020, 45 (50 ff.).

⁶⁶ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 23.3.1995 – 15318/89 (*Loizidou v. Türkei*), Rn. 75, abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58201> (16.1.2023).

⁶⁷ Siehe *Tekinsoy*, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2011, 66. Für nähere Betrachtungen siehe *Dzehtsiarou*, *Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?*, 2021, S. 62.

⁶⁸ Zu einem ähnlichen Problem aus der deutschen Gesetzgebung betreffend die Vorschrift über Werbung zum Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), die inzwischen gestrichen wurde (*Lorenz/Turhan*, NK 2022, 129), vgl. nur *Lorenz/Turhan*, JR 2020, 465 (469 ff.).

⁶⁹ Siehe *Schäfer/Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 130 Rn. 22 ff.

⁷⁰ *Yılmaz*, YÜHFD XVII, Special Issue/2020, 155 (162, 164 ff.).

⁷¹ 8. *Strafsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 3.10.2019 – Az.: 2019/10194, Urt. Nr. 2019/11813.

⁷² *Yılmaz*, YÜHFD XVII, Special Issue/2020, 155 (170 ff.).

⁷³ Die Wörterbuchbedeutung von „yaymak“ ist abrufbar unter <https://sozluk.gov.tr> (16.1.2023).

⁷⁴ *Sinar*, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 1/2020, 33 (44 ff.).

Stattdessen muss sie einer unbestimmten Anzahl von Menschen zugänglich gemacht werden.⁷⁵

Da es sich nicht um ein Sonderdelikt für Journalisten oder Presseangehörige handelt, stellt sich die Frage, inwieweit ebensolche Handlungen in den sozialen Medien erfasst werden sollen,⁷⁶ die für das öffentliche Verbreiten im Sinne des Gesetzes die geeignete Plattform darstellen.⁷⁷ Wer beispielsweise einen Tweet retweetet, sodass andere Nutzer ihn auf ihrer Hauptseite sehen können, kann sich damit strafbar machen. Beim Liken ist jedoch umstritten, ob dadurch das Öffentlichkeitserfordernis erfüllt wird. Der EGMR unterscheidet Retweeten und Liken aufgrund ihres Verhältnisses zum betreffenden Inhalt, was dem Liken ein niedrigeres Gewicht zukommen lässt. Er betont außerdem, dass Liken „den aktiven Wunsch, den Inhalt zu verbreiten“ aufweist.⁷⁸ Auf dieser Grundlage kann argumentiert werden, dass im Falle des Likens, das in der Tat objektiv eine Verbreitung darstellt,⁷⁹ das Fehlen eines Verbreitungsvorsatzes die Strafbarkeit ausschließen könnte.

IV. Fazit

Der neu geschaffene Tatbestand der „öffentlichen Verbreitung irreführender Informationen“ enthält zahlreiche Merkmale, die in einem besorgniserregenden Maße unbestimmt sind, sodass sie keine einschränkende Wirkung entfalten, was mit dem ultima-ratio-Prinzip nicht vereinbar ist. Ausgehend von bisherigen Erfahrungen lässt diese unsaubere Formulierung des Straftatbestands befürchten, dass der wahre Zweck der Norm nicht in der Bekämpfung von Desinformation, sondern vielmehr darin besteht, einen neuen missbrauchsanfälligen Raum zur Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit zu schaffen. Es wäre auch nicht fernliegend zu sagen, dass das Gesetz in diesem Sinne eine Drohkulisse aufbaut und damit eine symbolische Wirkung entfaltet, die die Tendenz zur Selbstzensur verstärkt.⁸⁰

⁷⁵ Zur ausführlichen Erläuterung über den Öffentlichkeitsbegriff siehe *Öner*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 157-2021, 125 (163 ff.).

⁷⁶ Die Gesetzesbegründung, in der die Zunahme von gefälschten und manipulativen Inhalten durch digitale Plattformen oder die Anonymität im Internet hervorgehoben wird, offenbart, dass der Gesetzgeber in erster Linie die Internet- oder Social Media-Nutzer im Visier hat. Siehe den Gesetzesentwurf Nr. 2/4471 v. 26.5.2022, S. 16 f.

⁷⁷ Zur Verbreitung auf Facebook siehe 12. *Strafsenat* des türkischen Obersten Gerichtshofs, Urt. v. 11.9.2019 – Az.: 2018/8366, Urt. Nr.: 2019/8625.

⁷⁸ EGMR (2. Kammer), Urt. v. 15.6.2021 – 35786/19 (Melike v. Türkei), Rn. 51.

⁷⁹ Liken erfüllt auch eine Verbreitungsfunktion, indem es die Sichtbarkeit des betreffenden Tweets – in erster Linie bei den Followern des likenden Nutzers, aber nicht nur bei diesen – erhöht.

⁸⁰ Wie die Berufsjournalisten, Prominente der sozialen Medien und junge Menschen die Verordnung aufnehmen und inwieweit das Gesetz bei ihnen Besorgnis erregt, zeigt sich in der Podiumsdiskussion „Mevzular Açık Mikrofon Özel –

Somit bleibt nur zu hoffen, dass das türkische Verfassungsgericht den Pfeil abwehrt, der das Herz der Freiheit der Meinungsäußerung zu treffen droht, die auch das Recht einschließt, „Informationen und Ideen *ohne behördliche Eingriffe* [...] zum empfangen und weiterzugeben“ (Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK).⁸¹

Sosyal Medya Yasası“ (deutsch: Offenes Mikrofon Spezial – Social-Media-Gesetz) auf dem YouTube-Kanal Babala TV, abrufbar unter <https://youtu.be/6FNK8tKxUBM> (16.1.2023).

Allein die Tatsache, dass die Sendung als „Social-Media-Gesetz“ bezeichnet wurde, ist bereits ein Zeichen für die Auffassung in der Bevölkerung.

⁸¹ Die Venedig-Kommission äußert in diesem Zusammenhang auch ihre Sorge, dass ein Urteil des Verfassungsgerichts nicht vor den Wahlen 2023 zu erwarten ist: Selbst wenn das Gericht später die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes feststellte, würde das Recht auf freie Meinungsäußerung vor den Wahlen irreparabel geschädigt. Siehe die Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe, Opinion no. 1102/2022 v. 7.10.2022 (Fn. 8), S. 21 (insbesondere Rn. 82).

Grundrechtsschutz in Auslieferungsverfahren nach dem RbEuHB Auf dem Weg zu einem „in allen Mitgliedstaaten wirksamen Schutzniveau“?

Von Rechtsanwältin Nicola Bier, LL.M., Berlin*

In ihren Schlussanträgen vom 27.10.2022¹ beschäftigt sich die Generalanwältin beim EuGH Tamara Čapeta mit der bereits vielfach vor dem EuGH thematisierten Frage, ob eine um Vollstreckung ersuchte Behörde über die im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl normierten Fälle hinaus die Übergabe ablehnen kann oder muss, wenn sie die drohende Verletzung eines Grundrechts der betroffenen Person durch den Ausstellungsstaat festgestellt hat.² Als Teil ihrer Antwort postuliert sie scheinbar unmissverständlich: „Die Wirksamkeit des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls gibt es daher nicht auf Kosten der Grundrechte, die der Einzelne im Rahmen der Verfassungsordnung der Union genießt.“³

Beschreibt sie damit die Realität oder formuliert sie eine Idealvorstellung? Wie weit entfernt sind wir tatsächlich von der hehren Vorstellung, dass das „vom Unionsgesetzgeber gewählte und in allen Mitgliedstaaten wirksame Schutzniveau [...] nicht aus Sorge um die Wirksamkeit des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls abgesenkt“ wird?⁴ Gibt es überhaupt noch ein „in allen Mitgliedstaaten wirksames Schutzniveau“?

Anlässlich der Vorlage eines irischen Gerichts an den EuGH möchte Čapeta ein „grundlegenderes Problem des Systems des Europäischen Haftbefehls“ diskutieren, nämlich die Frage, „ob die Vollstreckungsbehörde über die im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl normierten Fälle hinaus die Übergabe dann ablehnen dürfen soll (oder sogar ablehnen muss), wenn sie feststellt, dass ein Grundrecht (oder zumindest der Wesensgehalt dieses Rechts) der zu übergebenden Person durch den Ausstellungsstaat verletzt werden würde“.⁵

I. Ausgangssachverhalt

Ausgangspunkt sind Verurteilungen in Strafverfahren in Ungarn und in Polen, mit in der Folge angestrebten Auslieferungsverfahren zur Vollstreckung, anlässlich derer der irische Court of Appeal als vollstreckende Justizbehörde den EuGH um Vorabklärung seiner Fragen ersucht hat. Den an Irland gerichteten Auslieferungsersuchen aus Ungarn und Polen liegen jeweils ähnliche Sachverhalte zugrunde, weswegen der EuGH die beiden Rechtssachen verbunden hat:

* Die Verf. ist als Rechtsanwältin spezialisiert auf grenzüberschreitende strafrechtliche Sachverhalte sowie auf Völkerstrafrecht und menschenrechtliche Aspekte der Vertretung im Strafrecht.

¹ Schlussanträge der Generalanwältin Tamara Čapeta v. 27.10.2022 zum Vorabentscheidungsersuchen des Court of Appeal (Irland) in den verbundenen Rechtssachen C514/21 und C515/21, LU (C514/21), PH (C515/21) gegen Minister for Justice and Equality, Rn. 94.

² Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 3.

³ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 94.

⁴ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 98

⁵ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 3.

Ein erstes Strafverfahren hatte unter Wahrung des Fairnessgebots zu einem Schuldspruch der angeklagten Person geführt. Die daraufhin verhängte Freiheitsstrafe wurde zur Bewährung ausgesetzt. In einem weiteren Verfahren wurde dieselbe Person wegen einer weiteren Straftat verurteilt, die sie während der Bewährungszeit begangen hatte. Bei diesem zweiten Verfahren war die betroffene Person abwesend. Eine Freiheitsstrafe wurde verhängt, die Aussetzung zur Bewährung der ersten Strafe widerrufen und ein Europäischer Haftbefehl (EuHB) zur Vollstreckung der Haftstrafe für die erste Tat ausgestellt.

Das vorliegende irische Gericht möchte wissen, wie der Begriff der „Verhandlung“ in Art. 4a Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl (RbEuHB) zu verstehen ist, insbesondere ob das zweite, hier in Abwesenheit durchgeführte Verfahren, in welchem der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung erfolgte, eine „Verhandlung“ im Sinne der Norm darstellt (Frage 1 der Vorlage). Weiterhin möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die einen solchen EuHB vollstreckende Justizbehörde berechtigt und/oder verpflichtet ist, zu prüfen, ob die in Frage stehenden Verhandlungen zu einer Verletzung von Art. 6 EMRK geführt haben (Frage 2) und, falls ja, ob sie berechtigt und/oder verpflichtet ist, die Übergabe der Person in Ausführung des EuHB zu verweigern oder wenigstens Garantien zu verlangen (Frage 3a). Schließlich bittet das Gericht um Klärung, ob es zu prüfen hat, ob die Übergabe der Person den Wesensgehalt der Grundrechte aus Art. 6 EMRK und/oder Art. 47, 48 Abs. 2 GRCh verletzen würde (Frage 3b).⁶

II. Problematik und Grundlagen

Dass es sich bei der von der Generalanwältin zusätzlich aufgeworfenen Frage tatsächlich um ein „grundlegenderes Problem des Systems des Europäischen Haftbefehls“⁷ handelt, können diejenigen bestätigen, die diese Frage in Behörden wie in der Anwaltschaft tatsächlich sehr häufig stellen – in den meisten Fällen, ohne eine klare Antwort darauf zu erhalten. Denn Sachverhalte, die einen EuHB beinhalten, spielen sich regelmäßig in einem Spannungsfeld ab, welches bedingt ist durch die Regelungen des RbEuHB (1.), die übergeordneten Grundsätze des Europarechts (2.) sowie aktuelle politische und rechtliche Entwicklungen in den EU-Mitgliedstaaten (3.), welche allesamt aufgegriffen werden in der Rechtsprechung des EuGH (4.).

Durch eine starre Anwendung des RbEuHB können diese Spannungen nicht aufgelöst werden. Zwar sollen die Regelungen des RbEuHB die übergeordneten Grundsätze des Europarechts berücksichtigen, bestenfalls widerspiegeln. Wie stark aber die Politik – der einzelnen Mitgliedstaaten sowie der gesamten EU – auf die Auslegung und Anwendung dieser Grundsätze einwirken würde, war zum Zeitpunkt der Ausar-

⁶ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 11, 24, 25, 33.

⁷ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 3.

beitung des RbEuHB vielleicht noch nicht absehbar. Jedenfalls drängt sich dieser Eindruck auf, wenn man beobachtet, wie Staatsanwaltschaften und Gerichte der Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich umgehen mit einer Frage, die sich in den letzten Jahren häufig gestellt hat und zu der sich die Generalanwältin in den vorliegenden Schlussanträgen äußert: Unter welchen konkreten Umständen kann eine Vollstreckungsbehörde die Übergabe einer mit einem EuHB gesuchten Person verweigern? Genauer gesagt: Können sich solche Umstände nur aus den abschließenden Aufzählungen im RbEuHB ergeben oder auch darüber hinaus aus unionsrechtlichen Grundrechtsgarantien bzw. der Auslegung europarechtlicher Grundsätze in der Rechtsprechung des EuGH?

Die Generalanwältin holt weit aus und die ausstehende Antwort des EuGH könnte einen Beitrag zur Klärung von praktischen Unsicherheiten leisten, mit denen offensichtlich auch die mitgliedstaatlichen Gerichte noch zu kämpfen haben (III.).

1. Regelungen des RbEuHB

Der RbEuHB wurde mit dem Ziel verfasst, Abläufe zu vereinfachen.⁸ Die Gründe, aus denen die gem. Art. 1 Abs. 2 RbEuHB im Grunde verpflichtende Vollstreckung eines EuHB abgelehnt werden kann oder muss, sind in Art. 3, 4 und 4a RbEuHB als jeweils abschließende Listen formuliert.

Der vom vorliegenden Gericht für einschlägig erachtete Art. 4a RbEuHB betrifft ausweislich seiner Überschrift „Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die Person nicht persönlich erschienen ist“. Es soll die Verhandlung erfasst werden, „die zu der Entscheidung geführt hat“, Art. 4a Abs. 1 RbEuHB. Als Folge der Abwesenheit der betroffenen Person in einer solchen Verhandlung soll die vollstreckende Justizbehörde die Vollstreckung des auf dieser Grundlage ausgestellten EuHB verweigern dürfen. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn einer der – ebenfalls abschließend aufgelisteten – Fälle vorliegt, in denen die betroffene Person auch gegen eine Abwesenheitsentscheidung nicht geschützt wird, Art. 4a Abs. 1 Hs. 2 RbEuHB („es sei denn“).

Wie die Nummerierung bereits andeutet, wurde Art. 4a RbEuHB, dem Regelwerk von 2002 erst nachträglich, 2009, hinzugefügt,⁹ mit dem Ziel, nicht nur das Verfahren effizienter zu gestalten, sondern auch das Recht des Verfolgten auf Anwesenheit besser zu schützen.¹⁰ Damit tritt der fakultative Ablehnungsgrund aus Art. 4a RbEuHB neben eben jene aus Art. 4 RbEuHB.

⁸ Vgl. Erwägungsgrund 5 des RbEuHB.

⁹ Rb 2009/299/JI des Rates v. 26.2.2009 (EU ABI. Nr. L 81 v. 27.3.2009, S. 26) mit den dortigen Erwägungsgründen 1 und 6.

¹⁰ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 88 ff. m.w.N.: Rb 2009/299/JI, Erwägungsgrund 4: „Diese einheitliche Grundlage soll mit diesem Rahmenbeschluss geschaffen werden, damit die vollstreckende Behörde die Entscheidung unter uneingeschränkter Achtung der Verteidigungsrechte der betroffenen Person auch dann vollstrecken kann, wenn die Person nicht zur Verhandlung erschienen ist.“

Umgesetzt wurden die zwingenden wie die fakultativen Auslieferungshindernisse, die der RbEuHB vorsieht, im deutschen Recht in § 83 IRG. Im Zuge der 2009 vorgenommenen Erweiterung des 2002 verabschiedeten RbEuHB um den hier thematisierten Art. 4a wurden entsprechend in § 83 IRG dessen Abs. 1 Nr. 3 neu gefasst und die Absätze 2, 3 und 4 hinzugefügt.¹¹ Die Umsetzung im IRG begründet einen restriktiven Umgang mit Abwesenheitsentscheidungen.¹² Das Regel-Ausnahme-Verhältnis, in dem § 83 Abs. 1 Nr. 3 IRG einerseits und Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 andererseits zueinander zu stehen scheinen, hat redaktionelle Gründe und soll den Grundtatbestand verständlich halten, getrennt von den aus Art. 4a RbEuHB herrührenden „Ausnahmen“. ¹³ Die Vorgaben des Art. 4a RbEuHB nehmen in der deutschen Umsetzung die Gestalt von Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Auslieferung an.¹⁴ § 83 IRG ist im Zusammenhang zu sehen mit der allgemeinen Regel in § 73 IRG, dessen S. 2 eine unionsrechtskonforme Ausprägung des Art. 1 Abs. 3 RbEuHB darstellt¹⁵ und der seinerseits zentral für die hier besprochene Problematik ist.

2. Übergeordnete Grundsätze des Europarechts

Das Unionsrecht beruht auf dem Bekenntnis zu Grund- und Menschenrechten, Art. 2 und 6 EUV, ebenso wie auf dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander, Art. 82 Abs. 1 AEUV.

Die Gleichstellung der GRCh mit den Verträgen macht sie zu Unionsprimärrecht, Art. 6 Abs. 1 EUV, und bewirkt entsprechend der so etablierten Normenhierarchie eine Bindung an die GRCh bei der Anwendung sonstigen Unionsrechts, mithin auch bei Vollstreckung eines EuHB. Art. 51 Abs. 1 GRCh stellt klar, dass die Bindung sich sowohl auf Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union selbst, als auch auf die Mitgliedstaaten erstreckt, soweit jeweils Recht der Union ausgeführt wird. Entsprechend erklärt Art. 6 Abs. 3 EUV die sich aus der EMRK ergebenden Grundrechte zu allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und verstärkt somit die explizite primärrechtliche Verankerung der Grundrechte.

Das Bekenntnis zu Grund- und Menschenrechten und das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedsstaaten untereinander sollen sich als Grundpfeiler des Unionsrechts gegenseitig ergänzen und bestärken: Das gegenseitige Vertrauen der

¹¹ Art. 2 Nr. 3 des Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Vertretung in der Berufungsverhandlung und über die Anerkennung von Abwesenheitsentscheidungen in der Rechtshilfe v. 17.7.2015, BGBl. I 2015, S. 1332.

¹² Hackner, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, IRG § 83 Rn. 2.

¹³ Hackner (Fn. 12), IRG § 83 Rn. 6.

¹⁴ Inhofer, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.10.2022, IRG § 83 Vor Rn. 1.

¹⁵ Gleß/Wahl/Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 12), IRG § 73 Rn. 130 m.w.N.: BT-Drs. 15/1718, S. 14; Pohl, Vorbehalt und Anerkennung, 2009, S. 122 ff.; Kloska, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht, 2016, S. 214 ff.

Mitgliedstaaten soll sich gerade darauf stützen können, dass sich alle denselben Grund- und Menschenrechten verpflichtet fühlen. Und gerade durch eine vertrauensbasierte Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten untereinander soll der Grund- und Menschenrechtsschutz besonders effizient sein.

In fast allen Unionsrechtsakten, die auf der Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung beruhen, findet sich dementsprechend die Formulierung als Generalklausel, wonach diese Grundsätze durch den RbEuHB „nicht berührt“ werden¹⁶ – so auch in Art. 1 Abs. 3 RbEuHB.¹⁷

Schon auf theoretischer Ebene und umso mehr in der praktischen Anwendung ist das genaue Verhältnis dieser Grundsätze zueinander alles andere als unumstritten. Die Frage, inwieweit grundrechtliche Garantien der Leistung von Rechtshilfe Grenzen setzen können oder müssen, knüpft jenseits explizit formulierter Hindernisse an die Idee eines „ordre public“ an. Dieser ist im deutschen Recht in § 73 IRG normiert und greift wiederum zurück auf Grundsätze sowohl der deutschen Rechtsordnung (S. 1) als auch des Unionsrechts (S. 2). Abgesehen von den teilweise divergierenden Maßstäben des Grundrechtsschutzes auf diesen beiden Ebenen, konfliktiert die Verpflichtung der Staaten zur Achtung der Grund- und Menschenrechte typischerweise mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und der daraus folgenden gegenseitigen Anerkennung.¹⁸ Besonders anschaulich tritt dieser Konflikt auf der Ebene der Durchführung zutage, wenn sich in praktischer Hinsicht die Frage stellt, welcher Staat durch seine Behörden prüfen darf und muss, ob grundrechtliche Anforderungen gewahrt werden.¹⁹ Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund politischer und rechtlicher Entwicklungen, die das Verständnis von Rechtsstaatlichkeit in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten auseinander klaffen lassen. Die Idealvorstellung der übergeordneten Grundsätze des Unionsrechts als Pfeiler gerät ins Wanken.

3. Aktuelle politische und rechtliche Entwicklungen in den EU-Mitgliedstaaten

Die größte diesbezügliche Aufmerksamkeit nicht nur der Medien und Öffentlichkeit²⁰ sondern auch der verschiedenen

¹⁶ Gleß/Wahl/Zimmermann (Fn. 15), IRG § 73 Rn. 114.

¹⁷ Zustimmung verdient die Auslegung im Wege eines Erst-Recht-Schlusses gegenüber den Unionsrechtsakten, in denen für Grundrechte ein „eigener Ablehnungsgrund“ kodifiziert wurde, die aber weniger eingriffsintensiv sind, als der lediglich mit der Generalklausel ausgestattete RbEuHB (Burchard, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, 2019, S. 681 ff.).

¹⁸ Gleß/Wahl/Zimmermann (Fn. 15), IRG § 73 Rn. 113: Dort wird treffend gar von „der Fiktion gegenseitigen Vertrauens“ gesprochen.

¹⁹ Vgl. etwa Reinbacher/Wendel, EuGRZ 2016, 333 (337).

²⁰ Vgl. etwa ZEIT v. 22.12.2021, abrufbar unter https://www.zeit.de/politik/ausland/2021-12/eu-kommission-justizstreit?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.bing.com%2F (23.1.2023); Nachrichten der BRAK v. 5.4.2019, abrufbar unter

EU-Institutionen²¹ hat wohl die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in Polen sowie in Ungarn erregt – die beiden EU-Mitgliedstaaten, die im hier gegenständlichen Verfahren mittels EuHB um Auslieferung ersuchen und sich damit implizit auf den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung berufen.

Eine umfassende Darstellung der Entwicklungen enthält der Rechtsstaatlichkeitsbericht der EU-Kommission vom 13.7.2022, in dem jedem Mitgliedstaat ein eigenes Kapitel gewidmet ist.²² Auf eine Zusammenfassung der allgemein bekannten und dort umfassend dargestellten Inhalte soll hier verzichtet werden. Für die in den Schlussanträgen diskutierten Fragen ist entscheidend, dass die tatsächlichen Gegebenheiten, hier in Polen und Ungarn, nicht mehr denen entsprechen, auf denen die Architektur des RbEuHB, oder sogar noch allgemeiner, auf denen die Vorstellung der vereinfachten Rechtshilfe in strafrechtlichen Angelegenheiten unter EU-Mitgliedstaaten beruht.

Die überkommene Vorstellung gesetzestreuer Behörden in allen Mitgliedstaaten, deren Umgang von gegenseitigem Vertrauen geprägt ist, führt in ein Dilemma, welches das hier vorliegende Gericht durch seine Fragen an den EuGH lösen möchte: Wie soll es angesichts der aktuellen Entwicklungen möglich sein, dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung unter Mitgliedstaaten und der Verpflichtung zur Achtung der Grund- und Menschenrechte gleichermaßen gerecht zu werden?

4. Entwicklungen durch die Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH ist nicht zum ersten Mal mit dieser Problematik konfrontiert und kann für seine Antwort an die eigene, schrittweise entwickelte Rechtsprechung anknüpfen.

Ursprünglich vertrat der EuGH eine möglichst weitreichende gegenseitige Anerkennung und stellte damit den Grundrechtsschutz hinter Erwägungen zur Verfahrenseffizienz und Vereinfachung an.²³ Diesen normenhierarchisch kritik-

<https://www.brak.de/newsroom/newsletter/nachrichten-aus-bruessel/2019/ausgabe-7-2019-v-05042019/vertragsverletzungsverfahren-gegen-polen-zum-schutz-der-richter/> (23.1.2023).

²¹ Vgl. etwa Resolution 2022/2935(RSP) des Europaparlaments v. 24.11.2022 zu Ungarn, abrufbar unter

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0422_EN.html (23.1.2023);

Resolution 2022/2935(RSP) des Europaparlaments v. 9.6.2022 zu Polen, abrufbar unter

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0422_EN.html (23.1.2023);

Pressemitteilung der EU-Kommission zu Ungarn v. 30.11.2022, abrufbar unter

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_7273 (23.1.2023).

²² Online verfügbar unter

https://commission.europa.eu/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en (23.1.2023).

²³ Vgl. etwa: EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Melloni), Rn. 37 und 63; EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Radu) Rn. 36–40; Nettesheim, JZ 2016, 424 (426).

würdigen Ansatz,²⁴ der Grundrechte mit Primärrechtsrang hinter sekundärrechtlichen Vorgaben hintanzustellen scheint,²⁵ relativiert der EuGH an anderer Stelle selbst, wenn er sich vorbehält, in „außergewöhnlichen Umständen“ davon abzurücken, dass jeder Mitgliedstaat schlicht von der Achtung der Grundrechte durch die jeweils anderen Mitgliedstaaten ausgehen müsse.²⁶ Trotz seiner den Anerkennungsgrundsatz fokussierenden Rechtsprechung betonte der EuGH schon 2011, dass die Idee der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und entsprechende unionsrechtliche Texte „in einem Kontext entworfen wurde[n], der die Annahme zulässt, dass alle daran beteiligten Staaten [...] die Grundrechte beachten“.²⁷ Es könne „nicht ausgeschlossen werden, dass dieses System in der Praxis auf größere Funktionsstörungen in einem bestimmten Mitgliedstaat stößt“, was zu einer „ernstzunehmenden Gefahr“ der Verletzung von Grundrechten führen würde.²⁸

Betreffend die Auslieferung zur Vollstreckung eines in Abwesenheit ergangenen Urteils berief sich der EuGH in der Rechtssache „Melloni“ noch strikt auf die in Art. 4a RbEuHB aufgezählten Ablehnungsgründe und lehnte eine darüberhinausgehende Berufung des Vollstreckungsstaates auf nationale Grundrechte ab.²⁹ Dass der EuGH sowohl die Mitgliedstaaten in ihrer eigenen Prüfkompetenz beschränkte als auch sich selbst nur sehr eingeschränkt als für den Schutz der Grundrechte zuständig erachtete, musste kritisch gesehen werden.³⁰ Entsprechend zu begrüßen war die vielbeachtete Entscheidung „Aranyosi und Căldăraru“, betreffend Haftbedingungen in Rumänien und Ungarn, in der der EuGH sich nicht mehr auf die Bemühung um Verfahrensbeschleunigung durch den RbEuHB beschränkte. Vielmehr betonte er, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auf dem Vertrauen der Mitgliedstaaten darauf beruht, dass ihre jeweiligen Rechtsordnungen in der Lage sind, einen gleichwertigen und wirksamen Grundrechtsschutz – hier vor erniedrigender oder unmenschlicher Behandlung – zu bieten.³¹ Vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens könne weiterhin nur in „außerge-

wöhnlichen Umständen“ abgerückt werden.³² Sofern eine vollstreckende Justizbehörde allerdings Anhaltspunkte dafür habe, dass die Auslieferung entgegen Art. 1 Abs. 3 RbEuHB zu einer Grundrechtsverletzung führen könnte, müsse sie diese überprüfen und gegebenenfalls die konkrete Gefährdung der Grundrechte des Betroffenen feststellen. Der EuHB dürfe dann jedenfalls solange nicht vollstreckt werden, wie es ernsthafte Gründe gebe für die Annahme, dass der Betroffene wegen der Haftbedingungen im um die Auslieferung ersuchenden Staat einer echten Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und damit einer Verletzung von Art. 4 GRCh ausgesetzt sei.³³ Damit rückte der EuGH erstmals von seinem strikten Verständnis der Ablehnungsgründe des RbEuHB als abschließend ab.³⁴

In der Rechtssache „LM“ hatte der EuGH vor dem Hintergrund der Justizreformen in Polen erneut einen Anlass, die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen die Auslieferung nach Polen anhand des RbEuHB, neben den dort explizit gelisteten Gründen, verweigert werden kann.³⁵ Die zuvor anlässlich des Schutzes vor erniedrigender oder unmenschlicher Behandlung entwickelten Maßstäbe übertrug der EuGH auf die drohende Verletzung des Grundrechts auf ein unabhängiges Gericht als Ausprägung des Grundrechts auf ein faires Verfahren, Art. 47 Abs. 2 GRCh, durch das Vorliegen systemischer rechtsstaatlicher Defizite im um die Auslieferung ersuchenden Mitgliedstaat und betonte hierzu die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für den Rechtsstaat.³⁶ Gleichzeitig erinnerte er daran, dass das Vorliegen einer „schwere[n] und anhaltende[n] Verletzung der in Art. 2 EUV enthaltenen Grundsätze durch einen Mitgliedstaat“ vom Europäischen Rat festgestellt worden sein müsse, Art. 7 Abs. 2, Abs. 3 EUV. Denn nur dies rechtfertige die Aussetzung des Mechanismus des EuHB im Sinne des zehnten Erwägungsgrundes zum RbEuHB.³⁷

Insgesamt hält der EuGH fest an seiner in „Aranyosi und Căldăraru“ entwickelten Zwei-Schritt-Prüfung, wonach zunächst das Vorliegen systemischer oder allgemeiner Mängel mit Blick auf eine konkrete Situation in einem Mitgliedstaat festgestellt werden muss, bevor zu überprüfen ist, ob im konkreten Fall die Grundrechte der betroffenen Person dadurch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt werden.³⁸ Damit ist der EuGH nicht vollständig von seiner ursprünglichen,

²⁴ Vgl. *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1280).

²⁵ Vgl. auch die berechtigte Kritik, sekundärrechtliche Ablehnungsgründe könnten jedenfalls insofern nicht abschließend sein, als sie die Beachtung auch solcher Grundrechte ausschließen würden, denen in keinem explizit normierten Ablehnungsgrund Rechnung getragen wird: *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1281).

²⁶ EuGH, Gutachten 2/13 des Gerichtshofs v. 18.12.2014, Rn. 191.

²⁷ EuGH, Urt. v. 21.12.2011 – C-411/10, C-493/10 (N. S. u.a.), Rn. 78 (dort betreffend das „Gemeinsame Europäische Asylsystem“).

²⁸ EuGH, Urt. v. 21.12.2011 – C-411/10, C-493/10 (N. S. u.a.), Rn. 78–81.

²⁹ EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Melloni), Rn. 40–46, 61–64.

³⁰ Vgl. etwa *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1281 f.).

³¹ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 77; *Ruffert*, JuS 2016, 853; *Böhm*, NJW 2016, 1709.

³² EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 82: Dort unter Berufung auf EuGH, Gutachten 2/13 des Gerichtshofs v. 18.12.2014, Rn. 191.

³³ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 88–104.

³⁴ *Gleiß/Wahl/Zimmermann* (Fn. 15), IRG § 73 Rn. 123.

³⁵ EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 (LM).

³⁶ EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 (LM), Rn. 46–79; *Payandeh*, JuS 2018, 919 (920 f.); *Gleiß/Wahl/Zimmermann* (Fn. 15), § 73 Rn. 123a.

³⁷ EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 (LM), Rn. 70; *Satzger*, NStZ 2016, 514.

³⁸ *Payandeh*, JuS 2018, 919 (921).

den Anerkennungsgrundsatz fokussierenden Rechtsprechung abgerückt, hat diese aber in entscheidendem Ausmaß relativiert und damit den tiefgreifenden Bedenken entgegengewirkt, die an dieser einseitigen Gewichtung unionsrechtlicher Grundsätze bestanden.³⁹ Dazu hat er in Anbetracht der sich aufdrängenden tatsächlichen Entwicklungen auf die schon früh von ihm verwendete Figur der „außergewöhnlichen Umstände“ zurückgegriffen und ihr, jedenfalls potentiell und im Einzelfall, eine begrenzende Funktion für das gegenseitige Vertrauen und die gegenseitige Anerkennung zugeschrieben.⁴⁰ Somit treten – unter fortwährender Betonung der Einzelfallabhängigkeit – vom EuGH festgestellte „systemische oder allgemeine Mängel“ gewissermaßen ergänzend neben die expliziten Ablehnungsgründe in den Art. 3 bis 4a RbEuHB. Nichtsdestotrotz ist auch im Folgenden erkennbar geblieben, dass der EuGH nicht davon abrücken möchte, die Ablehnung eines EuHB aus einem „ungeschriebenen Grund“ auf besonders gravierende Fälle zu begrenzen.⁴¹

III. Gratwanderung auf der Suche nach Orientierung

Dass die Bemühung um eine angemessene Berücksichtigung dieser Erwägungen die Argumentation und Entscheidungsfindung in Fällen wie dem vorliegenden zu einer Gratwanderung macht, zeigen die Schlussanträge der Generalanwältin deutlich.

1. Effizienter Mechanismus vs. Schutz von Grundrechten: Wettstreit oder Synergie?

Zur Komplexität des oben benannten Spannungsverhältnisses zwischen den Regelungen des RbEuHB einerseits und den unionsrechtlichen Grundsätzen – inklusive der hierüber gewährleisteten Grund- und Menschenrechte – andererseits trägt bei, dass sich der Unionsgesetzgeber in den von ihm erlassenen Regelungen bereits für ein bestimmtes Schutzniveau – jedenfalls der thematisierten Grundrechte – entscheidet.

Für das Recht einer Person auf Anwesenheit in einer sie betreffenden Verhandlung gelangt die Generalanwältin zu dem Schluss, dass im Anwendungsbereich des Art. 4a Abs. 1 RbEuHB ein hohes, über Art. 6 EMRK hinausreichendes Schutzniveau gelte.⁴² Der Begriff der „Verhandlung“ in Art. 4a Abs. 1 sei so auszulegen, dass davon jeder Abschnitt des Verfahrens erfasst sei, der einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung über den Freiheitsentzug einer Person habe, da dieser Person die Möglichkeit gegeben werden müsse, die Entscheidung zu beeinflussen.⁴³ Die Generalanwältin betont, sich der Warnung des EuGH bewusst zu sein, dass eine Überdehnung des Begriffs der „Verhandlung“ die Wirksam-

keit des Mechanismus des EuHB beeinflussen könne.⁴⁴ Auch teile sie die Überzeugung, dass der Anwendungsbereich des Art. 4a Abs. 1 RbEuHB eine Ausnahme darstelle von der Regel der automatischen Vollstreckung des RbEuHB im Rahmen des gegenseitigen Vertrauens zwischen Ausstellungs- und Vollstreckungsbehörde. Ihre dennoch weite Auslegung des Verhandlungsbegriffes begründet sie mit der Historie und Systematik des Art. 4a RbEuHB: Die 2009 vorgenommene Ergänzung des RbEuHB von 2002 sollte nicht nur das Verfahren effizienter gestalten, sondern auch das Recht auf Anwesenheit besser schützen.⁴⁵ Selbst wenn in dieser weiten Auslegung – nach Ansicht der Generalanwältin unzutreffend – eine Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Mechanismus des RbEuHB gesehen werde, dürfe jedenfalls „das vom Unionsgesetzgeber gewählte und in allen Mitgliedstaaten wirksame Schutzniveau [...] nicht aus Sorge um die Wirksamkeit des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls abgesenkt werden“.⁴⁶ Gleichzeitig habe dieser Schutz auch klare Grenzen, jenseits derer die harmonisierte, vereinfachte Übergabe mittels EuHB sogar verpflichtend sei.⁴⁷

Gerade aufgrund ihrer Geradlinigkeit erscheint diese Logik überzeugend: klare Regeln – wirksamer Mechanismus. Eine fälschliche Verkürzung dieser Logik liegt jedoch darin, die Wirksamkeit des Mechanismus des EuHB daran zu messen, wie leicht es ist, einen einzelnen EuHB zu vollziehen. Wirksam soll der Mechanismus sein, nicht der einzelne EuHB. Teil dieses Mechanismus ist, ausweislich der allgemeinen Grundsätze in Art. 1 Abs. 3 RbEuHB, die Achtung der Grundrechte und der allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätze aus Art. 6 EUV. Gerade durch eine vertrauensbasierte Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten untereinander soll der Grund- und Menschenrechtsschutz besonders effizient sein. Dass unter dieser Prämisse auch der RbEuHB konzipiert und weiterentwickelt wurde, illustriert die Generalanwältin anhand der vom Unionsgesetzgeber empfundenen Notwendigkeit, den RbEuHB um Art. 4a RbEuHB zu ergänzen (s.o. II. 1.) mit dem Ziel, nicht nur das Verfahren effizienter zu gestalten, sondern auch das Recht des Verfolgten auf Anwesenheit besser zu schützen.⁴⁸

2. Verpflichtung zur Achtung vs. Überprüfung des gemeinsamen Ergebnisses – Ausweg aus der Zwickmühle?

Einleitend zu ihrer Antwort auf die zweite und dritte Frage bekräftigt die Generalanwältin ihr Bewusstsein für die Zwangslage der nationalen Gerichte, die einerseits die Einhaltung von Art. 6 EMRK gewährleisten müssen und andererseits dem Gedanken des gegenseitigen Vertrauens zwi-

³⁹ Vgl. etwa: Burchard (Fn. 17), S. 614 ff., 684 ff.

⁴⁰ Zunächst in „Aranyosi und Căldăraru“ (Fn. 31), bestätigt in „LM“ (Fn. 35); vgl. auch: Böhm, NJW 2016, 1709 (1714).

⁴¹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 22.12.2017 – C-571/17 PPU (Ardic), Rn. 69 f.; Meyer, NJW 2018, 927; EuGH, Urt. v. 23.1.2018 – C-367/16 (Piotrowski), Rn. 49 ff.

⁴² Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 95 m.w.N.

⁴³ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 102.

⁴⁴ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 87 m.w.N.: EuGH, Urt. v. 22.12.2017 – C571/17 PPU, EU:C:2017:1026 (Ardic), Rn. 87.

⁴⁵ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 88 ff, m.w.N.: Rb 2009/299/JI, Erwägungsgrund 4 (zitiert in Fn. 10).

⁴⁶ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 98 f.

⁴⁷ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 92.

⁴⁸ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 88 ff. m.w.N.: Rb 2009/299/JI, Erwägungsgrund 4 (zitiert in Fn. 10).

schen EU-Mitgliedstaaten verpflichtet sind, und appelliert, diese Bedenken der nationalen Gerichte ernst zu nehmen.⁴⁹

a) Die Zwickmühle

An prominenter Stelle ruft der RbEuHB in Art. 1 Abs. 2 und 3 grundlegende Prinzipien des Unionsrechts in Erinnerung. Der Verpflichtung zur Vollstreckung eines EuHB (Abs. 2) wird die Verpflichtung, zugleich die Grundrechte zu wahren (Abs. 3), gegenübergestellt. Der Verweis auf Art. 6 EUV betont den unionsrechtlichen Ursprung beider Verpflichtungen (dazu unter II. 2.). Trotz ihrer Anordnung quasi „in einem Atemzug“, jeweils mit Berufung auf Unionsprimärrecht bringen die Verpflichtungen zur Vollstreckung des EuHB einerseits, Art. 1 Abs. 2 RbEuHB, und zur Achtung der Grundrechte andererseits, Art. 1 Abs. 3 RbEuHB, die mitgliedstaatlichen Behörden in eine Zwickmühle: Ein Mitgliedstaat, der seine im RbEuHB statuierten Verpflichtungen einhält, sollte davon ausgehen dürfen, dass damit im Ergebnis die Grundrechte der betroffenen Individuen gewahrt sind. Gerade hier haben jedoch die Entwicklungen, die teilweise vom EuGH als „systemische oder allgemeine Mängel“ anerkannt wurden, zum Bruch geführt.

Im Ausgangspunkt gilt: Damit es zu keinem Zeitpunkt in einem Übergabeverfahren zu einer Verletzung eines Grundrechts der zu übergebenden Person kommt, sind alle beteiligten Staaten durchgehend verpflichtet, die Grundrechte der Person zu achten, Art. 1 Abs. 3 RbEuHB. Das Unionsrecht definiert somit ein gemeinsames Ziel, dessen Erreichung die Mitgliedstaaten verpflichtet sind.

Während über das Ziel Einigkeit herrscht, fallen die Antworten auf die Frage unterschiedlich aus, welcher Staat auf dem Weg dorthin welche Rechte und Pflichten hat. Wer darf die Achtung der Grundrechte wann überprüfen? Wer muss?

Da sich der RbEuHB an die Mitgliedstaaten richtet, ist es nur folgerichtig, dass seine Bestimmungen aus der „Verpflichtungs-Perspektive“ der Mitgliedstaaten heraus formuliert sind. Verpflichtungen ergeben sich zum einen aus speziellen Normen wie Art. 3 ff. RbEuHB, aber auch aus Art. 1 Abs. 3 RbEuHB. Der RbEuHB setzt voraus, dass *alle* Mitgliedstaaten ihre Verpflichtungen erfüllen und sich dabei aufeinander verlassen können, vgl. Art. 1 Abs. 2 RbEuHB. Diese gegenseitige Anerkennung ist die Grundlage für die Verteilung der Prüfzuständigkeit zwischen den sich vertrauenden Mitgliedstaaten. So will der Unionsgesetzgeber einen Gleichlauf sicherstellen zwischen einerseits den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten als Gesamtheit zur Achtung der Grundrechte und andererseits der Erwartung der Einzelpersonen, dass Verletzungen ihrer Grundrechte ausgeschlossen sind. Dass ein Mitgliedstaat darauf vertrauen darf, dass auch jeder andere Mitgliedstaat sich entsprechend Art. 1 Abs. 3 RbEuHB der Achtung der Grundrechte verpflichtet fühlt, ist Teil des Verteilungsschlüssels der Prüfzuständigkeiten. So soll erreicht werden, dass die Erfüllung der Verpflichtung aller an jeweils einer Stelle überprüft wird.

Der EuGH hat anerkannt, dass die idealtypische Verteilung der Prüfkompetenzen, wie sie der RbEuHB vorsieht, im

Fall von „allgemeinen oder systemischen Mängeln“ beim Schutz der Grundrechte in einem Mitgliedstaat nicht funktioniert (dazu unter II. 4.). Solche Mängel stellen das gegenseitige Vertrauen in Frage, das die Grundlage für die gegenseitige Anerkennung bildet⁵⁰ – mit anderen Worten: Das gegenseitige Vertrauen ist Teil des Verteilungsschlüssels.

Nun beschränkt sich zwar die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH bislang inhaltlich auf das Verbot der Folter oder der erniedrigenden, unmenschlichen Behandlung⁵¹ und auf das Recht auf ein faires Verfahren in Ausprägung des Rechts auf den Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht,⁵² sowie unter dem Erfordernis der Einzelfallprüfung bislang auf die Umstände in einigen wenigen Mitgliedstaaten – darunter auch die hier betroffenen. Eine Verletzung droht Grundrechten jedoch über die bisher festgestellten Fälle hinaus, hier etwa dem Recht auf Anwesenheit im Verfahren, als weiterer Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren.

Es ist daher zu kurz gegriffen, wenn die Generalanwältin feststellt, die Vollstreckungsbehörde eines Mitgliedstaates dürfe mögliche Grundrechtsverletzungen „abgesehen von solchen systemischen und allgemeinen Mängeln“ nicht prüfen.⁵³ Genauso wenig soll hier aber, entgegen der Befürchtung der Generalanwältin,⁵⁴ die Einführung einer grundsätzlichen Einzelfallüberprüfung im Wege der Unionsgesetzgebung gefordert werden. Denn eine solche würde nicht nur in der Tat dem Grundgedanken der gegenseitigen Anerkennung zuwiderlaufen, sondern wäre auch nicht in der Lage, dynamische Entwicklungen in Politik und Rechtsprechung und damit in der Lebenswirklichkeit der Grundrechtsträgerinnen in den Mitgliedstaaten abzubilden.

b) Der Ausweg

Genau hierfür eignet sich jedoch das Kriterium der „allgemeinen oder systemischen Mängel“, welches als impliziter Teil des Verteilungsschlüssels der Prüfkompetenzen zu verstehen ist. Damit wird der RbEuHB nicht hinfällig oder in Frage gestellt, sondern er wird als lebendiges Instrument verstanden und im Lichte einschlägiger Rechtsprechung angewandt. Dies gilt beim Auftreten von neuen „allgemeinen

⁵⁰ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 4, 128 m.w.N.: EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru); EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C216/18 PPU, EU:C:2018:586 (LM, Mängel des Justizsystems); EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C354/20 PPU, C412/20 PPU, EU:C:2020:1033 (Openbaar Ministerie, Unabhängigkeit der ausstellenden Justizbehörde), Rn. 51 f., vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.2.2022 – C562/21 PPU, C563/21 PPU, EU:C:2022:100 (Openbaar Ministerie, auf Gesetz beruhendes Gericht des Ausstellungsmitgliedstaats), Rn. 50, 52, 67 und 68.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru).

⁵² EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C216/18 PPU, EU:C:2018:586 (LM, Mängel des Justizsystems).

⁵³ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 129.

⁵⁴ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 132.

⁴⁹ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 106, 123.

oder systemischen Mängeln“ ebenso wie bei positiven tatsächlichen Entwicklungen.

Das Hineinlesen der Abwesenheit von allgemeinen oder systemischen Mängeln als Voraussetzung für die Anwendung aller auf dem gegenseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten untereinander beruhenden Mechanismen in die entsprechenden Regelwerke ermöglicht die Achtung der unionsrechtlich verbürgten Grundrechte.

Dies ermöglicht eine konsequente Fortschreibung der bisher dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH, der selbst davon ausgeht, dass beim Verfassen unionsrechtlicher Regelungen gewisse Voraussetzungen implizit mitgedacht wurden.⁵⁵ Wären die heute bekannten rechtsstaatlichen Mängel damals schon bekannt gewesen, wäre man wohl schwerlich davon ausgegangen, dass die individuellen Rechte aus Art. 6 EMRK im Ergebnis gewahrt würden, wenn einzig eine, unter Umständen „mangelbehaftete“ Justizbehörde für deren Einhaltung zuständig und jede weitere Überprüfung ausgeschlossen ist.

c) Der Praxistest

Dass an der entsprechenden Auslegung des RbEuHB kein Weg vorbeiführt, bestätigt die Lektüre der vorliegenden Schlussanträge:

So wünschenswert es auch wäre, gelingt ein Ausweg aus der Zwickmühle nicht allein mit der von der Generalanwältin vorgeschlagenen Auslegung des Begriffes der „Verhandlung“. Durch ihre Differenzierung danach, ob von dem von ihr vorgeschlagenen Begriff der „Verhandlung“ ausgegangen und damit die Anwendbarkeit des Art. 4a Abs. 1 RbEuHB angenommen wird oder eben nicht, stellt die Generalanwältin zunächst die tatsächlichen Vorzüge der von ihr vertretenen (weiten) Auslegung dar. Denn soweit davon ausgegangen werde, dass die in Frage stehende Entscheidung unter Art. 4a Abs. 1 RbEuHB falle, seien die Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Übergabe infolge des EuHB klar festgelegt. Die Erfüllung einer der „Es-sei-denn-Optionen“ unter a) bis d) schließe eine Verletzung von Art. 6 EMRK aus und mache eine entsprechende weitere Untersuchung überflüssig, da dessen Anforderungen bei der Einführung von Art. 4a Abs. 1 RbEuHB bereits mitgedacht worden seien.

Hier greifen die Überlegungen der Generalanwältin jedoch zu kurz. Zwar stimmt es, dass in der Logik des RbEuHB die Vollstreckungsbehörde ihren Verpflichtungen aus Art. 6 EMRK nachkommt, wenn sie dessen Einhaltung in dem Teil des Verfahrens gewährleistet, den sie selbst unmittelbar ausführt. Aus Sicht der zu überstellenden Person kann daraus jedoch nicht geschlossen werden, dass der ihr nach Art. 6 EMRK zustehende Schutz tatsächlich im gesamten Verfahren gewährleistet ist. Es ist daher Vorsicht geboten bei der Behauptung: „Ist eine der Voraussetzungen von Art. 4a Abs. 1 Buchst. a bis d dieses Rahmenbeschlusses erfüllt, liegt keine Verletzung von Art. 6 EMRK vor.“⁵⁶ Denn die Frage, ob eine

Verletzung von Art. 6 EMRK im Ergebnis vorliegt, ist eben nicht gleichzusetzen mit der Frage, ob eine von mehreren beteiligten Behörden ihre entsprechenden Verpflichtungen erfüllt hat – jedenfalls nicht, ohne dass die Abwesenheit von allgemeinen oder systemischen Mängeln in allen beteiligten Justizsystemen feststeht.

Selbstverständlich ist auch die Generalanwältin sich dieser systemimmanenten Verantwortungsdiffusion bewusst. Angesichts der geradezu pathetischen Aussage, die „Wirksamkeit des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls“ gebe es „nicht auf Kosten der Grundrechte“⁵⁷ ist es daher mindestens enttäuschend, wenn nicht gar zynisch, wenn sie nun feststellt: „Die Verantwortung für den Grundrechtsschutz liegt bei einer solchen Sachlage jedoch beim Ausstellungsstaat.“⁵⁸ Der Vollstreckungsstaat habe bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 4a Abs. 1 RbEuHB eine „Wahlmöglichkeit“⁵⁹ und könne, müsse aber nicht, sich vergewissern, dass die zur Entscheidung stehende Übergabe der betroffenen Person deren Recht aus Art. 6 EMRK verletze.⁶⁰ Für die Betroffenen bedeutet dies, dass die Vollstreckungsbehörde zwar nicht sehenden Auges trotz einer möglichen Grundrechtsverletzung eine Übergabe anordnen darf, dass sie sich aber sehr wohl dazu entscheiden kann, das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung gar nicht erst zu überprüfen und damit quasi blind die Übergabe anzuordnen. Dabei wird außer Acht gelassen, dass das „in allen Mitgliedstaaten wirksame Schutzniveau“ tatsächlich keine Selbstverständlichkeit ist, die die Wahlmöglichkeit des blinden Vertrauens rechtfertigt.

Problem und Lösung liegen damit gleichermaßen in der Natur des Art. 4a RbEuHB als Ermessensnorm.⁶¹ Der EuGH hält daran fest, dass die Entscheidung für oder gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung eines EuHB von der das Ermessen ausübenden Behörde anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls getroffen werden soll.

Nun mag man befürchten, dass durch das Hineinlesen der Abwesenheit von allgemeinen oder systemischen Mängeln als zusätzliche Voraussetzung für die Verpflichtung zur Vollstreckung nach Art. 1 Abs. 2 RbEuHB diese Pflicht und damit der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu stark eingeschränkt würden. Es soll hier nicht in Frage gestellt werden, dass nach der Konzeption des RbEuHB, widerspiegelt in der Rechtsprechung des EuGH, die Vollstreckung eine Regel ist, die durch die abschließende Aufzählung der Ausnahmen in Art. 3 bis 4a RbEuHB betont wird. Art. 1 Abs. 3 RbEuHB reiht sich jedoch nicht in die Liste der Ausnahmen ein. Im Gegenteil stellt schon der Wortlaut klar, dass die Pflicht zur Achtung der Grundrechte nicht etwa eine (eng auszulegende)

⁵⁷ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 94.

⁵⁸ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 117.

⁵⁹ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 117f.

⁶⁰ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 115.

⁶¹ Dies gilt ebenso für die Umsetzung in § 83 IRG (dazu oben unter II. 1.), welche insofern den Anforderungen des EuGH genügt, als die Vorschrift strenge Einzelfallprüfungen vorsieht (dazu oben II. 2. und 4.).

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 21.12.2011 – C-411/10, C-493/10 (N. S. u.a.), Rn. 78 (dort betreffend das „Gemeinsame Europäische Asylsystem“).

⁵⁶ Schlussanträge Čapeta (Fn. 1), Rn. 108.

Ausnahme von der Pflicht zur Vollstreckung eines EuHB ist, sondern dass sie vielmehr „unberührt“ bleibt.

IV. Fazit

Dass die Generalanwältin die Diskussion um Grundsatzfragen eröffnet hat, verdeutlicht deren Bedeutung, die mit jedem der vielen Fälle wächst, in denen sich Justizbehörden in der beschriebenen Zwickmühle wiederfinden. Wenn auch die Reduzierung auf die Sicht der Vollstreckungsbehörde, die naturgemäß nur einen Teil des Verfahrens nach dem RbEuHB abbildet, von dem die zu überstellende Person jedoch in Gänze betroffen ist, nicht ausreicht, um eine Lösung zu finden, so trägt das Aufwerfen der Fragen doch entscheidend dazu bei.

Die mit dem RbEuHB angestrebte Systemvereinfachung beruht auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den EU-Mitgliedstaaten, dieses wiederum implizit auf der Abwesenheit von allgemeinen oder systemischen Mängeln. Angesichts der oben erwähnten politischen und rechtlichen Entwicklungen kann ein Staat in diesem vereinfachten System nur schwerlich gleichzeitig am unbedingten Vertrauensgrundsatz einem anderen Staat gegenüber festhalten und einem Individuum die Wahrung seiner Grund- und Menschenrechten gewährleisten.

Die konsequente, umfassende Anwendung der in der EuGH-Rechtsprechung geschaffenen Figur der „allgemeinen oder systemischen Mängel“ als Maßstab für das Vertrauen zwischen Mitgliedstaaten bietet eine umfassende, zeitgemäße Lösung, um das entstandene Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens unter Mitgliedstaaten einerseits und dem Schutz der Grundrechte von Unionsbürgern durch die Mitgliedstaaten andererseits aufzulösen. Es bleibt zu hoffen, dass die Antwort des EuGH den sich so eröffnenden Ausweg ebnen wird.

Buchrezension

Viktoria Schrader, Über Schuld und Durchschnittsmenschen – auch ein Beitrag zum Verbandsstrafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2021, 191 S., € 69,90.

Bei der vorliegenden Arbeit von Viktoria Schrader mit dem Titel „Über Schuld und Durchschnittsmenschen – auch ein Beitrag zum Verbandsstrafrecht“ handelt es sich um eine von Detlev Sternberg-Lieben betreute Dissertation, die im August 2020 von der Juristischen Fakultät der TU Dresden angenommen wurde. Die Zielsetzung der Arbeit wird in der Buchbeschreibung des Verlags wie folgt umrissen: Die Autorin hinterfrage „in einer inter- und intradisziplinären Auseinandersetzung die Wurzeln des Schuldbegriffes“ und skizziere „davon ausgehend das Bild der Maßfigur, welche im Rahmen einer analogistischen Schuldfeststellung für die Bestimmung der Schuld des Täters herangezogen wird“. Die „gewonnenen Erkenntnisse“ sollen schließlich auf „aktuelle wirtschaftsstrafrechtliche Entwicklungen, insbesondere im Unternehmenssanktionsrecht“ übertragen werden.

I. Inhalt

Die Arbeit ist in fünf Abschnitte gegliedert: Der „Einleitung“ (S. 11–13) folgen die drei Hauptabschnitte über die „Problematik um den rechtlichen Schuldbegriff“ (S. 14–70), die „Normativität des Rechts“ (S. 71–136) sowie die „Schuldfähigkeit juristischer Personen“ (S. 137–158). Am Ende gibt Schrader eine „Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse“ (S. 159–160). Literaturverzeichnis (S. 161–189) und Stichwortverzeichnis (S. 190–191) schließen die Arbeit ab.

1. „Einleitung“ (S. 11–13)

Einleitend stellt Schrader mit einem Zitat von Welzel heraus, strafrechtliche Schuld werde herkömmlicherweise bestimmt „als ein ‚Anders-Handeln-Können‘, auf indeterministischer Grundlage ‚als das Dafür-Können der Person für ihre rechtswidrige Willensbildung““ (S. 11 f.). Strafrechtliche Schuld sei aber nicht nur ein „Begriff der Rechtsanwendung“, sondern auch ein „überpositives Prinzip“ (S. 12). Konkretisiert und ausgefüllt werde diese Schuldidee durch die Menschenwürde. Das Schuldverständnis gründe daher auf der Willensfreiheit des Menschen und eröffne die „soziale Praxis der Zuschreibung von Schuld und Verantwortung“. Festgestellt werde die Schuld „analogistisch“, d.h., der Täter handele schuldhaft, wenn „ein Kunstgebilde in der Situation des Täters Anders-(hätte)-Handeln-Können“, selbst wenn der Täter tatsächlich nicht anders handeln konnte. Diese Kunstfigur gelte es zu bestimmen, indem „das Recht außerrechtliche Wertungen in seine normativen Setzungen einbezieht“ (S. 13). Die Ausgestaltung dieser Kunstfigur führe auch zu einer Konkretisierung des Schuldbegriffs. Die praktische Konsequenz dieser Betrachtungen zeige sich am Beispiel der Unternehmenssanktion. Die fehlende Schuldfähigkeit von Unternehmen verdiene eine genauere Betrachtung.

2. „Die Problematik um den rechtlichen Schuldbegriff“ (S. 14–70)

Im ersten Hauptabschnitt über die „Problematik um den rechtlichen Schuldbegriff“ legt Schrader mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch einmal dar, dass das auf der indeterministischen Willensfreiheit basierende Schuldprinzip als Grundlage des Strafens den Schutz der Verfassung genieße und in der Menschenwürdegarantie sowie im Rechtsstaatsprinzip verankert sei. Die Unbeweisbarkeit der Willensfreiheit stelle daher die Legitimation staatlichen Strafens in Frage (S. 17). Gleichzeitig betont Schrader, dass die Schuld ein „unbestimmter Rechtsbegriff“ sei, und sie kommt zu dem Ergebnis, sowohl die „Ablösung des psychologischen durch den normativen Schuldbegriff“ (S. 18 ff.) als auch die „positiv-rechtliche Erwähnung der Schuld“ (S. 20 ff.) ließen die Frage unbeantwortet, „was Schuld ist – konkret, wie die materielle Seite der Schuld zu bestimmen und auszufüllen ist“ (S. 22).

Daher untersucht Schrader in einem recht umfangreichen Abschnitt die „materielle Seite der Schuld“ (S. 22–68). Anknüpfend an Achenbachs Unterscheidung zwischen Schuldidee, Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld möchte Schrader die Schuldidee auch in den Rechtsanwendungsbereich der Schuld einbeziehen und den Inhalt der Schuldidee klären. Im folgenden mit „Philosophische Betrachtungen“ überschriebenen Abschnitt beleuchtet Schrader zunächst die Theorien des „Determinismus“ (S. 27 ff.) und des „Indeterminismus“ (S. 35 ff.). Sie gelangt zu dem Ergebnis (S. 39): „Sowohl deterministische als auch indeterministische Ansätze haben [...] ihre Schwächen und können kaum für eine Zurechnung und Bestrafung menschlichen Handelns herangezogen werden.“ Dies führe „zu dem Dilemma der Willensfreiheit: War eine Handlung in einem strengen Sinne determiniert, so können wir das handelnde Subjekt für diese Handlung nicht in einem strafrechtlichen Sinne verantwortlich machen. Wird eine Handlung dagegen unter Zugrundelegung eines strengen indeterministischen Menschen- (oder Welt-) Bildes betrachtet, so war diese Handlung Zufall und eine Zurechnung scheidet ebenso aus“ (S. 39). Daraus folgert Schrader, ein Schuldstrafrecht sei „nur aufrecht zu erhalten, wenn man strafrechtliche Schuld von der empirischen Realität der Willensfreiheit löst“ (S. 40). Daher sei, so Schrader mit Verweis auf den Philosophen Keil, eine agnostische Haltung zum philosophischen Freiheitsproblem „mittlerweile auch in der Strafrechtslehre weit verbreitet“ (S. 40). Sodann behandelt Schrader die kompatibilistischen Freiheitslehren von Moore (S. 41 f.), Schlick (S. 42 f.), Strawson (S. 43 f.), Frankfurt (S. 44 ff.) sowie Dennett (S. 47 f.). Diese zeigten „aus interdisziplinärer Perspektive die Ansätze zum Determinismus-Indeterminismus-Streit, welcher Grundlage für die schwere Greifbarkeit des materiellen Schuldbegriffs ist“ (S. 49).

Den anschließenden Abschnitt „Strafrechtswissenschaftliche Schuldkonzeptionen“ beginnt Schrader mit einer Erörterung über den „Bundesgerichtshof und die Konzeption des ‚Anders-Handeln-Können““ (S. 49 ff.). Nach dem BGH begründe die Schuld „den persönlichen Vorwurf gegen den Täter, denn dieser habe die rechtswidrige Handlung nicht

unterlassen, obwohl er sie hätte unterlassen können“ (S. 49). Diese Schuldkonzeption sei jedoch im Rahmen der Schuld-feststellung mit dem Problem der Unbeweisbarkeit der Willensfreiheit verbunden. Den Versuch der Vertreter dieser Lehre dieses Problem dadurch aufzulösen, „indem sie nicht auf das Können des Täters, sondern auf das ‚erfahrungsgemäß gegebene Können des Durchschnittsmenschen‘ abstellen“ (S. 51), überzeugt *Schrader* jedoch nicht, denn ihrer „Beweislast können Vertreter indeterministischer Theorien, sofern sie von einem tatsächlichen Anders-Handeln-Können des konkreten Täters ausgehen, [...] nicht nachkommen“ (S. 52).

Nachdem *Schrader* auch die Lehre von der „Charakter-schuld“ abgelehnt hat, insbesondere weil diese den Täter für sein bloßes „So-Sein“ verantwortlich mache (S. 52 ff.), diskutiert sie Schuldlehren des „agnostischen Kompatibilismus“, die „Schuld zuschreiben, ohne ein tatsächliches (beweisbares) Anders-Handeln-Können des Täters vorauszusetzen“ (S. 56). Zusammenfassend zu den dargestellten Lehren von *Jakobs* (S. 57 ff.), *Roxin* (S. 61 ff.) und *Hold v. Ferneck* (S. 65 f.) hält *Schrader* fest, als „zentrales Element“ sei diesen Ansätzen „ein Rekurs auf Maßfiguren, einen ‚Mustermenschen‘ gemein“ (S. 68). Das durchschnittliche Können bilde die Grenze des Schuldvorwurfs, d.h., es gehe nicht darum, „ob der konkrete Täter in der konkreten Situation tatsächlich Anders-(hätte)-Handeln-Können, sondern ob die generelle Möglichkeit bestanden habe, dass ‚man‘ sich unter den gegebenen Umständen anders als der Täter verhalten hätte“ (S. 69).

3. „Die Normativität des Rechts“ (S. 71–136)

Die Konkretisierung der Maßfigur und damit der Schuldidee als „metajuristisches Prinzip“ steht im Mittelpunkt des zweiten Hauptabschnitts, der mit „Die Normativität des Rechts“ überschrieben ist. Hierzu erscheint *Schrader* zunächst die Frage klärungsbedürftig, „wie eine solche metajuristische Ebene überhaupt Gegenstand des normativen Systems Recht sein kann“ (S. 71), weshalb sie das Verhältnis von Sein und Sollen ausführlicher untersucht (S. 71–98). Ihr rechtstheoretischer Parforceritt von der „Natur der Sache“ und der „Reinen Rechtslehre“ über „Naturrechtliche Ansätze“ und „Rechtssoziologische Ansätze“ bis hin zur „Prinzipientheorie“ mündet in der Erkenntnis, „dass Moral und Faktizität Einfluss auf das Rechtssystem nehmen und innerhalb von diesem wirken“ (S. 98).

Nachdem *Schrader* festgestellt hat, dass „Normen, Personen und deskriptive Begriffe“ unproblematisch Gegenstand des Rechts seien (S. 98–106), widmet sie sich der Frage, wie „Außerrechtliches Teil des Rechtssystems werden kann“ (S. 98). Als solche „Einfallstore für außerrechtliche Wertungen in das Rechtssystem“ (S. 118) oder „Öffnungsklauseln“ (S. 119) behandelt sie im Abschnitt „(Wertausfüllungsbedürftige) Begriffe der Rechtswissenschaft“ zum einen „normative Tatbestandsmerkmale“ (S. 108 ff.) und zum anderen „Typusgedanken und Maßfiguren“ (S. 111 ff.), an denen sich die „Strukturverschlingung von Sein und Sollen“ (S. 118) zeige.

Als Gegenstand für „Außerrechtliches“ und damit Inhalt der Maßfigur zur Bestimmung der Schuld komme sowohl das „Sein“ als auch die „Moral“ in Betracht. Im Abschnitt „Die

Ausgestaltung des Rechts durch Moral oder Fakten“ diskutiert *Schrader* dann zunächst die Bezugnahme auf das Sein am Beispiel des „Standards“ (S. 119 ff.). Mangels einer gesetzlichen Grundlage, die eine Rechtspflicht zu einem dem Normalmaßstab entsprechenden Verhalten begründe, sei jedoch, so das Ergebnis von *Schrader*, „de lege lata keine standardmäßige Konkretisierung der Schuldidee möglich“ (S. 121). Daher könne diese nur durch ein „Rechtsprinzip“ bestimmt werden (S. 122 ff.). Solche Prinzipien seien Bestandteil der Rechtsordnung und zeichneten sich durch ihre Funktion als Leitbild aus. Auch die Menschenwürde stelle ein solches Rechtsprinzip dar und präge das Menschenbild des Grundgesetzes. Sie sei „einmal die auf der Vernunftbegabung des Menschen beruhende Fähigkeit zur Selbstbestimmung und zum anderen die christliche Vorstellung von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen“ (S. 132 f.). Letztlich werde die Maßfigur und damit die Schuld durch das Rechtsprinzip der Menschenwürde ausgefüllt.

4. „Schuldfähigkeit juristischer Personen“ (S. 137–158)

Diese Erkenntnis überträgt *Schrader* sodann im dritten und letzten Hauptabschnitt auf die Frage der „Schuldfähigkeit juristischer Personen“, wobei die Antwort vorgezeichnet ist: Die juristische Person sei zwar Rechtsperson, jedoch keine natürliche Person, sondern nur eine „reine Fiktion der Rechtsordnung“ (S. 160). Im Gegensatz zur natürlichen Person sei die juristische Person „nicht an die Menschenwürde gekoppelt und besitzt kein ethisches Substrat“ (S. 146, vgl. auch S. 149, 153 ff.). Sie könne somit nicht anders handeln, nicht Träger einer Ehre und Adressat einer sittlichen Pflicht sein und damit auch kein Zurechnungsobjekt der Schuld. Die Schuldfähigkeit juristischer Personen ist nach *Schrader* daher zu verneinen.

II. Bewertung

Die Maßfigur des „Durchschnittsmenschen“ war im Strafrecht zwar vereinzelt Gegenstand systematischer Untersuchungen etwa mit Blick auf die Konkretisierung von objektiven Sorgfaltspflichten bei der Fahrlässigkeitstat bzw. der objektiven Zurechnung des Taterfolgs bei Vorsatztaten.¹ Bisher fehlte aber eine solche Untersuchung mit Blick auf die analogische² Schuld-feststellung. Insofern schließt *Schrader* mit der vorliegenden Arbeit eine bestehende Lücke. Umso bedauerlicher ist es, dass die Arbeit sowohl in inhaltlicher (dazu 2.) als auch in formaler Hinsicht (dazu 3.) eine Enttäuschung ist. Exemplarisch hierfür ist schon die Einleitung der Arbeit (dazu 1.).

¹ Vgl. *Lorenz*, Der Maßstab des einsichtigen Menschen, 1967; *Börgers*, Studien zum Gefährurteil im Strafrecht, 2008; vgl. allgemein zur Bearbeitungshäufigkeit dieser Maßfigur in der Rechtswissenschaft *Zwifelhoffer*, Die Figur des Durchschnittsmenschen im Verwaltungsrecht, 2020, S. 2, die auf den S. 19–30 überdies eine prägnante Darstellung der Maßfigur für die im Text genannten strafrechtlichen Bereiche gibt.

² *Schrader* spricht in ihrer Arbeit von „analogistischer“ Schuld-feststellung.

1. Zur Einleitung der Arbeit

Eine Einleitung sollte, so liest man in Anleitungen zum wissenschaftlichen Arbeiten, „besonders gehaltvoll, flüssig und elegant ausformuliert“ sein, denn sie ist das „Aushängeschild“ einer Arbeit,³ ihre „Visitenkarte“⁴. Dass *Schrader* dieses Gebot sträflich missachtet, belegen die folgenden Sätze ihrer (viel zu knappen) Einleitung:

Gleich im ersten Absatz auf S. 11 findet sich die Stilblüte: „*Freud* entwickelte seinen Ödipus-Komplex und rechtfertigte mit diesem die Schuld [...]“. Dann führt *Schrader* weiter aus: „Auch die Strafrechtswissenschaft hat sich dem Thema [der Schuld] zugewandt und Schuld in § 46 StGB positivrechtlich als Grundlage für die Bemessung der Strafe definiert.“ Die Strafrechtswissenschaft hat die Schuld in § 46 StGB positivrechtlich definiert? Eine solche gesetzliche Fixierung der Schuld stünde nur dem Gesetzgeber zu. Dass der Gesetzgeber dies getan hat, verneint jedoch *Schrader* selbst, denn sie betont wiederholt, bei dem Begriff der Schuld handle es sich „um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher positivrechtlich nicht bestimmt, sondern lediglich vorausgesetzt wird“ (S. 17, vgl. noch S. 20, 22, 132).

Anknüpfend an das Bekenntnis des BGH zur Willensfreiheit in BGHSt 2, 194, folgert *Schrader* dann auf S. 12: „Das Schuldverständnis gründet daher auf der Willensfreiheit des Menschen, dessen Annahme seinem Selbstverständnis als freiem und selbstbestimmtem Wesen dient.“¹¹ Auf den ersten Blick scheint sich das Demonstrativpronomen „dessen“ auf den „Menschen“ zu beziehen. Sinn ergibt aber nur der Bezug auf das „Schuldverständnis“. Die Apposition im Dativ fördert auch nicht gerade den Lesefluss. Sprachlich eleganter wäre also: „Das Schuldverständnis gründet daher auf der Willensfreiheit des Menschen und entspricht damit dem Selbstverständnis des Menschen als freies und selbstbestimmtes Wesen.“ In Fn. 11 findet sich das Zitat: „Was sich von der Philosophie lernen lässt, ist jedenfalls, dass das Problem der Willensfreiheit nicht lösbar ist.“ Ein Bezug dieser floskelhaften Aussage zum Text fehlt.

Weiter im Text heißt es: „Als solches ist der Mensch frei in seinen Entscheidungen und die anderen sind frei in ihren Entscheidungen.“ Da das Wort „Mensch“ im Nominativ steht, gilt das auch für die Apposition, d.h., statt „solches“ muss es richtig „solcher“ heißen. Abgesehen von diesem Deklinationsfehler ist fraglich, welchen Sinn die Apposition hier haben soll. Und was soll der zweite Hauptsatz bedeuten? Wer sind „die anderen“? Was *Schrader* ausdrücken will, ist vermutlich schlicht dies: „Der Mensch ist frei in seinen Entscheidungen.“

Letztlich im Dunkeln bleibt der Sinn des darauffolgenden Satzes: „Gleichzeitig wird Schuld nicht absolut, sondern analogistisch festgestellt und übersehen wird bei der Beachtung der Handlung und bei der Bestimmung der Schuld als ein Anders-Handeln-Können häufig der diese Handlung Ausführende.“ Das soll wohl klug und wissenschaftlich klingen,

ist aber tatsächlich unverständlich und schlechter Stil. Was meint *Schrader* mit „absolut“? Vielleicht „individuell“? Inwiefern wird „der diese Handlung Ausführende“ (also der Handelnde!) „übersehen“ und was heißt hier „häufig“? Wiederum ist der Kasus der Apposition falsch: Da das Bezugswort „Schuld“ im Genitiv steht und die „als“-Gruppe ein Artikelwort enthält, muss auch diese im Genitiv stehen. Und da bei substantivisch gebrauchten Aneinanderreihungen mit Bindestrich nur die substantivischen Bestandteile großgeschrieben werden, muss es daher statt „als ein Anders-Handeln-Können“ richtig „als eines Anders-handeln-Könnens“ heißen. Was *Schrader* mit diesem Satz möglicherweise gemeint hat, steht im nächsten Satz: „So geht es nicht darum, dass der konkrete Täter Anders-Handeln-Konnte oder normativ ansprechbar war, sondern es wird vorausgesetzt, dass jemand wie er, in seiner Situation, anders gehandelt hätte.“ Einen Quellennachweis sucht man hierfür vergeblich.

Schrader führt weiter aus: „Fast nebensächlich taucht hier der Begriff des Durchschnittsmenschen auf, welcher eben (durchschnittlich) auch Anders-(hätte)-Handeln-Können müssen, damit sein Tun als schuldhaft bewertet werden kann.“ Auch in diesem Satz sind mehrere inhaltliche und formale Fehler enthalten: Erstens dürfte gemeint sein, dass der Begriff des Durchschnittsmenschen nicht fast „nebensächlich“, sondern „nebenbei“ auftaucht (was jedoch tatsächlich gar nicht der Fall ist!). Zweitens trifft es nach der analogischen Schuldlehre nicht zu, dass der Durchschnittsmensch nur „durchschnittlich“ anders hätte handeln können müssen. Vielmehr hätte der Durchschnittsmensch in der Situation des Täters stets anders handeln können müssen – nicht nur im Durchschnitt. Drittens ist die Einklammerung in der Aneinanderreihung „Anders-(hätte)-Handeln-Können“ nicht möglich, weil der Satz ohne das eingeklammerte „hätte“ sprachlich nicht mehr korrekt wäre. Und schließlich geht es viertens nach der analogischen Schuldlehre auch nicht darum, ob das Handeln des Durchschnittsmenschen, also „sein Tun als schuldhaft bewertet werden kann“, sondern es geht um die Schuld des Täters.⁵

Es folgt der folgenschwere Satz (wiederum ohne Quellennachweis): „Die Wirkungsweise der Maßfigur auf den im Schuldurteil enthaltenen Imperativ lautet, dass Personen mit den Fähigkeiten des durchschnittlichen Menschen Anders-Handeln-Können sollen, und zwar selbst dann, wenn sie in der konkreten Situation tatsächlich nicht Anders-Handeln-Konnten“ (*Hervorhebung* nicht im Original). Damit argumentiert *Schrader* im Sinne einer analogischen Schuldlehre, nach der es auf die Feststellung des tatsächlichen Andershandelns des Täters gar nicht mehr ankommt. Deren Vertreter betrachten vielmehr das generelle Andershandelnkönnen eines Durchschnittsmenschen als *Grund* für die Fiktion des

³ So *Stickel-Wolf/Wolf*, *Wissenschaftliches Arbeiten und Lern-techniken*, 4. Aufl. 2006, S. 200.

⁴ So *Möllers*, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 10. Aufl. 2021, § 6 Rn. 47.

⁵ Eine ähnlich missverständliche Formulierung findet sich noch einmal auf S. 160, wo es heißt: „Wenn der Durchschnittsmensch so behandelt wird, als hätte er Anders-Handeln-Können und dies Bezugspunkt der Schuldzurechnung ist [...]“. Nicht der Durchschnittsmensch, sondern der Täter wird aber so behandelt, als hätte er anders handeln können.

individuellen Andershandelnskönnens und schreiben dieses (zumindest auch) nach Maßgabe der Ansprüche der Rechtsordnung an das Verhalten des Einzelnen normativ zu, also danach, wie sich der Täter hätte verhalten *sollen* (sog. Fiktionslehre).⁶ Der Widerspruch zum vorher Gesagten von *Schrader* ist mit Händen zu greifen: Ein solcher Imperativ und eine solche Fiktion des Andershandelnskönnens nach Strafbedürfnissen widersprechen erklärtermaßen der klassischen Schuldlehre mit dem indeterministischen Postulat des individuellen Andershandelnskönnens als Voraussetzung der Schuld.⁷ Deren Vertreter betrachten denn auch das generelle Andershandelnskönnen eines Durchschnittsmenschen mehrheitlich nicht als Grund, sondern als *Indiz* und praktisches Erkenntnismittel für die normative Zuschreibung des tatsächlichen Andershandelnskönnens des Täters, vermuten dieses also, wenn ein Durchschnittsmensch in der Situation des Täters anders hätte handeln können (sog. Vermutungslehre).⁸ Diese gleichzeitige

⁶ Vgl. *Perron/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 20 Rn. 26; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 10 Rn. 38; ständige Rspr. des BGH zu § 21 StGB, vgl. BGHSt 43, 66 (77); 53, 221 (223); BGH StV 1999, 309 f.; BGH NSTZ-RR 2004, 39 f.; BGH NSTZ-RR 2004, 70 f.; BGH NSTZ 2012, 105 f.; vgl. auch das Urt. des Bundesgerichts v. 19.11.2020 – 6B_1363/2019, zu Art. 19 schweizerisches StGB, E. 1.6.2. Konsequente Ausprägungen einer solchen Fiktionslehre sind die funktionale Schuldlehre von *Jakobs* (vgl. *ders.*, Schuld und Prävention, 1976, S. 8 f., 32; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Abschn. 1 Rn. 4 ff., Abschn. 17 Rn. 18 ff.; *ders.*, ZStW 117 [2005], 247 [255 ff.]) sowie die „tiefenpsychologisch-sozialpsychologisch-funktionale“ Schuldlehre von *Streng* (*ders.*, ZStW 101 [1989], 273 [287 ff., 297 ff.]; *ders.*, in: Erb/Schäfer [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 23 ff., 60 ff.).

⁷ Vgl. schon die grundsätzliche Kritik von *Ellscheid/Hassemmer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Bd. 1, 1975, S. 266 (275), sowie *Theune*, ZStW 114 (2002), 300 (317).

⁸ Vgl. z.B. *Mangakis*, ZStW 75 (1963), 499 (516 ff.); *Art. Kaufmann*, JURA 1986, 225 (227); *Maiwald*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 149 (164 f.); *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 37 I. 2. b), § 39 III. 2.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 12 Rn. 24; *Hirsch*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 307 (327); *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 107; *Schöch*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 20 Rn. 16 f.; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 19 Rn. 14, § 20 Rn. 62 ff.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 110; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2019, S. 194, 224; *Radtke*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor

Berufung auf die klassisch-indeterministische Schuldbegründung und die Fiktion des Andershandelnskönnens nach dem Gesollten bildet einen Grundwiderspruch in *Schraders* Argumentation, der für die gesamte Arbeit prägend ist.

Auch wenn man zugesteht, dass diese beiden unterschiedlichen Rollen des Sozialvergleichs häufig nicht auseinandergehalten werden,⁹ so ist vom Autor einer Dissertation, die gerade die analogische Schuldlehre zum Gegenstand hat, insoweit eine dogmatisch präzise Unterscheidung zu verlangen. Daran ändert sich auch nichts, wenn man berücksichtigt, dass *Schraders* „Imperativ“ offensichtlich von *Bröckers* inspiriert wurde, den sie im Verlauf der Arbeit öfters zitiert (an dieser Stelle freilich nicht!) und bei dem es am Ende seiner Kritik am sozial-vergleichenden Schuldbegriff heißt: „Der im Schuldurteil enthaltene Imperativ lautet aus dieser Perspektive nunmehr: Personen mit deinen Fähigkeiten ‚sollen‘ anders handeln, und zwar selbst dann, wenn sie in der konkreten Situation nicht anders handeln konnten.“¹⁰ Auch *Bröckers* unterschlägt im Rahmen seiner vorangegangenen Kritik den Unterschied zwischen Vermutungslehre und Fiktionslehre – doch der Irrtum anderer entschuldigt nicht den eigenen, im Gegenteil: Die gedankenlose Übernahme fremder Gedanken belastet.

2. Inhaltliche Kritik

a) „Die Problematik um den rechtlichen Schuldbegriff“

Im ersten Hauptabschnitt zur „Problematik um den rechtlichen Schuldbegriff“ (S. 14 ff.) sucht man vergeblich nach dem roten Faden der Untersuchung. Dem Gedankengang fehlt es an Stringenz und klarer Struktur. Unklar ist schon, warum *Schrader* die „Ablösung des psychologischen durch den normativen Schuldbegriff“ (S. 18 ff.) und die „positiv-rechtliche Erwähnung der Schuld“ (S. 20 ff.) eigens untersucht. Weiter ist unklar, warum sie anschließend die Frage nach der „materiellen Seite der Schuld“ (S. 22 ff.) überhaupt noch einmal aufwirft. Denn sowohl in der Einleitung als auch in den darauffolgenden Ausführungen hat *Schrader* bereits dargelegt, dass nach h.M. der Vorwurf des indeterministischen Andershandelnskönnens den Inhalt des Schuldbegriffs ausmacht.

§ 38 Rn. 22; *Gropp/Simm*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 55; *Kaspar*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 20 Rn. 17 f.

⁹ Vgl. hierzu auch *Burkhardt*, Bemerkungen zu den revisionistischen Übergriffen der Hirnforschung auf das Strafrecht, 2010, S. 9 Fn. 12, abrufbar unter

<https://www.jura.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/jura/Buelte/Dokumente/Veroeffentlichungen/WZNRW090708.pdf> (10.1.2023),

der jedoch an dieser Stelle die Vermutungslehre nicht als herrschend ansieht; anders dann aber *ders.*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 79 (81).

¹⁰ *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015, S. 57.

Auch *Schraders* (löblicher) Versuch, einen Überblick zu den folgenden Abschnitten zu geben, misslingt, weil die Darstellung gehörig durcheinandergerät (S. 25 f.).

aa) *Schraders* „agnostisch-kompatibilistischer Irrtum“

Schrader argumentiert nicht nur, wie soeben gezeigt, grundwidersprüchlich, sondern sie erliegt zusätzlich einem für die Untersuchung fatalen „agnostisch-kompatibilistischen Irrtum“ in Bezug auf den Determinismus-Indeterminismus-Streit. In der Literatur finde sich, so führt *Schrader* auf S. 25 aus, eine

„kompatibilistische (teilweise agnostische) Haltung“, „nach der der Schuldbegriff ein ‚sozialer‘ sei und welche auf die Vermeidbarkeit der Tat durch den Normalbürger abstellt. Die Entscheidungsfreiheit des Menschen ist danach die logische Voraussetzung der Schuld, deren Feststellung nicht an der Unbeweisbarkeit der freien Willensentscheidung der konkreten Person scheitern darf. Es reicht eine Bejahung der Freiheit im Sinne einer ‚Zuschreibung‘ oder ‚normativen Setzung‘ aus [...]“⁸⁵.

Ein Schuldbegriff, der indeterministische Willensfreiheit logisch voraussetzt, ist jedoch erklärtermaßen nicht mit dem Determinismus vereinbar, also *nicht* kompatibelistisch. *Schrader* nimmt daher offensichtlich irrig an, eine indeterministische Schuldlehre setze notwendig ein *beweisbares* tatsächliches Andershandelnkönnen voraus und sei folglich mit einer agnostischen Haltung unvereinbar, so dass der Agnostizismus notwendig ein Kompatibilismus sei. Dementsprechend heißt es auch auf S. 26: „Hinsichtlich des materiellen Schuldbegriffes finden sich kompatibelistische Thesen, also solche, die Schuld zuschreiben ohne ein tatsächliches (beweisbares) Anders-Handeln-Können des Täters voraus zu setzen.“⁹² Der Verweis in Fn. 92 auf „Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 13 Rn. 109“ geht insoweit fehl, denn bei *Eisele* kommt das Wort „kompatibilistisch“ nicht vor. Dass *Schrader* die weiteren Nachweise in Fn. 92 (genauso wie die in Fn. 85!) von *Eisele* blind übernimmt (samt des fehlerhaften Nachweises auf „Bockelmann, ZStW 75, S. 348 ff.“, dessen Aufsatz erst auf S. 372 beginnt), ist ein Beispiel für die mangelhafte wissenschaftliche Arbeitsweise der *Autorin*.

bb) *Schraders* Versuch einer Auflösung des „Dilemmas der Willensfreiheit“ durch den „agnostischen Kompatibilismus“

Die Ungereimtheiten setzen sich in *Schraders* „philosophischen Betrachtungen“ (S. 27 ff.) fort. Nach den (konfusen) Ausführungen zum Determinismus-Indeterminismus-Streit konstatiert *Schrader* das „Dilemma der Willensfreiheit“, wonach eine Verantwortlichkeit sowohl bei Annahme des Determinismus als auch des Indeterminismus ausgeschlossen sei (S. 39 f.), und folgert dann auf S. 40: „Ein Schuldstrafrecht ist aus diesem Blickwinkel nur aufrecht zu erhalten, wenn man strafrechtliche Schuld von der empirischen Realität der Willensfreiheit löst.“¹⁷⁴ Es fragt sich aber, warum das der Fall sein sollte. Inwiefern bietet der *empirisch* begründete Agnostizismus einen Ausweg aus dem *begrifflich-argumentativen* „Dilemma der Willensfreiheit“? Der Nachweis in Fn. 174 geht auf „Roxin, FS-Kaufmann, S. 521“, der an dieser Stelle

auf die *empirische* Unbeweisbarkeit indeterministischer Willensfreiheit rekurriert. *Schraders* Satz wirkt unvermittelt und hat wiederum (einschließlich der Fußnote) frappierende Ähnlichkeit mit einem Satz bei *Bröckers*, der *Roxin* indirekt zitiert: „Ein Schuldstrafrecht sei daher nur aufrechtzuerhalten, wenn man strafrechtliche Schuld von der empirischen Realität der Willensfreiheit löse.“¹¹ Da *Schrader* offensichtlich trotz des „Dilemmas der Willensfreiheit“ an der Verantwortlichkeit des Täters und der Strafe festhalten will, hätte es daher aus ihrer Sicht nähergelegen, an dieser Stelle den in der Strafrechtswissenschaft und -praxis weitverbreiteten Versuch zu diskutieren, sich aus dem „Dilemma der Willensfreiheit“ durch die Annahme eines „relativen Indeterminismus“ zu befreien, wonach „der Mensch in den Grenzen, die ihm durch Anlage und Umwelt gezogen sind, eine gewisse Wahlfreiheit besitzt.“¹² Zumal *Schrader* am Ende ihrer Indeterminismus-Diskussion auf diesen „relativen Indeterminismus“ Bezug nimmt, wenn sie ausführt, verschiedene Argumente „sprechen für eine indeterminierte Weltstruktur, womit nicht die Abwesenheit jeglicher Kausalität gemeint ist, sondern das Fehlen absoluter Determiniertheit“ (S. 39). Warum sie dennoch diesen „Ausweg“ aus dem Dilemma ausblendet und stattdessen mit dem unerwarteten Verweis auf das Zufallsargument eine Schuldzuschreibung „auf der Grundlage eines strengen indeterministischen Menschenbildes“ verneint (S. 39), ist unerfindlich.

Im Anschluss behauptet *Schrader*: „Diese agnostische Haltung zum philosophischen Freiheitsproblem ist mittlerweile auch in der Strafrechtslehre weit verbreitet.“¹⁷⁶ (S. 40). Es trifft jedoch gar nicht zu, dass die agnostische Haltung im Strafrecht eine Konsequenz aus dem von *Schrader* konstatierten begrifflich-argumentativen „Dilemma der Willensfreiheit“ ist. Denn in der Strafrechtslehre wird die agnostische Haltung ganz überwiegend aus der empirischen Unbeweisbarkeit der indeterministischen Willensfreiheit gefolgert.¹³ Dementsprechend heißt es auch bei dem von *Schrader* in Fn. 176 für ihre Ansicht in Anspruch genommenen *Keil*: „Die Mehrheit der deutschen Strafrechtslehrbücher und -kommentare [...] hält mittlerweile die Annahme der Willensfreiheit, da ‚empirisch unbeweisbar‘ und ‚forensisch nicht greifbar‘, für eine ‚normative Setzung‘ oder ‚Zuschreibung‘ und empfiehlt im Theoretischen eine ‚agnostische‘ Haltung (so zum Beispiel Jakobs und Roxin).“¹⁴

¹¹ *Bröckers* (Fn. 10), S. 55.

¹² *Roxin*, ZStW 96 (1984), 641 (643); vgl. dazu ausführlich und mit eingehender Kritik *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, 2004, S. 40 ff.

¹³ Vgl. nur *Streng* (Fn. 6 – MK-StGB), § 20 Rn. 53 m.w.N. Jedoch begründen *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 44, den Agnostizismus auch mit diesem „Dilemma zwischen Zufall oder Determiniertheit“ und verzichten „auf eine Letztfundierung durch die metaphysische Idee einer auf Willensfreiheit beruhenden Schuld“ (§ 19 Rn. 52r).

¹⁴ *Keil*, in: Schuster (Hrsg.), Zur Bedeutung der Philosophie für die theologische Ethik, 2010, S. 159 (166). Zur Ansicht von *Roxin* siehe die vorherige Fußnote.

Fehl geht auch *Schraders* Behauptung, der (agnostische) Kompatibilismus versuche, „das ‚Dilemma der Willensfreiheit‘ aufzulösen, indem er den Begriff der Willensfreiheit weiter differenziert und eine Vereinbarkeit von Determinismus und Verantwortung aufzeigt“ (S. 40 f.). Denn wer als Kompatibilist Determinismus und Verantwortlichkeit für vereinbar hält, versucht nicht das „Dilemma der Willensfreiheit“ aufzulösen, sondern bestreitet, dass es ein solches Dilemma überhaupt gibt. Es trifft daher auch nicht zu, wenn *Schrader* weiter behauptet: „Der Kompatibilismus versucht nicht das klassische Problem nach der Willensfreiheit zu lösen“, sondern umgehe „das Problem des non liquet der Determinismus-Indeterminismus-Debatte“ (S. 41). Zwar ist die Vereinbarkeitsfrage, wie *Schrader* mit Verweis auf *Keil* anführt, „keine Spielart des Determinismus“ und „der Kompatibilist muss keine Stellung zu der Frage nach der Wahrheit des Determinismus einnehmen“ (S. 41 Fn. 179), er muss also nicht glauben, dass der Determinismus wahr ist. Jedoch muss ein Kompatibilist per definitionem die Wahrheit des Determinismus in Rechnung stellen.

Fraglich ist weiter der Bezug der von *Schrader* diskutierten „Ansätze des (agnostischen) Kompatibilismus“ (S. 41 ff.) in der Philosophie zu dem Thema der Arbeit. Auch ein Bezug zu dem „agnostischen Kompatibilismus in der Rechtswissenschaft“, den *Schrader* im weiteren Verlauf auf den S. 56 ff. thematisiert, ist nicht ersichtlich. Insoweit *Schrader* auf *Strawson* und *Dennett* zurückverweist, dient dies allein dem Nachweis der These, dass es bei der Verantwortlichkeit um soziale Zuschreibung gehe (vgl. S. 56 mit Fn. 258; S. 61 Fn. 305; S. 62 Fn. 311) – wozu man gern Genaueres erfahren hätte¹⁵.

Am Ende dieser „philosophischen Betrachtungen“ aus „interdisziplinärer Perspektive“ verwundert, dass *Schrader* ihren Ausführungen folgende Erkenntnis entnimmt (S. 49): „Vor diesem Hintergrund zeigt sich eindrücklich, dass es bei der Frage um den Schuldbegriff um nichts weniger als die ‚Philosophie des Geistes‘, einen Jahrhunderte alten [sic!] Streit, und die aktuellen Entwicklungen der Neurologie geht.“ Dieser Satz ist nicht nur Phrasendrescherei, sondern steht auch im Widerspruch zu dem, was *Schrader* eine Seite zuvor behauptet: „Die Determinismus-Indeterminismus-Debatte lässt der Kompatibilist außen vor und klassifiziert sie als unmaßgeblich für die Frage nach der Verantwortlichkeit des Einzelnen.“

cc) *Schraders* Ausführungen zu den „strafrechtswissenschaftlichen Schuldkonzeptionen“

Im Abschnitt „Strafrechtswissenschaftliche Schuldkonzeptionen“ (S. 49 ff.) argumentiert *Schrader* in Parallele zu ihren „philosophischen Betrachtungen“ gegen die indeterministische Schuldlehre des BGH und die deterministische Charakterschuldlehre und für den „agnostischen Kompatibilismus“, den sie – wie schon ihre einleitenden Worte auf S. 12 anzeigten (vgl. oben 1.) – ganz im Sinne der Fiktionslehre als einen an den gesellschaftlichen Erwartungen orientierten analogi-

schen Schuldbegriff, also als ein dem Täter zugemutetes Andershandelnollen versteht (vgl. die zusammenfassenden Ausführungen im Abschnitt B. III. 2. c) dd), S. 66 ff., und B. IV., S. 68 ff.).

Da *Schrader* aufgrund ihres „agnostisch-kompatibilistischen Irrtums“ annimmt, die indeterministische Schuldlehre setze notwendig ein *beweisbares* tatsächliches Andershandelnkönnen voraus (vgl. oben aa), lehnt sie im Abschnitt über den „Bundesgerichtshof und die Konzeption des ‚Andershandeln-Können‘“ die individuelle Schuldfeststellung nach Maßgabe des Andershandelnkönnens eines Durchschnittsmenschen kurzerhand mit Verweis auf die Unbeweisbarkeit der Willensfreiheit ab (vgl. S. 51 f.).¹⁶ *Schrader* bekommt die Möglichkeit einer agnostisch-indeterministischen analogischen Schuldlehre, also die herrschende Vermutungslehre (!), gar nicht in den Blick. Selbst die Tatsache, dass sie *Eisele* sowohl als Vertreter dieser von ihr abgelehnten Schuldlehre zitiert (vgl. S. 51 Fn. 225) als auch als Vertreter des von ihr favorisierten „agnostischen Kompatibilismus“ (S. 25 Fn. 84 f.; S. 26 Fn. 92; S. 69 Fn. 366), lässt sie unbeirrt. Um ihre Ablehnung zu „begründen“, muss *Schrader* allerdings Ausführungen von *Börchers*¹⁷ übernehmen und aus dem Zusammenhang reißen (vgl. S. 51 oben). Dabei handelt es sich um eine nahezu wörtliche Übernahme von zwei Sätzen, ohne dass *Schrader* dies kenntlich macht. Für den ersten Satz gibt sie gar keine Quelle an. *Börchers* thematisiert an dieser Stelle allgemein das „Problem der Erkenntnis von Psychischem“ im Sinne von „mental Zuständen“, um den Beweis des Andershandelnkönnens oder die analogische Schuldlehre geht es dagegen nicht. Überdies blendet *Schrader* bei ihrer Diskussion aus, dass der BGH im Rahmen der Schuldfeststellung auch Strafbedürfnisse berücksichtigt¹⁸ und insoweit genau wie *Schrader* selbst der Fiktionslehre folgt.

Die Charakterschuldlehre lehnt *Schrader* mit dem zirkulären Argument ab, sie verzichte „gerade auf das Erfordernis der Entscheidungsfreiheit und macht den Einzelnen für sein ‚So-Sein‘ verantwortlich“ (S. 56).¹⁹ Dabei scheint *Schrader* nicht zu sehen, dass sich diese Kritik in der Sache auch gegen den von ihr favorisierten „agnostischen Kompatibilismus“ im Sinne der Fiktionslehre richtet. Aufgrund ihres „agnostisch-kompatibilistischen Irrtums“ bleibt *Schrader* auch verborgen, dass in Wahrheit die Charakterschuldlehre die „eigentliche“ agnostisch-kompatibilistische soziale Schuldlehre darstellt. Denn zwar hat die Charakterschuldlehre ihre historischen und geistigen Wurzeln im Determinismus, sie klammert jedoch –

¹⁶ Nebenbei: *Schraders* „agnostisch-kompatibilistischer Irrtum“ „überlagert“ daher die sich eigentlich schon aus ihrer Dilemma-These bzgl. der Willensfreiheit ergebende Ablehnung einer indeterministischen Schuldlehre.

¹⁷ Siehe *Börchers*, Schuldprinzip und Fahrlässigkeit, 2010, S. 81.

¹⁸ Vgl. die Nachw. in Fn. 6.

¹⁹ Wohl mit Blick auf die Ansicht von *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983), 220 (240), hatte *Schrader* weiter vorne im Text auf S. 25 auch noch erklärt, die Lehre von der Charakterschuld stelle nur „auf den ersten Blick“ einen „scheinbaren Gegensatz“ zu der indeterministischen Lehre des BGH dar.

¹⁵ Vgl. dazu *Spilgies*, Über Schuld und Strafe auf deterministischer Grundlage, 2021, S. 42 ff.

im Gegensatz zur Vermutungs- und Fiktionslehre – die Frage nach dem individuellen Andershandelnkönnen vollständig aus und macht die Schuldzuschreibung allein vom Andershandelnkönnen eines Durchschnittsmenschen abhängig, d.h., es kommt auf das dem Täter zugemutete Sollen an.²⁰ Dadurch entgeht *Schrader* zugleich die grundlegende Bedeutung der Maßfigur des Durchschnittsmenschen im Rahmen der Charakterschuldlehre.

Den „agnostischen Kompatibilismus“ behandelt *Schrader* dann in einer zerfahrenen Darstellung der Schuldlehren von *Jakobs* (S. 57 ff.), *Roxin* (S. 61 ff.) und *Hold v. Ferneck* (S. 65 f.), den sie beharrlich falsch schreibt, nämlich „*Ferneck*“. Warum sie gerade die Schuldlehre *Hold v. Fernecks* thematisiert, bleibt offen. Die Kritik an *Jakobs*' Schuldlehre auf S. 60 f. leitet *Schrader* mit dem floskelhaften Satz ein: „Grundsätzlich stehen der Lehre *Jakobs* diverse Argumente entgegen.“³⁰⁰ Was das „Grundsätzlich“ hier bedeuten soll, ist unklar. Die Quellennachweise in Fn. 300 sind offenkundig „blind“ übernommen von *Paeffgen/Zabel*²¹ (einschließlich der fehlerhaften Schreibweise „*Schönenborn*“). Es folgt die bloße Wiedergabe des Kritikpunkts: „So soll die alleinige Bezugnahme auf präventive Bedürfnisse keinen Mehrwert für die Bemessung des Umfangs der Schuld liefern, welche jedoch notwendig für die Erfüllung der straflimitierenden Funktion des Schuldprinzips ist.“³⁰¹ In Fn. 301 verweist *Schrader* als Erstes auf „*Streng*, in: Müko StGB, Vorbemerkung zu § 38 Rn. 23“. Wer den Nachweis überprüft, stellt jedoch fest, dass *Radtke* Autor der Kommentierung ist und es im Zitat statt „Mehrwert“ richtig „Maßstab“ heißen muss. Dann folgen weitere Nachweise, die *Schrader* wiederum „blind“ aus Fn. 184 in *Radtkes* Kommentierung (3. Aufl. 2016) übernommen hat, und zwar wiederum samt einer fehlerhaften Angabe beim Verweis auf „*Art. Kaufmann*, Jura 1986, S. 226 (29 ff.)“ und eines „veralteten“ Verweises auf die Kommentierung von „*Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Vorb. §§ 13 ff. Rn. 117 f.“ Auch das abschließend angeführte Standardargument gegen *Jakobs*' Lehre, diese instrumentalisieren den Täter im Präventionsinteresse, bleibt von *Schrader* unkommentiert. Vor dem Hintergrund, dass *Schrader* selbst entschieden für die Fiktionslehre plädiert, fragt man sich unweigerlich, warum sie die Kritik an dieser Stelle nicht zurückweist.

²⁰ Vgl. vor dem Hintergrund des „charakterologischen“ Schuldbegriffs in Österreich, der in den §§ 10 und 32 Abs. 2 S. 2 österreichisches StGB seinen Niederschlag gefunden hat: *Moos*, in: Melnizky/Fehérváry (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie, Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag, 1989, S. 283 (288 ff.); *ders.*, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 169 (184 ff., 191 ff.); *ders.*, ZStW 116 (2004), 891 (905 ff.); *Yoshida*, Der Schuldbegriff aus dem Blickwinkel der deutschsprachigen und japanischen Strafrechtswissenschaft, 2019, S. 80 ff.; vgl. allgemein zur Charakterschuldlehre *Spilgies* (Fn. 15), S. 50 ff.

²¹ Siehe *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 222 Fn. 1213.

Insbesondere die Darstellung der *Roxinschen* Schuldlehre führt in die Irre. Obwohl *Schrader* zunächst konstatiert, *Roxin* vertrete „einen ‚empirisch-normativen Schuldbegriff‘, denn die Voraussetzungen der normativen Ansprechbarkeit seien wiederum empirisch feststellbar“ (S. 62), lautet ihr verblüffendes Fazit zur *Roxinschen* Schuldlehre:

„Das durchschnittliche Anders-Handeln-Können bzw. die durchschnittliche normative Ansprechbarkeit des Täters [...] ist nicht empirisch ermittelt, sondern eine normativ gesetzte kriminalpolitische Verantwortlichkeit: Dies sei die Schuld in ihrem materiellen Gehalt.“³³⁶ Ausschlaggebend für die Bejahung der Steuerungsfähigkeit ist im Ergebnis ein Vergleich mit einem maßgerechten Menschen in der Situation des Täters“ (S. 65). „*Roxin* konstruiert Schuld als eine rein analogistische Schuldfeststellung“ (S. 67).

Diese Aussagen sind unzutreffend. *Roxin* lehnt eine solche analogische Schuldfeststellung explizit ab²² und stellt deutlich heraus, dass es sich bei der Feststellung der normativen Ansprechbarkeit einzig um einen „erfahrungswissenschaftlichen Befund“²³ bzgl. der Täterpsyche handelt. *Schrader* selbst verweist sogar im Rahmen ihrer Kritik der indeterministischen Schuldlehre des BGH auf diese Aussage von *Roxin* und führt an, *Roxin* wolle damit der Forderung Rechnung tragen, dass die „gerichtliche Ermittlung von mentalen Zuständen [...] so weit wie möglich auf öffentlich zugängliche Kriterien zu stützen“ sei (S. 51 mit Fn. 226). Wie *Schrader* daher zu der Ansicht gelangt, *Roxin* vertrete eine „rein analogistische Schuldfeststellung“, ist rätselhaft. Die letzten beiden Sätze im obigen Zitat belegt *Schrader* denn auch nicht. Der Nachweis in Fn. 336 auf „*Roxin*, FS-Bockelmann, S. 291“ geht fehl und wird von *Schrader* aus dem Zusammenhang gerissen. Denn *Roxin* legt an der zitierten Stelle dar, die Annahme sei „längst als illusorisch erkannt“ worden, „daß es in § 20 StGB um die jeder kriminalpolitischen Wertung entzogene rein empirische Feststellung des Andershandelns gehe“. Der bei *Schrader* zitierte Satz von *Roxin* bezieht sich dann auf Äußerungen von *Jescheck* über seine sozial-vergleichende Schuldfeststellung, der im Original lautet: „Deutlicher kann man kaum ausdrücken, daß es auf der Basis eines nicht empirisch ermittelten, sondern normativ ‚gesetzten‘ Andershandelns um die kriminalpolitische ‚Verantwortlichkeit‘ geht, auf die ganz allgemein die Schuld in ihrem materiellen Gehalt zurückzuführen ist.“ Unabhängig davon, ob *Roxin* an dieser Stelle die Äußerungen von *Jescheck* richtig deutet – um *Roxins* eigene Schuldlehre geht es jedenfalls nicht.

Möglicherweise liegt der Grund für *Schraders* unvermittelten Deutungswandel der *Roxinschen* Schuldlehre darin, dass sie erneut Gedanken von *Bröckers* unkritisch übernimmt. Denn auch *Bröckers* ist der irrigen Ansicht, bei der „Motivierbarkeit durch soziale Normen“, der „normativen Ansprechbarkeit“ und der „normalen Bestimmbarkeit von

²² Siehe *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 19 Rn. 22.

²³ So *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 19 Rn. 36.

Motiven“ handle es sich „insgesamt um generalisierte Fähigkeiten, die durch ein analogisches Verfahren, also einen Vergleich zwischen generalisierendem Maßstab und konkretem Befund psychiatrisch erfassbar sind.“²⁴ Auch Bröckers erkennt damit, dass diese von funktionalen Schuldfähigkeitslehren für die Bejahung der Schuldfähigkeit vorausgesetzten Selbstbestimmungsfähigkeiten im Sinne des dispositionalen Andershandelns nicht analogisch festzustellen sind, sondern allein ontisch, empirisch anhand der Täterpsyche.²⁵ Bei Schrader findet sich auf S. 57 eine bis in die Zitatnachweise identische Aufzählung solcher Selbstbestimmungsfähigkeiten, wobei sie diese sogar noch irrtümlich auf den Durchschnittsmenschen bezieht. Doch gilt auch hier wiederum: Der Irrtum anderer entschuldigt nicht den eigenen.

Wenn Schrader zusammenfassend erklärt (vgl. S. 66 ff.), die von ihr dargestellten Schuldkonzeptionen seien allesamt Versionen einer agnostischen Schuldlehre, die auf einen „maßgerechten Menschen“ und das „generelle Können“ rekurriere, und alle äußerten sich ähnlich: Jescheck/Weigend, Schünemann, Krümpelmann, Eberhard Schmidt, Kohlrausch und Mannheim, so erscheint das als ein gewaltsamer Versuch, eine vermeintlich herrschende einheitliche agnostisch-kompatibilistische Schuldlehre im Sinne der Fiktionslehre zu suggerieren, die als Grundlage für ihre weiteren Ausführungen dienen soll. In Wahrheit vertreten die genannten Autoren keine einheitliche Schuldlehre und die Fiktionslehre ist nicht herrschend, sondern noch immer die Vermutungslehre. Insbesondere ignoriert Schrader die abweichenden Ansichten von Roxin, der keine analogische Schuldlehre vertritt, und von Jescheck/Weigend, die der herrschenden Vermutungslehre folgen. Dass Schrader im Übrigen auch Schünemann in diese Reihe einordnet, ist vor dem Hintergrund seiner scharfen Kritik an einer sozialen Schuldlehre nicht ironiefrei und irritiert auch deshalb, weil Schrader auf diese Kritik selbst verweist (vgl. S. 25 Fn. 84; S. 61 Fn. 300 f.; S. 70 Fn. 366).

Am Ende dieses Abschnitts zu den strafrechtswissenschaftlichen Schuldkonzeptionen ist festzuhalten, dass sich Schrader an keiner Stelle gründlich mit der analogischen Schuldlehre auseinandersetzt. Kritik daran verbannt sie in zwei Fußnoten (vgl. S. 67 Fn. 350; S. 69 Fn. 366). Schraders grundwidersprüchlicher Ausgangspunkt (vgl. oben I.) und ihr „agnostisch-kompatibilistischer Irrtum“ (vgl. oben aa) verhindern einen klaren dogmatischen Blick auf den sozialen Schuldbegriff und führen sie zu vermeintlich agnostisch-kompatibilistischen Schuldkonzepten, nach denen es nicht darum gehe, „ob der konkrete Täter in der konkreten Situation tatsächlich Anders-(hätte)-Handeln-Können, sondern ob [...] ‚man‘ sich unter den gegebenen Umständen anders als der Täter verhalten hätte“ (S. 69). Auf den ersten Blick verwundern muss daher die Aussage ganz am Ende des ersten Hauptabschnitts (S. 70): „Im Rahmen dieser analogistischen Schuldfeststellung werden die Fragen um die Willensfreiheit, der Determinismus-Indeterminismus-Debatte, des Anders-Handeln-Könnens und damit zusammenhängend der Menschenwürde bedeutsam.“ Aber damit ist bereits ihre zirkuläre

Argumentation bzgl. der Skizze der Maßfigur angedeutet, die Gegenstand des folgenden Hauptabschnitts ist.

b) „Die Normativität des Rechts“

Im zweiten Hauptabschnitt über die „Normativität des Rechts“ (S. 71 ff.) setzt Schrader die innere Widersprüchlichkeit der bisherigen Ausführungen in Bezug auf den analogischen Schuldbegriff fort, wobei sie die Argumentation umkehrt. Im ersten Hauptabschnitt argumentiert Schrader, wie soeben gezeigt, vom Boden eines in der Menschenwürde und der Eigenverantwortlichkeit des Menschen verankerten, indeterministischen Schuldbegriffs aus für eine analogische Schuld-feststellung nach Maßgabe des Andershandelns eines Durchschnittsmenschen im Sinne des Andershandelnsollens, also pro Fiktionslehre und für eine Schuldzuschreibung nach gesellschaftlichen Strafbedürfnissen. Danach fordere das Recht vom Einzelnen: „Du sollst so sein wie andere – gegebenenfalls optimale – Menschen“ (S. 72), das Andershandelnsollens des Durchschnittsmenschen sei somit Maßstab für die an den Täter gestellten Erwartungshaltungen (vgl. S. 133). Im zweiten Hauptabschnitt kehrt Schrader die Argumentation dagegen um, indem sie für ihre Skizze der Maßfigur des Durchschnittsmenschen und damit zur Konkretisierung der Schuld(idee) über das „Rechtsprinzip“ der Menschenwürde auf die klassisch-indeterministische Schuldbegründung zurückverweist (S. 136): „Das Bild des Menschen von einem freien und vernunftbegabten Wesen wird somit zum Bild der im Rahmen der analogistischen Schuldfeststellung beizustellenden Maßfigur. Denn das Bild des Menschen ist Gegenstand der Menschenwürde.“ So dreht sich die Argumentation im Kreis, nämlich vom „Sollen“ (der „Normativität“) wieder zurück zum „Sein“ (der „Faktizität“). Die Widersprüchlichkeit ihrer Begründung, ein „Können“ nicht durch ein „Sollen“ bzw. ein „Sollen“ nicht durch ein „Können“ bestimmen zu können, bleibt von Schrader dabei unerkannt. Vielmehr glaubt sie, wie sie ganz am Ende ihrer Arbeit schreibt, es komme „über den Begriff der Durchschnittsperson das ethische Substrat des Schuldbegriffes zum Tragen, welcher sich nicht nur an seiner Zweckmäßigkeit und gesellschaftlichen Bedürfnissen orientiert, sondern gerade auch an dem Menschen, der nach wie vor schuldig ist und dies auch alleinig sein kann“ (S. 158). Aber was soll das heißen? Soll der Durchschnittsmensch danach als willensfrei gedacht werden? Wie ist dann sein Andershandelnsollens zu bestimmen? Auf die Maßfigur des Durchschnittsmenschen wird im Rahmen der Schuldfeststellung ja gerade deshalb Bezug genommen, weil dieses „Andershandelnsollens“ nicht bestimmbar ist. Nicht auf das indeterministische, sondern auf das erfahrungsmäßige Andershandelnsollens des Durchschnittsmenschen kommt es daher an. Abgesehen davon würde eine solche „Konkretisierung“ der Maßfigur durch das Rechtsprinzip der Menschenwürde und das Bild des willensfreien Menschen auch nicht vermögen, den analogischen Schuldbegriff ethisch aufzuwerten, wie Schrader meint. Denn erstens geht es gar nicht um die Schuld des Durchschnittsmenschen, sondern um die des Täters, und zweitens wird diese nach den gesellschaftlichen Erwartungen bestimmt, ganz gleichgültig,

²⁴ Bröckers (Fn. 10), S. 56.

²⁵ Vgl. dazu Spilgies (Fn. 15), S. 103 ff.

ob man dem Durchschnittsmenschen Menschenwürde und Willensfreiheit zuschreibt.

Durch ihre Argumentation sieht sich *Schrader* genötigt, rechtstheoretische Fragen nach dem Verhältnis von Sein und Sollen (S. 71 ff.) sowie der Bezugnahme von „Außerrechtlichem“ auf das Recht (S. 98 ff., 106 ff.) durch „Moral und Fakten“ (S. 119 ff.) abzuhandeln, mit dem Ergebnis, dass sie im Rahmen dieser zähen Darstellung das eigentliche Thema der Arbeit immer mehr aus dem Auge verliert. So unterrichtet sie den Leser über die Frage, inwieweit künstliche Intelligenz „urheberrechtlich geschützte Werke hervorbringen kann“ (S. 103 Fn. 262), thematisiert die Funktion des Durchschnittsmenschen im Rahmen der Bestimmung von (objektiven) Sorgfaltspflichten und meint, das Fahrlässigkeitsdelikt sei daher „der wissenschaftliche Spielplatz für die Anwendung der Maßfiguren“ (S. 113). Hierbei handelt es sich aber nicht nur um eine ganz andere Frage als die nach der Schuld im Sinne der analogischen Schuldfeststellung, sondern in Anbetracht der Verlagerung der die Fahrlässigkeit prägenden Sorgfaltspflichtverletzungen von der Schuld hin zum Unrecht²⁶ nach heute h.M. auch um Fragen des „Unrechts“ und überhaupt nicht mehr der „Schuld“ nach dem klassischen Straftatsystem. Obwohl *Schrader* auf S. 113 in Fn. 326 einschlägige Kommentarliteratur zitiert und die Ausführungen von *Kühl*²⁷ übernimmt, scheint ihr dieser Unterschied nicht bewusst zu werden.

Schrader selbst reduziert die in der Buchbeschreibung angekündigten „Erkenntnisse“ der Untersuchung, die im Wesentlichen auf eine Konkretisierung der Maßfigur und damit der Schuld(idee) abzielt, auf eine einzige Erkenntnis: „Über diese Maßfigur und ihr vorhandenes ethisches Substrat wird die Menschenwürde des Art. 1 I GG in den Bereich der Schuldidee einbezogen.“⁴⁴ (S. 137). Diese „Erkenntnis“ hatte *Schrader* aber schon auf S. 12 in der Einleitung als Ausgangspunkt ihrer Untersuchung zugrunde gelegt: „Bei der Konkretisierung und zur Ausfüllung der Schuldidee wird die Menschenwürde als Gehalt und Gegenstand herangezogen.“ Da auch ihr selbst diese „Erkenntnis“ daher wenig originell erscheint, räumt sie in Fn. 4 ein, damit sei „im Ergebnis nichts Neues gesagt“, um dann kurzerhand ihr Untersuchungsziel zu beschränken: „Die Untersuchung hatte sich jedoch (nur) zum Ziel gesetzt, das Verhältnis beider Institute zu untersuchen.“ *Parturient montes, nascetur ridiculus mus.*

Letztlich stellt sich nach dem Gesagten die Untersuchungsmethode *Schraders* zur Konkretisierung der auf die Schuld bezogenen Maßfigur überhaupt als ungeeignet dar. Eine wirkliche Konkretisierung der Maßfigur und damit auch des Schuldbegriffs vermag eine solche rechtstheoretische Beschreibung der Maßfigur mit Hilfe von „Standards“ (S. 119 ff.) oder „Rechtsprinzipien“ (S. 122 ff.) nicht zu leisten. Ergiebiger erscheint vielmehr der methodische Ansatz, den *Zwifelhoffer* in ihrer Arbeit gewählt hat, um die Maßfigur des Durchschnittsmenschen im Verwaltungsrecht zu konkre-

tisieren, und der auf eine rechtspraktische Konkretisierung der Maßfigur anhand der Analyse ihrer Verwendung durch die Gerichte abzielt.²⁸

c) „Schuldfähigkeit juristischer Personen“

Der dürftige Ertrag des zweiten Hauptabschnitts der Arbeit wirkt sich auch auf den Erkenntniswert des letzten Hauptabschnitts über die „Schuldfähigkeit juristischer Personen“ (S. 137 ff.) aus. Vor dem Hintergrund des Gesagten verwundert es nicht, dass die Ankündigung in der Buchbeschreibung: „Die gewonnenen Erkenntnisse überträgt die Autorin auf aktuelle wirtschaftsstrafrechtliche Entwicklungen, insbesondere im Unternehmensstrafrecht“ ein leeres Versprechen bleibt. Die angekündigte Übertragung ihrer „Erkenntnisse“ besteht in der schlichten Ablehnung der Schuldfähigkeit und Strafbarkeit von juristischen Personen mit dem zirkulären Argument, diese könnten natürlichen Personen nicht gleichgestellt werden, weil ihnen keine Menschenwürde zukomme und ihnen deshalb das notwendige „ethische Substrat“ fehle.

3. Formale Kritik

Wie schon in der Einleitung der Arbeit deutlich wurde, spiegeln sich die inhaltlichen Mängel der Arbeit in formalen Mängeln wider (vgl. oben 1.). Hierbei geht es nicht um einzelne Flüchtigkeitsfehler, die in jeder längeren Arbeit vorkommen. Vielmehr missachtet *Schrader* die wissenschaftlichen Standards prinzipiell. Neben den zahlreichen sprachlichen und stilistischen Fehlern, die dazu führen, dass die Lektüre mühsam und die Gedankenführung schwer nachvollziehbar ist, und fehlerhaften Querverweisen innerhalb der Arbeit, die bezeugen, dass *Schrader* selbst ihren Text nicht überblickt, ist insbesondere *Schraders* Umgang mit wissenschaftlichen Quellen nicht anders als schlampig zu bezeichnen. *Schrader* scheinen die grundlegenden Regeln des Zitierens nicht geläufig zu sein. *Schrader* verändert bei direkten Zitaten den Wortlaut von Originalquellen, gibt indirekte Zitate als direkte aus sowie umgekehrt direkte Zitate als indirekte. Ein gebündeltes Beispiel dieser Zitierwillkür sind *Schraders* Ausführungen auf S. 31 f. mit Zitaten von *Gerhard Roth* und *Wolf Singer*. Dass *Schrader* fremde Gedanken nicht immer als solche durch eine korrekte Quellenangabe kenntlich macht, hat sich bereits oben im Rahmen der inhaltlichen Kritik am Beispiel von *Bröckers* (siehe S. 12, 40, 57) und *Börchers* (siehe S. 51) herausgestellt. Zwei weitere Beispiele hierfür: Auf S. 49 Fn. 214 übernimmt *Schrader* ohne Quellennachweis Ausführungen von *Willaschek*²⁹ und auf S. 60 Ausführungen von *Paeffgen/Zabel*³⁰. Auch auf die

²⁸ Siehe *Zwifelhoffer* (Fn. 1), S. 4 f.; vgl. in Bezug auf die Konkretisierung der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens auch *Moos*, ZStW 116 (2004), 891 (907 f.).

²⁹ Siehe *Willaschek*, in: Precht/Burkard (Hrsg.), Metzler Lexikon Philosophie, 3. Aufl. 2008, S. 462.

³⁰ Siehe *Paeffgen/Zabel* (Fn. 21), Vor § 32 Rn. 214, wobei *Schrader* zusätzlich ein Übertragungsfehler unterläuft, denn

²⁶ Vgl. dazu *Kröger*, Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat, 2016, S. 48 ff.

²⁷ Siehe *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 38.

blinde Übernahme von fremden Fußnotennachweisen ist bereits hingewiesen worden (siehe S. 26 in Fn. 85, 92; S. 60 Fn. 300 f.). Weitere Beispiele: Auf S. 52 in Fn. 229 übernimmt Schrader die Nachweise von Freund,³¹ genauso wie auf S. 107 in Fn. 295 von ihrem Doktorvater Sternberg-Lieben und Schuster,³² wobei sie überdies fälschlich noch das wörtliche Zitat im Text nicht *Engisch*, sondern beiden selbst zuordnet.

Auch die formale Gestaltung der Zitatnachweise in den Fußnoten ist chaotisch. Dieses Zitierchaos ist vor allem die Folge davon, dass Schrader die aus „zweiter Hand“ gewonnenen Primärquellen grundsätzlich ohne Prüfung und Angleichung an die eigenen Nachweisregeln (die es nicht gibt) übernimmt. In den Fußnoten herrscht daher eine bunte Vielfalt an Zitatnachweisen. Je nach Materialart lassen sich zahlreiche Zitatnachweisstile unterscheiden. Die Höchstzahl erreicht wohl Roxins Strafrechtslehrbuch, das von Schrader 15 (!) Mal unterschiedlich zitiert wird, davon allein auf S. 61 vier Mal.

Dieselbe Regellosigkeit herrscht im Literaturverzeichnis. Das beginnt bei der Titelaufnahme und setzt sich in der formalen Gestaltung der Titeleinträge fort. Damit das Literaturverzeichnis seine Funktion als Mittel zur Sacherschließung erfüllen kann, müssen darin alle nachweislich verarbeiteten Quellen aufgenommen werden. Im Literaturverzeichnis von Schrader fehlen jedoch zum einen 80 (!) Arbeiten, die im Text zitiert sind, zum anderen sind aber umgekehrt auch 51 (!) Arbeiten verzeichnet, die im Text gar nicht zitiert sind. Darunter finden sich neben einschlägigen Titeln zum Thema des Verbandsstrafrechts auch so themenfremde Titel wie z.B. „Zur Strafbarkeit des Tragens von (modifizierten) Kutten durch Mitglieder verbotener Motorradclubs“ von Dennis Bock, „Dantons Tod“ von Georg Büchner oder „Wendepunkte oder: Was eigentlich besagt das Christentum?“ von Eugen Drewermann.

Die Titeleinträge selbst folgen keinem formalen Gestaltungsprinzip: Monographien erscheinen mal mit und mal ohne Untertitel. Störend ist zudem die unübliche Angabe „1. Auflage“. Sammelwerkbeiträge werden mal einzeln aufgeführt, mal auch das Sammelwerk oder nur dieses. Der Herausgeber-Zusatz scheint zufallsabhängig. Bei Sammelwerkbeiträgen fehlen häufig die Seitenzahlen. Sind sie angeführt, besteht auch keine Gewähr für deren Richtigkeit. So findet sich bei Schopenhauers „Preisschrift über die Freiheit des Willens“, die Schrader nach der Werkausgabe von Wolfgang v. Löhneysen zitiert, die Seitenangabe „S. 58–59“. Richtig ist: S. 519–627. Auch bei Zeitschriftenaufsätzen präsentiert Schrader einen bunten Strauß verschiedener Zitierweisen. Eine genauere Durchsicht ergab die Zahl 16 (!).

Nachlässig ist zudem Schraders Umgang mit Autorennamen und Titeln von Arbeiten. Neben der bereits erwähnten konsequenten Fälschung von „Ferneke“ fällt im ersten

Hauptabschnitt B. besonders die Fälschung „Jeschek“ ins Auge. Weitere Beispiele: „Amelung“, „Dutke“, „Gepert“, „Gucke“, „Kraus“, „Lamneck“, „Lüddersen“, „Lüdersen“, „Marquardt“, „Strathenwerth“, „van Ingwagen“, „von Wächter“, „Vorwinkel“, „Wandkte“, „Weiser“, „Wolff“. Fälschungen von Titeln finden sich sowohl in Zitatnachweisen (z.B. „Frister, Die Struktur des voluntativen Verbotslements“ [S. 26 Fn. 92] statt „Schuldelements“, „Krüper, Theorie des Rechts“ [S. 91 Fn. 171; S. 92 Fn. 172] statt „Krüper [Hrsg.], Grundlagen des Rechts“, „Kirste, Die zwei Seiten der Maske“ [S. 105 Fn. 278, 279, 281] statt „beiden Seiten“), als auch im Literaturverzeichnis (z.B. „Börchers, Katrin, Schuld begriff und Fahrlässigkeit“ statt „Schuldprinzip und Fahrlässigkeit“, „Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip“ statt „objektiver Bedingungen der Strafbarkeit“, „Maiwald, Manfred, Zum Begriff des Vorsatzes“ statt „Gedanken zu einem sozialen Schuld begriff“, „Schroth, Hans-Jürgen, Strafe ohne nachweislichen Vorwurf“ statt „Schroth, Ulrich, Strafe ohne nachweisbaren Vorwurf“).

III. Fazit

Das abschließende Fazit fällt leider deutlich aus: Schrader hat ein Werk vorgelegt, dem es an intellektueller Tiefe und formaler Sorgfalt fehlt und das daher wissenschaftlichen Ansprüchen nicht genügt. Von der in der Buchbeschreibung vollmundig angekündigten „inter- und intradisziplinären Auseinandersetzung“ mit den „Wurzeln des Schuld begriffes“ kann keine Rede sein, die Skizze der Maßfigur misslingt und ein Ertrag für die Debatte um die Unternehmensstrafbarkeit ist nicht ersichtlich. Eine gründliche Untersuchung zur Maßfigur des Durchschnittsmenschen mit Blick auf die Schuldzuschreibung steht damit weiterhin aus.

Gunnar Spilgies, Hemmingen

Hinweis der Schriftleitung: Zur Replik siehe Sternberg-Lieben, ZfIStw 1/2023, 62 (in dieser Ausgabe).

statt „verfehlten Standards“ muss es „evaluierten Standards“ heißen.

³¹ Siehe Freund, in: Erb/Schäfer (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 103.

³² Siehe Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 15 Rn. 19.

B u c h r e z e n s i o n

Viktoria Schrader, Über Schuld und Durchschnittsmenschen – auch ein Beitrag zum Verbandsstrafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2021, 191 S., € 69,90 (Replik auf *Spilgies*, ZfIStw 1/2023, 52).

Die mir als Betreuer der Arbeit dankenswerter Weise gebotene Möglichkeit einer Replik auf die Ausführungen des Rezensenten möchte ich dazu nutzen, den Lesern der ZfIStw den Gehalt dieser Dresdener Promotionsschrift und ihren wissenschaftlichen Ertrag nahezubringen.

Zur Bedeutsamkeit des Forschungsthemas: Die Frage, was unter Schuld im Sinne des Strafrechts zu verstehen ist, hat trotz langjähriger und intensiver Diskussion nichts von ihrer Bedeutung eingebüßt, wie dies auch die Beiträge von *Bublitz*,¹ *Fahl*,² *Greco*,³ *Herzberg*,⁴ *Kindhäuser*,⁵ *Walde*⁶ und *Wohlers*⁷ in der im Juni 2020 erschienenen Festschrift für Reinhard Merkel sowie der Beitrag von *Streng* im Handbuch des Strafrechts⁸ belegen. Das Problem, inwieweit Erkenntnisse der Hirnforschung (konkret: der etwaige Ausschluss höchstpersönlicher Verantwortlichkeit für das eigene Verhalten) eine Abkehr vom Strafrecht und dessen Ersatz durch ein an der Gefährlichkeit der Täter orientiertes Präventionsrecht erfordern könnten, stellt gerade für eine liberale Einhegung staatlicher Zwangsmaßnahmen schon deshalb eine brisante Frage dar, da dem (vermeintlich altbackenen) Schuldprinzip eine freiheitsbewahrende Funktion zukommt: Niemand darf für etwas sanktioniert werden, für das er nicht persönlich einzustehen hat. Auch begrenzt das Schuldprinzip das Ausmaß der Strafe und verhindert auf diese Weise eine übermäßige Belastung der Bürger, die entweder aus auch paternalistisch unterlegten Erziehungsgründen („Besserung“) oder bei einem Präventionsrecht zum Gesellschaftsschutz verhängt werden könnte.

Diesem durchaus „verminten Gelände“ hat sich *Frau Schrader* vor einem speziellen Hintergrund zugewandt, nämlich dem einer strafrechtlichen Sanktionierung von Unternehmen als solchen, ein sowohl rechtswissenschaftlich als auch

rechtspolitisch kontrovers diskutiertes Problem: Sicherlich könnten auf diese Weise Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die infolge verbandsinterner „organisierter Unverantwortlichkeit“, die einen Einzelschuldnachweis vereiteln, bestehen. Andererseits dürfte dieses Verbandsstrafrecht nur schwer mit dem – ganz essentiell auf dem Schuldprinzip beruhenden – Individualstrafrecht herkömmlicher Provenienz zu vereinbaren sein. So hat der *Große Senat* des Bundesgerichtshofs bereits 1952 in seiner Entscheidung zum Rechtswidrigkeitsbewusstsein ausgeführt, dass „Strafe [...] Schuld voraus[setzt]. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, [...] daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich [...] für das Recht hätte entscheiden können. Der innere Grund des Schuldvorwurfes liegt darin, daß der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden.“⁹ Dem liegt erkennbar ein indeterministisches Menschenbild zugrunde: Willensfreiheit als Schuld voraussetzung.

Ein auf menschlicher Willensfreiheit beruhender Schuldgrundsatz fand mehrfach auch verfassungsrichterliche Weihe (und damit Sicherung): So hat das Bundesverfassungsgericht etwa in seiner Lissabon-Entscheidung judiziert: „Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz. Dieser setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten [...]. Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne [...]“;¹⁰ sachentsprechend (und um eine Herleitung auch aus dem Rechtsstaatsprinzip erweitert) die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz *nulla poena sine culpa*: „Ein solcher strafrechtlicher Vorwurf aber setzt Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus. Andernfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat.“¹¹ Schließlich sei auch das Judikat zum strafverfahrensrechtlichen sog. Verständigungsgesetz angeführt: „Der Grundsatz ‚Keine Strafe ohne Schuld‘ (*nulla poena sine culpa*) setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten [...]. Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 2 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne [...] sowie den Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt [...]. Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme

¹ *Bublitz*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Hrsg.), *Recht – Philosophie – Literatur*, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband I, 2020, S. 459.

² *Fahl*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 1.), S. 335.

³ *Greco*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 1), S. 443.

⁴ *Herzberg*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 1), S. 371.

⁵ *Kindhäuser*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 1), S. 351.

⁶ *Walde*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 1), S. 317.

⁷ *Wohlers*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 1), S. 423.

⁸ *Streng*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 2, 2020, § 43.

⁹ BGHSt 2, 194 (200).

¹⁰ BVerfGE 123, 267 (413).

¹¹ BVerfGE 123, 323 (331).

dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe wird dem Täter ein soziales Fehlvorhalten vorgeworfen [...]. Eine solche strafrechtliche Reaktion wäre ohne Feststellung der individuellen Vorwerfbarkeit mit der Garantie der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar [...].¹²

Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, wann dieser Vorwurf schuldhaften Handelns erhoben werden kann, wie also dieser normative Schuldbegriff auszufüllen ist. Sollte „Schuld“ eine normative Setzung sein (so ja auch die Schnittstelle zwischen den in dieser Arbeit näher in den Blick genommenen Konzepten von *Jakobs* [funktionale, an generalpräventiven Bedürfnissen orientierte Schuldzuschreibung] und *Roxin* [unrechtes Handeln bei normativer Ansprechbarkeit, wobei Schuld als normative Ansprechbarkeit des Täters fingiert wird]), so muss diese normative Setzung des Rechts ausgefüllt werden, es sei denn, neurobiologische Erkenntnisse würden einem Schuldstrafrecht von vornherein die Grundlage entziehen: Wenn „nicht das Ich sondern das Gehirn [...] entschieden hat“ (*Gerhard Roth*), dann wäre ein an persönliche Vorwerfbarkeit, an ein Anders-Entscheiden und Anders-Handeln-Können, anknüpfendes Schuldstrafrecht obsolet.

Zur Beantwortung der Frage nach normativer Ansprechbarkeit im Sinne einer generalisierend bestimmten Annahme grundsätzlicher Steuerungsfähigkeit des Täters bietet sich ein Vergleich mit einem „maßgerechten Menschen“ in der Situation des Täters an. Hierfür können Überlegungen fruchtbar gemacht werden, die aus anderem Zusammenhang, nicht nur aus dem der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, bekannt sind. Es ist hier an die vom Recht fingierten und auch strafrechtlich relevanten Maßfiguren zu erinnern, wie den sorgfältigen Kraftfahrer (im Zusammenhang mit §§ 229, 222 StGB), an die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, § 43 Abs. 1 GmbHG (im Zusammenhang mit der Untreuestrafbarkeit, § 266 StGB) und den verständigen Verbraucher im Sinne des europäischen Verbraucherleitbildes (im Zusammenhang mit der Betrugsstrafbarkeit, § 263 StGB), ganz zu schweigen vom – aus meiner Studienzeit erinnerten – durchschnittlich rechtstreuen Geisteschwachen. Diese Durchschnitts- und Mustermenschen bilden einen (nur normativ gesetzten?) Rahmen, innerhalb dessen menschliches Verhalten rechtlich legitimiert ist: „[Das Schuldurteil beruht auf der Feststellung], daß der Täter normativ ansprechbar, d.h. durch Normen in üblicher Weise motivierbar sei, und daß ein maßgerechter Mensch in seiner Situation die Tat nicht begangen hätte.“¹³ Es mag überraschen, ein auf den ersten Blick so höchstpersönliches Urteil wie das der persönlichen Schuld mittels eines derart generalisierenden Anknüpfungspunktes (etwa dem Homunkulus eines Durchschnittsmenschen) zu bestimmen, so dass die Frage aufgeworfen ist, welche Anforderungen an diesen die Schuldzuschreibung begründenden und auch eingrenzenden Rahmen zu stellen sind.

derungen an diesen die Schuldzuschreibung begründenden und auch eingrenzenden Rahmen zu stellen sind.

Dieser Frage nachzugehen, lohnt sich schon deshalb, weil aus den hierzu gewonnenen Erkenntnissen zur strafrechtlichen Schuld dann die Rechtfertigung (oder aber auch die Illegitimität) einer Bestrafung von Unternehmen hergeleitet werden könnte. Dieser Inkriminierung wird in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion mitunter kategorisch die fehlende Schuldfähigkeit juristischer Personen entgegengehalten. Eine Verbandsstrafbarkeit wäre aber schon deshalb bedenkenswert, weil der Beitrag des einzelnen Unternehmensangehörigen innerhalb eines arbeitsteilig strukturierten Arbeitsprozesses nur schwer nachvollziehbar bleibt und damit die Aufarbeitung von Straftaten durch ein Recht behindert oder unmöglich gemacht wird, das auf der Zuschreibung individueller Schuld aufbaut. Diese Schuldzuschreibung knüpft allerdings nach überwiegendem Verständnis an ein „anders handeln Können“ und damit möglicherweise an eine Voraussetzung an, die nur natürliche Personen innehaben können. Allerdings könnte sich aus der Befugnis des Rechts zu einer normativen Setzung von Schuld bei natürlichen Personen umgekehrt auch eine Befugnis zu einer normativen Annahme der Schuld juristischer Personen herleiten lassen. Es ist mithin lohnenswert, den Möglichkeiten, aber auch den Grenzen eines Brückenschlags zwischen Schuldprinzip und Verbandsstrafbarkeit nachzuspüren.

Durch diese Thematik führt die *Verfasserin* ihre Leser in klarer Gedankenführung: Im Hauptteil der Arbeit wird zunächst der rechtliche Schuldbegriff (Kapitel B., S. 14–70) in den Blick genommen, wobei ein Schwerpunkt auf den Determinismus/Indeterminismus-Streit gelegt wird, der zunächst unter einem außerrechtlichen Blickwinkel beleuchtet wird, ehe sich die *Verfasserin* der Behandlung dieser Streitfrage in der Strafrechtswissenschaft zuwendet. Dem folgen in Kapitel C. (S. 71–136) Betrachtungen zur Normativität des Rechts, wobei die Sein/Sollen-Dichotomie gebührenden Platz findet, ehe dann kürzer auf rechtliche Normen und Rechtspersonen, auf normative Tatbestandsmerkmale und den Typus als wertausfüllungsbedürftige Begriffen der Rechtswissenschaft eingegangen wird. Dieses Kapitel schließt dann mit Überlegungen zur näheren Ausgestaltung des Rechts durch Standards und Prinzipien (einschließlich der Menschenwürde-Garantie des Grundgesetzes). Auf der nunmehr gewonnenen soliden Basis klärt dann das inhaltlich abschließende Kapitel D. (S. 137–158) die Frage, ob auch juristische Personen schuldhaft im Sinne des Strafrechts handeln können, wobei dies nicht zuletzt unter Betonung der Anthropozentrik des Grundgesetzes letztlich abgelehnt wird. Zu Einzelheiten nur soviel:

Die Doktorandin macht ihre Skepsis gegenüber den Schlussfolgerungen moderner Hirnforschung deutlich, die sie allzu sehr einer Ideenwelt verhaftet sieht, die eher einer deterministisch-materialistischen Mechanik entsprang. In ihrer Ablehnung kann sie auf *Hassemers* Diktum auf der Hamburger Strafrechtslehrertagung 2009 rekurrieren, dass die geforderte Abschaffung des Schuldstrafrechts auf einem Kategorienfehler beruhe: Die Erkenntnisse der Hirnforschung mögen für den Bereich der Humanbiologie zutreffend sein, auf den normativen Bereich des Rechts seien sie aber nicht übertragbar.

¹² BVerfGE 133, 168 (197 f.).

¹³ *Schünemann*, in: Dölling (Hrsg.), *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht*, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 537 (545).

Insoweit sei allerdings angemerkt, dass die Frage offenbleibt, inwieweit strafrechtliche Institute (wie das Schuldprinzip) einen von anderen Wissenschaften gewonnenen Realbefund zu berücksichtigen haben.

In der Strafrechtswissenschaft herrschend ist mittlerweile das Konzept eines agnostischen Kompatibilismus, das die Doktorandin bereits bei ihren – in einer strafrechtswissenschaftlichen Arbeit notgedrungen nur – Stichproben bei philosophischen Autoren ausmachen konnte. Gemeinsam ist diesen strafrechtswissenschaftlichen Ansätzen, die in ihren Feinheiten in dieser Arbeit weder dargestellt werden konnten noch für die weitere Gedankenführung dargelegt werden mussten, dass sie die Debatte um menschliche Willensfreiheit für die rechtliche Annahme von Schuld als unerheblich erachten. Ihnen liegt als zentrales Element nicht der Blick auf den konkreten Delinquenten, sondern ein Rekurs auf Maßfiguren, sozusagen einen „Mustermenschen“, zugrunde. Am Rande gerät bei der Doktorandin mit *Hold von Ferneck* ein älterer Autor nicht in Vergessenheit, der bereits 1911 angesichts des generalisierenden Wesens rechtlicher Normen die Schuld im Recht nicht als „Attribut einer Individualität“ ansah, sondern auf das generelle Können von Maßfiguren abstellte.

Als wichtigste Vertreter dieser Schuldkonzeption werden *Jakobs* (funktionaler Schuldbegriff) und *Roxin* (Lehre von der normativen Ansprechbarkeit) näher vorgestellt: *Jakobs* sieht die Funktion der Bestrafung in der Verarbeitung von Enttäuschungen normativ geschützter gesellschaftlicher Erwartungen, so dass der Schuldmaßstab im Recht nicht auf ein konkretes Individuum, sondern auf eine nach objektiv-generalisierendem Maßstab normativ bestimmte Person zu beziehen ist. Demgegenüber verwendet *Roxin* mit seinem Konzept der normativen Ansprechbarkeit zwar ebenfalls einen normativen Rahmen, den er aber auf das handelnde Subjekt bezieht: Das Selbstverständnis des modernen Menschen gründe auf seinem Freiheitsbewusstsein, so dass auch das Recht mit seinen eigenen (also nicht vom naturwissenschaftlichen Problem der Willensfreiheit abhängigen) Handlungsmaßstäben hieran anknüpfen könne. Letztlich rekurriert *Roxin*, der im Unterschied zu *Jakobs* Ansatz auch die strafbegrenzende Funktion des Schuldprinzips betont, auf Vorgaben des Grundgesetzes: Das Bekenntnis zur Menschenwürde und die Garantie freier Persönlichkeitsentfaltung beinhalte die Vorgabe für die drei Staatsgewalten: „Ihr sollt den Bürger als freien, verantwortungsfähigen Menschen behandeln!“ Für den weiteren Fortgang der Arbeit wird dann *Roxins* Festlegung bedeutsam, dass das maßgebende Kriterium durchschnittlich normativer Ansprechbarkeit des Täters nicht empirisch zu ermitteln, sondern als Vergleich mit einem „maßgerechten Menschen“ in der Situation des Täters eine durchaus normativ gesetzte kriminalpolitische Verantwortungszuschreibung sei.

Damit stellt sich für die Doktorandin das Problem, wie diese schuldrelevante Maßfigur zu bestimmen ist, womit der weitere Gang ihrer Untersuchung vernünftig vorgezeichnet ist: Bestimmt nämlich das (Straf-)Recht diese Maßfigur an Hand eines Durchschnittsmenschen, so verlässt es die rein normative Ebene, da es die Tatsächlichkeit in Gestalt einer sicherlich ihrerseits normativ durchformten Realität in seine Normenordnung einbezieht, wie dies von normativen Tatbe-

standsmerkmalen im weiter verstandenen Sinne, also unter Einschluss von Generalklauseln (man denke nur an die Sittenwidrigkeit im Sinne von § 228 StGB, § 138 Abs. 1 BGB), her bekannt, aber eben auch umstritten ist. Hiermit stellt sich dann auch die intrikate Frage des Verhältnisses von Sein und Sollen. Dieser Thematik widmet *Frau Schrader* sich im nächsten Teil ihrer Arbeit (C. Die Normativität des Rechts; S. 71–136). Ihre Ausführungen hierzu hat die Doktorandin vernünftig aufgeteilt: Einem einführenden Überblick zu dieser Thematik folgt dann – nach einem Seitenblick auf rechtliche Normen, Rechtspersonen und deskriptive Begriffe eine Blickerweiterung auf normative Tatbestandsmerkmale und Typusbegriffe als Einfallstore für außerrechtliche Wertungen in das Rechtssystem. Damit wird dem Leser die letztlich auch diese Arbeit prägende „Strukturverschlingung von Sein und Sollen“¹⁴ gerade auch mittels Öffnungsklauseln vor Augen geführt. Somit kann die *Verfasserin*, die sich zu Recht kritisch gegenüber einer Sein-Sollen-Verknüpfung durch die „Zauberformel der Natur der Sache“ äußert (Gefahr der Ergebnis-Herleitung aus eigener, auf das Sein projizierter Vorwertung) auf eine Ausgestaltung des Rechts durch Standards (also durch Fakten im Sinne von Wertbegriffen, die ein Normalverhalten zum Inhalt haben) oder außerrechtliche moralgestützte Wertungen (Prinzipien, wobei namentlich die Menschenwürde als Rechtsprinzip sowie das Menschenbild des Grundgesetzes hervorgehoben werden) eingehen. Dies alles geschieht, um insoweit abschließend zur Zulässigkeit einer Ausfüllung der Idee strafrechtlicher Schuld durch eine normativ ausgerichtete Maßfigur (Anders-Handeln-Können einer Durchschnittsperson) zu gelangen.

Letztlich geht – so das Fazit der *Verfasserin* – ein Großteil der heutigen Lehre in Abwendung von der starren Aporie *Kelsens* von einem Zusammenspiel von rechtlichen Normen sowohl mit moralischen „Normen“ als auch mit der Faktizität aus. Der Doktorandin ist darin zuzustimmen, dass es nicht mehr um die Frage nach dem „Ob“ der Einflussnahme dieser außerrechtlichen Vorgaben auf rechtliche Wertungen geht; stattdessen steht das „Wie“ (und damit auch die Grenze hierfür) im Vordergrund der Diskussion. Mit *Frau Schrader* kann festgehalten werden, dass Moral und Faktizität Einfluss auf das Rechtssystem nehmen und innerhalb von diesem wirken, ein für die Festlegung der die Schuld bestimmenden Maßfigur wesentlicher Umstand.

Um die Möglichkeiten für eine Bestimmung der für die strafrechtliche Schuld maßgeblichen Maßfigur auszuloten, wendet *Frau Schrader* sich dann zwei Formen der Öffnung des Normativen hin zu ontischen Gegebenheiten zu, nämlich den normativen Tatbestandsmerkmalen sowie den Maßfiguren (genutzt etwa zur Konturierung der Fahrlässigkeit), wel-

¹⁴ Vgl. nur *Arthur Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, 2. Aufl. 1982, S. 46; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1991, S. 25; *Schünemann*, Rechtsfindung im Rechtsstaat und Dogmatik als ihr Fundament, 2019, S. 286; im Zusammenhang mit der Lösung strafrechtsdogmatischer Fragen auch *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl., 2022, S. 25.

che sie unter dem Begriff des Typusgedankens einführt.¹⁵ Eine weitere „Öffnungsklausel“ stellen dann Generalklauseln dar, die sich von normativen Merkmalen nur durch den höheren Grad an Wertausfüllungsbedürftigkeit unterscheiden. Hier wird zunächst an *Arthur Kaufmann* angeschlossen, der den Typus für Gesetzgeber und Rechtsanwender geradezu als einen Katalysator zur Verknüpfung von Sollen und Sein, hier also von Rechtsidee bzw. Gesetzesnorm und Lebenssachverhalt, ansah.

Anschließend wird der Leser über die Problematik der konkreten Ausformung dieser Maßfigur informiert, wobei die *Verfasserin* sich auf den vieldiskutierten Bereich der Fahrlässigkeit (Sorgfaltspflichtverletzung durch Nichteinhaltung der Sorgfaltsanforderungen, die an einen besonnen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und in der sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind) konzentriert. Dies geschieht an Hand wichtiger Stimmen der Literatur (*Duttge, Burgstaller, Engisch, Kuhlen, Freund*). Dem Leser werden die Anwendungsschwierigkeiten dieser – zur Strukturierung letztlich aber unentbehrlichen – Maßfigur verdeutlicht, die sich entweder verfehlt am tatsächlich praktizierten menschlichen Verhalten orientieren müsste (und damit Nachlässigkeit und Schlendrian honorierte) oder aber auf eine fiktive Figur abstellt, deren inhaltliche Bestimmung ihrem jeweiligen Schöpfer, also dem Rechtsanwender freistünde.

Auf dieser Basis kann sich *Frau Schrader* näher der Frage zuwenden, worauf das Strafrecht zur Konkretisierung der Schuld durch eine Maßfigur Bezug nehmen kann, nämlich (eher orientiert am Sein) auf einen Standard oder (orientiert an einem gegebenenfalls aus moralischen Grundsätzen hergeleiteten Sollen) auf Prinzipien. Zum Standard schließt sich die Doktorandin der Arbeit von *Strache*¹⁶ weitgehend an: Danach unterscheidet sich die Norm vom Standard dadurch, dass sie einen abstrakten tatbestandsmäßig festgelegten Rechtssatz aufstellt, der im syllogistischen Schlussverfahren logisch nachprüfbar auf konkrete Sachverhalte angewendet werden kann, während der Standard sich nicht definieren lasse, da er seiner logischen Struktur nach ein Typus, ein Normaltyp korrekten Verhaltens, sei; deutlich wird dies an einem Beispiel: Der (deskriptive) Standard bestimme lediglich, wie eine bestimmte Schraubensorte beschaffen sei, und nicht, wie sie beschaffen sein solle. Damit repräsentieren Standards als Realtypen (sie sind eben keine Idealtypen im logischen Sinne) das „Normale“, das „Erwartete“ innerhalb einer bestimmten Umgebung. Wichtiger als die Frage, wie hoch der normative Anteil des rechtswissenschaftlichen Standards einzuschätzen ist, ist dann die Feststellung der *Verfasserin*, dass ein Standard im rechtlichen Sinn zu seiner normativen Gültigkeit einer normativen Setzung in Form einer geschriebenen oder ungeschriebenen Norm der positiven Rechtsordnung bedarf, die dann erst die Rechtspflicht zu einem dem Normalmaßstab entsprechenden Verhalten begründet. Auf das Thema der Arbeit bezogen hat dies zur Konsequenz, dass mangels strafgesetzlicher Grundlage der

für die Schuld maßgeblichen Maßfigur (§ 20 StGB regelt ja nur dem umgekehrten Fall, nämlich die Konstellation fehlender Schuldfähigkeit; sicherlich setzt er damit Schuld für den Regelfall voraus, doch wonach sich diese bemessen soll, hierzu verschweigt sich § 20 StGB) de lege lata keine standardmäßige Konkretisierung der Schuldidee möglich ist.

Somit verbleibt (nur) noch der Ausweg, die Schuld als ein dem Strafrecht zugrunde liegendes Prinzip zu begreifen, eine Möglichkeit, die in der mitunter anzutreffenden Formulierung *Schuldidee* durchaus angelegt ist. Von diesen Ausführungen sind weniger die allgemeinen, notwendigerweise knapp gehaltenen Ausführungen darüber, inwieweit Prinzipien Teil der Rechtsordnung sind, von Interesse: Sicherlich bilden sie den Hintergrund für die zu setzenden Rechtsnormen, doch eine dirigierende Wirkung für den Gesetzgeber wird man ihnen nur dann zuzusprechen haben, wenn sie ihm Schranken setzen. Nach der Verfassungsordnung des Grundgesetzes kommt aber nur den Vorschriften des Grundgesetzes, also namentlich den Grundrechten der Art. 2 ff. GG, eine derartige Funktion zu. Ob darüber hinaus Rechtsprinzipien nicht nur das Fundament der gesetzten Rechtsordnung bilden, sondern als „Optimierungsgebote“ auch die Rechtsanwendung zu beeinflussen haben (etwa in der Form, dass vom Rechtsanwender als ungenügend empfundene gesetzliche Regelungen „korrigiert“ oder ergänzt werden – eine unter dem Blickwinkel des hierdurch eröffneten, nicht weiter strukturierten gerichtlichen Entscheidungsspielraums bedenkliche Konsequenz), dies konnte von der Doktorandin nicht weiter vertieft werden. *Frau Schrader* jedenfalls ordnet – sicherlich gut vertretbar – Prinzipien als Bestandteil der Rechtsordnung ein.

Für den Gehalt des Schuldbegriffs, der aus einem Rechtsprinzip näher umrissen werden soll, sind dann die nachfolgenden – insgesamt leider etwas knappen, in ihrem Ansatz aber gut nachvollziehbaren – Ausführungen zu begreifen: Die Menschenwürde wird als Rechtsprinzip eingestuft. Sie stellt (sozusagen als eine Verknüpfung von Sollen und Sein) mithin mehr als nur ein im Vor-Normbereich verbleibendes ethisches Bekenntnis, sondern eine Norm des Verfassungsrechts dar; hierfür kann sich die Doktorandin auch auf das Bundesverfassungsgericht berufen: Schuldgrundsatz als Teil der Verfassungsidentität.¹⁷ Hieran kann die *Verfasserin* dann anknüpfen, wenn sie knapp zum Menschenbild des Grundgesetzes ausführt. *Frau Schrader* hebt hervor, dass nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁸ die Person als Subjekt der Menschenwürde und Träger der nachfolgenden Grundrechte die leitende Ordnungsidee der Verfassung ist, wobei der Mensch als „geistig-sittliche Person“¹⁹ und als selbstverantwortliche und mit einer „Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung begabte“ Persönlichkeit²⁰ begriffen wird. Wenn die *Verfasserin* allerdings im Zusammenhang mit der Grundlage des Menschenbilds des Grundgesetzes neben der Fähigkeit zur Selbstbestimmung auch die Gottes Ebenbildlichkeit des Menschen betont, so erscheint mir die

¹⁵ Zur Fahrlässigkeit als Typus: *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 423 ff.

¹⁶ *Strache*, Das Denken in Standards, 1968.

¹⁷ BVerfG NJW 2016, 1149 (1152 Rn. 48 f.).

¹⁸ Zum Beispiel BVerfGE 4, 7 (15 f.).

¹⁹ BVerfGE 6, 32 (36).

²⁰ BVerfGE 5, 85 (204).

letztenannte Verankerung dann doch problematisch, sofern sie mehr als ein Hinweis auf den geistesgeschichtlichen Hintergrund des Art. 1 Abs. 1 GG sein soll, zu dem die Gottes Ebenbildlichkeit sicherlich ebenso zählt wie eine zweitausendjährige philosophische Ideengeschichte. Art. 1 Abs. GG beansprucht aber „als positivierte Verfassungsnorm in einer religiös-weltanschaulich neutralen Rechtsordnung Geltung unabhängig von einem bestimmten Glauben, einer bestimmten Ethik oder Philosophie“.²¹ Mit dieser Herausstellung der Anthropozentrik der für ihre Betrachtung bedeutsamen Verfassungsgrundlagen hat die Doktorandin eine wichtige Vorentscheidung getroffen, die sie dann im abschließenden Kapitel ihrer Arbeit zugrunde legen wird.

Im Schlussteil der Arbeit (D. Schuldfähigkeit Juristischer Personen, S. 137–158) macht *Frau Schrader* dann die praktischen Konsequenzen ihrer Auffassung (Ausfüllung der strafrechtlichen Schuldidee durch eine ihrerseits durch die Menschenwürde des Grundgesetzes konturierte Maßfigur) deutlich und gelangt plausibel zu dem Ergebnis, dass juristischen Personen als reiner Fiktion der Rechtsordnung das für die Schuldbegründung unentbehrliche ethische Substrat fehle: Aus § 31 BGB wird mitunter (unter dem Banner „Einheit der Rechtsordnung“) der Schluss gezogen, dass die Verantwortlichkeit der juristischen Person für von ihren Organen begangene Pflichtverletzungen nicht auf das Zivilrecht zu beschränken sei. Die *Verfasserin* hält dem eben dargelegten Ansatz die Anthropozentrik des Grundgesetzes entgegen, wobei sie auch darauf verweisen kann, dass das Bundesverfassungsgericht einer juristischen Person zwar beschränkte Grundrechtsfähigkeit, nicht aber den Schutz der Menschenwürde zugebilligt hat. Auch entspricht es einhelliger Auffassung,²² dass Grundrechte, die Interessen zu schützen bestimmt sind, die nur bei Menschen vorkommen oder deren Anwendung sonst spezifisch menschliche Eigenschaften beim Grundrechtsträger voraussetzen, von einer Anwendung (§ 19 Abs. 3 GG) auf juristische Personen ausgeschlossen sind. Für die weiteren Überlegungen wesentlich ist dann die Erkenntnis, dass Art. 19 Abs. 3 GG mit seiner partiellen Erstreckung der Grundrechtsfähigkeit auf die juristische Person die individuelle Freiheit derjenigen natürlichen Personen stärkt, die in dieser Organisation ihre grundrechtlichen Freiheiten ausüben. Eine Etablierung eines Verbandsstrafrechts trägt diese Ratio nicht.

Nachdem die Doktorandin sich den Literaturstimmen angeschlossen hat, die eine eigene Schuld des Unternehmens durch Zurechnung des Verschuldens der für sie Handelnden ablehnen, weist sie dann zum Abschluss ihrer Arbeit auch eine originäre Schuldfähigkeit einer juristischen Person (etwa begründet durch eine Straftaten förderliche Unternehmenskultur oder defizitäre Organisationsstrukturen) zurück: Eine juristische Person verfüge über kein ethisches Substrat, sondern sei eine abstrakte Rechtsschöpfung. Zivilrechtliche Zurechnungsmodelle wären für eine Schuldbegründung als

sozialethischer Tadel nicht tauglich. Wird Schuld als vermeidbares Handeln bei Anders-Handeln-Können begriffen und konturiert man die hierfür zu bildende Maßfigur wie bei einer natürlichen Person durch Zugriff auf die Menschenwürde bzw. das Menschenbild des Grundgesetzes, dann scheidet eine Verbandsstrafbarkeit aus. Dementsprechend kann sich eine juristische Person, die allerdings über den Kreis der in § 194 Abs. 3 S. 4 StGB Genannten hinaus beleidigungsfähig ist, auch nicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen.

Letztlich – so schließt die Untersuchung – könne Schuld auch nicht als bloße Systemkategorie begriffen und bei Herausbildung entsprechender normativ-sozialer Konventionen ein „schuldig sein“ auch bei Unternehmen angenommen werden: Das ethische Substrat des Schuldbegriffs orientiert sich – so die von der *Verfasserin* entwickelte und konsequent verfochtene Auffassung – eben nicht nur an gesellschaftlichen Bedürfnissen, sondern gerade am verfassungsrechtlichen Bild des Menschen, der allein schuldig sein kann, während juristischen Personen dieses ethische Substrat fehlt. Diesem Ergebnis mag entgegengehalten werden, dass die strafrechtliche Schuldzuschreibung letztlich auf einer normativen Setzung beruhe, die dann eben weiterführend auch juristische Personen einzuschließen vermöge. Ob diesem Ansatz dann das strafbegrenzende Schuldprinzip der Verfassung entgegenstehe, dies werden andere Autoren abweichend beurteilen. Einen höchst diskutablen, schlüssig entwickelten Ansatz präsentiert *Frau Schrader* allemal, wenn sie zu der für mich überzeugenden Auffassung gelangt, dass juristischen Personen als bloßer Fiktion der Rechtsordnung das für die Schuldbegründung unentbehrliche ethische Substrat fehlt; sie ist und bleibt eine abstrakte Rechtsfigur.

Eine fehlende Vertiefung in Einzelfragen dieser ausbordenden Querschnittsmaterie sollte der *Verfasserin* nicht vorgeworfen werden. Abgesehen davon, dass dies bei einer vom Umfang her sinnvoll begrenzten Arbeit von vornherein nicht zu leisten war, lag die Zielrichtung dieser Untersuchung erkennbar darauf, unter Konturierung der hinter dem Begriff „Schuldidee“ liegenden Elemente praktische Konsequenzen für die Einführung eines Verbandsstrafrechts zu ziehen. *Frau Schrader* hat in ihrer Arbeit sowohl einen interdisziplinären wie intradisziplinären (von der Strafrechtsdogmatik über das Verfassungsrecht bis hin zur Rechtsphilosophie) Brückenschlag bewältigt. Die Einstufung des Rezensenten, der wissenschaftliche Ertrag der Arbeit sei ein „lächerliches Mäuschen“, vermag ich deshalb nicht nachzuvollziehen.

Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, Dresden

²¹ Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1.

²² Für alle Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 68.