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. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

6/2023
2. Jahrgang

S. 349-416

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Plädoyer für einen Abschied von der Kategorie der sog. Dauerdelikte
Von Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn 349

Das Strafrecht zwischen dem manifesten und dem wissenschaftlichen Weltbild
Zugleich eine Studie über die Grenzen einer Neurodogmatik des Vorsatzes
Von Dr. José Carlos Porciúncula, Brasília 355

Die Strafbarkeit des Filmens von Polizeieinsätzen
Zur Auslegung und Reformbedürftigkeit des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB
Von Wiss. Mitarbeiter Christian Liefke, Bonn 366

Die Bekämpfung von Geldwäsche und Korruption im Grenzbereich der Unschuldsvermutung
Von Rechtsanwalt Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL. M. (London), St. Gallen 377

Europäisches Strafrecht

Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur
Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234 final)
Von Prof. Dr. Frank Zimmermann, Münster 383

100 Jahre INTERPOL: Zum Stand eines globalen Players in internationalen Strafverfahren
Von Dr. Karl Sidhu, Wiss. Mitarbeiter Matthias Grübl, München 396

Ausländisches Strafrecht

Zum Einfluss des deutsch-österreichischen Rechts auf das ungarische Strafrecht im
18. Jahrhundert
Von Prof. Dr. Elemér Balogh, Szeged/Ungarn 404

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21; BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22
(Die Begehung der gemeinschaftlichen gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1
Nr. 4 StGB durch Unterlassen)
(Wiss. Mitarbeiter Dr. Johannes Petersen, Würzburg) 409

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Niklas Gräbener, Zweifelssatz und Verbandsstrafe
(RA Dr. Wolfgang Staudinger, Weißenburg) 415

Von Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn

In der Strafrechtsdogmatik wird gegenwärtig – soweit ersichtlich einhellig – zwischen den beiden Typen „Zustandsdelikte“ und „Dauerdelikte“ unterschieden. Der Beitrag stellt diese Kategorisierung in Frage und bietet einen alternativen Lösungsvorschlag an, der allein mit denjenigen Differenzierungen auskommt, die das Gesetz selbst zur Verfügung stellt.

I. Problemaufriss

1. Unklarheiten

Schlägt man ein beliebiges¹ Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts auf, so findet sich dort wie selbstverständlich die Differenzierung zwischen den sog. Zustands- und den sog. Dauerdelikten.² Eine nähere Betrachtung zeigt aber, dass – zumeist unausgesprochen – keine Einigkeit darin besteht, wie beide Deliktsformen voneinander zu unterscheiden sein sollen.

So liest man beispielsweise bei *Wessels/Beulke/Satzger*:

„Bei den Dauerdelikten (zB § 123) hängt die Aufrechterhaltung des widerrechtlichen Zustandes vom Willen des Täters ab, sodass nicht nur sein Herbeiführen, sondern auch sein Fortdauernlassen den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht[.]. Die Straftat, die sich hier gewissermaßen

fortwährend erneuert, ist bereits mit dem Eintritt des widerrechtlichen Zustandes ‚vollendet‘, jedoch erst mit seiner Aufhebung ‚beendet‘[.]. [...] Bei den Zustandsdelikten (zB § 223) erschöpft sich der tatbestandliche Unwert dagegen in der Herbeiführung des widerrechtlichen Zustandes, sodass die Tat mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges ‚vollendet‘ und in aller Regel zugleich auch ‚beendet‘ ist[.].“³

Als typische Beispiele für Zustandsdelikte werden üblicherweise die Tötungs- (§§ 211 ff. StGB)⁴ und Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff. StGB)⁵ oder die Sachbeschädigung (§ 303 StGB)⁶, für Dauerdelikte oftmals der Hausfriedensbruch (§ 123 StGB)⁷, die Freiheitsberaubung (§ 239 StGB)⁸ und die Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)⁹ genannt. *Frister* formuliert insoweit:

„Je länger jemand betrunken Auto fährt bzw. einen anderen seiner Freiheit beraubt, desto größer ist das verwirklichte tatbestandliche Unrecht.“¹⁰

Bei *Jakobs*¹¹ und *Jescheck/Weigend*¹² findet sich ergänzend unter anderem die Aussage, dass Dauer- und Zustandsdelikte Unterkategorien der sog. Erfolgsdelikte seien.

Bereits diese einführenden Sätze müssen stutzig machen. Denn wenn es sich bei Dauerdelikten um eine Unterkategorie der Erfolgsdelikte handeln soll, erschließt sich nicht ohne weiteres, warum als typisches Dauerdelikt oftmals § 316 StGB genannt wird, der herkömmlich als sog. schlichtes Tätigkeitsdelikt eingeordnet wird¹³ – ein Typus, der nach ganz herrschender Auffassung¹⁴ gerade den „Gegenpol“ der

* Der Text beruht auf einem Vortrag, den der Verf. am 18.5.2022 an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn gehalten hat. Er dankt herzlich allen Anwesenden für die fruchtbare Diskussion sowie Frau *Ellen Hofmann*, Frau *Jannika Hofmann* und der ZfIStw-Redaktion für wertvolle Anregungen im Rahmen der Vorbereitung dieser Fassung.

¹ Die – soweit ersichtlich – einzige Ausnahme scheint das Lehrbuch von *Freund/Rostalski* zu sein, das sich lediglich in einer Fußnote skeptisch gegenüber der Differenzierung äußert: „Die geläufige Auffassung, Körperverletzung sei ein ‚Zustandsdelikt‘, Freiheitsberaubung (oder Hausfriedensbruch) dagegen ein ‚Dauerdelikt‘ [...], ist insoweit irreführend; sie trifft nur im Regelfall zu.“ (*dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 3. Aufl. 2019, § 8 Rn. 18 Fn. 22).

² Vgl. nur etwa *Eisele/Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, Rn. 112 f.; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 8 Rn. 22 f.; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 166 f.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 6/80 ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 26 II. 1. a) = S. 263; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 8 Rn. 26 f.; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 58 f.; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 14 Rn. 25 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 10 Rn. 20 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 105 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 46 ff.

³ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 47 f.

⁴ Z.B. *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 106.

⁵ Z.B. *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 2), § 8 Rn. 27; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 106.

⁶ Z.B. *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 2), § 8 Rn. 27; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 106.

⁷ Z.B. *Gropp/Sinn* (Fn. 2), § 14 Rn. 53; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 105.

⁸ Z.B. *Gropp/Sinn* (Fn. 2), § 14 Rn. 53; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 2), § 8 Rn. 26; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 105.

⁹ Z.B. *Gropp/Sinn* (Fn. 2), § 14 Rn. 53; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 105.

¹⁰ *Frister* (Fn. 2), § 8 Rn. 22.

¹¹ *Jakobs* (Fn. 2), 6/80.

¹² *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), § 26 II. 1. a) = S. 263.

¹³ Vgl. statt aller exemplarisch *Zieschang*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 316 Rn. 9.

¹⁴ Gegen diese Unterscheidung aber immerhin *Arzt*, *ZStrR* 107 (1990), 168 ff.; *Bock*, *ZIS* 2021, 193 (195 f.); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 44; *Freund*, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, S. 5 mit dortiger Fn. 25; *Hölzel*, Gibt es „Tätigkeitsdelikte“?, 2016, pas-

Erfolgssdelikte darstellen und sich dadurch auszeichnen soll, dass die bloße Vornahme einer bestimmten Handlung bereits den Tatbestand erfülle, ohne dass es auf eine Wirkung in der Außenwelt ankomme.¹⁵ Das zeigt, dass bereits der größte Ausgangspunkt der Unterscheidung von Dauer- und Zustandsdelikten unklar ist, nämlich, ob insoweit das Täterverhalten oder dessen Folgen der maßgebliche Bezugspunkt sind.

Die andere zentrale Frage ist, ob die Charakterisierung als Dauerdelikt eine Kategorisierung des abstrakten Deliktstatbestandes oder einer konkreten Einzeltat ist. Während die Differenzierung weithin abstrakt vorgenommen zu werden scheint, finden sich vereinzelte Stimmen, die eine einzelfallbezogene Abgrenzung vornehmen wollen.¹⁶ Eine derartige Differenzierung hat beispielsweise *Hruschka* bereits 1968 vorgelegt,¹⁷ die aber erstaunlich wenig Resonanz erfahren hat. So könne beispielsweise eine durch Aushang begangene Beleidigung in concreto eine Dauerstraftat darstellen, auch wenn der Beleidigungstatbestand strukturell kein Dauerdelikt sei.¹⁸

2. Relevanz der Fragestellung

Will man sich der Frage nähern, ob eine Unterscheidung von Dauer- und Zustandsdelikten möglich und sinnvoll ist, so ist es erforderlich, sich vor Augen zu führen, wofür diese Unterscheidung dogmatisch von Bedeutung sein soll. Insoweit lassen sich in erster Linie¹⁹ die folgenden vier Aspekte ausmachen:²⁰

a) Beteiligung

Erstens geht es um die Möglichkeit der Beteiligung. So sollen bei Dauerdelikten Mittäterschaft²¹ und Beihilfe²² möglich

sein, solange der widerrechtliche Zustand aufrechterhalten bzw. die tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen wird. Dagegen ist bei den Zustandsdelikten umstritten, ob bzw. wie lange eine sukzessive Beteiligung nach Vollendung der Tat noch möglich sein soll. Während die Rechtsprechung²³ und Teile der Literatur²⁴ eine nachfolgende Beteiligung bis zur sog. materiellen Tatbeendigung zulassen wollen, lehnen andere Stimmen diese Möglichkeit gänzlich ab²⁵ oder beschränken sie jedenfalls auf Fälle, in denen durch die Mitwirkung des Dritten eine Unrechtsintensivierung noch möglich ist²⁶. Eine solche Steigerungsmöglichkeit sei bei Dauerdelikten immer gegeben.

b) Verjährung

Zweitens soll der Deliktsscharakter für den Beginn der Strafverfolgungsverjährung maßgeblich sein. Nach § 78a StGB beginnt diese, sobald die Tat beendet ist, im Übrigen erst dann, wenn ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später eintritt. Aus dieser Gegenüberstellung in Satz 1 und Satz 2 der Vorschrift ergibt sich, dass die Beendigung der Tat (§ 78a S. 1 StGB) nicht mit dem materiellen Abschluss der Rechtsgutsbeeinträchtigung gleichzusetzen ist, der als Grenze der Möglichkeit sukzessiver Beteiligung diskutiert wird; vielmehr geht es um die Vornahme des tatbestandsmäßigen Verhaltens (Tun oder Unterlassen) im Vorfeld des Erfolgseintritts.²⁷

Betrachtet man die Beispiele der Kommentarliteratur zum Verjährungsbeginn der Dauerdelikte, so zeigt sich auch hier, dass keine klare Leitlinie besteht, was ein Dauerdelikt ausmacht: So bleibe „der Verjährungsbeginn auch nach Erreichen der Vollendungsgrenze in der Schwebe, bis der Täter mit seinem tatbestandsverwirklichenden Dauerverhalten aufgehört hat.“²⁸ Diese Äußerung ist zumindest missverständlich: Nach herkömmlicher Terminologie ist das Delikt voll-

sim; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 432 ff.; *ders.*, ZIS 2014, 579 (583 ff.); *ders.*, in: Gropp/Hecker/Kreuzer/Ringelmann/Witteck/Wolfslast (Hrsg.), Strafrecht als ultima ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 309 (316 ff.); *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 16 ff.; *ders.*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 63; *ders.*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327 ff.

¹⁵ Exemplarisch *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 2), § 18 Rn. 19; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 10 Rn. 102 ff. m.w.N.

¹⁶ Explizit i.d.S. bspw. *Schünemann/Greco*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 47; in diese Richtung wohl auch *Mitsch* (Fn. 2), § 6 Rn. 59.

¹⁷ *Hruschka*, GA 1968, 193 ff.

¹⁸ *Hruschka*, GA 1968, 193 (196).

¹⁹ Weitergehend bspw. *Rummel*, Das Dauerdelikt im IstGH-Statut, 2023, S. 78 ff.

²⁰ So auch *Jakobs* (Fn. 2), 6/80.

²¹ Vgl. etwa *Kühl*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolph* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Ge-

burtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 665 (681); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 126; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 25 Rn. 55.

²² Bspw. RG, Urt. v. 24.4.1906 – 3/06 = RGSt 38, 417 ff.; *Jakobs* (Fn. 2), 22/40; *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 25; *Schünemann/Greco* (Fn. 16), § 27 Rn. 47; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2006, § 12 Rn. 131.

²³ So – anknüpfend an die Rspr. des Reichsgerichts und der Besatzungsgerichte – st. Rspr. seit BGH, Urt. v. 24.6.1952 – 1 StR 316/51 = BGHSt 3, 40; vgl. umfassende Nachweise bei *Schünemann/Greco* (Fn. 16), § 27 Rn. 40.

²⁴ Bspw. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 27 Rn. 20 m.w.N.

²⁵ Vgl. dazu nur etwa *Schünemann/Greco* (Fn. 16), § 27 Rn. 43 ff. m.w.N.

²⁶ So bspw. *Joecks/Scheinfeld* (Fn. 22), § 27 Rn. 21.

²⁷ Vgl. dazu *M. Wagner*, GA 2017, 474 (482 ff.).

²⁸ *Mitsch*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 78a Rn. 6 (*Hervorhebung* nur hier).

endet, sobald alle Tatbestandsmerkmale erfüllt wurden, was typischerweise dann der Fall ist, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten ist. Den Erfolgeintritt benennt § 78a S. 2 StGB aber gerade als spätestmöglichen Zeitpunkt des Verjährungsbeginns.

Nach anderen Stimmen kommt es „auf die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands an“.²⁹ Als Beispiel hierfür wird § 170 Abs. 1 StGB angeführt. Danach macht sich strafbar, wer sich einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht, so dass der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre. Insoweit sei für den Verjährungsbeginn die (Wieder-)Aufnahme der erforderlichen Unterhaltszahlung oder der Wegfall der Leistungspflicht maßgeblich.³⁰ Dabei handelt es sich allerdings gerade um die Beendigung des tatbestandsmäßigen Verhaltens, nicht um die Beseitigung des hierdurch herbeigeführten Zustands. Denn dieser besteht bei § 170 StGB in der konkreten oder potenziellen Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten, der den Erfolg des Tatbestands darstellt.³¹ Der Fortbestand einer solchen Gefährdung hingegen soll den Verjährungsbeginn nicht zeitlich ausdehnen.³² Auch diese Auslegung führt folglich zu einem Widerspruch innerhalb des § 78a StGB.

c) Konkurrenzen

Drittens sollen für Dauerdelikte Besonderheiten im Rahmen der Konkurrenzenlehre gelten. Insoweit sind maßgeblich zwei verschiedene Fragen zu unterscheiden. Zum einen soll der Charakter als Dauerdelikt dazu führen, dass alle Verhaltensweisen, die lediglich der Aufrechterhaltung des einmal herbeigeführten rechtswidrigen Zustands dienen, mit dem ursprünglichen Herbeiführen eine Einheit bilden. So formulieren beispielsweise *Gropp/Sinn*:

„Dauerstraftaten wie z. B. Freiheitsberaubung (§ 239), Trunkenheitsfahrt (§ 316) oder Hausfriedensbruch (§ 123) erfordern zur Begründung und Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes unterschiedliche Tätigkeitsakte (Wechseln des Verstecks, Ableugnen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, Weiterfahrt nach Fahrtunterbrechungen ...). Soweit diese nicht ihrerseits gegen weitere Strafvorschriften verstoßen, liegt nur eine Freiheitsberaubung, eine Trunkenheitsfahrt oder ein Hausfriedensbruch vor.“³³

Zum anderen sollen Dauerdelikte nach verbreiteter Auffassung grundsätzlich dazu in der Lage sein, parallel begangene andere Taten miteinander zu einer Tateinheit zu „verklammern“.³⁴ Dabei handelt es sich aber freilich nicht um ein Spezifikum der Dauerdelikte; vielmehr wird die Möglichkeit der Klammerwirkung auch bei anderen Deliktformen wie z.B. bei mehraktigen Delikten diskutiert,³⁵ weshalb in diesem Rahmen nicht näher darauf einzugehen ist.

d) Strafanwendungsrecht

Viertens nehmen Dauerdelikte nach verbreiteter Auffassung eine Sonderstellung im Rahmen des Strafanwendungsrechts ein. Ein Handlungsort nach § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB kann sich grundsätzlich nur aus solchen Handlungen ergeben, die zum tatbestandsmäßigen Verhalten gehören. Daher können entgegen vereinzelter Stimmen³⁶ nach zutreffender Auffassung solche Handlungen, die der formellen Vollendung der Tat nachfolgen, einen Handlungsort nicht begründen.³⁷ Für Dauerdelikte soll hingegen anderes gelten: Insoweit soll jeder Teilakt, der den rechtswidrigen Zustand aufrechterhält, einen Handlungsort begründen können, durch den die Erstreckung der deutschen Strafgewalt auf die gesamte Tat – also auch auf die vorangegangenen oder nachfolgenden Tatteile, die sich im Ausland ereignet haben – legitimiert wird.³⁸

Ähnliches gilt für die Annahme eines deutschen Erfolgsorts i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB. Insoweit soll es ausreichen, wenn der rechtswidrige Zustand teilweise im Inland aufrechterhalten wird, mit der Folge, dass die Strafgewalt der Bundesrepublik sich auf die gesamte Tat erstreckt.³⁹

3. Zwischenergebnis

Dieser Überblick bestätigt die Aussage von *Jakobs*⁴⁰, dass versucht wird, mit dem Dualismus von Dauer- und Zustandsdelikten gleichzeitig mehrere verschiedene Probleme zu lösen, die aber einer differenzierten Betrachtung bedürfen. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht:

Die Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 Var. 1 StGB ist ein Erfolgsdelikt; der Erfolg des Einsperrens tritt ein, wenn für das Opfer das Hindernis entsteht, den Raum ohne

³⁴ Bspw. BGH, Beschl. v. 6.9.1988 – 1 StR 481/88 = NStZ 1989, 20; BGH, Urt. v. 8.11.2007 – 3 StR 320/07 = NStZ 2008, 209.

³⁵ Dazu bspw. *Rissing-van Saan*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, § 52 Rn. 30 ff. m.w.N.

³⁶ So wohl OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.12.1987 – 1 Ws 958/87 = MDR 1988, 515; *Ambos*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 22), § 9 Rn. 9.

³⁷ Zutreffend *Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 3 m.w.N.

³⁸ Bspw. *Basak*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 3; *Böse* (Fn. 37), § 9 Rn. 6; jeweils m.w.N.

³⁹ Bspw. BGH, Urt. v. 22.1.2015 – 3 StR 410/14, Rn. 23 = BeckRS 2015, 6206 (insoweit nicht in NStZ 2015, 338 abgedruckt); *Böse* (Fn. 37), § 9 Rn. 12; jeweils m.w.N.

⁴⁰ *Jakobs* (Fn. 2), 6/80.

²⁹ *Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 24), § 78a Rn. 11 (*Hervorhebung* nur hier).

³⁰ *Bosch* (Fn. 29), § 78a Rn. 11.

³¹ Klarstellend bspw. *Ritscher*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 170 Rn. 53.

³² *Bosch* (Fn. 29), § 78a Rn. 11.

³³ *Gropp/Sinn* (Fn. 2), § 14 Rn. 53 – *Hervorhebungen* entfernt.

weiteres verlassen zu können.⁴¹ Damit müsste grundsätzlich gem. § 78a S. 2 StGB in diesem Zeitpunkt eigentlich die Strafverfolgungsverjährung beginnen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Täter nach der Tathandlung – z.B. dem Abschließen der Tür – keine aktiven Schritte mehr unternimmt, um die Fluchtmöglichkeiten des Opfers weiter einzuschränken. Denn die Lesart, dass der Erfolg erst dann eintritt, wenn das Opfer wieder in Freiheit ist, hieße zugleich, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Tat noch nicht vollendet und somit ein – gleichsam rückwirkender – strafbefreiender Rücktritt von der (noch) versuchten Freiheitsberaubung möglich wäre; zu diesem abstrusen Ergebnis kommt aber zu Recht niemand.

Gleichwohl aber widerspräche es dem Telos des Verjährungsrechts, würde die Frist mit dem Beginn der Gefangenschaft des Opfers zu laufen beginnen und könnte im Extremfall (z.B. bei jahrelanger Freiheitsberaubung) bei noch bestehendem Freiheitsentzug Strafverfolgungsverjährung eintreten. Ebenso leuchtet es ein, dass eine Teilnahme an der Freiheitsberaubung während des Gefangenhaltens möglich sein muss, weil – anders als etwa bei einer sukzessiven Beihilfe zum Diebstahl – der Gehilfe noch in der Lage ist, die (weitere) Freiheitsentziehung zu fördern.

Damit zeigt sich, dass eine allgemeine und abstrakte Kategorisierung in Zustands- und Dauerdelikte nicht zielführend ist. Sofern eine derartige Differenzierung sinnvoll möglich sein sollte, müsste diese bei der Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls ansetzen. Damit bleibt die Frage, ob der maßgebliche Bezugspunkt das Täterverhalten oder dessen Auswirkung in der Außenwelt ist.

Das tatbestandsmäßige Verhalten ist insoweit kein geeigneter Bezugspunkt (gleichgültig, ob es sich dabei um ein aktives Tun oder um ein Unterlassen handelt). Dass ein solches sich im Einzelfall zeitlich streckt – was etwa bei § 316 StGB der Fall ist; letztlich lassen sich aber bei allen Delikten entsprechende Sachverhalte denken –, wirft kaum dogmatische Besonderheiten auf, sondern allenfalls Tatfragen in Bezug auf die Feststellung des Zeitpunkts der Tatbeendigung i.S.d. § 78a S. 1 StGB sowie das anwendbare Recht gem. § 2 Abs. 2 StGB. Schwieriger zu beurteilen sind, wie gezeigt, die dogmatischen Konsequenzen zeitlich gestreckter Tatfolgen.

III. Lösungsvorschlag: Nachfolgendes Unterlassen

1. Ausgangspunkt

Im Folgenden soll ein Lösungsvorschlag unterbreitet werden, der zwar in der Literatur verschiedentlich angedacht wurde, sich aber bislang nicht durchsetzen konnte:⁴² Bei den sog. Dauerdelikten geht es typischerweise um die Verknüpfung eines aktiv begangenen Unrechts mit einer nachfolgenden

Untätigkeit⁴³, auf die Folgen des aktiven Unrechts zu reagieren.⁴⁴ Diese Nicht-Reaktion sollte als das behandelt werden, was sie ist: ein Unterlassungsdelikt⁴⁵. Bei einer solchen Betrachtungsweise stellt der Typus des Dauerdelikts keine eigenständige dogmatische Kategorie mehr dar, sondern nur noch eine phänomenologische Beschreibung. Das Modell sei an folgendem Beispiel verdeutlicht:

Beispiel: T sperrt O in seinen Keller ein. Anschließend offenbart er dies seinem Freund G und bittet ihn, O am kommenden Dienstag Essen zu bringen, was dieser auch tut.

Durch das Verschließen der Tür vollendet T eine Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 Var. 1 StGB durch Einsperren. Hieraus folgt eine Ingerenzgarantenpflicht.⁴⁶ Indem er es nachfolgend unterlässt, Maßnahmen zur Freilassung des O zu ergreifen, verwirklicht er eine Freiheitsberaubung durch Unterlassen gem. §§ 239 Abs. 1 Var. 2, 13 Abs. 1 StGB.

Wird T später wegen Freiheitsberaubung verurteilt, tritt das Unterlassungsdelikt zwar auf Konkurrenzebene hinter dem aktiven Einsperren zurück.⁴⁷ Da aber im Nichtergreifen

⁴³ Freilich wird das nachfolgende Verhalten des Täters sich praktisch häufig nicht in bloßer Untätigkeit erschöpfen. Vielmehr können weitere aktive Handlungen hinzukommen (Bsp.: Derjenige, der einen anderen eingesperrt hat, hält Wache, vernagelt zusätzlich die verschlossene Tür o.Ä.). Wie sich solche weiteren Handlungen auswirken, hängt von den näheren Umständen des Einzelfalls ab und kann hier nicht im Einzelnen erörtert werden: Besteht die Freiheitsberaubung etwa im Fall des § 239 Abs. 1 Var. 2 StGB gerade darin, dass der Täter bewaffnet vor der unverschlossenen Tür Wache hält und dem Opfer mit Tötung droht, falls es den Raum verlässt, so liegt gerade ein Fall des zeitlich gestreckten *Tatverhaltens* vor, der keine dogmatischen Besonderheiten aufwirft (siehe oben). Vernagelt der Täter hingegen die abgeschlossene Tür, ändert dies nichts an seiner Unterlassungsstrafbarkeit, wenn das Opfer die Tür ohnehin nicht hätte aufbrechen können und die zusätzliche aktive Maßnahme daher nicht kausal für den Eintritt des (weiteren) Taterfolgs wird etc.

⁴⁴ Vgl. dazu bspw. *Hau*, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, 1974, S. 73 ff., der darin eine von mehreren Formen von Dauerdelikten sieht.

⁴⁵ Darauf weist zutreffend bereits *Rudolphi*, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 559 (566), hin.

⁴⁶ Entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung (insb. *Hillenkamp*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen [Hrsg.], Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 287 ff.) steht der ursprüngliche Begehungsvorsatz einer Ingerenzgarantenpflicht nicht entgegen, vgl. zutreffend *Freund*, in: Erb/Schäfer (Fn. 22), § 13 Rn. 135 f. m.w.N.

⁴⁷ *Rudolphi* (Fn. 45), S. 566. Ist das aktive Einsperren hingegen bereits verjährt, wird das nachfolgende Unterlassen nicht verdrängt und kann selbständig abgeurteilt werden, vgl. BGH, Beschl. v. 17.10.1992 – 5 StR 517/92 = BGHSt 38,

⁴¹ Klarstellend etwa *Wieck-Noodt*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 9; *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 239 Rn. 8 ff.

⁴² Er findet gleichwohl in jüngster Zeit Gefolgschaft, vgl. bspw. *Rummel* (Fn. 19), S. 71 ff.

von Befreiungsmaßnahmen das tatbestandsmäßige Verhalten des Unterlassungsdelikts liegt, lässt sich insoweit bruchlos erklären, warum die Verjährung (nur) des Unterlassungsdelikts gem. § 78a S. 1 StGB erst mit der Freilassung des O beginnt, weil erst zu diesem Zeitpunkt die Handlungspflicht entfällt und somit die Tat i.S.d. § 78a S. 1 StGB beendet⁴⁸ ist.

Zugleich liegt in diesem Unterlassungsdelikt eine teilnahmefähige Haupttat, zu der G Hilfe leisten kann, indem er O Essen bringt.⁴⁹ Da die Beihilfe sich insoweit nur auf das Nicht-Freilassen und nicht auf das ursprüngliche Einsperren bezieht, wird hier auch das generelle Problem der sukzessiven Beteiligung vermieden, dass dem Teilnehmer bereits abgeschlossene Tatteile angelastet werden. Zu beachten ist aber, dass nach der Rechtsprechung des BGH in einem solchen Fall die Strafe des Teilnehmers gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist, weil die Unterlassungsstrafbarkeit des Haupttäters aus der Verletzung einer Ingerenzgarantenpflicht folgt, die der 4. *Strafsenat* als besonderes persönliches Merkmal klassifiziert⁵⁰.

Auch in Bezug auf das Strafanwendungsrecht hat das hiesige Modell zur Folge, dass Sonderkonstruktionen extra legem hinfällig werden. Da § 9 StGB explizite Aussagen zu Unterlassungsdelikten trifft („Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter [...] im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen“ [§ 9 Abs. 1 Var. 2 StGB]), ergeben sich insoweit keine Besonderheiten; die herkömmliche Auslegung zum Unterlassungsort⁵¹ wird typischerweise zu denselben Ergebnissen führen wie die bisherigen Konstruktionen zum Dauerdelikt.

366 (368 f.); *Rissing-van Saan* (Fn. 35), Vor § 52 Rn. 117 m.w.N. Dauert der Verlust der Freiheit des Opfers länger als eine Woche an, ist die Qualifikation des § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB in beiden Konstellationen einschlägig: Die Formulierung des Gesetzes stellt nicht auf ein andauerndes Täterverhalten ab, sondern lediglich auf die Tatfolgen (zutreffend *Mitsch*, GA 2009, 329 [330]). Insoweit ist es unerheblich, dass der Vollendungszeitpunkt schon mit dem Einsperren eintritt. Aber auch dann, wenn die Freiheitsberaubung so lange andauert, dass die Verfolgbarkeit ihrer aktiven Herbeiführung verjährt, ist der Qualifikationstatbestand auf die – dann nicht mehr verdrängte (siehe oben) – Freiheitsberaubung durch Unterlassen anwendbar. Denn die Pflicht zur Freilassung beginnt in derselben Sekunde, in der das Einsperren abgeschlossen ist. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Täter zwischenzeitlich die Handlungsmöglichkeit verliert, damit auch die Pflicht zur Freilassung unterbrochen wird und das Unterlassen beendet wird. Bei einer solchen Zäsur und dem Beginn einer neuen (Unterlassungs-)Tat ist die Frist des § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB neu zu berechnen.

⁴⁸ Dazu bspw. *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 78a Rn. 16 m.w.N.

⁴⁹ So auch bereits *Rudolphi* (Fn. 45), S. 566.

⁵⁰ BGH, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 416/20, Rn. 15 ff. = BGHSt 66, 66 (71 ff.) m.w.N. zum Streitstand in der Literatur.

⁵¹ Dazu bspw. *Rotsch*, ZIS 2010, 168 (171 f.) m.w.N.

2. Reichweite

Wie bereits erwähnt, wurde ein derartiges Konzept in der älteren Literatur bereits angedacht. Dass es sich nicht durchsetzen konnte, beruht wohl auf einem Missverständnis, worin das maßgebliche Kriterium besteht, von dem es abhängt, ob in der einem Erfolgseintritt nachfolgenden Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands eine eigenständige Unterlassungsstrafbarkeit liegt. *Hruschka* stellt insoweit darauf ab, ob ohne das Zutun des Täters „eine Vermehrung oder Steigerung des aufgrund des aktiven Tuns eingetretenen Schadens bewirkt werden“ kann, wobei er sich auf die Rechtsgutsbeeinträchtigung bezieht.⁵² Nicht ausreichend sei hingegen die Nicht-Beseitigung des bereits eingetretenen Schadens, weil Wiedergutmachung nicht die Aufgabe des Strafrechts sei.⁵³

Schmitz wendet sich in seiner Habilitationsschrift gegen dieses Konzept *Hruschkas*:⁵⁴ Die allgemeinen Grundsätze passten nicht zu den Beispielen, die *Hruschka* liefere. So sei nach *Hruschka* der Hausfriedensbruch eine Dauerstraftat, solange der Eindringling den Raum nicht verlasse. Tatsächlich aber liege im Verweilen keine Steigerung des Unrechts, sondern nur dessen Nichtbeseitigung. Umgekehrt müsse entgegen *Hruschka* die üble Nachrede eine Dauerstraftat sein, weil die falsche Tatsachenbehauptung jederzeit weitergetragen werden könne, wodurch die Herabwürdigung des Opfers vertieft werde.

Diese Kritik mag zwar im Detail zutreffen. Sie widerlegt jedoch nicht die Brauchbarkeit des Ansatzes insgesamt, an den Unterlassungscharakter der Dauerdelikte anzuknüpfen. Zutreffend ist insbesondere der Ausgangspunkt *Hruschkas*, dass Gegenstand eines separaten Strafvorwurfs nicht die Nicht-Wiedergutmachung sein kann. Zwar entsteht infolge der vorsätzlichen Beschädigung einer Sache zivilrechtlich die Pflicht zur Reparatur. Daraus folgt aber keine strafrechtliche Garantienpflicht, die bei Nichterfüllung des Anspruchs auf Naturalrestitution zu einer weitergehenden Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung durch Unterlassen führt.⁵⁵

Bezugspunkt einer solchen Pflicht ist aber nicht abstrakt die Beeinträchtigung des jeweils geschützten Rechtsguts, sondern der jeweilige formal-tatbestandsmäßige Erfolg. Nach dem heutigen Stand der Unterlassungsdogmatik ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut des § 13 StGB, der allerdings im Zeitpunkt der Veröffentlichung *Hruschkas* noch nicht in Kraft war. Ein vollendetes Unterlassungsdelikt kann nur dann vorliegen, wenn durch das Unterlassen ein Erfolg⁵⁶ nicht abgewendet wird. Dies ist freilich nur in Bezug auf solche Erfolge möglich die – bezogen auf den Zeitpunkt des Unterlassens – noch in der Zukunft liegen. Der Gedanke *Hruschkas*, es müsse zu einer Unrechtsvertiefung kommen, ist also

⁵² *Hruschka*, GA 1968, 193 (198).

⁵³ *Hruschka*, GA 1968, 193 (198).

⁵⁴ Zum Folgenden *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2001, S. 38 ff.

⁵⁵ Unklar insoweit aber *Walter* (Fn. 14 – Leipziger Kommentar), Vor §§ 13 ff. Rn. 62.

⁵⁶ Näher zum Erfolgsbegriff in § 13 StGB vgl. *M. Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB (erscheint demnächst).

in dem Sinne zutreffend, dass ein weiterer tatbestandlicher Erfolg eintreten (können) muss.

Legt man diese Überlegung zugrunde, ergibt sich folgendes: Verletzt man jemanden, so ist man so lange nicht als Garant dazu verpflichtet, für eine Heilbehandlung zu sorgen, wie die Verletzung nicht die Gefahr birgt, sich auszubreiten oder sonstige Sekundärfolgen nach sich zu ziehen. Besteht jedoch ein solches Risiko, liegt in den zu befürchtenden weiteren Gesundheitsschäden ein separater (drohender) Erfolg, den es abzuwenden gilt; dies ist auch etwa in der Rechtsprechung des BGH anerkannt⁵⁷. In einem vergleichbaren Sinne kann – nach einem Beispiel von *Mitsch* – eine Sachbeschädigung durch Unterlassen begehen, wer zunächst ein fremdes Tier verletzt, das infolge der Verletzung nicht mehr zu fressen in der Lage ist und verhungert.⁵⁸

Anders liegen die Dinge etwa beim Diebstahl. Fraglos wird durch die Wegnahme eine rechtswidrige Besitzlage geschaffen. Solange das Diebesgut nicht zurück zum Eigentümer gelangt, kann dieser sein Eigentumsrecht (§ 903 BGB) nicht ausüben, weshalb bei einem Abstellen auf die Rechts-gutsbeeinträchtigung ein Dauerzustand vorliegt. Gleichwohl kommt eine nachfolgende Unterlassungsverantwortlichkeit nicht in Betracht; denn der Erfolg – nämlich der Verlust des Gewahrsams an eine andere Person – kann nicht mehr vertieft werden: der Berechtigte kann nicht weniger als gar keinen Gewahrsam an der Sache haben.

Dasselbe gilt für den Hausfriedensbruch: Auf Rechtsgutsebene erhält derjenige, der im Raum verbleibt, zwar die Verletzung des Hausrechts⁵⁹ aufrecht. Der formale Erfolg des Eindringens ist aber bereits mit dem körperlichen Überschreiten der gegenständlichen Grenze abgeschlossen⁶⁰ und kann nicht gesteigert werden. Eine Unterlassungsstrafbarkeit ist nach § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB ohnehin nur mit der einschränkenden Maßgabe möglich, dass der ohne Befugnis Verweilende vom Berechtigten aufgefordert wurde, sich zu entfernen. Diese gesetzliche Wertung ist somit *lex specialis* zu allgemeinen Unterlassungsüberlegungen und darf nicht durch diese unterlaufen werden. In Ermangelung einer teilnahmefähigen Haupttat begeht daher derjenige, der dem bislang unbemerkten Hausbesetzer Essen bringt, keine Beihilfe zum Hausfriedensbruch.

IV. Fazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass auch althergebrachte dogmatische Differenzierungen stets hinterfragt werden sollten. Dies gilt insbesondere dann, wenn vermeintliche Ausnahmen von klaren gesetzlichen Vorgaben oder grundlegenden dogmatischen Strukturen konstruiert werden. Das Konzept der Dauerdelikte macht deutlich, dass zuweilen mit sinnvollen Einsichten nur deshalb gebrochen wird, um bestimmte Ergebnisse im Einzelfall produzieren zu können –

und zwar auch dann, wenn dies gar nicht notwendig ist, sondern auch durch konsequente Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Kategorien erreicht werden kann. Insofern werden die folgenden Kernthesen zur Diskussion gestellt:

- (Erfolgs-)Delikte sind mit dem (ersten) Eintritt des tatbestandsmäßiges (End-)Erfolgs vollendet. Nichts anderes gilt für Sachverhalte, in denen ein andauernder Zustand herbeigeführt wird.
- Droht infolgedessen aber ein weiterer Erfolgseintritt, so ist der ursprüngliche Täter regelmäßig gemäß der ihm obliegenden Ingerenzgarantenstellung dazu verpflichtet, diesen abzuwenden. Tut er dies trotz bestehender Möglichkeiten nicht, so besteht eine strafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit.
- (Nur) In Bezug auf diese Unterlassungsverantwortlichkeit bestehen nach dem ersten Erfolgseintritt noch Beteiligungsmöglichkeiten.
- Der Beginn der Strafverfolgungsverjährung für das Unterlassungsdelikt ist getrennt von derjenigen in Bezug auf die ursprüngliche erste durch aktives Tun bewirkte Erfolgsherbeiführung zu betrachten.
- Dauerdelikte sind keine abstrakte Kategorie mit dogmatischen Besonderheiten, sondern allenfalls eine phänomenologische Beschreibung des soeben Gesagten.

⁵⁷ Vgl. implizit auch BGH, Urt. v. 20.7.1995 – 4 StR 129/95 = NJW 1995, 3194.

⁵⁸ *Mitsch* (Fn. 2), § 21 Rn. 75.

⁵⁹ Bspw. *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 38), § 123 Rn. 1 m.w.N.

⁶⁰ Dazu bspw. *Kuhli* (Fn. 59), § 123 Rn. 26 f. m.w.N.

Das Strafrecht zwischen dem manifesten und dem wissenschaftlichen Weltbild Zugleich eine Studie über die Grenzen einer Neurodogmatik des Vorsatzes*

Von Dr. José Carlos Porciúncula, Brasília**

Nach einer modernen Strömung innerhalb des Strafrechts ist es dringend notwendig, die traditionellen alltagspsychologischen Begriffe des Vorsatzes durch einen Begriff zu ersetzen, der mit den Kategorien der kognitiven Neurowissenschaft kompatibel ist. Man spricht daher von der dringenden Notwendigkeit, eine Neurodogmatik des Vorsatzes zu entwickeln. Diese Arbeit versucht, die Unmöglichkeit dieses Projektes aufzuzeigen, das nicht nur die vielfältigen normativen Dimensionen des Vorsatzes ignoriert, sondern auch seine wahre Funktion.

I. Einleitung

Wilfrid Sellars verdanken wir die aufschlussreiche Beobachtung, dass die Hauptquelle der philosophischen Probleme unserer Zeit im Konflikt zwischen einem „manifesten Bild“ (manifest image) und einem „wissenschaftlichen Bild“ (scientific image) der Welt liegt. Das „manifeste Bild“, betonte Sellars, entspricht der Welt, wie sie in unserem Alltag erscheint, voller fester Objekte, Farben, Aromen, Wünsche, Überzeugungen, Absichten oder selbst Verträge. Das „wissenschaftliche Bild“ der Welt, wie der Ausdruck schon sagt, bezieht sich auf die Art und Weise, wie die Wissenschaft sie darstellt, und besteht aus Zellen, Molekülen, Atomen, Elektronen und Quarks.¹

Mutatis mutandis können wir heute dasselbe über das Strafrecht sagen: Tatsächlich haben einige der aktuellen und faszinierendsten vexatae quaestiones unserer Disziplin ihren Ursprung genau in der Spannung zwischen der wissenschaftlichen Ontologie und jener, die der common sense zeigt. Das lässt sich an mindestens zwei Kategorien der Straftat eindeutig aufzeigen: bei der Schuld und neuerdings beim subjektiven Tatbestand. In Bezug auf die Schuld gab es in den letzten drei Jahrzehnten eine intensive Diskussion über den vermeintlichen neurowissenschaftlichen Nachweis der Nichtexistenz des freien Willens des Menschen und seine möglichen (oder nicht möglichen) Folgen für diese Kategorie.²

* Diese Arbeit wurde im Rahmen des folgenden Forschungsprojekts geschrieben: „Derecho penal y comportamiento humano“. Referenz: RTI2018-097838-B-I00 (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España). Projektleitung: Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, abrufbar unter <https://blog.uclm.es/proyectedpchl/> (9.11.2023).

** Der Verf. ist Doktor der Rechts- und Kriminalwissenschaften (Universität Barcelona, Spanien).

¹ Sellars, in: Colodny (Hrsg.), *Frontiers of Science and Philosophy*, 1962, S. 37. Zu dieser Frage siehe auch Dennett, *Intuition Pumps and Other Tools for Thinking*, 2013, S. 69 ff.; ders., *From Bacteria to Bach and Back, The Evolution of Minds*, 2017, S. 60 ff.

² Siehe zu diesem Thema in verschiedenen Perspektiven: Libet/Gleason/Wright/Pearl, in: *Neurophysiology of consciousness, Selected papers and new essays by Benjamin Libet*, 1993, S. 249; Libet, in: *Neurophysiology of consciousness*,

Was den subjektiven Tatbestand betrifft, entsteht der Gegensatz zwischen dem „manifesten Bild“ und dem „wissenschaftlichen Bild“ der Welt aus den allerneuesten Überlegungen zu den Möglichkeiten einer „Neurodogmatik des Vorsatzes“.³ Im vorliegenden Beitrag konzentrieren wir uns auf die letztere Frage.

In einem 2020 veröffentlichten Artikel vertritt José Manuel Paredes Castañon, einer der prominentesten spanischen

ness, S. 269; ders., *Mind Time, The temporal factor in consciousness*, 2004, S. 33 ff., 123 ff.; Prinz, *Psychologische Rundschau* 49 (1998), 10; ders., in: Maasen/Prinz/Roth (Hrsg.), *Voluntary action, Brains, minds, and sociality*, 2003, S. 21; ders., in: Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit, Zur Deutung der neuesten Experimente*, 2004, S. 20; Roth, *Fühlen, Denken, Handeln, Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2001, passim; ders., in: Dölling (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, S. 43; ders., in: Maasen/Prinz/Roth (a.a.O.), S. 115; ders., in: Geyer (a.a.O.), S. 66; ders., in: Frey/Störmer/Willführ (Hrsg.), *Homo Novus – A Human Without Illusions*, 2010, S. 231; ders./Lück/Strüber, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 126; Singer, in: Geyer (a.a.O.), S. 30; ders., *Vom Gehirn zum Bewußtsein*, 2006, passim; G. Merkel, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, 2008, S. 3; Schiemann, *NJW* 2004, 2056; Spilgies, *HRRS* 2004, 217; ders., *ZIS* 2007, 155; Lüderssen, in: Geyer (a.a.O.), S. 98; Walter, in: Hoyer/Müller/Pawlik (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 131; Pustilnik, *Wake Forest Law Review* 2009, 183; Hassemer, *InDret* 2 (2011), 1; Hillenkamp, in: ders. (Hrsg.), *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?*, 2006, S. 85; Günther, in: Maasen/Prinz/Roth (a.a.O.), S. 263; ders., *KJ* 2006, 116; ders., in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, S. 71; Jakobs, *ZStW* 117 (2005), 247; Demetrio Crespo, *InDret* 2 (2011), 1; Feijóo Sánchez, *InDret* 2 (2011), 1; Luzón Peña, *InDret* 3 (2012), 1; Morse, in: Garland (Hrsg.), *Neuroscience and the law, Brain, Mind, and the Scales of Justice*, 2004, S. 157; Duttge, in: ders. (Hrsg.), *Das Ich und sein Gehirn, Die Herausforderung der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht*, 2009, S. 13; Streng, in: Duttge (a.a.O.), S. 97; Roxin/Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl.* 2020, § 19 Rn. 52a ff.; Moore, *Mechanical Choices, The Responsibility of the Human Machine*, 2020, insbesondere S. 379 ff.

³ Gebrauch des Ausdrucks „Neurodogmatik des Vorsatzes“, Greco, in: Demetrio Crespo (Hrsg.), *Derecho Penal y Comportamiento Humano, Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, 2022, S. 161 (168); Demetrio Crespo, in: ders. (a.a.O.), S. 17 (20).

Juristen, eine radikale Ersetzung der traditionellen, auf der Alltagspsychologie (folk psychology) basierenden Konzeptionen des Vorsatzes durch eine Konzeption, die mit den Kategorien der modernen kognitiven Neurowissenschaften vereinbar ist.⁴ Nach *Paredes Castañon* würde sich diese drastische Änderung des Ansatzes des Vorsatzes folgendermaßen rechtfertigen:

„Wenn wir von Vorsatz sprechen oder versuchen, ihn mit dem Vokabular der Common-Sense-Psychologie zu beweisen, gibt es keine Garantie, dass sich unsere Aussagen oder unsere Beweise tatsächlich auf authentische mentale Zustände des Täters beziehen. Was allen zu denken geben sollte, die so wie ich vertreten, dass die Vorsätzlichkeit eines Verhaltens weiterhin ein relevantes Kriterium für die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Täters sein sollte. Diese wertende Annahme ernstzunehmen, bedeutet heute zu akzeptieren, dass wir unsere Sprache und unseren Begriffsapparat bei der Definition des Begriffs Vorsatz und dem Versuch, ihn zu beweisen, vollständig austauschen müssen: dass wir die Zuschreibung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Vorsatz-Delikte auf mehr stützen müssen als auf rein psychosoziale Zurechnungsurteile (das einzige, was das Vokabular der propositionalen Einstellungen erlaubt). Und dass dies erfordert, den Diskurs der Common-Sense-Psychologie aufzugeben und stattdessen die Konzepte und Kategorien der Kognitionswissenschaft zu akzeptieren“.⁵

2022 vertrat auch eine prominente spanische Juristin, *Mercedes Pérez Manzano*, die Notwendigkeit einer authentischen Neurodogmatik des Vorsatzes. Auf einer ähnlich der von *Paredes Castañon* eingeführten Linie sagt *Pérez Manzano*:

„Die Psychologie und die kognitiven Neurowissenschaften generieren Wissen über die Funktionsweise des Gehirns, indem sie die kognitiven Prozesse und Entscheidungsfindungsprozesse entwickeln, die sich auf das auswirken, was wir unter Vorsatz und seinen Elementen verstehen, da diese Prozesse die biologische Grundlage bilden, welche die Funktionen generiert, die die subjektive Verbindung des Subjekts mit seiner Umgebung und mit den von ihm ausgeführten Handlungen ermöglichen. Obwohl diese psychische Verbindung nicht all das erschöpft, was Vorsatz bedeutet und erfordert, muss der Begriff des Vorsatzes mit der Erklärung und Bedeutung übereinstimmen, die die Psychologie und die kognitive Neurowissenschaft diesen biologischen Prozessen und Funktionen der persönlich-subjektiven Verbindung mit der umgebenden Realität verleihen“.

⁴ *Paredes Castañon*, in: De Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañon/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba (Hrsg.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 Aniversario*, Bd. 1, 2020, S. 875. Schon zuvor *ders.*, *AFD* 18 (2001), 67.

⁵ *Paredes Castañon* (Fn. 4), S. 884, Übersetzung des *Verf.*

Daher sei es erforderlich, „[...] die theoretischen Entwicklungen dieser Wissenschaften in die Vorsatzdogmatik einzuarbeiten, was impliziert, gegebenenfalls den Begriff des Vorsatzes von der wissenschaftlichen Neufundierung seiner Elemente her zu aktualisieren. Wie bereits von anderen Autoren bemerkt, geschah die Konzeptualisierung der psychischen Zustände oder psychischen Prozesse, welche die Elemente des Vorsatzes ausmachen, im Rahmen von weitgehend veralteten wissenschaftlichen Erkenntnissen“.⁶

Trotz unterschiedlicher Nuancen liegt der Konvergenzpunkt der Ansätze von *Paredes Castañon* und *Pérez Manzano* gleichsam darin, dass sie auf ein Programm setzen, das im Rahmen der Philosophie des Geistes als eliminativer Materialismus (eliminative materialism) bekannt wurde.

In den folgenden Zeilen wird wie folgt vorgegangen: Zunächst folgt eine kurze Darstellung einer zeitgenössischen Version des eliminativen Materialismus, die der kanadische Philosoph *Paul Churchland* entwickelt hat. Ihr Ziel ist, einige Punkte des Programms zu erläutern, das *Paredes Castañon* und *Pérez Manzano* auf den Bereich des Vorsatzes übertragen wollen (II.). Danach soll nicht nur aufgezeigt werden, dass an der Alltagspsychologie nichts auszusetzen ist, sondern auch argumentiert werden, dass ihr unvermeidlich normativer Charakter den eliminativen Materialismus zu einer undurchführbaren Alternative macht (III.). Als damit zusammenhängende Frage wird dargelegt, dass die normativen Dimensionen der Alltagspsychologie vielfältig sind, d.h., Dritten werden mentale Zustände zugeschrieben (Überzeugungen, Wünsche usw.), nicht nur, um Verhalten zu erklären und vorherzusagen, sondern auch, um es zu bewerten und zu regulieren (IV.). Abschließend wird aufgezeigt, wie die Erklärung der multiplen normativen Dimensionen der Alltagspsychologie zu einer adäquaten Konzeption des Vorsatzes beitragen kann (V.).

II. Der eliminative Materialismus

Schon Autoren wie *Feyerabend*⁷, *Rorty*⁸ und *Quine*⁹ entwarfen eine Vorform des Materialismus, nämlich den eliminativen. Für diese philosophische Strömung existieren auf der Welt nur Atome, und die einzigen existierenden Eigenschaften sind diejenigen, die sich aus der Wechselwirkung zwischen ihnen ableiten. Innerhalb dieser Theorie ist kein Raum für Phänomene, die nicht mittels der Physik beschrieben werden können, wie es bei mentalen Zuständen der Fall ist. Genau wie Kobolde und Gespenster wären mentale Zustände

⁶ *Pérez Manzano*, in: Demetrio Crespo (Fn. 3.), S. 393 (395 f.), Übersetzung des *Verf.* Schon zuvor *dies.*, in: García Valdés/Valle Mariscal de Gante/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao (Hrsg.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Bd. 2, 2008, S. 1453.

⁷ *Feyerabend*, in: *Realism, rationalism and scientific method*, 1985, S. 161; *ders.*, in: Rosenthal (Hrsg.), *The Nature of Mind*, 1991, S. 266.

⁸ *Rorty*, *Review of Metaphysics* 19 (1965), 24; *ders.*, *Philosophy and the mirror of nature*, 1979, S. 70 ff.

⁹ *Quine*, *The ways of Paradox and other essays*, 1976, S. 221; *ders.*, in: Rosenthal (Fn. 7), S. 287.

absolut inhaltsleere Wesenheiten, die vom common sense postuliert werden.

Eine zeitgenössische Variante des eliminativen Materialismus wurde vom kanadischen Philosophen *Paul Churchland* entwickelt.¹⁰ Beginnen wir die Darlegung von *Churchlands* Gedanken mit einer Beobachtung: Es ist durchaus üblich, das Verhalten von Menschen zu erklären und vorherzusagen, indem man sich auf mentale Zustände beruft. So sagen wir zum Beispiel, dass X am Freitag nicht zum Treffen mit Y gekommen sei, weil *er glaubte*, man habe sich für Samstag verabredet, oder dass X ins Kino gegangen sei, weil er den Film sehen *wollte*, oder sogar, dass X zu der und der Party gehen wird, weil er Y treffen *will*.

Das ist Alltagspsychologie. Wie man sieht, ist die Alltagspsychologie nichts weiter als die Bezeichnung, die der Fähigkeit gegeben wird, die jeder von uns hat, ein Verhalten zu erklären und vorherzusagen, indem er auf mentale Zustände zurückgreift.

Churchlands Projekt besteht nun gerade darin, zu versuchen, die von der Alltagspsychologie formulierten (und von ihm als völlig falsch erachteten) Prinzipien durch das ausgeklügelte Begriffsrepertoire der Neurowissenschaften zu ersetzen.¹¹ Er wirft der Alltagspsychologie vor, eine primitive und oberflächliche Theorie zu sein, die nicht in der Lage sei, ein breites Spektrum psychischer Phänomene zu erklären, wie etwa die Natur und Dynamik von Geisteskrankheiten, die Fähigkeit zur kreativen Vorstellungskraft, die unterschiedlichen menschlichen Intelligenzniveaus, die Funktionen des Traumes, die Erinnerung usw.

Das Hauptobjekt von *Churchlands* Kritik sind die propositionalen Einstellungen (Überzeugungen, Wünsche usw.). Da es nach *Churchland* keine materielle Entität gibt, die mentalen Zuständen mit propositionalem Inhalt entspräche, ist ihre Verwendung zur Erklärung und Vorhersage von Verhalten ein offensichtlich falsches Verfahren.¹² *Churchland* betont, die Alltagspsychologie sei eine sterile Theorie, die seit zwei oder drei Jahrtausenden praktisch stagniert. Nach seiner Einschätzung wären wir bei der Erklärung des mensch-

lichen Verhaltens nur unbedeutend besser als der große griechische Dramatiker Sophokles.¹³

Weiterhin argumentiert *Churchland* kritisch, die Alltagspsychologie sei unvereinbar mit dem Set (corpus) des Wissens, das wir Menschen über Jahrhunderte und Jahrhunderte erworben haben. In seinen eigenen Worten:

„If we approach homo sapiens from the perspective of natural history and the physical sciences, we can tell a coherent story of his constitution, development, and behavioral capacities which encompasses particle physics, atomic and molecular theory, organic chemistry, evolutionary theory, biology, physiology, and materialistic neuroscience. That story, though still radically incomplete, is already extremely powerful, outperforming folk psychology at many points even in its own domain. And it is deliberately and self-consciously coherent with the rest of our developing world Picture [...]. But folk psychology is no part of this growing synthesis.“¹⁴

Die von *Churchland* versprochene Revolution wäre ein Superlativ: Es käme der Tag, an dem wir unser Verständnis mentaler Zustände auf der Grundlage eines angemessenen Rahmenkonzepts (conceptual framework) neu formulieren würden. Wir würden Begriffe wie Glauben, Verlangen usw. aus unseren Erklärungen und Vorhersagen verbannen und auf Aktivitäten in bestimmten Bereichen des Gehirns und auf physikalisch-chemische Gesetzmäßigkeiten zurückgreifen.¹⁵

III. Kritiken am eliminativen Materialismus

Eine der konsequentesten Kritiken an der eliminativistischen These kommt von dem britischen Philosophen *Peter Hacker*. *Hacker* argumentiert zunächst, dass entgegen der Behauptung von *Churchland* die Alltagspsychologie nicht theoretischen Charakters ist, sondern dass ihr Vokabular aus alltäglichen Konzepten besteht.¹⁶ Es ist daher nicht sinnvoll, der Alltagspsychologie anzulasten, dass sie nicht in der Lage ist, bestimmte Phänomene zu erklären, z.B. die Natur und Dynamik von Geisteskrankheiten, die Fähigkeit zur kreativen Vorstellungskraft usw. Das ist nicht ihre Aufgabe! Sie dafür zu beschuldigen wäre genauso absurd, wie unserer gewöhnlichen Sprache bezüglich der Objekte (Tische, Stühle, Steine usw.) die Schuld dafür zu geben, dass sie keine Lösungen für Probleme in der Physik vorschlagen kann.¹⁷ Auch ist zu beachten, dass allein schon die Tatsache, dass die Alltagspsychologie keinen theoretischen Charakter hat, ausreicht, damit sie gegen *Churchlands* Kritik immun ist, sie habe seit dem antiken Griechenland keine bedeutenden Fortschritte gemacht. Denn, wie *Hacker* anführt, mag der Begriff des Fortschritts in der Wissenschaft angemessen sein, aber im Kontext der Alltagspsychologie besitzt er keinen Sinn.

¹⁰ *Churchland*, in: Heil (Hrsg.), *Philosophy of Mind, a guide and anthology*, 2004, S. 382; *ders.*, *Matter and Consciousness*, 1988, passim. Der *Verf.* lässt in der Darstellung bewusst eine andere zeitgenössische Version des eliminativen Materialismus aus, nämlich diejenige, die von *Patricia Churchland* entwickelte wurde und auf der Sprache der Gedankentheorie (language of thought) von *Jerry Fodor* basiert. Siehe unter den Arbeiten der genannten Autorin z.B.: *Neurophilosophy: toward a unified science of the mind-brain*, 1986, passim. Einen hervorragenden Überblick über den eliminativen Materialismus bieten *Beckermann*, *Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes*, 3. Aufl. 2008, S. 269 ff.; *Armstrong*, *The Mind-Body Problem*, 1999, S. 91 ff.; bzgl. juristischer Werke siehe die Behandlung des Themas in der eindrucksvollen Arbeit von *Stuckenberg*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, S. 93 ff.

¹¹ *Churchland* (Fn. 10), S. 382.

¹² *Churchland* (Fn. 10), S. 43 ff.

¹³ *Churchland* (Fn. 10), S. 387 f.

¹⁴ *Churchland* (Fn. 10), S. 388 f.

¹⁵ *Churchland* (Fn. 10), S. 44 f.

¹⁶ *Hacker*, in: *Schroeder* (Hrsg.), *Wittgenstein and Contemporary Philosophy of Mind*, 2001, S. 60 (63 ff.).

¹⁷ *Hacker* (Fn. 16), S. 76 f.

Hacker weist auch das Ansinnen *Churchlands* zurück, unsere gewöhnlichen Interpretationen des menschlichen Verhaltens durch physikalisch-chemische Erklärungen zu ersetzen. *Hacker* sagt: Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass das Vokabular der Psychologie auf das Vokabular der Neurowissenschaften reduzierbar sei, genau wie es keinen Grund gibt anzunehmen, dass das Vokabular der Ethik und Ästhetik auf das Vokabular der Physik, Chemie oder Neurobiologie reduzierbar sei.¹⁸

Ebenso eindringlich ist die Verteidigung der Alltagspsychologie durch den amerikanischen Philosophen *Daniel Dennett*. *Dennett* versteht die Alltagspsychologie als die uns allen innewohnende Fähigkeit, ein Verhalten (von Menschen, Tieren oder sogar Artefakten) zu erklären und vorherzusagen; als etwas, das so natürlich und (fast immer) unabhängig von der formalen Bildung ist, dass es wahrscheinlich eine genetische Grundlage hat. Wenn wir die Alltagspsychologie anwenden, um ein Verhalten zu erklären und vorherzusagen, nehmen wir das an, was *Dennett* eine intentionale Einstellung nennt (intentional stance).¹⁹

Bei der Erklärung und Vorhersage des Verhaltens eines Menschen oder eines anderen Systems können wir drei Arten der Strategie annehmen: 1. die physikalische, 2. die funktionale und 3. die intentionale.

Bei der physikalischen Strategie geschieht die Erklärung oder Prognose durch eine Analyse der Konstitution und physikalischen Natur des Objekts.

Beispiel: Man kann die Explosionskraft eines bestimmten Stoffes berechnen, wenn man seine chemischen Eigenschaften kennt.

Bei der funktionalen Strategie erfolgt die Erklärung oder Vorhersage des Verhaltens durch eine Untersuchung des Objektdesigns.

Beispiel: Man muss kein Ingenieur oder Mechaniker sein, um die Reaktionen eines Autos auf der Straße vorherzusehen.

Bei der intentionalen Strategie schließlich durchläuft die Erklärung oder Vorhersage des Verhaltens die folgenden Phasen: Zunächst muss die Entität (Person, Tier oder Artefakt) als rationaler Agent behandelt werden; sodann versucht man herauszufinden, welche Überzeugungen und Wünsche sie als solcher und unter Berücksichtigung ihres Ortes in der Welt haben *sollte*, und schließlich ist zu berücksichtigen, dass diese Entität handeln wird, um im Lichte ihrer Überzeugungen ihre Ziele zu erreichen.²⁰

Dennett sieht zu Recht in der intentionalen Strategie eine Interpretationsmethode von großem heuristischem Wert, die in unserem täglichen Leben präsent ist und ständig angewandt wird. Übrigens ist, wie *Dennett* feststellt, die intentionale Strategie das einzige uns zur Verfügung stehende Werk-

zeug, um Überzeugungen und Wünsche zuzuordnen sowie Verhaltensweisen zu interpretieren.²¹ Ihr Erfolg ist unbestreitbar, nicht nur bezüglich uns Menschen, sondern auch bei anderen Tierarten und Artefakten. *Dennett* führt folgendes Beispiel an: Wir wissen, dass ein Thermostat die Heizung abschaltet, wenn es „glaubt“, dass der Raum die gewünschte Temperatur erreicht hat.²² Für *Dennett* ist also die intentionale Einstellung ein außerordentlich mächtiges Werkzeug für Erklärung und Vorhersage.²³ Wenn er von Überzeugungen und Wünschen spricht, dann spricht er nicht von konkret existierenden Entitäten, sondern eher von abstrakten oder von logischen Konstrukten wie Schwerpunkten oder Kraftparallelogrammen.²⁴ Daher vertritt er, wie er es selbst nennt, einen „milden Realismus“ (mild realism).²⁵

Schließlich ist es für die Absichten dieser Arbeit noch wichtig, zu betonen, dass die intentionale Einstellung und damit die Alltagspsychologie selbst einen normativen Charakter besitzt: Sie erklärt oder prognostiziert, was wir glauben und wollen, indem sie bestimmt, was wir als vernünftige Wesen glauben oder wollen sollten (ought to).²⁶ Nun gut, wenn die Alltagspsychologie also einen *intrinsisch* normativen Charakter hat, dann kann sie, im Gegensatz zu dem, was *Churchland* vertritt, nicht durch ein Projekt wie den eliminativen Materialismus ersetzt werden.

IV. Die vielfältigen normativen Dimensionen der Alltagspsychologie

Gezeigt wurde, dass die intentionale Einstellung als Grundlage der Alltagspsychologie eine Interpretationsmethode von großem heuristischem Wert ist, von der wir täglich abhängig sind.²⁷ Ihr Erfolg bei der Erklärung und Vorhersage von Verhalten ist unbestreitbar.²⁸ Und das ist etwas wirklich Beeindruckendes: Wir liegen tatsächlich mit unseren Erklärungen und Vorhersagen fast immer richtig, auch wenn wir nicht genau wissen, was zum Beispiel im Inneren des Schädels eines Menschen vor sich geht.²⁹ Darin liegt die erste normative Dimension der intentionalen Einstellung und folglich der Alltagspsychologie selbst: Wir erklären und prognostizieren das Verhalten eines bestimmten (vermutlich rationalen) Akteurs und versuchen herauszufinden, welche Überzeugungen und Wünsche er haben sollte (ought). Herausgearbeitet wurde

²¹ *Dennett* (Fn. 19), S. 21.

²² *Dennett* (Fn. 19), S. 22.

²³ *Dennett* (Fn. 19), S. 24.

²⁴ *Dennett*, *The Journal of Philosophy* 88 (1991), 27 (27 ff.); *ders.*, in: Heil (Fn. 10.), S. 298 (306).

²⁵ *Dennett*, *The Journal of Philosophy* 88 (1991), 27 (30 f.). Kritisch gegenüber dieser Position jedoch: *Bennett/Hacker*, *Philosophical Foundations of Neuroscience*, 2003, S. 430 f.; *Gabriel*, *Ich ist nicht Gehirn, Philosophie des Geistes für das 21. Jahrhundert*, 2015, S. 136 ff.

²⁶ *Dennett* (Fn. 24), S. 306.

²⁷ In jeder Hinsicht *Dennett* (Fn. 24), S. 302.

²⁸ *Dennett*, *The Journal of Philosophy* 88 (1/1991), 27 (27 ff.); *ders.* (Fn. 1 – Intuition Pumps), S. 77; *ders.* (Fn. 1 – Bacteria), S. 380.

²⁹ So zutreffend *Dennett* (Fn. 1 – Intuition Pumps), S. 74.

¹⁸ *Hacker* (Fn. 16), S. 77.

¹⁹ *Dennett*, *The intentional instance*, 1989, passim.

²⁰ *Dennett* (Fn. 19), S. 16 f.

zudem, dass es genau diese primordiale normative Dimension der Alltagspsychologie ist, die ein Projekt wie den eliminativen Materialismus vollständig unmöglich macht.

In den folgenden Zeilen sollen das normative Spektrum der Alltagspsychologie erweitert und damit zusätzliche Gründe für die Unmöglichkeit eines Projekts wie des eliminativen Materialismus angeführt werden. Es geht darum, dass wir Dritten mentale Zustände (Überzeugungen, Wünsche usw.) zuschreiben, um Verhaltensweisen nicht nur zu erklären und vorherzusagen, sondern auch, um sie zu *bewerten* und zu *regulieren*.³⁰

Stellen wir uns folgende Situation aus unserem Alltag vor: Ein träger Student wird unzählige Male von seinem Vater gewarnt, dass er die Prüfungen nicht bestehen wird, wenn er seine Einstellung nicht ändert. Der Student ändert sein Verhalten nicht und fällt tatsächlich durch. Stellen wir uns nun vor, dass der Student, als er seinem Vater die schlechte Nachricht überbringt, klagt: „Ich *wollte* nicht durchfallen“. Der Vater würde natürlich antworten: „Das *wolltest* Du wohl, schließlich hast Du Dein Studium total vernachlässigt!“³¹ Durch die Zuschreibung dieses mentalen Zustandes will der Vater das Verhalten des Sohnes nicht nur erklären, sondern sein Verhalten auch tadeln und für die Zukunft zu ändern suchen. Wenn wir also Dritten mentale Zustände zuschreiben, versuchen wir manchmal nicht nur, ein bestimmtes Verhalten zu erklären, sondern es auch zu ändern: Wir wollen jemand ermutigen oder sogar tadeln und damit versuchen, verständliche Muster für ein gutes Verhalten zu schaffen.³² Daher sprechen wir in solchen Fällen nicht mehr vom Einsatz der Alltagspsychologie als einfaches Instrument zur Interpretation, zum Gedankenlesen (mind reading), sondern zur Formung, zum mind shaping.³³ Diese normativen Dimensionen der Alltagspsychologie sind immer wieder miteinander verflochten.

Das oben dargelegte Konzept wird von Forschungen im Rahmen der sogenannten experimentellen Philosophie bestätigt. Schon 2003 begann *Joshua Knobe*, einer der führenden Köpfe dieses aufstrebenden Gebietes, die entscheidende Rolle normativer Überlegungen bei der Zuschreibung mentaler Zustände aufzuzeigen. *Knobe* ging genau von der Hypothese aus, dass die Bewertung des moralischen Status einer Handlung die Meinung der Menschen über ihren intentionalen Charakter beeinflussen oder nicht beeinflussen könnte.³⁴

³⁰ Zu diesen „zusätzlichen“ Dimensionen der Alltagspsychologie siehe *McGeer*, in: Hutto/Ratcliffe (Hrsg.), *Folk Psychology Re-Assessed*, 2007, S. 137; *Zawidzki*, *Philosophical Explorations* 11 (2008), 193; *ders.*, in: Huebner (Hrsg.), *The Philosophy of Daniel Dennett*, 2018, S. 36; *Kalis*, *Frontiers in Psychology* 10 (2019), 1.

³¹ Beispiel entnommen aus *Greco*, in: Silva Dias (Hrsg.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, 2009, S. 885 (887).

³² *McGeer* (Fn. 30), S. 149.

³³ *McGeer* (Fn. 30), S. 137; *Zawidzki*, *Philosophical Explorations* 11 (2008), 193; *ders.* (Fn. 30), S. 43 ff.; *Kalis*, *Frontiers in Psychology* 10 (2019), 1.

³⁴ Ein hervorragender Überblick über die Forschungen von

Um diese Hypothese zu testen, präsentierte *Knobe* 78 Freiwilligen die folgenden Fälle:³⁵

- Fall a) – Schaden für die Umwelt: Der Vizepräsident eines Unternehmens geht zum Präsidenten des Unternehmens und sagt: „Wir denken darüber nach, ein neues Programm zu starten. Es wird unsere Gewinne steigern, aber es wird auch der Umwelt schaden.“ Der Präsident des Unternehmens antwortet: „Es ist mir egal, ob wir der Umwelt schaden. Ich will nur so viel Profit wie möglich. Wir starten dieses neue Programm.“ Sie starten das neue Programm, und tatsächlich entsteht ein Schaden für die Umwelt.
- Fall b) – Nutzen für die Umwelt: Der Vizepräsident eines Unternehmens geht zum Präsidenten des Unternehmens und sagt: „Wir denken darüber nach, ein neues Programm zu starten. Es wird unsere Gewinne steigern und der Umwelt zugutekommen.“ Der Präsident des Unternehmens antwortet: „Es ist mir egal, ob wir der Umwelt nützen. Ich will nur so viel Profit wie möglich. Wir starten dieses neue Programm.“ Sie starten das neue Programm, und tatsächlich entsteht ein Nutzen für die Umwelt.

Im Fall a) antworteten die meisten (82 %), dass der Präsident des Unternehmens absichtlich Umweltschäden verursacht hat. Im Fall b) antworteten die meisten (77 %), dass der Präsident des Unternehmens den Umweltnutzen nicht absichtlich generiert hat. Das ist ein äußerst bedeutsamer statistischer Unterschied.

Aus Vorsicht hinsichtlich der Schlussfolgerungen, die aus dieser Studie gezogen werden können, führte *Knobe* ein zweites Experiment mit 42 Personen durch. Die vorgestellten Fälle waren wie folgt:³⁶

- Fall a) – Schaden: Ein Leutnant und ein Sergeant waren dabei, eine Militäroperation vorzubereiten. Der Leutnant gibt folgenden Befehl: „Schicken Sie Ihren Trupp auf die Spitze des Thompson Hill“. Der Sergeant erwidert: „Aber wenn ich meinen Trupp auf die Spitze des Thompson Hill schicke, verlegen wir die Männer direkt in die Schusslinie des Feindes, und einige von ihnen werden sicherlich getötet!“ Der Leutnant antwortet: „Ich weiß, dass sie in die Schusslinie des Feindes kommen werden, und ich weiß, dass einige von ihnen getötet werden. Aber mir ist nicht wichtig, was mit unseren Soldaten passiert. Mir ist nur wichtig, die Kontrolle über Thompson Hill zu übernehmen.“ Der Trupp wird auf die Spitze des Thompson Hill geschickt, und wie erwartet, werden einige Soldaten getötet.
- Fall b) – Nutzen: Ein Leutnant und ein Sergeant waren dabei, eine Militäroperation vorzubereiten. Der Leutnant

Knobe findet sich in *Alexander*, *Experimental Philosophy, An Introduction*, 2012, S. 50 ff.

³⁵ *Knobe*, *Analysis* 63 (2003), 190; siehe auch *ders.*, *Philosophical Studies* 130 (2/2006), 203.

³⁶ *Knobe*, *Analysis* 63 (2003), 190; siehe auch *ders.*, *Philosophical Studies* 130 (2006), 203.

gibt folgenden Befehl: „Schicken Sie Ihren Trupp auf die Spitze des Thompson Hill“. Der Sergeant erwidert: „Wenn ich meinen Trupp auf die Spitze des Thompson Hill schicke, bringen wir die Männer aus der Schusslinie des Feindes, und sie werden gerettet!“ Der Leutnant antwortet: „Ich weiß, dass wir sie aus der Schusslinie bringen werden, und ich weiß, dass einige von ihnen getötet würden, wenn wir das nicht täten. Aber mir ist nicht wichtig, was mit unseren Soldaten passiert. Mir ist nur wichtig, die Kontrolle über Thompson Hill zu übernehmen. Der Trupp wird auf die Spitze des Thompson Hill geschickt, und wie erwartet, werden die Soldaten aus der Schusslinie des Feindes gebracht und gerettet.“

Im Fall a) waren die meisten (77 %) der Ansicht, dass der Leutnant die Soldaten absichtlich getötet habe. Im Fall b) gaben die meisten (70 %) an, dass der Leutnant den Soldaten nicht absichtlich geholfen habe. Auch hier gibt es einen statistisch signifikanten Unterschied.

Wie aus den Studien von *Knobe* ersichtlich ist, neigen Menschen wesentlich eher zu Urteilen, dass ein Akteur eine Nebenwirkung (side effect) absichtlich hervorgerufen hat, wenn sie eine solche Nebenwirkung als schlecht empfinden, als wenn sie sie als gut empfinden. Diese sehr klare Asymmetrie liefert Belege für die These, dass die Einschätzung des moralischen Status einer Handlung (bzw. ihres Ergebnisses) durch Menschen deren Bewertung bezüglich des absichtlichen oder unabsichtlichen Charakters dieser Handlung unmittelbar beeinflusst.

Den Einfluss moralischer Erwägungen auf die Beurteilung der Intentionalität einer Handlung hat *Knobe* auch in späteren Studien festgestellt, in denen es um Situationen ging, in denen jemand ein bestimmtes Ergebnis anstrebte, aber nicht über die nötige Fähigkeit dazu verfügte. Betrachten wir die folgenden Fälle:³⁷

- Fall a) – Moralisch positives Ergebnis/Fehlende Fähigkeit: Jake will unbedingt einen Schießwettbewerb gewinnen. Er weiß, dass er den Wettkampf nur gewinnen wird, wenn er das Ziel trifft. Er hebt das Gewehr, zielt auf das Ziel und drückt den Abzug. Jake ist jedoch nicht sehr gut im Gebrauch von Gewehren. Seine Hand rutscht ab, und die Waffe geht los. Trotzdem trifft die Kugel das Ziel. Jake gewinnt den Wettbewerb.
- Fall b) – Moralisch negatives Ergebnis/Fehlende Fähigkeit: Jake will reich werden. Er weiß, dass er von seiner Tante ein großes Erbe erhalten wird. Eines Tages sieht er durchs Fenster, dass sie vorbeigeht. Er hebt das Gewehr und zielt in ihre Richtung. Jake ist jedoch nicht sehr gut im Gebrauch von Gewehren. Seine Hand rutscht am Lauf ab, und die Waffe geht los. Trotzdem trifft die Kugel genau das Herz der Dame. Sie ist sofort tot.

In dieser Studie wurden 80 Personen befragt. Im Fall a) sagten nur 28 %, dass Jake das Ziel absichtlich getroffen habe.

³⁷ *Knobe*, *Philosophical Psychology* 16 (2003), 309; siehe auch *ders.*, *Philosophical Studies* 130 (2006), 203.

Im Fall b) sagten 76 %, dass Jake das Ziel absichtlich getroffen habe. Erneut lässt sich ein statistisch relevanter Unterschied feststellen, der nur die Konzeption bestätigt, nach der moralische Erwägungen die Einschätzung des absichtlichen oder unabsichtlichen Charakters einer Handlung stark beeinflussen.

Im Jahr 2009 erweiterte *Knobe* (zusammen mit *Pettit*) seine ursprüngliche Sicht bezüglich der Frage.³⁸ *Knobe* argumentierte darüber hinaus, dass normative Überlegungen nicht nur einen starken Einfluss bezüglich des Begriffs der Intentionalität, sondern auch bezüglich einer Vielzahl von Begriffen aus der Alltagspsychologie, wie z.B. Wunsch, Vorliebe, Wahl usw. haben. Mit anderen Worten: Zwischen normativen Überlegungen und der Alltagspsychologie besteht eine enge Verbindung (allgemeiner Art).³⁹

Genau dieser intrinsische normative Charakter der Alltagspsychologie demonstriert die Unmöglichkeit eines jeden Projekts, das darauf abzielt, sie zu eliminieren oder gar durch den Begriffsapparat der Neurowissenschaften zu ersetzen. Im nächsten Punkt wird die Gelegenheit genutzt, um aufzuzeigen, wie die enge Verbindung zwischen normativen Überlegungen und Alltagspsychologie wesentliche Aspekte des Vorsatzes zu beleuchten vermag.

V. Der intrinsisch normative Charakter des Vorsatzes

Die Darlegung der vielfältigen Dimensionen der Normativität in der Alltagspsychologie ist in der Lage, die Unmöglichkeit eines Projekts wie des eliminativen Materialismus sowie die Wege aufzuzeigen, die eine rechtlich-strafrechtliche Dogmatik im Rahmen des subjektiven Tatbestands einschlagen muss. Zum Zweck dieser Darstellung wird die Wissenstheorie des Vorsatzes zugrunde gelegt, die dann zu einem kognitiven Begriff des Vorsatzes führt. Die hier verwendete Methode ist die der schrittweisen Annäherung.

Ich beginne meine Reflexionen damit, „aus Bekanntem etwas Fremdes zu machen“, damit wir es mit neuen Augen sehen können. Als Mensch, der er ist, bedient sich ein Richter bei der Erfüllung seiner täglichen Aufgabe, die subjektive Dimension des menschlichen Verhaltens zu interpretieren, natürlicherweise der Alltagspsychologie. Folglich wird er zwangsläufig eine intentionale Haltung einnehmen (intentional stance). Genauer gesagt: Er muss beurteilen, ob ein Subjekt die Elemente des objektiven Tatbestands kannte und deren Ausführung wollte, indem er bestimmt, was dieses Subjekt in dem Kontext, in dem das Verhalten sich entwickelte, hatte wissen und wollen sollen (ought). Anders als man vermuten könnte, geht es also nicht darum, bestimmte Geisteszustände festzustellen, sondern sie jemandem zuzurechnen. Mit anderen Worten: Es liegt kein deskriptives Urteil vor, sondern ein askriptives.⁴⁰

³⁸ *Pettit/Knobe*, *Mind* Lang 24 (2009), 586.

³⁹ *Pettit/Knobe*, *Mind* Lang 24 (2009), 586. Zu dieser Folgerung siehe *Alexander* (Fn. 34), S. 50 ff.; *Uttich/Lombrozo*, in: *Knobe/Nichols* (Hrsg.), *Experimental Philosophy*, Bd. 2, 2014, S. 253.

⁴⁰ So *Hruschka*, in: *Gössel* (Hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat*, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburts-

Die Tatsache, dass im Bereich der Alltagspsychologie mit askriptiven Urteilen gearbeitet wird, bedeutet keineswegs, dass die daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen willkürlich und sozusagen losgelöst von dem Subjekt sind, das das Verhalten ausgeführt hat. Und dies aus zwei Gründen:

Erstens, weil solche askriptiven Urteile auf Tatsachenelementen der Situation beruhen, in der sich das Verhalten entwickelt hat. Hier gilt große Vorsicht: Der Vorsatz wird nicht bewiesen, da er keine Tatsache ist, sondern der Vorsatz wird zugerechnet. Von einem Vorsatz-Beweis zu sprechen würde bedeuten, das zu begehen, was *Ryle* einen Kategoriefehler (category mistake) nannte. Allerdings erfolgt die Zurechnung des Vorsatzes nicht, sagen wir, ex nihilo, sondern beruht auf Tatsachenelementen, die allerdings tatsächlich bewiesen sein müssen.

Außerdem ist zu bedenken: Wenn wir es wirklich mit willkürlichen und unzusammenhängenden Urteilen des Subjekts zu tun hätten, wie ließe sich dann der bemerkenswerte Erfolg der Alltagspsychologie bei der Interpretation menschlichen Verhaltens erklären?⁴¹ Die Vorstellung, dass die der Alltagspsychologie zugrundeliegenden askriptiven Urteile willkürlich und von dem Subjekt losgelöst wären, würde den Erfolg der populären Psychologie zu einem wahren Wunder machen, was natürlich nicht der Fall ist.⁴² Die Alltagspsychologie ist eine erwiesenermaßen wirksame Methode zur Interpretation des menschlichen Verhaltens,⁴³ und ohne sie wäre das Zusammenleben undenkbar.⁴⁴

Bisher haben wir uns zu Darstellungszwecken einer Willenstheorie des Vorsatzes bedient. Wenn wir jedoch mit einem der Alltagspsychologie zugrundeliegenden askriptiven

Urteil arbeiten, scheint es klar, dass wir das voluntative Element des Vorsatzes seinem kognitiven Element unterordnen oder es aus heuristischen Gründen sogar eliminieren müssen. *Hruschka* hat eine Implikationsbeziehung erwähnt, nach der ein Subjekt, wenn es ein Verhalten unter bestimmten Umständen realisiert und sowohl die Merkmale dieses Verhaltens als auch die seiner Umstände kennt, dieses Verhalten auch mit seinen Umständen realisieren will.⁴⁵ Wenn ein Subjekt in Kenntnis der Merkmale und Umstände ein Verhalten realisiert, aber behauptet, dieses Verhalten mit seinen Umständen nicht habe realisieren wollen, ergibt sich ein *venire contra factum proprium*.⁴⁶

Ausgehend von den der Alltagspsychologie zugrunde liegenden askriptiven Urteilen könnten wir die erwähnte Implikationsbeziehung wie folgt reformulieren: Immer, wenn wir einem als rational betrachteten Subjekt das Wissen um die Merkmale seines Verhaltens und dessen Umstände zurechnen, rechnen wir diesem Subjekt auch den Willen zu, dieses Verhalten mit dessen Umständen zu realisieren. Es ist aber so: Sobald dem Subjekt das Bewusstsein bezüglich der Merkmale seines Verhaltens und dessen Umstände zugerechnet wird, erweist sich die Frage nach der Möglichkeit, ihm einen Willen zur Realisierung dieses Verhaltens mit dessen Umständen zuzurechnen, als überflüssig und geradezu unnötig, sodass hier das Sparsamkeitsprinzip (auch bekannt als „Ockhams Rasiermesser“) zum Zuge kommt: *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

So gelangt man zu einer Wissenstheorie des Vorsatzes. Hervorzuheben ist, dass man sich auch hier eines askriptiven Urteils bedienen muss (das der Alltagspsychologie zugrunde liegt): Das Wissen wird zugerechnet. Der Vorsatz besteht aus dem Wissen seitens des Subjekts, dass sein Verhalten eine frontale Herausforderung der Rechtsordnung darstellt. Wissenstheorien von Vorsatz, wie sie etwa von *Herzberg* oder *Puppe* vertreten werden, sind zwar richtig in ihrem Anspruch, den Willensbegriff zu normativieren, aber sie sind in zwei Punkten falsch: Erstens arbeiten sie mit einem Gefährkriterium, wenn das Wichtigste wäre, auf die Bedeutung des Verhaltens zu achten; zweitens behalten sie einen deskriptiv-physiologischen Wissensbegriff bei, obwohl sie mit einem zurechnend-normativen Begriff arbeiten sollten.⁴⁷ Wir könnten sie daher als asymmetrische Theorien bezeichnen, in dem Sinne, dass sie den Vorsatz nur teilweise normativiert haben.

1. Bevor wir zur Kritik der Theorien von *Herzberg* und *Puppe* kommen, betrachten wir hier in einer knappen Zusammenfassung ihre jeweiligen Vorschläge. Schon 1986 vertrat *Herzberg* in einem anthologischen Beitrag, dass die Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz (*dolus eventualis*)

tag, 1985, S. 191 (201).

⁴¹ Ein ähnliches Argument findet sich bei *Dennett*, *The Journal of Philosophy* 88 (1991), 27 (50).

⁴² Der Ausdruck ist inspiriert vom sogenannten „no-miracle argument“ des US-amerikanischen Philosophen *Hilary Putnam*, in: *Philosophical Papers*, Bd. 1, 1975, S. 60 (73). Die beste Formulierung des „no-miracle argument“ findet sich in *ders.*, *Meaning and the Moral Sciences*, 1978, S. 18 f.: „[...] the modern positivist has to leave it without explanation (the realist charges) that electron calculi and space-time calculi and DNA calculi correctly predict observable phenomena if, in reality, there are no electrons, no curved space-time, and no DNA molecules. If there are such things, then a natural explanation of the success of these theories is that they are partially true accounts of how they behave. And a natural account of the way in which scientific theories succeed each other – say, the way in which Einstein’s Relativity succeed Newton’s Universal Gravitation – is that a partially correct/partially incorrect account of a theoretical object – say, the gravitational field, or the metric structure of space-time, or both – is replaced by a better account of the same object or objects. But if these objects don’t really exist at all, then it is a miracle that a theory which speaks of gravitational action at a distance successfully predicts phenomena.“

⁴³ *Dennett* (Fn. 24), S. 302.

⁴⁴ *Dennett*, *The Journal of Philosophy* 88 (1991), 27 (29); siehe auch *Kim*, *Philosophy of Mind*, 2. Aufl. 2006, S. 270.

⁴⁵ *Hruschka* (Fn. 40), S. 192.

⁴⁶ *Hruschka* (Fn. 40), S. 192.

⁴⁷ Kritisch bezüglich des Wissensbegriffs, mit dem die genannte Autorin arbeitet: *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 392 ff.; *Hsu*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 531 (540 ff.); *Jakobs*, *ZfStw* 11/2022, 576 (577 ff.).

lis) und bewusster Fahrlässigkeit ein Problem sei, das zum objektiven Tatbestand gehöre;⁴⁸ daher folgende Aussage von *Herzberg* in Form eines geschickten Wortspiels:

„Es kommt für den Vorsatz nicht darauf an, daß der Täter eine erkannte Gefahr ernstgenommen, sondern daß er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat.“⁴⁹

Wie dieser Formulierung zu entnehmen ist, will *Herzberg* es nicht dem Täter überlassen „zu entscheiden“, ob eine ihm bekannte Gefahr relevant ist oder nicht.⁵⁰ Seiner Meinung nach sollte eine solche Entscheidung nach objektiven Faktoren getroffen werden. Vorsatz, argumentiert *Herzberg*, erfordert eine „unabgeschirmte Gefahr“, während bewusste Fahrlässigkeit eine „abgeschirmte Gefahr“ erfordert. Eine Gefahr ist „unabgeschirmt“, „wenn bei oder nach der Handlung des Täters Glück und Zufall allein oder mit einem großen Anteil dazwischentreten müssen, damit sich der Tatbestand nicht erfülle“,⁵¹ wohingegen eine Gefahr „abgeschirmt“ ist, wenn „der fahrlässige Täter selbst, der Gefährdete oder ein Dritter“ das Ergebnis durch Aufmerksamkeit vermeiden kann.⁵²

In neuerer Zeit hat *Herzberg* sein Kriterium der „unabgeschirmten Gefahr“ einer kritischen Prüfung unterworfen⁵³. Laut *Herzberg* selbst liegt das Defizit eines solchen Kriteriums in seinem intuitiven Charakter, da es in einer Art Appell an das Rechtsgefühl besteht. Um das Problem zu umgehen, greift er auf eine Konstruktion seines Schülers *Schlehofer* zurück, die seiner Meinung nach im Wesentlichen mit seinem Kriterium der „unabgeschirmten Gefahr“ identisch sei, aber den Vorteil einer gesetzeslogischen Begründung von großer systematischer Kraft habe⁵⁴. Dabei geht *Herzberg* von der Vorstellung aus, dass es keine Situation gibt, in welcher der Täter ein vorsätzliches Delikt begehen kann, ohne vorher den entsprechenden Versuch unternommen zu haben. Mit anderen Worten: Der strafbare Versuch wäre eine *conditio sine qua non* für das vorsätzliche Ergebnisdelikt. *Herzberg* vertritt daher die Ansicht, dass der Vorsatz allgemein unter Berücksichtigung der in § 22 StGB geforderten Voraussetzungen definiert werden könne. Daher, so *Herzberg*, reiche es für die Definition des Vorsatzes nicht aus, dass das Subjekt die Verwirklichung einer unerlaubten Gefahr darstelle, sondern es sei auch notwendig, dass diese Gefahr „unmittelbar“ sei, dass

es sich also um eine „nahe, verdichtete, zugespitzte Gefahr“ handele⁵⁵.

Nach *Puppe* besteht der Vorsatz darin, eine qualifizierte Gefahr zu kennen.⁵⁶ Und Gefahren sollten als solche eingestuft werden, sagt *Puppe*, wenn „ein Vernünftiger sie nur unter der Maxime eingehen würde, dass der Verletzungserfolg sein soll oder doch mindestens sein darf.“⁵⁷ Genau wie *Herzberg* meint *Puppe*:

„Nicht der Täter ist kompetent, über die rechtliche Relevanz der ihm bewussten Tatbestandsverwirklichungsgefahr zu entscheiden, sondern das Recht.“⁵⁸

Der erste Mangel solcher Theorien besteht genau darin, mit dem Begriff der Gefahr zu arbeiten, wo es angemessener wäre, die Bedeutung des Verhaltens zu untersuchen. Man denke an den berühmten Fall von *Thyrén*: A, völlig unerfahren im Umgang mit Schusswaffen, schießt in Richtung von B, der sich in einer solchen Entfernung befindet, dass es selbst für einen erfahrenen Schützen äußerst schwierig wäre, ihn zu treffen. Der Schuss trifft jedoch B und tötet ihn.⁵⁹ Hier würden *Herzberg* und *Puppe* mit Sicherheit zu dem Schluss kommen, dass kein Vorsatz vorliegt. Schließlich besteht weder eine „unabgeschirmte“/„unmittelbare“ Gefahr (*Herzberg*) noch eine qualifizierte Gefahr (*Puppe*). Aber das wäre natürlich absurd. Nur wenige würden hier die Existenz von Vorsatz als Ausdruck schwerer Missbilligung des Verhaltens leugnen. Das Beispiel von *Thyrén*, das uns als eine Art *reductio ad absurdum* dient, zeigt, dass es vor allem darauf ankommt, den Sinn des Verhaltens zu bedenken. Und in diesem Fall liegt ein Verhalten vor, das die Rechtsordnung eindeutig frontal herausfordert.

2. Der zweite problematische Punkt der Theorien von *Herzberg* und *Puppe* liegt in Folgendem: Beide arbeiten mit einem deskriptiv-physiologischen Wissensbegriff. Es ist aber so, dass Wissen kein deskriptiv-physiologisches Konzept ist, sondern ein zurechnend-normatives, da es einer Begründung bedarf. *Sellars* behandelt diese Frage mit absolut präzisen Worten:

„The essential point is that in characterizing an episode or a state as that of knowing, we are not giving an empirical description of that episode or state; we are placing it in the logical space of reasons, of justifying and being able to justify what one says“⁶⁰

⁴⁸ *Herzberg*, JuS 1986, 249 (249 ff.).

⁴⁹ *Herzberg*, JuS 1986, 249 (262).

⁵⁰ So *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 15 Rn. 64.

⁵¹ *Herzberg*, JZ 1988, 635 (639).

⁵² *Herzberg*, JZ 1988, 635 (642).

⁵³ *Herzberg*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. 4, 2000, S. 51 (68 ff.); *ders.*, in: Brunhöber/Burchard/Günther/Jahn/Jasch/Silva Sánchez/Singelstein (Hrsg.), *Strafrecht als Risiko*, Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag, 2023, S. 219 (231 ff.).

⁵⁴ Siehe *Schlehofer*, *Vorsatz und Tatabweichung*, 1996, S. 32 ff.

⁵⁵ *Herzberg* (Fn. 53 – Festgabe Bundesgerichtshof), S. 69; *ders.* (Fn. 53 – Festschrift Prittwitz), S. 232 f.

⁵⁶ *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (31); *dies.*, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, S. 35 ff.; *dies.* (Fn. 50), § 15 Rn. 64 ff.; *dies.*, GA 2006, 65; *dies.*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2022, § 16 Rn. 37 ff.

⁵⁷ *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (41).

⁵⁸ *Puppe* (Fn. 50), § 15 Rn. 55.

⁵⁹ *Thyrén*, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie*, Bd. 1, 1894, S. 126.

⁶⁰ *Sellars*, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, 1997, S. 76; zu dieser Frage siehe auch *Patterson*, in: Donnelly-

Wäre das Wissen ein deskriptiv-physiologisches Konzept, wie *Herzberg* und *Puppe* meinen, könnte man im Kontext des Strafrechts nicht von einem vermeidbaren oder unvermeidbaren Irrtum (bezüglich Tatbestand und Verbot) sprechen.

Eng verbunden mit der Vorstellung, dass Wissen ein zutiefst zurechnend-normativer (und nicht ein deskriptiv-physiologischer) Begriff ist, ist das Thema „Tatsachenblindheit“. Es ist ein Problem, das in letzter Zeit zu heftigen Diskussionen geführt hat.⁶¹ Die Frage kann so gestellt werden: Soll der Vorsatz bei allen Hypothesen ausgeschlossen werden, bei denen der Täter die Realisierung des objektiven Tatbestands nicht kennt, unabhängig vom Grund dieser Unkenntnis?

Jakobs ist sicherlich einer der Autoren, die am meisten zu dieser Debatte beigetragen haben. Er kritisiert scharf die im positiven Recht bestehende Ungleichbehandlung zwischen Situationen von Unkenntnis der Tatbestandsmerkmale und von Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Sachverhalts. *Jakobs* stellt fest: Wenn das Subjekt in Unkenntnis ist bezüglich der Realisierung des objektiven Tatbestands, ist nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB der Vorsatz zwangsläufig auszuschließen, unabhängig vom Grund dieser Unkenntnis; hingegen ist nach § 17 S. 2 StGB die Strafmilderung bei vermeidbaren Verbotssirrtümern nur fakultativ. *Jakobs* hält die in § 17 StGB grundlegende Lösung für richtig, weil sie es erlaubt, den Täter, dessen Unkenntnis auf einer gleichgültigen oder rechtsfeindlichen Haltung beruht, mit voller Strafe zu belegen. Als schädlich betrachtet *Jakobs* dagegen die Lösung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, die den Ausschluss des Vorsatzes bei allen Hypothesen der Unkenntnis der Verwirklichung des objektiven Tatbestands definiert, auch bei solchen, bei denen diese Unkenntnis aus einer „Tatsachenblindheit“ herrührt.⁶² *Jakobs* verdeutlicht seine Kritik an § 16 Abs. 1 S. 1 StGB an folgendem Beispiel:

„Zwei Terroristen fahren mit ihren Autos auf einen die Straße sperrenden Polizisten zu und wollen die Sperre durchbrechen; der erste bedenkt, daß dies für den Polizisten tödlich ausgehen kann, dem zweiten ist das Leben ei-

nes Polizisten nicht bedenkenswert. Nach geltendem Recht wird der Bedenkenlose privilegiert.“⁶³

Jakobs vertritt, dass der dieser Skrupellosigkeit eingeräumte Vorteil nicht axiologisch zu rechtfertigen sei, sondern nur mit einem (durch Fragen der Rechtssicherheit motivierten) Wunsch des Gesetzgebers, die Grenze des Vorsatzes starr nach psychischen Tatsachen zu ziehen, was mit „der Normativierung beim Parallelproblem des Verbotsirrtums“⁶⁴ frontal kollidiert. Er schlägt daher vor, beim vermeidbaren Tatbestandsirrtum eine dem vermeidbaren Verbotsirrtum äquivalente Unterscheidung zu treffen: Wenn die Unkenntnis des Täters aus seiner Gleichgültigkeit gegenüber dem resultiert, was passieren kann, sollte man ihn deswegen nicht bevorzugen; hat die Unkenntnis dagegen einen anderen Ursprung, so ist eine Strafmilderung möglich.⁶⁵

Während *Jakobs* diese Überlegungen de lege ferenda anstellt, scheint er nicht auszuschließen, dass sie auch de lege lata gelten.⁶⁶ Tatsächlich argumentiert *Jakobs* in einem 2002 veröffentlichten Artikel: Da Schuld mangelnde Rechtstreue ist, kann die vermeidbare Unkenntnis, die gerade aus einer Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsordnung entspringt, dem Täter nicht zugutekommen.⁶⁷ Die Schuld existiert laut *Jakobs* nicht, weil der Täter die Verwirklichung des Tatbestands und der Rechtswidrigkeit kennt, sondern wegen seiner mangelnden Rechtstreue. Dies ist für *Jakobs* das Entscheidende. Die mangelnde Rechtstreue kann auf verschiedene Weise nachgewiesen werden, einschließlich durch eine Unkenntnis dieser Aspekte.⁶⁸ *Jakobs* meint, dass die Einteilung

⁶³ *Jakobs*, ZStW 101 (1989), 516 (529). Ein praktisch identisches Beispiel findet sich in *ders.* (Fn. 62 – Strafrechtswissenschaftliche Beiträge), S. 678 f.

⁶⁴ *Jakobs* (Fn. 62 – Strafrechtswissenschaftliche Beiträge), S. 679; *ders.* (Fn. 62 – Strafrecht, Allgemeiner Teil), § 8 Rn. 5a; *ders.*, ZStW 101 (1989), 516 (530).

⁶⁵ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (862 f.); kritisch jedoch *Kindhäuser*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 345; *Vogel*, GA 2006, 386 (388 f.).

⁶⁶ So mit Nachdruck *Ragués i Vallès* (Fn. 62), S. 126.

⁶⁷ *Jakobs*, ZStW 114 (2002), 584; siehe auch *ders.*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 107; *ders.*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 103 (130 f.); *ders.*, RW 3 (2010), 283 (306 ff.); *ders.*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 56 ff.; *ders.*, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, S. 31 ff.

⁶⁸ Ganz klar *Jakobs*, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, S. 23: „[...] Schuld ist ein Mangel [...] an Rechtstreue, und die psychischen Fakten, soweit sie aufgezeigt werden können, insbesondere der Vorsatz und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, sind nichts anderes als Indikatoren dieses Mangels. Und sie sind keinesfalls unersetzbare Indikatoren; auch mangelnde Aufmerksamkeit, Gleichgültigkeit, Desinteresse an den Konsequenzen eines Verhaltens können Zeichen von Defiziten sein. Was für

Lazarov/Patterson/Raynor (Hrsg.), *NeuroLaw and Responsibility for Action*, 2018, S. 11 (22 f.): „Knowing is a mental (and not a physiological) phenomenon. Sellars’s point was that as a mental phenomenon, claims to knowledge require justification“.

⁶¹ Siehe die interessante Debatte zwischen *Ragués i Vallès*, *Discusiones 13* (2013), 11; *ders.*, *Discusiones 13* (2013), 139; *Puppo*, *Discusiones 13* (2013), 39; *Greco*, *Discusiones 13* (2013), 67; *Manrique*, *Discusiones 13* (2013), 79; *Feijóo Sánchez*, *Discusiones 13* (2013), 101.

⁶² *Jakobs*, ZStW 101 (1989), 516 (527 ff.); *ders.*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, § 8 Rn. 5 f.; *ders.*, ZStW 107 (1995), 843 (861 ff.); *ders.*, in: Pawlik (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, S. 666 (677 ff.); zu dieser Frage siehe die Darlegungen von *Kawaguchi*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 259; *Ragués i Vallès*, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, 2007, S. 122 ff.

der Tat in verschiedene Stufen (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld) einen solchen Schluss erschwert, weil sie andeutet, dass die Prüfung des Vorsatzes eine vorhergehende Aufgabe und damit unabhängig von der Prüfung der Schuld sei. Er stellt jedoch fest, dass diese Einteilung einen rein didaktischen Zweck hat, der nicht die materielle Einheit der Straftat ausdrückt: Der Vorsatz sei nur der Vorsatz einer Straftat, wenn Schuld vorliegt. Mit anderen Worten: Der Tatbestandsvorsatz hat eine rein didaktische Funktion und gehört nicht zum Straftatbegriff.⁶⁹ Dieses Ergebnis ist eine logische Konsequenz aus der Übernahme eines Hegelschen Handlungsmodells durch *Jakobs*, das auch die Schuld beinhaltet: Es geht darum, Begriffe zu konstruieren, und zwar mit dem Ziel, „eine Verständigung zu erreichen über das hinreichende Maß an Treue zur Rechtsordnung und darüber, wann es fehlt“.⁷⁰ Alle Kategorien des von *Jakobs* konstruierten Systems erlangen nur dann rechtliche Relevanz, wenn sie dem Schuldbegriff unterworfen werden. Und das gilt offensichtlich für die jetzt behandelte Frage: „Vorsatz, Fahrlässigkeit und zumindest Unrechtsbewusstsein“ hätten „per se“ keine „strafrechtliche Bedeutung – es handelt sich um Tatsachen oder psychische, also natürliche, Dispositionen –, außer als Indizien für das Element, in dem die strafrechtliche Zurechnung kulminiert: mangelnde Treue zur Rechtsordnung.“⁷¹

Auch sein Schüler *Pawlik* hat wichtige Beiträge zum Thema geleistet. *Pawlik* kritisiert die von Autoren wie *Herzberg* oder *Puppe* vertretenen Wissenstheorien dafür, dass sie das Normativierungsprogramm des Vorsatzes nicht bis zur letzten Konsequenz durchführen.⁷² Er weist zu Recht darauf hin, dass die Normativierung durch diese Theorien nur partiell war, da sie sich auf den Begriff des Willens konzentrierte, aber den Begriff des Wissens als Tatsachenzustand intakt ließ. Diese Vorstellung ist problematisch, wie *Pawlik* betont, weil er zwangsläufig zum Ausschluss des Vorsatzes bei allen Hypothesen führt, bei denen das Subjekt die Realisierung des objektiven Tatbestandes nicht kennt, selbst bei solchen, bei denen diese Unkenntnis ihren Ursprung in einer Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsordnung hat. Wie *Pawlik* feststellt, wäre dies aus axiologischer Sicht falsch. Es brauche daher eine Normativierung des Vorsatzes *in toto*, der „die real vorhandene Kenntnis mit der schlechthin unentschuldbaren Unkenntnis umfassend“ gleichsetzt.⁷³ Anders als *Jakobs*

stellt *Pawlik* jedoch solche Überlegungen nicht de lege lata, sondern lediglich de lege ferenda an. *Pawlik* macht jedenfalls klar, dass eine Gesetzesreform dringend notwendig ist.⁷⁴

Diese Frage wird anhand der askriptiven Urteile reflektiert, die der Alltagspsychologie zugrunde liegen. Folgende Beobachtungen seien vorangestellt: Niemand kann etwas ignorieren wollen, ohne etwas über das zu wissen, was er ignoriert. Ebenso kann niemand gegenüber etwas gleichgültig sein, ohne dass er etwas über das weiß, gegenüber dem er gleichgültig ist. In solchen Fällen besteht das Ignorieren in Wahrheit aus einer Strategie, einer geplanten Berechnung, die zeigt, dass das Subjekt in Wirklichkeit nie aufgehört hat, einen hohen Grad von Kontrolle/Herrschaft über die gesamte Situation zu haben. Wenn wir unter Kenntnis eine Beschreibung eines Sachverhalts verstehen, werden wir große Schwierigkeiten haben, dies anzuerkennen. Die Argumentation wird jedoch deutlich, wenn wir von einem zurechnend-normativen Wissensbegriff ausgehen.

Beispiel: Der Terrorist, der mit seinem Auto gewaltsam eine Polizeiabsperrung überfährt und einen Polizisten tötet, ohne (aus Gleichgültigkeit gegenüber dem Leben) diese Möglichkeit zu berücksichtigen, kennt die eindeutige soziale Bedeutung seines Verhaltens, nämlich, sich feindselig von einer Ordnung zu isolieren, in der Werte wie Leben, Freiheit usw. kultiviert werden.

Ebenso weiß das Subjekt, dass einen außerordentlich hohen Betrag für den Transport eines einfachen Koffers erhält, ohne dessen Inhalt (in diesem Fall Drogen) zu kennen, rational, dass in dieser ganzen Situation etwas sehr Schwerwiegendes steckt. Es weiß daher, dass sein Verhalten eine frontale Herausforderung der Rechtsordnung darstellt. Das reicht schon für die Zurechnung des Vorsatzes aus.

Bei diesen Hypothesen geht es auch darum, deutlich zu machen, dass niemand aus seiner eigenen Verkommenheit Nutzen ziehen darf (*nemo turpitudinem suam allegare potest*). Niemand darf aus Gleichgültigkeit etwas ignorieren und beabsichtigen, seine Verantwortlichkeit auszuschließen oder zu verringern, indem er seine Unkenntnis behauptet. Wie *Jakobs* sagen würde:

„Eine Verantwortlichkeit, aus der man sich herausstehlen kann, indem man sich aus Gleichgültigkeit um ihre Voraussetzungen nicht kümmert, ist keine.“⁷⁵

den Schuldbegriff entscheidend ist, was seinen Inhalt ausmacht, richtet sich nach dem normativen Kontext, nach der konkreten Sozialstruktur [...], und auf jeden Fall nicht nach dem Kontext der psychischen Fakten.“ (Übersetzung des *Verf.*).

⁶⁹ *Jakobs* (Fn. 67 – FS Rudolphi), S. 107 (107 ff.).

⁷⁰ *Jakobs* (Fn. 68), S. 11 (Übersetzung des *Verf.*).

⁷¹ *Jakobs* (Fn. 68), S. 95 (Übersetzung des *Verf.*).

⁷² *Pawlik* (Fn. 47), S. 382 ff.

⁷³ *Pawlik* (Fn. 47), S. 394: „Der von *Puppe* eingeforderte ‚Paradigmenwechsel von der faktisch-psychologischen Befindlichkeit des Täters auf den Ausdruckswert seines Verhaltens innerhalb einer Kommunikation unter Vernünftigen‘ ist aus diesem Grunde erst dann zur Gänze vollzogen, wenn die

Tatsituation *in toto* anhand eines objektiven Maßstabs beurteilt wird, wenn also real vorhandene Kenntnis und schlechthin unentschuldbare Unkenntnis einander umfassend gleichgestellt werden.“

⁷⁴ *Pawlik* (Fn. 47), S. 395.

⁷⁵ *Jakobs*, in: Amelung/Beulke/Lilie/Rosenau/Rüping/Wolfs-last (Hrsg.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag, 2005, S. 949 (954); siehe auch *Pawlik* (Fn. 47), S. 394.

Es ist klar, dass in diesen Fällen die Anwendung der Alltagspsychologie als Instrument der Missbilligung des Verhaltens hervorsteht.

Zuletzt, aber nicht weniger wichtig, müssen noch einige Überlegungen zum Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit angestellt werden. Der Unterschied zwischen den beiden ist nicht qualitativ, sondern quantitativ: Vorsatz besteht nicht in einem aliud im Verhältnis zur Fahrlässigkeit, sondern in einem Plus⁷⁶. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind nichts anderes als Formen der Vermeidbarkeit von Unrecht⁷⁷ und letztendlich Grade der Vorwerfbarkeit. Die Fahrlässigkeit ist das Grundmodell der Zurechnung einer jeden Straftat, während sich der Vorsatz als ein Sonderfall der Fahrlässigkeit⁷⁸, genauer gesagt als qualifizierte Fahrlässigkeit⁷⁹ darstellt.

Da beim Vorsatz der Täter die Bedeutung seines Handelns kennt, besteht eine größere Kontrolle/Herrschaft über die Situation und damit eine größere Fähigkeit, Unrecht zu vermeiden. Daher stellt also derjenige, der die Bedeutung seines Handelns kennt und dennoch das Entstehen von Unrecht nicht vermeidet, die Rechtsordnung frontal in Frage und bekundet damit eine authentische Haltung der „Rechtsfeindlichkeit“⁸⁰. Bei Fahrlässigkeit hingegen, bei der seitens des Täters lediglich die Erkennbarkeit der Bedeutung seines Handelns vorhanden ist, besteht eine geringere Kontrolle/Herrschaft über die Situation und damit eine geringere Fähigkeit, Unrecht zu vermeiden. Der fahrlässig handelnde Täter zeigt also nicht wirklich eine Haltung von „Rechtsfeindlichkeit“, sondern lediglich einen „Mangel an Rechtsfreundschaft“⁸¹. Dies ist der Grund, weshalb die Strafe für ein Fahrlässigkeitsdelikt geringer ist als für ein Vorsatzdelikt.

VI. Zum Abschluss

In diesem Beitrag sollte die Undurchführbarkeit eines jeglichen Programmes aufgezeigt werden, das im Einklang mit einem eliminativen Materialismus beabsichtigt, eine auf der Alltagspsychologie basierende Konzeption des Vorsatzes durch eine auf neurowissenschaftlichen Kategorien basierende Konzeption zu ersetzen. Dazu wurde im Rückgriff auf Forschungen im Rahmen der Experimentellen Philosophie der intrinsisch normative Charakter der Alltagspsychologie und damit die entscheidende Rolle solcher Überlegungen bei der Zuschreibung mentaler Zustände erhellt.

Nachdem der enge Zusammenhang zwischen der Zuschreibung mentaler Zustände und normativen Überlegungen

aufgezeigt wurde, wurde im Lichte eines solchen Verständnisses über den Vorsatz reflektiert, um so zu einer kognitiven Theorie zu gelangen, in der Wissen nicht als deskriptiv-physiologischer, sondern eher attributiv-normativer Zustand verstanden wird. Dieser Begriff ist von grundlegender Bedeutung, um eine angemessene Lösung für die Hypothese der Tatsachenblindheit bieten zu können. In solchen Hypothesen kennt das Subjekt die soziale Bedeutung seines Verhaltens ganz genau; es weiß, dass es damit eine frontale Herausforderung gegen das Rechtssystem begeht. In diesen Fällen ist die scheinbare Unwissenheit des Subjekts nichts anderes als eine arglistige Strategie, eine geplante Berechnung, die zeigt, dass es stets ein hohes Maß an Kontrolle/Herrschaft über die Situation in Händen gehalten hat und daher das Begehen des Unrechts leicht hätte vermeiden können. All dies offenbart eine Rechtsfeindlichkeit, die den Vorsatz charakterisiert.

Abschließend ist an einen berühmten Ausspruch des großen US-amerikanischen Philosophen *Jerry Fodor* zu erinnern. *Fodor* erklärte, dass wir, wenn wir zu dem Schluss kämen, dass die Alltagspsychologie gescheitert sei, vor der größten intellektuellen Katastrophe in der Geschichte unserer Spezies stünden, genau wegen der Auswirkungen, die eine solche Entdeckung in den unterschiedlichsten Bereichen des menschlichen Wissens haben würde.⁸² Glücklicherweise scheint dies nicht der Fall zu sein. Es wurde gezeigt, dass an der Alltagspsychologie nichts auszusetzen ist. Sie erfüllt ihre Rolle in der Gesellschaft und im Strafrecht sehr gut.

⁷⁶ In jeder Hinsicht *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, § 10 Rn. 78; *Jakobs* (Fn. 62 – Strafrecht, Allgemeiner Teil), § 9 Rn. 4; *Herzberg* (Fn. 53 – Festgabe Bundesgerichtshof), S. 58 ff.; *Puppe* (Fn. 56 – Strafrecht, Allgemeiner Teil), § 15 Rn. 1 ff.; *dies.* (Fn. 50), § 15 Rn. 5; *Pawlik* (Fn. 47), S. 372 ff.

⁷⁷ *Jakobs* (Fn. 62 – Strafrecht, Allgemeiner Teil), § 9 Rn. 4; *Pawlik* (Fn. 47), S. 367 ff.

⁷⁸ *Mayer*, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S. 292.

⁷⁹ In jeder Hinsicht deutlich *Pawlik* (Fn. 47), S. 373 f.

⁸⁰ Siehe *Pawlik* (Fn. 47), S. 373 f.

⁸¹ Siehe *Pawlik* (Fn. 47), S. 373 f.

⁸² *Fodor*, *Psychosemantics, The Problem of Meaning in the Philosophy of Mind*, 1987, S. XII.

Die Strafbarkeit des Filmens von Polizeieinsätzen

Zur Auslegung und Reformbedürftigkeit des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter Christian Liefke, Bonn*

Das Filmen von Polizeieinsätzen wird aufgrund modernerameratechnik und einer steigenden Sensibilität für gewalttames und diskriminierendes Polizeihandeln zu einem alltäglichen Phänomen. Während die Herstellung von Bildaufnahmen grundsätzlich nicht strafbar ist und ein polizeiliches Einschreiten nicht ohne Weiteres rechtfertigen kann, ist die Rechtslage in Bezug auf die regelmäßig mitangefertigten Tonaufnahmen unklarer. Im Mittelpunkt der Diskussion steht eine mögliche Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes gem. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Der vorliegende Beitrag erörtert die bestehenden Meinungslinien zur Strafbarkeit de lege lata. Anschließend werden, mit kritischem Blick auf die Parallelvorschrift des § 201a StGB, Überlegungen zur Rechtslage de lege ferenda angestellt. Ob unabhängig davon ein polizeiliches Einschreiten (zumindest in Form einer Identitätsfeststellung) direkt auf die Annahme einer Gefahr für die individuellen Persönlichkeitsrechte der Beamten gestützt werden kann,¹ soll ebenso wenig Gegenstand der Untersuchung sein wie ein Vorgehen wegen einer möglichen Verletzung von Art. 6 Abs. 1 DSGVO.²

I. Einleitung

Die Polizei als ausführender Arm des staatlichen Gewaltmonopols steht vor einem Dilemma: Einerseits bemüht sie sich, als „Freund und Helfer“ wahrgenommen zu werden, um die Kooperation der Bürger sicherzustellen. Andererseits ist es ihrem Schutz- und Verfolgungsauftrag immanent, im Einzelfall gewaltsam gegen eben diese Bürger vorgehen zu müssen. Dank moderner Smartphones entstehen dabei immer häufiger Aufnahmen, die geeignet sind, das bisher hohe gesamtgesellschaftliche Vertrauen in die Institution³ in Frage zu stellen.

* Der Verf. ist als Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn bei Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard) tätig.

¹ Für diese Möglichkeit VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 527 (528); OLG Zweibrücken BeckRS 2021, 31702 Rn. 13; Keller, Persönlichkeitsrecht von Polizeibeamten, 2019, S. 193 f., 200 f.; Kerber, Bildberichterstattung über Polizeieinsätze, 1992, S. 99 f., 104 f.; Kirchhoff, NVwZ 2021, 1177 (1182); Leppert/Kretschmann, Die Polizei 2017, 286 (288); Muckel, JA 2016, 311 (313); Seidl/Wessels, jurisPR-ITR 2015, Anm. 4; einschränkend VGH Mannheim ZUM-RD 2011, 126 (132); VG Göttingen ZUM-RD 2013, 490 (491); VG Meiningen NVwZ-RR 2012, 551 (553); Penz, NVwZ 2016, 54 (55); kritisch Ehlers, JuS 1983, 869 (873); Reuschel, NJW 2021, 17 (22).

² Ausführlich hierzu Kirchhoff, NVwZ 2021, 1177 (1181 ff.); Rennieke, NJW 2022, 8.

³ Birkel/Church/Hummelsheim-Doss/Leitgöb-Guzy/Oberwittler, Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2017, 2019,

Diese neue Sichtbarkeit der Polizei⁴ befeuert die Debatte über rechtswidrige Polizeigewalt,⁵ weckt aber gleichzeitig Bedenken im Hinblick auf die Möglichkeit, Einsatzverläufe verzerrt darzustellen oder Beamte öffentlich zu diskreditieren.

In Sorge um das Ansehen der Polizei und zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beamten versuchen Polizeibehörden daher seit Jahrzehnten, gegen die audiovisuelle Dokumentation ihrer Einsätze auch polizeirechtlich vorzugehen. Die für ein präventiv-polizeiliches Einschreiten erforderliche Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit (vgl. z.B. § 8 Abs. 1 PolG NRW) wurde zumeist mit der Gefahr einer nach §§ 22, 33 KunstUrhG strafbaren Verbreitung von Bildnissen der Polizeibeamten begründet.⁶ Diese Argumentation kann zwar weiterhin bemüht werden, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2015 hervorgehoben, dass das bloße Anfertigen von Bildaufnahmen für sich genommen noch keine hinreichend konkrete Gefahr einer späteren, unzulässigen Veröffentlichung begründet.⁷ Auch wenn das Gericht damit kein juristisches Neuland betreten hat,⁸ zeigt sich seitdem ein neues Phänomen: Polizeiliche Maßnahmen sowie strafrechtliche Verurteilungen werden zunehmend auf den Vorwurf einer Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes gem. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB gestützt.⁹

S. 78; Glaubitz/Riesner, Sicherheit und Kriminalität in Schleswig-Holstein, 2020, S. 62.

⁴ Zur „neuen Sichtbarkeit“ der Polizeiarbeit Goldsmith, The British Journal of Criminology 50 (2010), 914.

⁵ Aufsehen erregt haben vor allem Fälle tödlicher Polizeigewalt gegen Afroamerikaner in den USA wie z.B. die Fälle Eric Garner oder George Floyd. Doch auch in Deutschland gewinnen Aufnahmen von Polizeieinsätzen an Relevanz, siehe z.B. Spanner, ZEIT ONLINE v. 29.11.2022, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/gesellschaft/2022-11/polizeigewalt-hamburg-prozess-corona-protest> (15.11.2023).

⁶ So bereits OLG Bremen NJW 1977, 158. In Fällen, in denen durch Bild- oder Tonaufnahmen Einsätze behindert werden oder die Enttarnung der Angehörigen von Spezialeinheiten droht, kann ein Einschreiten unstreitig auf eine konkrete Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Polizei gestützt werden. Solche Sonderfälle sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

⁷ BVerfG NVwZ 2016, 53.

⁸ Derselbe Hinweis findet sich schon 28 Jahre zuvor beim VG Köln NJW 1988, 367 (368 f.); ebenso u.a. BVerwGE 109, 203; OVG Koblenz NVwZ-RR 1998, 237; OVG Münster DÖV 2001, 476; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 527 (528).

⁹ Ohne Beschränkung auf die Fälle, die Polizeieinsätze betreffen, haben sich zwischen 2015 und 2021 die in der Polizeilichen Kriminalstatistik erfassten Fälle des § 201 StGB fast vervierfacht (2015: 1.144; 2016: 1.461; 2021: 4.349),

Dieser stellt es unter Strafe, unbefugt das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufzunehmen. Die Strafbarkeit knüpft bereits an die bloße Anfertigung einer Audioaufnahme an, sodass keine Anhaltspunkte für eine identifizierende Bildaufnahme oder eine spätere Veröffentlichung erforderlich sind. Da Tonaufnahmen der Äußerungen der Polizeibeamten regelmäßig aber bloßes Nebenprodukt der eigentlich gewollten Videodokumentation sind,¹⁰ erzeugt der offensichtliche „Notbehelf“ einer Verfolgung über § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein gewisses Störgefühl.

Dementsprechend gibt es hierzu eine Reihe von gerichtlichen Entscheidungen und Stellungnahmen aus der Literatur, welche sich heterogen darstellen. Eine höchstrichterliche Klärung ist nicht absehbar, da wegen der Strafdrohung von maximal drei Jahren Freiheitsstrafe zu den Amtsgerichten angeklagt wird (§ 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GVG), weswegen letztinstanzlich die Oberlandesgerichte über Revisionen entscheiden (§§ 333, 335 StPO, § 121 Abs. 1 Nr. 1 GVG). Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist daher nur im Zuge einer Divergenzvorlage gem. § 121 Abs. 2 Nr. 1 GVG denkbar. Wird die Rechtsprechung alternativ im Rahmen der Bestätigung der Beschlagnahme eines Aufnahmegerätes gem. § 98 Abs. 2 StPO mit der Angelegenheit befasst, entscheiden allenfalls die Landgerichte über Nichtabhilfebefehle von Amtsgerichten (§ 306 Abs. 2 Hs. 2 StPO, § 73 Abs. 1 GVG).

II. Die Strafbarkeit der Dokumentation von Polizeieinsätzen de lege lata

Solange ein Polizeieinsatz nicht allein fotografisch festgehalten oder aus großer Distanz dokumentiert wird, befindet sich auf dem häufig eingesetzten Smartphone oder alternativ der

Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2015, abrufbar unter

https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2015/Standardtabellen/Faelle/tb01_FaelleGrundtabelle_excel.xlsx?__blob=publicationFile&v=3 (15.11.2023);

sowie Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2021, abrufbar unter

https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2021/Bund/Faelle/BU-F-01-T01-Faelle_xls.xlsx?__blob=publicationFile&v=4 (15.11.2023).

Die Verurteilungen sind im selben Zeitraum um mehr als das Dreifache angestiegen (2015: 101; 2021: 328), Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik, Fachserie 10, Reihe 3, 2015, abrufbar unter

https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00030947/2100300157004.pdf (15.11.2023);

sowie Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik, Fachserie 10, Reihe 3, 2021, abrufbar unter

https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00074064/2100300217004.pdf (15.11.2023).

¹⁰ Handelsübliche Smartphones bieten keine Möglichkeit, Videos ohne Ton aufzunehmen.

Videokamera in aller Regel eine Tonaufzeichnung der Äußerungen der Polizeibeamten. Problematisch in Bezug auf eine Strafbarkeit dieser Aufzeichnung ist, ob die Äußerungen „nichtöffentlich“ getätigt wurden und ob die Aufzeichnung „unbefugt“ erfolgte.

1. Zur Frage der Nichtöffentlichkeit

§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB dient dem Schutz des aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Rechts auf Wahrung der Unbefangtheit der mündlichen Äußerung.¹¹ Die vertrauensvolle zwischenmenschliche Kommunikation soll nicht dadurch gefährdet werden, dass befürchtet werden muss, „auf das in einem Privatgespräch Gesagte durch ein Aufnahmegerät in der Tasche seines Partners gegen seinen Willen festgenagelt zu werden“.¹² Zudem begründet die Perpetuierung des für flüchtig gehaltenen Wortes eine besondere Manipulationsgefahr.¹³ Schutzgut der Norm ist nicht der Inhalt der Äußerung oder die Vertraulichkeit des Gesagten, „sondern der Persönlichkeitswert des Stimmklanges und die damit verbundene Authentizität einer Stimmkonservierung“.¹⁴ Aus dieser Schutzrichtung wird herrschend abgeleitet, dass ein gesprochenes Wort dann nichtöffentlich ist, wenn die Äußerung nicht für einen größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder nicht durch persönliche oder sachliche Beziehungen miteinander verbundenen Personenkreis bestimmt oder unmittelbar verstehbar ist.¹⁵ Die Nichtöffentlichkeit der Äußerung soll mithin dann entfallen, wenn die Äußerung entweder bewusst an die Öffentlichkeit gerichtet ist (gewillkürte Öffentlichkeit) oder unter Umständen erfolgt, in denen der Sprechende damit rechnen muss, dass die Worte zur Kenntnis der Öffentlichkeit gelangen (faktische Öffentlichkeit).¹⁶

Zur Frage der Nichtöffentlichkeit dienstlicher Äußerungen von Polizeibeamten sind drei Meinungslinien erkennbar.

¹¹ *Graf*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 201 Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 201 Rn. 1; *Hilgendorf*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van San/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 201 Rn. 1.

¹² *Gallas*, ZStW 75 (1963), 16 (19).

¹³ *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 201 Rn. 1; *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 2; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 201 Rn. 3.

¹⁴ *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 252. Vgl. auch BT-Drs. IV/650, S. 332: „Gerade der Klang des Wortes vermittelt die Berührung mit der Persönlichkeit des Sprechers und die Überzeugung von dessen Urhebererschaft“.

¹⁵ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 201 Rn. 6; *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 14.

¹⁶ *Hilgendorf* (Fn. 11), § 201 Rn. 10; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 201 Rn. 10.

a) *Generelle Öffentlichkeit dienstlicher Äußerungen von Polizeibeamten*

aa) *Fehlende Schutzwürdigkeit von Amtsträgern*

Bereits 1979 vertrat *Ostendorf* zu einem Fall, bei dem ein Bürger ein Telefongespräch mit einem Sachbearbeiter des Landratsamtes heimlich aufzeichnete, die Meinung, dass Aussagen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes in Ausübung ihrer Funktion generell öffentlichen Charakter hätten.¹⁷ Amtsträger seien im Vertrauen auf die Flüchtigkeit ihrer Äußerungen nicht schutzwürdig. Im dienstlichen Verkehr stehe die öffentlich-rechtliche Funktion im Vordergrund, „persönliche Beziehungen können und dürfen hier auf Grund des Unparteilichkeitsgebots ebenso wenig eine Rolle spielen wie nicht ernstgemeinte, unbedachte Diensthandlungen schützenswert sind“.¹⁸ Ohnehin könne der öffentliche Dienst schon begrifflich nicht nichtöffentlich sein.¹⁹

Ähnlich sieht es nunmehr *Roggan*: Im Rechtsstaat könne nicht dem Amtsträger die Kontrolle über die Reichweite seiner Äußerung überlassen werden, viel eher müsse es um die Kontrollierbarkeit des Polizeihandelns gehen.²⁰ In der Folge seien „dienstliche Verlautbarungen beliebiger Art mit *Außenwirkung* [...] für sich genommen schon nicht als menschliche bzw. *persönliche* (ggf. »flüchtige«) Kommunikation im Sinne des genannten, verfassungsrechtlichen Verständnisses anzusehen“.²¹ Weil Äußerungen von Amtsträgern gegenüber dem Bürger rechtlich determiniert und nachträglich rechtlich überprüfbar sind, könne sich der Beamte nach außen hin also nie unbefangen äußern oder auf die Flüchtigkeit seiner Worte vertrauen.²²

Hinter dieser Argumentation steht der Gedanke eines Widerspruchs zwischen einem strafrechtlichen Schutz amtlicher Äußerungen und der allgemeinen Grundrechtsdogmatik: Der Amtsträger ist als Organ des Staates grundrechtsgebunden, nicht grundrechtsberechtigt; er kann durch seine dienstlichen Äußerungen nicht gleichzeitig in die Rechte des Bürgers eingreifen und sich seinerseits auf sein Recht am eigenen Wort berufen. Diese dichotome Betrachtung ist aber verfehlt. Zwar muss im Rahmen der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) zwischen einer Privatmeinung des Amtsträgers und einer nicht umfassten dienstlichen Äußerung differenziert werden.²³ Eine strikte Trennung zwischen persönlicher und amtlicher Sphäre gelingt in Bezug auf andere Grundrechte wie das Recht am eigenen Wort aber nicht. Mit

jeder Äußerung, unabhängig vom Inhalt, bringt der Amtsträger zumindest durch seine Wortwahl, den Tonfall, die Betonung, seine Stimmfarbe oder seinen Dialekt seine Persönlichkeit zum Ausdruck. Jede unbefugte Aufnahme perpetuiert diesen Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung und ermöglicht es, die Äußerung aus dem (dienstlichen) Kontext zu reißen und nach Belieben zu missbrauchen. Das Recht am eigenen Wort hängt daher nicht davon ab, ob es sich um personale Kommunikationsinhalte oder gar persönlichkeitsensible Daten handelt und gilt auch für Gespräche mit amtsbezogenem Inhalt.²⁴ In der Folge sind bei Gesetzgebung und Gesetzesauslegung die Persönlichkeitsrechte auch von Staatsdienern angemessen zu berücksichtigen.²⁵ Ebenso wenig wie Amtsträger vom Anwendungsbereich der Körperverletzungs- oder Ehrschutzdelikte ausgeklammert werden, wenn sie bei Vornahme einer Diensthandlung verletzt oder beleidigt werden,²⁶ kann ihnen ohne weitergehende Begründung der Schutz durch § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB entzogen werden, wenn sie sich dienstlich äußern.²⁷

Die von *Ostendorf* und *Roggan* vertretene radikale Einschränkung des Schutzes des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Staatsdienern hat dementsprechend schon vor über 40 Jahren deutliche Kritik erfahren²⁸ und vermag auch heute nicht zu überzeugen. Bereits der Wortlaut des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB lässt keine Beschränkung im Hinblick auf die Person des Sprechenden oder den Inhalt der Äußerung erkennen.²⁹ Anders als die Beleidigungsdelikte der §§ 185 ff. StGB, deren Umfang sich erst in Abwägung mit den Grundrechten aus Art. 5 GG ergibt, umschreibt § 201 StGB ausdrücklich, welche Verhaltensweise strafrechtlich missbilligt wird, um das Recht am gesprochenen Wort umfassend zu schützen. Zwar sind Polizeibeamte in Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Hinblick auf ihr Persönlichkeitsrecht weniger schutzwürdig als der einzelne Bürger in seinem privaten Umfeld,³⁰ eine Einschränkung des Tatbestandes je nach Person des Sprechenden liefe aber auf eine Interessenabwägung hinaus, welche nur im Rahmen des besonderen Rechtfertigungsgrundes des § 201 Abs. 2 S. 3 StGB vorgesehen ist, der für § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht gilt. Dass es auf den Inhalt der Erklärung nicht ankommt, lässt sich schließlich auch einem Vergleich mit den §§ 203, 204, 206 StGB entnehmen: Während dort der Gegenstand der Tat eine inhaltlich objektiv bedeutsame Information sein muss (materielles Geheimnis),

¹⁷ *Ostendorf*, JR 1979, 468.

¹⁸ *Ostendorf*, JR 1979, 468 (469).

¹⁹ *Ostendorf*, JR 1979, 468.

²⁰ *Roggan*, StV 2020, 328 (330).

²¹ *Roggan*, StV 2020, 328 (330 – *Hervorhebungen* im Original).

²² *Roggan*, StV 2020, 328 (331); zustimmend *Klefisch*, juris-PR Strafr 2021, Anm. 4; *Wyderka*, ZD-Aktuell 2019, 6823; *Zühlke*, StV Spezial 2022, 7 (8); *ders.*, StV Spezial 2023, 87 (90 ff.).

²³ Vgl. BVerwGE 78, 216 (220 f.); 104, 323 (326); *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 39; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 23.

²⁴ BVerfGE 106, 28 (41); BVerfG NJW 2011, 1859 (1862); BVerwG NJW 2004, 2462 (2465).

²⁵ Vgl. z.B. BVerfG NJW 2022, 680 (683); BVerwG NJW 2015, 807 (808 ff.).

²⁶ Im Gegenteil werden die körperliche Unversehrtheit und die Ehre mancher Amtsträger über die §§ 114, 188 StGB sogar weiter reichend geschützt als bei Nichtamtsträgern.

²⁷ Richtigerweise hält es das Bundesverfassungsgericht daher für verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn das gesprochene Wort eines Amtsträgers in dieser Eigenschaft unter § 201 Abs. 1 StGB gefasst wird, BVerfG NJW 2011, 1859 (1862).

²⁸ Vgl. *Alber*, JR 1981, 495.

²⁹ *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 11, 17 m.w.N.

³⁰ *Zühlke*, StV Spezial 2022, 7 (8).

kriminalisieren die §§ 201, 202, 202a StGB ein Verhalten, bei dem der Täter diebstahlsähnlich irgendeine Erklärung aus der abgeschirmten Sphäre des Opfers erlangt (formelles Geheimnis).³¹

Soweit hiergegen auf die Überschrift des 15. Abschnitts („Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs“) abgestellt wird,³² gilt es nur festzuhalten, dass diese an den Schutzzwecken der enthaltenen Normen derart vorbeigeht, dass sie für die Auslegung keinen Wert hat.³³ So verlangen die §§ 201, 202, 202a StGB keinen besonderen Persönlichkeitsbezug und die §§ 203, 204 StGB schützen sogar ausdrücklich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Gleichzeitig finden sich Straftatbestände zum Schutz des persönlichen Geheimbereichs auch außerhalb des 15. Abschnitts (z.B. §§ 184k, 353b, 353d, 355 StGB).

bb) Der Einfluss von polizeirechtlichen Datenerhebungsbefugnissen

Interessant ist das Argument *Roggans*, dass jedenfalls durch polizeirechtliche Datenerhebungsbefugnisse die Öffentlichkeit der Einsätze gesetzlich impliziert werde. § 27a BPolG und die meisten Landespolizeigesetze erlauben die Anfertigung von Bild-Ton-Aufzeichnungen durch Polizeibeamte mithilfe körpfernah getragener Aufzeichnungsgeräte (Bodycams) im permanenten Bereitschaftsbetrieb (Pre-Recording) an allen öffentlich zugänglichen Orten.³⁴ Durch diese Befugnisse würden sämtliche öffentlich zugänglichen Räume zu polizeilicherseits offen abhörbaren Orten, sodass – unabhängig davon, ob ein anwesender Polizeibeamter eine funktionsfähige Bodycam mit Pre-Recording-Funktion trägt – jedes öffentlich gesprochene Wort aus Anlass eines beliebigen Bürgerkontakts öffentlich i.S.d. § 201 StGB sei.³⁵ An Orten, die wegen ihrer Einstufung als Kriminalitätsschwerpunkte bzw. besonders kriminalitätsbelastete Orte audiovisuell überwacht werden, folge aus dem Grundsatz der Offenheit der Datenerhebung, dass – wiederum unabhängig von der tatsächlichen technischen Möglichkeit zum Mithören im Einzelfall – niemand auf die Nichtöffentlichkeit einer Inter-

aktion vertrauen könne, weswegen diese Orte nicht als Tatort eines Vergehens nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht kämen.³⁶

Im Grundsatz ist *Roggan* insofern beizupflichten, als neben der klassischen Unterscheidung zwischen gewillkürter und faktischer Öffentlichkeit eine weitere Fallgruppe, nämlich die gesetzlich implizierte Öffentlichkeit anzuerkennen ist. Erkennbar ist dies an der Öffentlichkeit bzw. Nichtöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung (§ 169 GVG). Eine i.S.d. § 169 Abs. 1 S. 1 GVG öffentliche Gerichtsverhandlung ist nach allgemeiner Auffassung auch dann öffentlich i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn außer den Verfahrensbeteiligten keine weiteren Zuhörer anwesend sind.³⁷ Grund dafür kann aber nicht etwa eine faktische Öffentlichkeit aufgrund der bloßen Möglichkeit eines jederzeitigen Hinzukommens von unbeteiligten Dritten sein. Vertraut der Sprechende im Moment der Äußerung darauf, dass kein Unbeteiligter mithört und darf er dies aufgrund des augenscheinlich leeren Zuschauerraumes vernünftigerweise auch, so ist das gesprochene Wort grundsätzlich als nichtöffentlich anzusehen. Faktische Öffentlichkeit entsteht richtigerweise nicht durch die bloße abstrakte Gefahr des Mithörens, sondern nur dann, wenn sich die Möglichkeit, dass tatsächlich jemand mithört, für einen vernünftigen Durchschnittsmenschen in der Lage des Sprechenden aufdrängen müsste.³⁸ Bildlich gesprochen werden eine Unterhaltung im geschlossenen Zugabteil oder ein Gespräch auf einem Waldspaziergang nicht allein durch die Möglichkeit öffentlich, dass jederzeit jemand die Tür öffnen bzw. hinter einem Baum hervorkommen und mithören könnte. Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung ohne Zuschauer ergibt sich daher ausschließlich aus der gesetzlichen Anordnung der Öffentlichkeit in § 169 Abs. 1 S. 1 GVG.³⁹

Die polizeirechtlichen Datenerhebungsbefugnisse können damit aber nicht verglichen werden. Während der prozessrechtliche Öffentlichkeitsgrundsatz gerade der Öffnung des Gerichtsverfahrens zur Kenntnisnahme für und Kontrolle durch am Verfahren Unbeteiligte dient,⁴⁰ verfolgt der Gesetzgeber mit den Bodycam-Regelungen primär das Ziel der Gefahrenabwehr zu Gunsten der beteiligten Polizeibeamten.⁴¹

³¹ Hoyer, ZIS 2006, 1 (6).

³² LG Osnabrück StV Spezial 2022, 6; Reuschel, NJW 2022, 3302 (3303); Zühlke, StV Spezial 2023, 87 (92).

³³ Vgl. Graf (Fn. 11), Vor § 201 Rn. 7; Hilgendorf/Schünemann, in: Cirener/Radtke/Rissing-van San/Rönnau/Schluckebier (Fn. 11), Vor § 201 Rn. 10.

³⁴ § 31a BbgPolG erlaubt den Bodycam-Einsatz bei Personen- und Fahrzeugkontrollen, § 19a BlnASOG und § 16 Abs. 3 LSASOG im öffentlichen Verkehrsraum, § 18 Abs. 5 HmbPolDVG, § 14 Abs. 6 HSO, § 32 Abs. 4 NdsPOG, § 31 RPPOG, § 57 Abs. 4 SächsPVDG, § 184a SHLVwG und § 33a ThürPAG in öffentlich zugänglichen Räumen und § 44 Abs. 5 BWPolG, Art. 33 Abs. 4 BayPAG, § 33 BremPolG, § 32a MVSO, § 15c NWPolG und § 32 Abs. 3 SaarPolDVG darüber hinaus im Ausnahmefall sogar in Wohnungen.

³⁵ Roggan, StV 2020, 328 (332); von „beachtlichen Gründen“ spricht das LG Aachen BeckRS 2020, 43645 mit zust. Anm. Klefisch, juris-PR Strafr 2021, Anm. 4.

³⁶ Roggan, StV 2020, 328 (331).

³⁷ Eisele (Fn. 15), § 201 Rn. 10; Graf (Fn. 11), § 201 Rn. 16; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 9; a.A. Mitsch, ZRP 2014, 137 (139 f.).

³⁸ Arzt, JR 1977, 339 (340 f.); Blei, in: Roxin/Bruns/Jäger (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 109 (116 f.); Bosch (Fn. 13), § 201 Rn. 3; Helle (Fn. 14), S. 255 f.

³⁹ Dasselbe gilt für z.B. nach § 48 Abs. 2 S. 1 NWGO öffentliche Gemeinderatssitzungen, vgl. OLG Celle NVwZ 1985, 861; OLG Köln NJW 1979, 661.

⁴⁰ Heger, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 13 Rn. 13 ff.

⁴¹ Drewes, in: ders./Malmberg/Wagner/Walter (Hrsg.), Bundespolizeigesetz, 6. Aufl. 2019, § 27a Rn. 1; Müller/Schwabenbauer, in: Lisen/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, G. Rn. 692; Starnecker, Video-

Weder zielen sie auf die allgemeine Ausforschung des Bürgers noch auf die Einengung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts der Beamten. *Roggans* Auffassung folgend müsste man konsequenterweise – zumindest in Ländern, die einen Bodycam-Einsatz auch in Wohnungen zulassen – selbst ein Gespräch in einer Privatwohnung bei Anwesenheit eines Polizeibeamten als öffentlich ansehen und zwar unabhängig davon, ob eine einsatzbereite Bodycam mitgeführt wird. Eine so weitgehende Auslegung der Öffentlichkeit ist mit dem Schutzzweck des § 201 StGB kaum vereinbar.

Seine Argumentation basiert letztlich auf der Prämisse eines Rechts auf Waffengleichheit des Bürgers gegenüber dem Staat.⁴² Trage ein Polizeibeamter bei einem Bürgerkontakt eine Bodycam mit Pre-Recording-Funktion, könne sich der Bürger „selbstredend“ nicht strafbar machen, wenn er seinerseits eine Tonaufzeichnung starte.⁴³ Auch die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung sei entgegen der herrschenden Meinung⁴⁴ generell öffentlich, „andernfalls würde man zu dem widersprüchlichen Ergebnis gelangen, dass der Vernehmende zur Tonaufnahme berechtigt oder sogar verpflichtet ist, während sich der Beschuldigte wegen desselben Verhaltens strafbar machte“.⁴⁵ Eine solche Waffengleichheit zwischen dem einzelnen Bürger und der Polizei kann es aber nicht geben.⁴⁶ Zur Erfüllung der ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben verfügt die Polizei über spezifische Mittel und Befugnisse, die dem Privaten gerade nicht zustehen. Es ist daher kein widersprüchliches Ergebnis, dass die Polizei gestützt auf demokratisch legitimierte Ermächtigungsgrundlagen und innerhalb gesetzlicher Grenzen Vernehmungen und Einsätze aufzeichnen darf, während der eigenmächtig handelnde Bürger hierfür bestraft wird. Es handelt sich eben nicht um „dasselbe Verhalten“. Die polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen zur Datenerhebung haben nicht die gleiche Wirkung wie die den Bürger ermächtigende Regelung des § 169 Abs. 1 S. 1 GVG. Sie begründen nur die Befugnis der Polizeibeamten zur Aufnahme, implizieren aber nicht die Öffentlichkeit der Äußerung.

b) Faktische Öffentlichkeit bei jeder Äußerung im allgemein zugänglichen öffentlichen Verkehrsraum

Eine zweite Auffassung schließt dienstliche Äußerungen von Polizeibeamten zwar nicht generell vom Schutzbereich des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB aus, nimmt dafür aber eine faktische Öffentlichkeit bei jeder Äußerung im allgemein zugänglichen

öffentlichen Verkehrsraum an, was regelmäßig auf dasselbe Ergebnis hinausläuft.⁴⁷

Sofern man dieses praktisch handhabbare Kriterium der Landgerichte Hamburg und Osnabrück generell als Maßstab für die faktische Öffentlichkeit nutzen möchte, entstehen schwer nachvollziehbare Ergebnisse in Konstellationen, die sich zwar im öffentlich zugänglichen Verkehrsraum abspielen, bei denen aber keiner der Beteiligten vernünftigerweise mit der Kenntnisnahme durch Dritte rechnen muss (z.B. bei einer nächtlichen Fahrzeugkontrolle⁴⁸, auf einem Feldweg, im Wald etc.).

Versteht man das Argument des Landgerichts Osnabrück, dass Amtsträger bei dienstlichen Äußerungen keines Unbefangenen schutzes bedürften,⁴⁹ hingegen so, dass es nur bei Äußerungen von Polizeibeamten auf die Öffentlichkeit des Ortes ankommen soll, kann dieser Differenzierung zwischen verschiedenen Sprechenden aus den bereits genannten Gründen⁵⁰ ebenso wenig gefolgt werden.

c) Einzelfallbetrachtung

Die wohl überwiegende Auffassung nimmt im Hinblick auf das Vorliegen einer faktischen Öffentlichkeit eine Einzelfallbetrachtung vor, wobei die jeweils aufgestellten Maßstäbe im Detail unterschiedlich ausfallen.

aa) Der Einfluss von Wille und Kenntnis des Beamten

Das Landgericht München I stellt vorrangig auf den Willen des Sprechenden ab und interpretiert die faktische Öffentlichkeit sehr eng. Die von einem Polizeibeamten am Rande einer Demonstration an eine Gegendemonstrantin gerichteten Worte seien nur für diese bestimmt gewesen und daher nicht-öffentlich; daran ändere auch die Tatsache nichts, dass unmittelbar neben der Gegendemonstrantin eine weitere Person stand.⁵¹ Weswegen das Vertrauen des Polizeibeamten darauf, sich unbefangen äußern zu können, angesichts der Anwesenheit eines unbeteiligten Mithörers schützenswert sein sollte, lässt das Gericht offen.

Soweit allein die Umstände berücksichtigt werden, die dem Sprechenden bewusst waren,⁵² kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber stellt in § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht jegliche unbefugte Aufzeichnung eines gesprochenen Wortes unter Strafe, auch gewährt er – anders als es die amtliche Überschrift vermuten lässt – nicht jeder Äußerung vertraulichen Inhalts unabhängig von den Mitteilungsmodalitäten strafrechtlichen Schutz, sondern er knüpft an die Nichtöffentlichkeit an. So wird dem Rechtsgutsträger die

überwachung zur Risikovorsorge, 2017, S. 151 ff.; vgl. auch den Wortlaut von z.B. § 15c NWPoIG: „... wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dies zum Schutz von Polizeivollzugsbeamtinnen und Polizeivollzugsbeamten oder Dritten gegen eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist“.

⁴² So auch explizit *Zühlke*, StV Spezial 2023, 87 (91 f.).

⁴³ *Roggan*, StV 2020, 328 (332).

⁴⁴ *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 17 m.w.N.

⁴⁵ *Roggan*, StV 2020, 328 (331).

⁴⁶ So auch BVerfG NVwZ 2016, 53 (54).

⁴⁷ LG Hamburg BeckRS 2021, 44380 Rn. 3 mit zust. Anm. *Kienzerle*, FD-StrafR 2022, 446742; LG Osnabrück StV Spezial 2022, 6 mit zust. Anm. *Lamsfuß*, juris-PR StrafR 2021, Anm. 2, und *Zühlke*, StV Spezial 2022, 7.

⁴⁸ So die Konstellation bei LG Hanau, BeckRS 2023, 32325.

⁴⁹ LG Osnabrück StV Spezial 2022, 6 (7).

⁵⁰ Siehe unter 1. a) aa).

⁵¹ LG München I BeckRS 2019, 22586 Rn. 20.

⁵² *Eisele* (Fn. 15), § 201 Rn. 9; *Hilgendorf* (Fn. 11), § 201 Rn. 11; *Reuschel*, NJW 2021, 17 (18); *Wiacek*, Bild- und Tonaufnahmen von Polizeieinsätzen, 2018, S. 84 f.

Entscheidung überlassen, welchen Worten er durch die Wahl von „Ob“ und „Wie“ der Äußerung besonderen Schutz zukommen lassen will. Entsprechend muss der strafrechtliche Schutz dort entfallen, wo der Sprechende die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zum eigenständigen Schutz seiner Rechtsgüter nicht getroffen hat (viktimodogmatisches Prinzip).⁵³ Der Sprechende ist in seinem Glauben an die Abgeschlossenheit des Gesprächskreises nicht schützenswert, wenn er sich zwar nicht bewusst war, dass sich weitere Personen in Hörweite befanden, er dies aber ohne Weiteres hätte feststellen können. Dieser Maßstab mindert zugleich etwaige Beweisschwierigkeiten.

Entscheidend für die Nichtöffentlichkeit ist somit (abgesehen von Fällen, in denen der Beamte seine Äußerung gezielt an die Öffentlichkeit richtet), ob ein vernünftiger Durchschnittsmensch in der Lage des Sprechenden angesichts der äußeren Umstände ernsthaft damit rechnen musste, dass ein Unbeteiligter mithört.⁵⁴

bb) Der Einfluss einer eingeschalteten Bodycam

In der jüngsten Entscheidung zum Filmen von Polizeieinsätzen befand das Landgericht Hanau, dass zumindest eine vom Polizeibeamten während des Einsatzes eingeschaltete Bodycam zur Öffentlichkeit der Äußerung führe.⁵⁵ Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich, „dass die Vorschrift die bei ihrem Inkrafttreten noch neuen und deshalb oft unbemerkten technischen Möglichkeiten der Tonaufnahme einhegen und dazu die heimliche Aufnahme vertraulicher Worte im engen Kreis als wesentliches Merkmal von Freiheitsstandards demokratischer Staaten verhindern wollte.“⁵⁶ Führe der Polizeibeamte aber mit der Bodycam eine Aufnahme des Gesprächs selbst herbei, wisse er, dass seine Worte zu einem späteren Zeitpunkt von Dritten abgehört werden können und strebe dies sogar an, sodass kein unbefangenes Reden, sondern „das Bemühen um höchst konzentrierte, präzise auf die Ausfüllung des rechtlichen Rahmens abgestimmte Kommunikation“ vorliege.⁵⁷

Der Verweis auf die spätere Auswertung der Bodycam-Aufzeichnung geht jedoch fehl, da die gesetzlich legitimierte und zahlreichen Beschränkungen zur Datenverarbeitung,

-aufbewahrung und -löschung unterworfenen Aufzeichnung durch einen Polizeibeamten nicht mit der eigenmächtigen Aufzeichnung durch den Bürger gleichgesetzt werden kann.⁵⁸ Auch auf die möglicherweise veränderte Ausdrucksweise des Beamten kommt es mangels Relevanz des Inhalts der Äußerung nicht an. In seiner (leider nicht näher belegten) historischen Auslegung erkennt das Landgericht zwar zutreffend, dass es dem Gesetzgeber darum ging, zunehmende Gefahren für Persönlichkeitsrechte durch erweiterte technische Möglichkeiten einzuhegen.⁵⁹ Dass das hier in Frage stehende, in seiner Verbreitung relativ neue Phänomen des Filmens von Polizeieinsätzen mit dem Smartphone aber genau in diese Zweckbestimmung fällt, wird verkannt. Auch ging es dem Gesetzgeber keineswegs nur um die „heimliche Aufnahme vertraulicher Worte“. Ein vertraulicher Inhalt wird – anders als z.B. bei §§ 203, 204 StGB – nicht verlangt und der Wortlaut „aufnimmt“ impliziert anders als „abhört“ in § 201 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB kein heimliches Vorgehen.

Schließlich meint das Landgericht, eine einschränkende Auslegung sei aus Bestimmtheitsgründen geboten, da sich der in einem von Handyaufnahmen beherrschten Alltag lebende Bürger bei einer laufenden Bodycam zum eigenen Filmen berechtigt sehe.⁶⁰ Allerdings ist dem Bürger durchaus bekannt, dass nicht immer und überall mit dem Handy gefilmt werden darf und dass die Polizei über Befugnisse verfügt, die er gerade nicht hat. Im Ergebnis führt eine eingeschaltete Bodycam daher nicht zur Öffentlichkeit der Äußerung. Die Bodycam-Aufnahme durch den Polizeibeamten fällt genauso wie die Aufnahme des Bürgers mit dem Smartphone unter den Tatbestand des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB – nur ist der Polizeibeamte im Gegensatz zum Bürger auf der Rechtswidrigkeitsebene zur Aufnahme befugt.

2. Zur Frage der Unbefugtheit

Der konkrete Inhalt der Voraussetzung „unbefugt“ ist seit langem streitig. Einigkeit besteht darin, dass staatliche Datenerhebungsbefugnisse (z.B. aus §§ 100a ff. StPO) und allgemeine Rechtfertigungsgründe (insbesondere §§ 32, 34 StGB) auf der Rechtswidrigkeitsebene eine Befugnis darstellen.⁶¹ Fraglich ist die dogmatische Einordnung einer Einwilligung des Sprechenden,⁶² was für die Fälle der Dokumentation von Polizeieinsätzen aber keine besondere Relevanz hat. Da auch dienstliche Äußerungen von Amtsträgern unter § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB fallen, müssen die Polizeibeamten ebenso in die

⁵³ Blei (Fn. 38), S. 116 f.; Hoyer (Fn. 16), § 201 Rn. 1; Schünemann, ZStW 90 (1978), 11 (32 f.).

⁵⁴ Ebenso OLG Düsseldorf StV Spezial 2023, 53 f.; OLG Zweibrücken NJW 2022, 3300 (3301 f.); LG Kassel StV 2020, 161 (162); Bosch (Fn. 13), § 201 Rn. 3; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 201 Rn. 4; Hoyer (Fn. 16), § 201 Rn. 11; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 8; Popp, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2020, § 201 Rn. 3; Rennicke, NJW 2022, 8; Ullenboom, NJW 2019, 3108 (3109 f.); Wietz/Zlobinski, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 201 Rn. 3.

⁵⁵ LG Hanau, BeckRS 2023, 32325, Rn. 12. Das Gericht ordnet diesen Umstand als „vergleichbar mit der Fallgruppe einer faktischen Öffentlichkeit“ ein.

⁵⁶ LG Hanau, BeckRS 2023, 32325, Rn. 13.

⁵⁷ LG Hanau, BeckRS 2023, 32325, Rn. 14.

⁵⁸ Vgl. die Ausführungen unter 1. a) bb).

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 262.

⁶⁰ LG Hanau, BeckRS 2023, 32325, Rn. 15.

⁶¹ Fischer (Fn. 54), § 201 Rn. 9 ff.; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 44.

⁶² Teilweise wird sie als tatbestandsausschließendes Einverständnis gewertet: Eisele (Fn. 15), § 201 Rn. 13; Graf (Fn. 11), § 201 Rn. 41; Heger (Fn. 11), § 201 Rn. 9 m.w.N. Nach überwiegender Ansicht ist sie Rechtfertigungsgrund: Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2023, § 201 Rn. 6; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 22; Fischer (Fn. 54), § 201 Rn. 10; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 43.

Aufzeichnung einwilligen wie das polizeiliche Gegenüber.⁶³ Es genügt dabei nicht, wenn der Betroffene trotz Kenntnis der Aufnahme weiterspricht.⁶⁴ Eine zwar offene, aber aufgezwungene Aufnahme kann nicht dazu führen, dass der strafrechtliche Schutz des Sprechenden entfällt, schließlich setzt der Tatbestand keine Heimlichkeit voraus. Als Befugnis für den Aufzeichnenden kommen daher regelmäßig nur Notwehr und rechtfertigender Notstand in Betracht. Auch darüber hinausgehende Rechtfertigungsmöglichkeiten werden bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB diskutiert.

a) Rechtfertigung der Aufnahme gem. § 32 StGB

Eine Rechtfertigung der Tonaufnahme wegen Notwehr scheidet im Falle eines rechtmäßigen Polizeihandelns bereits daran, dass ein nach § 32 Abs. 2 StGB erforderlicher rechtswidriger Angriff fehlt. Überschreitet die Polizei ihre Befugnisse, wendet also beispielsweise übermäßigen körperlichen Zwang an, liegt zwar eine Notwehrlage vor, das Filmen des Übergriffs wird die Beamten aber kaum von der weiteren Gewaltanwendung abhalten und stellt somit keine „geeignete“ Verteidigungshandlung dar.⁶⁵ Jedenfalls mangelt es am Verteidigungswillen, weil die Aufnahme nicht der Beendigung des Angriffs, sondern seiner Dokumentation zu Beweis Zwecken oder zur öffentlichen Anprangerung dient.⁶⁶

b) Rechtfertigung der Aufnahme gem. § 34 StGB

Kernpunkt der Diskussion um die Unbefugtheit ist § 34 StGB. Ein rechtfertigender Notstand erfordert eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für ein Rechtsgut, welches das durch den Eingriff verletzte Rechtsgut wesentlich überwiegt. Für die Rechtsgüter, die durch das polizeiliche Handeln unmittelbar gefährdet werden (Leben, körperliche Unversehrtheit, informationelle Selbstbestimmung etc.), gilt das bereits zu § 32 StGB Gesagte: Die Tonaufnahme ist nicht geeignet und nicht darauf angelegt, die Gefahr zu beseitigen. Daher stellt *Ullenboom* für Fälle, in denen die Polizei unmittelbaren Zwang einsetzt, auf eine gegenwärtige Gefahr für die nachgelagerten Interessen von Opfern rechtswidriger Polizeigewalt an einer effektiven Strafverfolgung gegen die Polizeibeamten, an einer effektiven Durchsetzung von Schadensersatzforderungen und an einer Abwehr unberechtigter Gegenanzeigen wegen vermeintlicher Widerstandshandlungen

(§ 113 StGB) ab.⁶⁷ Die Aufklärung von Straftaten durch Polizeibeamte sei von einem strukturellen Ungleichgewicht gekennzeichnet, sodass sie häufig nur durch die Anfertigung von Filmaufnahmen sichergestellt werden könne.⁶⁸ Die Opferinteressen würden gegenüber dem ohnehin nur im Randbereich tangierten Persönlichkeitsrecht der Polizeibeamten überwiegen.⁶⁹ Dies gelte aufgrund der fließenden Grenze zwischen einer berechtigten Anwendung von unmittelbarem Zwang und einer strafbaren Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) auch dann, wenn sich im Nachhinein die polizeiliche Gewalthandlung als rechtmäßig herausstellt, sodass im Ergebnis die Aufzeichnung bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs regelmäßig gerechtfertigt sei.⁷⁰

aa) Defizite in der Aufklärung polizeilichen Fehlverhaltens

Für *Ullenbooms* Diagnose erheblicher Defizite in der Aufklärung polizeilichen Fehlverhaltens gibt es empirische Indizien. Die Staatsanwaltschaften erledigen jährlich deutlich mehr als 2.000 Verfahren gegen Polizeibedienstete wegen Gewaltausübung (§ 340 StGB) und Aussetzung (§ 221 StGB),⁷¹ Tendenz steigend.⁷² Lässt man solche Verfahren unberücksichtigt, die nicht abschließend behandelt wurden,⁷³ ergibt sich für die Jahre 2019 bis 2021 eine konstante Verteilung von Einstellungen (98 %)⁷⁴ zu Anklagen (2 %)⁷⁵. Von den nicht bloß vorläufigen Entscheidungen sind etwa 93 % Einstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO.⁷⁶ Vergleicht man diese Zahlen mit den Statistiken zu

⁶³ Kritisch LG Kassel StV 2020, 161 (162), wonach den Aussagen der Beamten bei einer Personalienfeststellung kein nennenswerter Erklärungsgehalt zukomme, sodass nur das polizeiliche Gegenüber einwilligen müsse. Ebenso *Wyderka*, ZD-Aktuell 2019, 6823; dagegen LG Aachen BeckRS 2020, 43645 Rn. 30.

⁶⁴ OLG Jena NStZ 1995, 502 (503); *Fischer* (Fn. 54), § 201 Rn. 10; *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 41; *Joerden*, JR 1996, 265 (267); *Wietz/Zlobinski* (Fn. 54), § 201 Rn. 4; a.A. AG Hamburg NJW 1984, 2111.

⁶⁵ *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3111); a.A. *Stückelberger*, sui generis 2022, 83 (90).

⁶⁶ *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3111).

⁶⁷ *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3111 f.). Darüber hinaus könnte man auch an das Interesse von Betroffenen an der Ermöglichung einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung und ggf. Rehabilitierung denken.

⁶⁸ *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3111).

⁶⁹ *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3112).

⁷⁰ *Ullenboom*, NJW 2019, 3108 (3112); ebenso AG Frankenthal BeckRS 2020, 28894 Rn. 7; aus Schweizer Sicht zustimmend *Stückelberger*, sui generis 2022, 83 (92).

⁷¹ Beide Delikte werden im Sachgebiet 53 der Staatsanwaltschaftsstatistik zusammengefasst, der Anteil der Aussetzungen dürfte aber gering sein.

⁷² 2019: 2.340; 2020: 2.500; 2021: 2.790. Diese und die folgenden Zahlen stammen oder wurden berechnet aus Statistisches Bundesamt, Staatsanwaltschaftsstatistik, Fachserie 10, Reihe 2.6, Sachgebiet 53 (teilweise unveröffentlicht), 2019; 2020; 2021; siehe zu älteren Zahlen *Singelnstein*, NK 2014, 15 (18 ff.).

⁷³ Herausgenommen wurden hier und im Folgenden Einstellungen nach §§154d, 154e, 154f StPO, nach § 37 Abs. 1 BtMG, unbenannte (vorläufige) Einstellungen, die Abgabe an eine andere Staatsanwaltschaft, die Verbindung mit einer anderen Sache und sonstige Erledigungsarten.

⁷⁴ 2019: 97,66 %; 2020: 97,65 %; 2021: 97,66 %.

⁷⁵ 2019: 2,34 %; 2020: 2,35 %; 2021: 2,34 %. Gewertet wurden hierfür Anklagen, Anträge auf Eröffnung eines Sicherungsverfahrens, Anträge auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren, Anträge auf vereinfachtes Jugendverfahren und Anträge auf Erlass eines Strafbefehls.

⁷⁶ 2019: 93,17 %; 2020: 92,49 %; 2021: 93,15 %.

vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten durch Nichtamtsträger, so zeigt sich eine erhebliche Diskrepanz: Dort liegt die Anklagequote bei fast 20 %.⁷⁷

Angesichts der hohen Einstellungszahlen werden die Strafgerichte nur mit einem Bruchteil der registrierten Verdachtsfälle des § 340 StGB befasst. Dementsprechend wurden in den Jahren 2019 bis 2021 zusammengenommen nur 200 Personen nach allgemeinem Strafrecht wegen des Vorwurfes der Körperverletzung im Amt abgeurteilt.⁷⁸ Die Verurteilungsquote lag dabei um die 30 %.⁷⁹ 80 % der Verurteilungen führten zu einer Geldstrafe,⁸⁰ zumeist bis maximal 90 Tagessätzen; alle Freiheitsstrafen wurden zur Bewährung ausgesetzt. Auch hier gibt es einen deutlichen Unterschied zu den Entscheidungen der Strafgerichte bei anderen Körperverletzungsdelikten: Im Bereich der vorsätzlichen Taten gem. §§ 223–231 StGB betrug die Verurteilungsquote nach allgemeinem Strafrecht etwa 66 %.⁸¹ Nur in 70 % der Fälle erhielten die Verurteilten eine Geldstrafe.⁸²

Zusammengefasst führen Verfahren wegen Körperverletzung im Amt fast zehnmalseltener zu einer Anklage als es bei sonstigen vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten der Fall ist, zweimal seltener resultiert eine Anklage in einer Verurteilung und auch die Art der Strafe ist milder. Hinzu kommt die geringere Anzeigebereitschaft der vermeintlich Betroffenen: Während aus der Dunkelfeldforschung bekannt ist, dass etwa ein Drittel aller allgemeinen Körperverletzungsdelikte angezeigt wird,⁸³ liegt dieser Wert bei Vorwürfen gegen Polizeibeamte wohl bei unter 10 %.⁸⁴

⁷⁷ Für das Jahr 2019: 20,44 %, siehe Statistisches Bundesamt, Staatsanwaltschaftsstatistik, Fachserie 10, Reihe 2.6, Sachgebiet 21, 2019, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260197004.pdf?__blob=publicationFile (16.11.2023); für das Jahr 2020: 19,60 %, siehe Statistisches Bundesamt (a.a.O.), 2020, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260207004.pdf?__blob=publicationFile (16.11.2023); sowie für das Jahr 2021: 18,61 %, siehe Statistisches Bundesamt (a.a.O.), 2021, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260217004.pdf?__blob=publicationFile (16.11.2023).

⁷⁸ 2019: 70; 2020: 51; 2021: 79. Diese und die folgenden Zahlen stammen oder wurden berechnet aus Statistisches Bundesamt (Fn. 9), 2019; 2020; 2021.

⁷⁹ 2019: 27,14 %; 2020: 31,37 %; 2021: 32,91 %.

⁸⁰ 2019: 13; 2020: 14; 2021: 22.

⁸¹ 2019: 66,55 %; 2020: 66,78 %; 2021: 65,15 %.

⁸² 2019: 68,70 %; 2020: 70,44 %; 2021: 69,09 %.

⁸³ *Birkel/Church/Erdmann/Hager/Leitgöb-Guzy*, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland, 2020, S. 66; *Glaubitz/Riesner* (Fn. 3), S. 23.

⁸⁴ *Abdul-Rahman/Espín Grau/Singelnstein*, Polizeiliche Gewaltanwendungen aus Sicht der Betroffenen, 2. Aufl. 2020, S. 64; *Ellrich/Baier*, RPsych 2015, 22 (30 f.).

Auch wenn der Anteil (vorsätzlich oder irrtümlich) unrechtmäßiger Beschuldigungen gegenüber Polizeibeamten höher liegen dürfte als dies bei anderen Körperverletzungsdelikten der Fall ist, deuten die Statistiken auf strukturelle Aufklärungsdefizite hin. Die hierfür angenommenen Gründe sind vielfältig und reichen von falsch verstandener Solidarität unter Polizeibeamten („Mauer des Schweigens“⁸⁵) über die Nähe von Polizei und Justiz bis hin zur besonderen Definitionsmacht und angenommenen Glaubwürdigkeit der Polizei. Von wesentlicher Bedeutung sind zudem die schwierige Identifizierbarkeit der mutmaßlichen Täter (gerade bei Einsätzen in geschlossenen Verbänden) und fehlende objektive Beweise.⁸⁶

bb) Konkrete Gefahr i.S.d. § 34 StGB

Diese statistischen Auffälligkeiten genügen jedoch nicht, um in allen Fällen der Anwendung unmittelbaren Zwangs die hinreichend konkrete Gefahr einer Beweisnot oder einer unberechtigten Widerstandsanzeige zu begründen. Erforderlich ist ein Zustand, bei dem aus einer objektivierten ex-ante-Perspektive aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.⁸⁷ Daran fehlt es bei den meisten polizeilichen Maßnahmen, sie verlaufen gewaltlos und routiniert,⁸⁸ sodass kein gesteigertes Risiko unberechtigter Widerstandsanzeigen oder mangelhafter Aufklärung anzunehmen ist. Die Rechtfertigung der Tonaufnahme über § 34 StGB kommt nur dort in Betracht, wo im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für ein rechtswidriges Polizeihandeln vorliegen,⁸⁹ sodass ohne ob-

⁸⁵ *Schwind*, Kriminalistik 1996, 161.

⁸⁶ Ausführlich zu Erklärungsansätzen für eine mangelhafte Aufklärung von rechtswidriger Polizeigewalt u.a. *Abdul-Rahman/Espín Grau/Klaus/Singelnstein*, Gewalt im Amt, 2023, S. 385 ff.; *Behr*, in: Feltes (Hrsg.), Neue Wege, neue Ziele, 2009, S. 25; *Singelnstein*, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 2010, 55; *Singelnstein*, MschrKrim 2003, 1.

⁸⁷ *Momsen/Savić*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 62), § 34 Rn. 4 m.w.N.

⁸⁸ Vgl. hierzu die Beobachtungsstudie von *Reuter*, Polizei und Gewalt, 2014, oder auch den geringen Anteil an begründeten Beschwerden über polizeiliches Fehlverhalten bei den Beschwerdestellen der Länder *Luff/Schuster/Röhm*, Konflikte im Polizeialltag, 2018, S. 76; *Hoffmann-Holland/Liepmann/Müller/Lubitz/Kühl/Mahlke*, Beschwerdemanagement der Polizei, 2008, S. 116; *Sächsische Staatskanzlei*, Jahresbericht 2021 der Unabhängigen zentralen Vertrauens- und Beschwerdestelle für die Polizei, 2022, S. 8 ff., abrufbar unter <https://www.sk.sachsen.de/download/sk/Jahresbericht-UVBP-2021.pdf> (15.11.2023);

Ministerium für Inneres und Sport Sachsen-Anhalt, Bericht der Zentralen Beschwerdestelle für die Jahre 2020 und 2021, S. 22 ff., abrufbar unter https://zentralebeschwerdestelle.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MI/Zentrale_Beschwerdestelle/Jahresbericht_2020_und_2021.pdf (15.11.2023).

⁸⁹ Ebenso OLG Zweibrücken NJW 2022, 3300 (3302); LG Aachen BeckRS 2020, 43645 Rn. 25; LG Frankenthal

jektive Beweise tatsächlich eine Beeinträchtigung der Interessen des Betroffenen droht. Solche Anhaltspunkte können sich unter anderem ergeben aus dem (fehlenden) Anlass für eine Zwangshandlung, den Inhalten von Äußerungen der beteiligten Beamten (beleidigend, rassistisch, erniedrigend) oder der Art oder dem Maß einer Gewaltanwendung (Schläge oder Tritte gegen bereits fixierte Person, Würgegriffe, Bauchlagenfesselung,⁹⁰ Waffeneinsatz ohne vorherige Androhung etc.).

Häufig wird sich der Täter aufgrund einer rechtlichen Fehlwertung hinsichtlich der Kompetenzen der Polizei zur Aufnahme berechtigt sehen, was als (indirekter) Verbotsirrtum gem. § 17 StGB zu behandeln ist.⁹¹ Im Rahmen der Prüfung der Vermeidbarkeit sollte berücksichtigt werden, dass die betreffenden Sachverhalte oft sehr dynamisch ablaufen, sodass für die vom Täter abverlangte Gewissensanspannung⁹² wenig und für eine Einholung sachkundiger Auskünfte gar keine Zeit bleibt. Allerdings wird ganz überwiegend von der Rechtmäßigkeit des polizeilichen Handelns auszugehen sein, Polizeibeamte sind bekanntermaßen juristisch geschult, weswegen vom Täter zumindest ein kurzes Innehalten zur kritischen Reflexion des Geschehens verlangt werden kann. In der Folge sind Irrtümer regelmäßig vermeidbar. Da Gegenstand der Aufnahme oft eine Vollstreckungshandlung i.S.d. § 113 StGB ist, könnte eine analoge Anwendung der besonderen Irrtumsregelung des § 113 Abs. 4 S. 1 StGB angedacht werden, sodass bei Vermeidbarkeit des Irrtums nicht bloß eine Strafmilderung (§ 17 Abs. 2 StGB), sondern auch ein Absehen von Strafe möglich wäre.⁹³

c) Ergänzende Rechtfertigungsgründe bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Vielfach wurde erörtert, ob i.R.d. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen der §§ 32, 34 StGB ergänzende Rechtfertigungsgründe oder Strafbarkeitseinschränkungen gelten. Angeführt wurde eine Rechtfertigung von Tonaufnahmen aufgrund „notwehrähnlicher Lage“, in entsprechender Anwendung des § 193 StGB, des § 127 Abs. 1 StPO oder allgemein bei Verfolgung überwiegender Interessen sowie eine Straflosigkeit bei Sozialadäquanz.⁹⁴ Die dabei diskutierten Streitfälle lassen sich aber zumeist über die

BeckRS 2020, 36566 Rn. 2; Keller (Fn. 1), S. 236; Renniecke, NJW 2022, 8 (13); Seidl/Hofmann, Die Polizei 2014, 215 (217 f.); ähnlich Zühlke, StV Spezial 2023, 87 (92).

⁹⁰ Eindrücklich hierzu Ellbogen/Saerbeck, Kriminalistik 2010, 419.

⁹¹ OLG Frankfurt a.M. NJW 1977, 1547 (1548); LG Aachen BeckRS 2020, 43645 Rn. 25; Heger (Fn. 11), Vor § 201 Rn. 2; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 42.

⁹² BGHSt 2, 194 (201).

⁹³ So auch Schumacher, KSV Polizeipraxis 24.11.2022, abrufbar unter

<https://ksv-polizeipraxis.de/der-strafrechtliche-schutz-des-allgemeinen-persoenlichkeitsrechts-bei-ton-und-bildaufnahmen-polizeilicher-demonstrationseinsaetze/> (15.11.2023).

⁹⁴ Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 56 m.w.N.

§§ 32, 34 StGB oder durch die Annahme einer mutmaßlichen oder stillschweigenden Einwilligung lösen, sodass kein zwingender Grund für eine Aufweichung der gesetzlichen Rechtfertigungsdogmatik besteht.⁹⁵

Auch besondere Informationsbeschaffungsrechte der Presse werden diskutiert, entweder verfassungsunmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 GG⁹⁶ oder über eine Sperrwirkung des § 201 Abs. 2 S. 3 StGB⁹⁷. Dies wird aber zu Recht abgelehnt.⁹⁸ Der Gesetzgeber hat die in § 201 Abs. 2 S. 3 StGB vorgesehene, vor allem die Presse in den Blick nehmende Rechtfertigung bei Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen bewusst nur auf die Fälle der Veröffentlichung unbefugter Inhalte nach § 201 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB beschränkt.⁹⁹ Damit ist er der Wallraff-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gefolgt, nach der die rechtswidrige Informationsbeschaffung nicht unter die Pressefreiheit fällt, die Veröffentlichung rechtswidrig erlangter Informationen aber ausnahmsweise zulässig sein muss.¹⁰⁰ Die hohen Anforderungen an ein „überragendes öffentliches Interesse“ i.S.d. § 201 Abs. 2 S. 3 StGB – verlangt wird, dass es um die Aufdeckung gravierender Rechtsverstöße geht¹⁰¹ – führen dazu, dass die Ausweitung dieses Rechtfertigungsgrundes auch auf das bloße Herstellen der Aufnahme nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB keinerlei Vorteile gegenüber § 34 StGB böte; eine erweiterte Auslegung stieße auf Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁰²

III. Kritik und Reformüberlegungen

1. Rechtsunsicherheit

Ein wesentlicher Kritikpunkt der aufgezeigten Rechtslage ist ihre Einzelfallabhängigkeit. Die Prüfung der faktischen Öffentlichkeit anhand äußerer, regelmäßig dem Zufall unterliegender und von den Beteiligten mitunter gar nicht wahrgenommener Umstände führt zur unterschiedlichen Behandlung

⁹⁵ BGHSt 31, 304; Graf (Fn. 11), § 201 Rn. 54; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 57 ff.; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 31; Ullenboom, NJW 2019, 3108; Wietz/Zlobinski (Fn. 54), § 201 Rn. 16.

⁹⁶ So für § 201a StGB Heger (Fn. 11), § 201a Rn. 9.

⁹⁷ Hoyer (Fn. 16), § 201 Rn. 36.

⁹⁸ Eisele (Fn. 15), § 201 Rn. 31c; Graf (Fn. 11), § 201 Rn. 55b; Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 64; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 32; Popp (Fn. 54), § 201 Rn. 17.

⁹⁹ BT-Drs. 11/7414 S. 4 f. Der Rechtsausschuss hat zur Begründung das Beispiel angeführt, dass beim unbefugten Abhören eines Telefongesprächs, bei dessen Gelegenheit zufällig ein schwerer, die Öffentlichkeit interessierender Missstand aufgedeckt wird, die Veröffentlichung des Inhaltes gerechtfertigt, das Abhören an sich aber strafbar bleiben solle.

¹⁰⁰ BVerfGE 66, 116 (137 ff.).

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 66, 116 (139); BT-Drs. 11/7414, S. 5; Bosch (Fn. 13), § 201 Rn. 16. Etwas weniger streng Eisele (Fn. 15), § 201 Rn. 33a („öffentliche Missstände von ganz erheblichem Gewicht“).

¹⁰² Vgl. Hilgendorf (Fn. 11), § 201 Rn. 41; Kargl (Fn. 13), § 201 Rn. 33.

von Konstellationen, zwischen denen kaum eine Unrechtsdifferenz erkennbar ist.¹⁰³ Auch können Polizeibeamte durch die gezielte Abschottung einer Gesprächssituation Dokumentationsmöglichkeiten einschränken.¹⁰⁴ Zwar rechtfertigt § 34 StGB die Aufnahme rechtswidrigen Polizeihandelns, dies setzt aber eine korrekte Einschätzung der Situation durch den juristisch unkundigen Bürger voraus. Diese Abhängigkeit der Strafbarkeit nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB von Details des Einzelfalls führt in Kombination mit der uneinheitlichen Rechtsprechung zu einer Rechtsunsicherheit bei allen Beteiligten, welche in der Einsatzsituation Konfliktpotentiale schafft. Es besteht die Gefahr, dass auch die zulässige und zur effektiven Kontrolle der Polizei erforderliche Dokumentation rechtswidrigen Polizeihandelns aus Angst vor Repressionen unterlassen oder durch die Beamten aus Verfolgungseifer oder Verdeckungsabsicht unterbunden wird.¹⁰⁵

Rechtssicherheit könnte de lege ferenda durch eine explizite Erlaubnis der Anfertigung audiovisueller Aufnahmen von Polizeieinsätzen geschaffen werden. Die damit einhergehende Schwächung des Persönlichkeitsschutzes von Polizeibeamten ließe sich mit dem Bedürfnis nach effektiver öffentlicher Kontrolle der Polizei, der institutionsimmanenten Gefahr von übermäßiger Gewaltanwendung sowie dem Bestreben einer gewissen abschreckenden Wirkung der Aufnahmen rechtfertigen. Für die schon in der Debatte um eine Kennzeichnungspflicht geäußerte Befürchtung, Polizeibeamte könnten vermehrt ins Private hinein verfolgt werden,¹⁰⁶ existieren bisher keine empirischen Belege,¹⁰⁷ zumal die Veröffentlichung von Filmaufnahmen weiterhin grundsätzlich unzulässig wäre.

2. Unstimmigkeiten zur Herstellung von Bildaufnahmen (§ 201a StGB)

Die Schwierigkeiten der vorgefundenen Rechtslage sind jedoch nicht auf Polizeieinsätze beschränkt. Der Vergleich mit § 201a Abs. 1 Nr. 1–3 StGB, welcher die Strafbarkeit der Herstellung einer Bildaufnahme an strenge Voraussetzungen knüpft, wirft die Frage auf, warum das Recht am eigenen

Wort umfassender geschützt sein sollte als das Recht am eigenen Bild.¹⁰⁸

Während die Herstellung einer Tonaufnahme bereits dann strafbar ist, wenn das aufgezeichnete gesprochene Wort nichtöffentlich ist (wobei der Begriff der Nichtöffentlichkeit, wie gezeigt, weit verstanden werden muss), erfüllt die Anfertigung einer Bildaufnahme nur dann einen Straftatbestand, wenn sich die abgebildete Person in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet (§ 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder hilflos ist (Nr. 2) und durch die Aufnahme ihr höchstpersönlicher Lebensbereich verletzt wird, oder wenn in grob anstößiger Weise eine verstorbene Person zur Schau gestellt wird (Nr. 3). Die beiden letztgenannten Varianten gelten gem. § 201a Abs. 4 StGB nicht für Handlungen, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erfolgen (sog. Sozialadäquanzklausel). Hier ermöglicht der Gesetzgeber der Presse in bestimmten Grenzen also eine ansonsten rechtswidrige Informationsbeschaffung. Nur das (visuelle) Eindringen in die räumlich abgeschottete Privatsphäre bleibt verboten. Es zeigt sich im Vergleich zu § 201 Abs. 2 S. 3 StGB ein Grundgedanke der gesetzlichen Regelung: Trotz Anerkennung der berechtigten Belange der Presse soll dem Einzelnen ein besonderer Rückzugsraum verbleiben, in welchem er sich frei von der Befürchtung einer Aufzeichnung seiner Aussagen oder seines Bildnisses durch Unbefugte ausleben kann – in Bezug auf das Bildnis ist dies bei § 201a Abs. 1 Nr. 1 die Wohnung oder ein gegen Einblick besonders geschützter Raum, bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 ist es der Rückzug durch das nichtöffentliche Sprechen.¹⁰⁹

So nachvollziehbar dieser Gedanke im Ansatz ist, so inkonsistent wird er im Gesetz verwirklicht: Während durch § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der Einzelne durch einen räumlichen Rückzug eine physische, nach außen hin deutlich sichtbare Grenze gezogen hat (und selbst dann für eine Strafbarkeit zusätzlich eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs verlangt wird), ist das Tatbestandsmerkmal der Nichtöffentlichkeit bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB sehr viel weiter gefasst. Der Gesetzgeber hat beim deutlich später eingefügten § 201a StGB¹¹⁰ erkannt, dass die vielfältigen Konfliktlinien zwischen Persönlichkeits- und Kommunikationsgrundrechten enge Grenzen des strafrechtlichen Schutzes des sehr weitreichenden und dementsprechend leicht tangierten Rechts am eigenen Bild erfordern.¹¹¹ Derart enge Grenzen werden für den Schutz des Rechts am eigenen Wort aber nicht gezogen. Eine Übernahme der Tatbestandseinschränkungen von § 201a StGB auf § 201 StGB wäre zwar denkbar,¹¹² würde aber die

¹⁰³ Vgl. *Klefisch*, juris-PR StrafR 2021, Anm. 4; *Reuschel*, NJW 2022, 3302 (3303).

¹⁰⁴ Ebenso *Klefisch*, juris-PR StrafR 2021, Anm. 4; *Wyderka*, ZD-Aktuell 2019, 6823.

¹⁰⁵ So auch BVerfG NVwZ 2016, 53 (54): „Wer präventiv-polizeiliche Maßnahmen bereits dann gewärtigen muss, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass sein Verhalten Anlass zu polizeilichem Einschreiten bietet, wird aus Furcht vor polizeilichen Maßnahmen auch zulässige Aufnahmen und mit diesen nicht selten einhergehende Kritik an staatlichem Handeln unterlassen“.

¹⁰⁶ GdP Bundesvorstand, Positionspapier – Ein klares Nein zur Kennzeichnungspflicht, Mai 2011, S. 3 f., abrufbar unter [https://www.gdp.de/gdp/gdp.nsf/ID/pos_kenn/\\$file/Pos_Kennzeichnungspflicht.pdf](https://www.gdp.de/gdp/gdp.nsf/ID/pos_kenn/$file/Pos_Kennzeichnungspflicht.pdf) (15.11.2023).

¹⁰⁷ Es sind nach Einführung individueller Kennzeichnungen in Berlin, Brandenburg und Sachsen-Anhalt über Jahre hinweg keine Fälle negativer Auswirkungen auf die Beamten bekannt geworden AbgH.-Drs. 17/11641, S. 1; BbgLT-Drs. 6/1851, S. 4; LSALT-Drs. 6/3386, S. 3.

¹⁰⁸ Ebenso LG Osnabrück StV Spezial 2022, 6 (7) mit zust. Anm. *Lamsfuß*, juris-PR StrafR 2021, Anm. 2.

¹⁰⁹ So auch *Hoyer*, ZIS 2006, 1.

¹¹⁰ Dieser wurde durch das 36. StrÄndG v. 30.7.2004 (BGBl. I 2004, S. 1212) eingefügt, während die Vorgängervorschrift des § 201 StGB schon 1967 geschaffen wurde.

¹¹¹ Vgl. BT-Drs. 15/2466, S. 4.

¹¹² So schützt z.B. der italienische Art. 615 bis Codice Penale nur vor Bild- und Tonaufnahmen, die Informationen oder

bei § 201a StGB vorhandenen Auslegungsschwierigkeiten ebenso übertragen.¹¹³

Die Unstimmigkeiten zwischen § 201 und § 201a StGB wiegen umso schwerer als die kriminalisierten Tonaufnahmen häufig bloßes Nebenprodukt einer zulässigen Videoaufnahme sind. Eine Erweiterung des Schutzes des Rechts am eigenen Bild durch Streichung der Begrenzung auf Wohnungen und gegen Einblick besonders geschützte Bereiche wird wegen der dadurch entstehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen sozialüblichen Aufnahmen und strafwürdigen Persönlichkeitsrechtsverletzung zu Recht kritisch betrachtet.¹¹⁴ Dass nunmehr ersatzweise auf die Tonspur abgestellt wird, führt aber über § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu gleichsam problematischen Ergebnissen.

3. Streichung des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Da es sich bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB gem. § 205 Abs. 1 S. 1 StGB um ein absolutes Antragsdelikt handelt, kommt eine Verfolgung nur in Betracht, wenn die Herstellung der Tonaufnahme überhaupt bemerkt wird. Die hieraus folgende, an Willkür grenzende Selektivität der Strafverfolgung wirft abschließend die Frage nach der Legitimität der Vorschrift auf.¹¹⁵

Wird die Anfertigung der Tonaufnahme bemerkt, können Abwehransprüche (insbesondere aus §§ 1004 Abs. 1 S. 2 analog, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden.¹¹⁶ Gelöst von den besonderen Anforderungen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) ergibt sich dabei die Möglichkeit einer sachgerechten Abwägung der widerstrebenden Belange im Einzelfall.¹¹⁷ Eine solche Abwägung erfolgt auch im Rahmen der Prüfung der prozessualen Verwertbarkeit von Gesprächsaufzeichnungen im Hinblick auf ein unmittelbar aus den Grundrechten folgendes Beweisverwertungsverbot; auf die Strafbarkeit der Tonaufnahme kommt es nicht entscheidend an.¹¹⁸

Angesichts dessen sollte es ausreichen, nur noch das Abhören von Gesprächen mit technischen Hilfsmitteln (§ 201

Bilder über das Privatleben betreffen, das sich in der Wohnung, einem anderen Ort des privaten Aufenthalts oder im sonstigen Privateigentum abspielt: „Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614 [nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi], è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.“

¹¹³ Hierzu u.a. *Bosch*, JZ 2005, 377; *Hoyer*, ZIS 2006, 1; *Pollähne*, KritV 2003, 387.

¹¹⁴ *Eisele*, JR 2005, 8.

¹¹⁵ Vgl. *Pollähne*, KritV 2003, 387 (393).

¹¹⁶ Vgl. BGH NJW 1988, 1016 (1017 f.); BGHZ 27, 284 (289 ff.); OLG Hamburg ZUM-RD 2019, 320 (323 ff.); OLG Köln NJW-RR 2020, 30 (32 ff.).

¹¹⁷ Grundlegend hierzu BVerfGE 66, 116 (Wallraff-Entscheidung).

¹¹⁸ Vgl. BVerfGE 34, 238 (248 ff.); BGHSt 31, 304 (307 ff.); *Graf* (Fn. 11), § 201 Rn. 67 ff.; *Popp* (Fn. 54), § 201 Rn. 22.

Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB) und das unbefugte Gebrauchen, Zugänglichmachen oder öffentliche Mitteilen von Tonaufnahmen oder ihren Inhalten (§ 201 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB) unter Strafe zu stellen – was im Wesentlichen der Rechtslage in Österreich entspricht (§ 120 öStGB¹¹⁹) – und § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB ersatzlos zu streichen.

IV. Fazit

Das Anfertigen einer Tonaufnahme von einem Polizeieinsatz kann gem. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sein. Sofern sich die Beamten mit ihren Aussagen nicht gezielt an die Öffentlichkeit wenden und sie angesichts der äußeren Umstände auch vernünftigerweise nicht mit der Kenntnisnahme durch in Hörweite befindliche Unbeteiligte rechnen müssen, ist der Tatbestand erfüllt. Eine Rechtfertigung kommt nur über § 34 StGB in solchen Fällen in Betracht, in denen konkrete Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit des Polizeihandelns bestehen, sodass ohne objektive Beweismittel eine Gefahr für die Interessen des Betroffenen an effektiver Aufklärung und an der Abwehr unberechtigter Widerstandsanzeigen besteht. Diese Rechtslage führt zu Rechtsunsicherheit und Konfliktpotentialen im Einsatz. Zudem bestehen Widersprüche zwischen dem sehr umfassenden Schutz des Rechts am eigenen Wort in § 201 StGB und den Regelungen zum Recht am eigenen Bild in § 201a StGB, weswegen der Gesetzgeber über eine Reform nachdenken sollte.

¹¹⁹ § 120 öStGB lautet: „(1) Wer ein Tonaufnahmegerät oder ein Abhörgerät benützt, um sich oder einem anderen Unbefugten von einer nicht öffentlichen und nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Äußerung eines anderen Kenntnis zu verschaffen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer ohne Einverständnis des Sprechenden die Tonaufnahme einer nicht öffentlichen Äußerung eines anderen einem Dritten, für den sie nicht bestimmt ist, zugänglich macht oder eine solche Aufnahme veröffentlicht.

(2a) Wer eine im Wege einer Telekommunikation übermittelte und nicht für ihn bestimmte Nachricht in der Absicht, sich oder einem anderen Unbefugten vom Inhalt dieser Nachricht Kenntnis zu verschaffen, aufzeichnet, einem anderen Unbefugten zugänglich macht oder veröffentlicht, ist, wenn die Tat nicht nach den vorstehenden Bestimmungen oder nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

(3) Der Täter ist nur mit Ermächtigung des Verletzten zu verfolgen.“

Die Bekämpfung von Geldwäsche und Korruption im Grenzbereich der Unschuldsvermutung*

Von Rechtsanwalt Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL.M. (London), St. Gallen

Im vorliegenden Beitrag werden zunächst der Zusammenhang von Korruption und Geldwäsche sowie die daraus resultierenden Ziele des Gesetzgebers aufgezeigt. Anschließend diskutiert der Autor dogmatische Probleme des § 261 StGB und illustriert dessen Mängel in der forensischen Umsetzbarkeit. Dabei werden insbesondere auch faktische Umgehungsmöglichkeiten der Geldwäschepräventionsmaßnahmen dargestellt. Darüber hinaus zeigt der Autor neue gesetzgeberische Bemühungen zur (vermeintlichen) Steigerung der Verfahrenseffizienz bei der Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche auf. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf der Gefahr der Überschreitung rechtsstaatlicher Grenzen.

In this paper, the relationship between corruption and money laundering as well as the resulting goals of the legislator are presented. Subsequently, the author describes dogmatic problems of § 261 StGB and illustrates its shortcomings from a practical forensic perspective. In particular, ways of circumventing the current anti-money-laundering measures are presented. Finally, the author illustrates new legislative efforts to (supposedly) increase procedural efficiency in the fight against corruption and money laundering. A special focus is placed on the danger of overstepping the boundaries of the rule of law.

I. Einleitung – Zusammenhang von Korruption und Geldwäsche

Die Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr wurde am 17. Dezember 1997 zur Unterzeichnung aufgelegt. Die negativen Folgen von Korruption sind in der Literatur weitestgehend unbestritten.¹ Trotzdem prägt die Korruption nach wie vor den Alltag in zahlreichen Ländern. Ein Blick auf den Corruption Perceptions Index von Transparency International (2022) verdeutlicht, dass auch Europa nach wie vor ein erhebliches Korruptionsproblem hat. Russland liegt bspw. auf Platz 137, die Ukraine auf Platz 116 und Moldawien auf Platz 91.² Es stellt sich daher die Frage, warum Korruption so schwer zu bekämpfen ist.

* Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Autor am 2.2.2023 am Trierer Institut für Geldwäsche- und Korruptionsstrafrecht (Universität Trier) gehalten hat. Der Autor bedankt sich bei Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Heiner Kühne, Prof. Dr. Till Zimmermann, Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi und Prof. Dr. Scarlett Jansen für die Einladung sowie zahlreiche spannende Denkanstöße.

¹ Ades/Tella, IDS bulletin 27 (1996), 6; Cooray/Dzhumashev, Economic Modelling 74 (2018), 207; Campos/Dimova/Saleh, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 172 (2016), 521; d'Agostino/Dunne/Pieroni, European Journal of Political Economy 43 (2016), 71; Al-Sadig, Cato Journal 29 (2019), 267.

² <https://www.transparency.org/en/cpi/2022> (25.11.2023).

Ein Blick auf osteuropäische Justizsysteme verdeutlicht, weshalb der Kampf gegen Korruption bisher mehrheitlich erfolglos war und welche Gefahren dies für die Unschuldsvermutung im deutschsprachigen Raum birgt. Insbesondere scheinen viele osteuropäische Justizsysteme nach wie vor von Korruption unterwandert zu sein.³ Dies kann exemplarisch am Weg zum Richteramt aufgezeigt werden. Die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf der jahrelangen forensischen Erfahrung des Autors mit der Justiz osteuropäischer Länder.

Der Weg zum Richteramt beginnt in der Regel mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Wer gute Noten möchte, muss häufig Bestechungsgelder bezahlen. Dem Studium der Rechtswissenschaft folgt das Referendariat. Einen geeigneten Platz erhält man bevorzugt über Kontakte und „Geschenke“. Im Anschluss ist in den meisten Ländern eine Prüfung zur Qualifikation als Richter zu absolvieren. Diese Prüfung ist ohne Bestechungsgeld häufig nur schwer zu bestehen. Zudem erhält man damit lediglich die (formale) Befähigung, als Richter tätig sein zu können. Der nächste Schritt ist die Zuteilung eines Richterpostens. Hierbei richtet sich das Bestechungsgeld nach dem erwarteten Verdienst. Wer langfristig im Amt verbleiben möchte, muss unter Umständen erneute Prüfungen im Rahmen von Justizreform(en) über sich ergehen lassen. Dabei werden unter Umständen erneut Bestechungsgelder verlangt. Dieser „traditionelle“ Weg zum Richteramt führt zu einer sogenannten Adverse Selection. Wer gegen Korruption ist, wird sich bereits im Studium dagegen sträuben, seinen Professoren Bestechungsgelder zu bezahlen. Sie oder er wird nicht bereit sein, für einen Referendariatsposten oder die anschließende Prüfung zu bezahlen. Daraus folgt, dass in der Regel primär Personen, welche der Korruption offen gegenüberstehen, den traditionellen Weg zum Richteramt erfolgreich durchlaufen. Sollte sich im Laufe ihrer Karriere ein Sinneswandel ergeben, sorgen allfällige Justizreformen dafür, dass sie ihren Posten wieder verlieren. Schließlich können in der Regel nur Personen, welche regelmäßig Bestechungsgelder erheben, auch angemessene Bestechungsgelder bezahlen.⁴

Die Karriere von Staatsanwälten ähnelt jener der Richter. Allerdings fehlt Staatsanwälten die richterähnliche „Unabhängigkeit“. In osteuropäischen Staatsanwaltschaften ist es teils üblich, dass Bestechungsgelder mit Vorgesetzten geteilt werden. Ein einfacher Staatsanwalt gibt einen Teil seiner Bestechungsgelder an den ihm vorgesetzten Oberstaatsanwalt ab, welcher wiederum einen Teil behält und den Rest an den Generalstaatsanwalt übergibt. Dies führt zu einer Gruppendynamik. Wer sich weigert, Bestechungsgelder zu erheben und zu „teilen“, muss häufig selbst mit einem Strafverfahren rechnen. Dies aus mehreren Gründen. Einerseits dürften weder der Oberstaatsanwalt noch der Generalstaatsanwalt davon begeistert sein, dass sich ein Untergebener weigert,

³ Teichmann, NZWiSt 2023, 92.

⁴ Teichmann, Die Polizei 11 (2021), 501.

Bestechungsgelder zu erheben und mit ihnen zu teilen. Andererseits stößt derartig korrektes Verhalten auch bei Kollegen auf gleicher Stufe auf wenig Verständnis.⁵

Die Korruption in Justizsystemen benachbarter Staaten stellt eine erhebliche Gefahr auch für den deutschen Rechtsstaat dar. Es ist somit nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber die Bestechung von Amtsträgern sowohl im Inland als auch im Ausland bekämpfen möchte. Die Bekämpfung der Geldwäsche wird dabei häufig als Allheilmittel präsentiert. Dabei wird regelmäßig argumentiert, dass Korruption über den Geldwäschetatbestand erfolgreich bekämpft werden könne, da die bestochenen Personen ihre inkriminierten Vermögenswerte nicht mehr verwenden könnten. Allerdings ist fraglich, ob das stimmt.

II. Dogmatische Probleme des § 261 StGB

1. (Un-)Verhältnismäßigkeit des § 261 StGB

§ 261 StGB diene ursprünglich der Bekämpfung der organisierten Kriminalität. Allerdings steht der Tatbestand nicht mehr in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der organisierten Kriminalität. Er umfasst vor allem auch geringfügige und mittlere Kriminalität („All Crimes Approach“). Allerdings ist die These, dass eine Erweiterung des Geldwäschetatbestandes zu einer effektiveren Bekämpfung der organisierten Kriminalität führe, empirisch bei weitem nicht hinreichend belegt. Vielmehr besteht aufgrund des All Crimes Approaches die Gefahr einer unverhältnismäßigen Sanktionierung von Taten aus der Bagatell- und Massenkriminalität. Man denke exemplarisch an den Diebstahl einer Tafel Schokolade.⁶ Auch wer im Ausland ein unter gewerbsmäßiger (strafbarer) Verletzung von Markenrechten hergestelltes Kleidungsstück erwirbt, um dieses nach seiner Rückkehr nach Deutschland an ein Familienmitglied zu verschenken, handelt tatbestandsmäßig.⁷ Allerdings ist der (überaus komplexe) Tatbestand für Laien kaum zu verstehen.

2. Ausweitung der Strafbarkeit zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten

Eine weitere Herausforderung des § 261 StGB stellt dessen nahezu uferlose Anwendungsbreite dar. Die Bekämpfung der Geldwäsche war bisher weitestgehend erfolglos. Angeblich fehlt noch eine weitere Verschärfung, um die Geldwäsche erfolgreich bekämpfen zu können. Das Konzept der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung stützt seine Versprechen „auf eine Dynamik der Erweiterung; stets fehlt zum Erfolg noch eine letzte Auswahl des Tatbestands oder der Ermittlungsmöglichkeiten. In paradoxer Logik speist sich die Legitimität aus der Erfolglosigkeit. [...]“⁸

⁵ Teichmann, *Kriminalistik* 75 (2021), 625.

⁶ Schröder/Blaue, *NZWiSt* 2019, 161 ff.

⁷ Bülte, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche BT-Drucksache 19/24180, 2020, Rn. 19.

⁸ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 261 Rn. 4d.

3. Missbrauch staatlichen Strafens

Die Abschöpfung inkriminierter Vermögenswerte zur Verhinderung einer Reinvestition von Delikterträgen ist Gegenstand des Gefahrenabwehrrechts. Es stellt sich somit die Frage, ob der Geldwäschetatbestand das Strafrecht zum Zwecke der Gefahrenabwehr missbraucht. Dies würde den Schuldgrundsatz, welcher Teil der Verfassungsidentität der BRD ist, unter Umständen verletzen. Allerdings stellt sich auch die Frage, ob der Geldwäschetatbestand als Instrument der Gefahrenabwehr überhaupt geeignet ist. Aufgrund seiner Verankerung im Strafrecht findet das Beweisrecht des Verwaltungsverfahrens keine Anwendung. Kriminologische Erkenntnisse belegen zudem, dass Täter Maßnahmen der Geldwäschebekämpfung leicht umgehen können (u.a. durch den Einsatz von Strohleuten).⁹

4. Zwischenfazit

Es wird in der Literatur wiederholt kritisiert, dass ein allzu langer Tatbestand zu Verständnisproblemen und – damit verbunden – zu Herausforderungen bei der Subsumtion führt.¹⁰ Hinzu kam in der Vergangenheit häufig ein notorischer Mangel an Beweisen im Hinblick auf die Vortat. Die Versuche der Rechtsprechung und des Gesetzgebers, die Probleme zu neutralisieren, sind weitestgehend gescheitert. Der All Crimes Approach hat zwar – wie nachfolgend aufgezeigt wird – zu einer massiven Erhöhung der Fallzahlen geführt. Es stellen sich in diesem Zusammenhang jedoch auch Fragen der Verhältnismäßigkeit.

III. Mangel in der forensischen Umsetzbarkeit

Gemäß der polizeilichen Kriminalstatistik aus dem Jahr 2021 wurden im Jahr 2020 1.319 Fälle von Geldwäsche erfasst. Im Jahr 2021 waren es bereits 1.757 Fälle. Dies entspricht einem Anstieg um 33,2 %. Die Aufklärungsquote lag im Jahr 2019 bei 94,8 % und im Jahr 2020 bei 96,1 %. Wenn man die polizeiliche Kriminalstatistik 2021 isoliert betrachtete, könnte man fälschlicherweise zu dem Schluss kommen, dass Deutschland kein Geldwäscheproblem habe. Es gibt kaum erfasste Fälle und die Aufklärungsquote liegt bei weit über 90 %. Ähnlich beruhigend wirkt auch die Urteilsstatistik des statistischen Bundesamtes.

Demnach gab es im Jahr 2021 insgesamt lediglich 1.342 Abgeurteilte und Verurteilte.¹¹ Auch die Statistik des statistischen Bundesamtes suggeriert somit, dass Deutschland kein allzu großes Geldwäscheproblem habe.

Ein näherer Blick auf die rechtskräftig Abgeurteilten suggeriert erste Zweifel an der Geldwäschebekämpfung in

⁹ Teichmann, *Methoden der Geldwäscherei*, 2. Aufl. 2021.

¹⁰ Jahn, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche BT-Drucksache, 19/24180, 2020.

¹¹ Statistisches Bundesamt, *Fachserie 10, Reihe 3*, 2021, S. 74. §§ 261 Abs. 2 und 4 StGB spielen im Vergleich zu §§ 261 Abs. 1 und 5 StGB in der Praxis lediglich eine untergeordnete Rolle.

Deutschland. In den Jahren 2014 bis 2016 waren rund 99 % der rechtskräftig Abgeurteilten Finanz- und Warenagenten (Handelnde). Es handelte sich mehrheitlich um leichtfertig handelnde Privatpersonen.¹² Das Volumen lag bei fast 50 % der Verfahren unter 5.000 Euro und die Vermögenswerte stammten zu über 90 % aus Deutschland.¹³ Die deutsche Geldwäschebekämpfung scheint sich somit eher mit Kleinkriminellen als mit organisierter Kriminalität zu beschäftigen.

Der FIU Jahresbericht 2021 bestätigt die Zweifel an der Effizienz der deutschen Geldwäschebekämpfung. Die Anzahl der Meldungen hat sich in zehn Jahren um mehr als verzweifzigfach. Im Jahr 2011 hat die FIO 13.544 Meldungen erhalten. Im Jahr 2021 waren es bereits 298.507.¹⁴ Ein möglicher Grund für den massiven Anstieg ist der All Crimes Approach. In der Praxis führte dies zu einem erheblichen Rückstau bei der Bearbeitung von Meldungen. Dies erklärt, warum es zahlreiche Ermittlungsansätze, aber kaum Verurteilungen gibt. Präsumtive Täter können letztendlich darauf spekulieren, dass ihr Sachverhalt in einer Vielzahl von Meldungen untergeht.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Geldwäschebekämpfung als effektives Mittel im Kampf gegen Korruption betrachtet werden kann. Einerseits dürfte eine ordnungsgemäße Bearbeitung von Verdachtsmeldungen kaum noch möglich sein. Andererseits dürfte der „More of the same“-Ansatz des Gesetzgebers kaum eine geeignete Grundlage für eine Trendwende darstellen. Zudem ist davon auszugehen, dass insbesondere gebildete Täter – wie bspw. Angehörige ausländischer Justizsysteme – sowie Angehörige der organisierten Kriminalität wissen, wie sich die bestehenden Geldwäschepräventionsmaßnahmen umgehen lassen. Es ist somit davon auszugehen, dass der Geldwäschetatbestand nicht zur Bekämpfung der Korruption geeignet ist.

IV. Faktische Umgebungsmöglichkeiten

Letztendlich könnte der Geldwäschetatbestand nur zur Korruptionsbekämpfung beitragen, wenn Täter die Geldwäschepräventionsmaßnahmen nicht ohne Weiteres umgehen könnten. Andernfalls dürfte der deutsche Geldwäschetatbestand die häufig im Ausland ansässigen Täter kaum abschrecken. Somit stellt sich die Frage, wie leicht Geld in Deutschland zu waschen ist.

1. Vortat als Ausgangspunkt

Zunächst stellt sich die Frage, aus welchem Verbrechen die Vermögenswerte stammen. Es macht in der Regel einen Unterschied, ob es sich um Bestechungsgelder oder um Ertrag aus Betäubungsmitteldelikten handelt. Wer illegal mit Cannabis und Kokain handelt, hat bspw. häufig kleinere

Banknoten. Wer Bestechungsgelder in Millionenhöhe kassiert, verwendet in der Regel keine 20- oder 50-Euro-Noten.¹⁵

Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob es sich um Bargeld oder um „Bankable Assets“ handelt. Wer mit Betäubungsmitteln handelt, wickelt seine Geschäfte in der Regel bar ab. Auch Amtsträger, welche sich bestechen lassen, bevorzugen häufig aus Beweisgründen Bargeld. Allerdings kann dies für die bestehende Partei eine erhebliche Herausforderung darstellen. Exemplarisch sei an multinationale Unternehmen gedacht, welche nicht ohne Weiteres Bargeld in Millionenhöhe aus ihrer regulären Geschäftstätigkeit abzweigen können. In diesen Fällen weichen Täter unter Umständen auf Banküberweisungen aus. Alternativ können selbstverständlich auch Kryptowährungen zum Einsatz kommen.¹⁶

Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob die Einkünfte wiederkehrend sind. Wer einmalig 500.000 Euro Bestechungsgelder erhält, benötigt keine komplexen Methoden der Geldwäsche. Es genügt, wenn das Geld an einem sicheren Ort versteckt wird. Exemplarisch sei an private Schließfachanbieter in der Schweiz gedacht.¹⁷ Wer hingegen monatlich 500.000 Euro als Bestechungsgeld erhält, möchte sein Geld in der Regel nicht nur verstecken, sondern auch investieren. In diesem Fall kommen regelmäßig deutlich komplexere Methoden der Geldwäsche zum Einsatz.

Ferner stellt sich die Frage, wo sich die Vermögenswerte befinden. Aus Tätersicht macht es einen Unterschied, ob die Vermögenswerte in Deutschland oder in Moskau sind. Abschließend stellt sich aus Tätersicht auch die Frage, ob die Vermögenswerte bereits über eine Legende verfügen. Wer 5 Mio. Euro Bargeld erhalten hat, ist in der Regel mit einer anderen Ausgangslage konfrontiert als jemand, der 5 Mio. Euro als M & A-Transaktion getarnt überwiesen bekommen hat.¹⁸

Studien haben gezeigt, dass Täter häufig sowohl über Bargeld als auch über Bankguthaben verfügen. Geldwäscher haben zudem regelmäßig wiederkehrende Einkünfte. Daraus folgt, dass unter anderem Immobilien besonders geeignet sein dürften, um Geld zu waschen. Schließlich lassen sich dabei sowohl Bargeld als auch Bankguthaben in den legalen Wirtschaftskreislauf integrieren.¹⁹

2. Fallbeispiel: Geldwäsche in der Immobilienbranche

Ein ausländischer Amtsträger, welcher Bestechungsgelder in der Immobilienbranche in Deutschland waschen möchte, setzt sinnvollerweise zunächst einen Strohmann ein. Er tritt somit nicht selbst in Erscheinung. Anschließend beauftragt er

¹² Jahn, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 261 Rn. 82.

¹³ Bussmann/Veljovic, NZWiSt 2020, 417 ff.

¹⁴ FIU Jahresbericht 2021, S. 15, abrufbar unter https://www.zoll.de/DE/FIU/Fachliche-Informationen/Jahresberichte/jahresberichte_node.html (26.11.2023).

¹⁵ Teichmann, Jusletter v. 14.11.2022, abrufbar unter https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2022/1132/unterschatzte-geldwa_9a6cd8a79c.html_ONCE&login=false (26.11.2023).

¹⁶ Teichmann/Falker, Journal of Money Laundering Control 24 (2020), 91.

¹⁷ Teichmann/Falker, Journal of Money Laundering Control, 23 (2020), 805.

¹⁸ Teichmann, Methods of Money Laundering: Circumventing Anti-Money Laundering Mechanisms, 2021.

¹⁹ Teichmann (Fn. 9), S. 149 ff.

den Strohmann, eine geeignete Liegenschaft zu erwerben. Idealerweise handelt es sich dabei um eine Liegenschaft ohne direkte Vergleichsobjekte.²⁰ Ferner meidet der Strohmann Liegenschaften mit medialer Aufmerksamkeit. Der Strohmann bezahlt ca. 70 % des Kaufpreises per Überweisung und 30 % bar. Ähnlich geht er bei der Sanierung der Liegenschaft vor.²¹

Es stellt sich die Frage, ob Verkäufer und Handwerker bereit sind, einen Teil des Preises der Liegenschaft bzw. die Bezahlung ihrer Dienstleistungen bar entgegenzunehmen. Exemplarisch sei an Personen gedacht, welche einen hohen Grundstücksgewinn versteuern müssen, oder an Personen, welche sich scheiden lassen möchten und den Erlös (zumindest teilweise) mit der Gegenpartei teilen müssen. Handwerker sparten sich zudem Einkommensteuern und Sozialabgaben. Im Gegenzug bezahlt der Strohmann des Geldwäschers in der Regel keine Mehrwertsteuer auf den Teil, welcher bar vergütet wird. Im Ergebnis erwirbt und saniert der Strohmann des Geldwäschers Liegenschaften in der Regel kostengünstiger als Marktteilnehmer, welche auf legale Art und Weise agieren. Dabei kommt es nicht selten zu einer Vermischung inkriminierter und nicht inkriminierter Vermögenswerte.²²

3. Geldwäschetatbestand als Sackgasse

Der Geldwäschetatbestand stellt kein effektives Mittel zur Korruptionsbekämpfung dar. Es ist insbesondere davon auszugehen, dass Täter Strohleute einsetzen. Ferner ist das Entdeckungsrisiko ohnehin gering. Im Zweifelsfall wird der Strohmann belangt. Ausländische Amtsträger, welche Bestechungsgelder erhalten und in Deutschland investieren, müssen dies in der Regel nicht befürchten.

V. Neue gesetzgeberische Bemühungen zur Steigerung der Verfahrenseffizienz bei der Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche

Aufgrund der zahlreichen Schwächen des § 261 StGB wurde in der Vergangenheit häufig über die Möglichkeit der sogenannten „Non Conviction Based Confiscation of Assets“ diskutiert. Ein entsprechender Lösungsansatz wurde in der Schweiz bereits umgesetzt: Das Schweizerische Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmäßig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG) stammt aus dem Jahr 2015 und stellt die gesetzliche Grundlage für die Sperrung, Einziehung und Rückerstattung von Potentatengeldern dar. Ratio legis ist der Schutz von Missbrauch des eigenen Finanzplatzes. Ursprünglich stand jedoch das Rechtshilfehindernis der Verjährung im Vordergrund. Das Institut der Rechtshilfe stößt im Falle politischer Umwälzungen häufig an seine Grenzen.

Folglich ist das SRVG subsidiär zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.²³

Gemäß Art. 1 SRVG regelt das SVRG „die Sperrung, die Einziehung und die Rückerstattung von Vermögenswerten ausländischer politisch exponierter Personen oder ihnen nahestehender Personen, die vermutlich durch Korruption, ungetreue Geschäftsbesorgung oder andere Verbrechen erworben wurden“. Als ausländische politisch exponierte Personen gelten gem. Art. 2 lit. a SRVG dabei Personen, welche im Ausland mit führenden öffentlichen Funktionen betraut sind bzw. waren; dies umfasst insbesondere Staats- und Regierungschefs, hohe Politiker auf nationaler Ebene, hohe Funktionäre in Verwaltung, Justiz, Militär und Parteien auf nationaler Ebene sowie die obersten Organe staatlicher Unternehmen von nationaler Bedeutung. Als nahestehende Personen gelten gem. Art. 2 lit. b SRVG natürliche Personen, welchen den Personen i.S.d. lit. a aus familiären, persönlichen oder geschäftlichen Gründen erkennbar nahestehen. Vermögenswerte sind dabei alle materiellen oder immateriellen, beweglichen oder unbeweglichen Güter (Art. 2 lit. c SRVG). Gemäß Art. 3 Abs. 1 SRVG kann der Bundesrat im Hinblick auf eine allfällige Rechtshilfезusammenarbeit mit dem Herkunftsstaat die Sperrung von Vermögenswerten in der Schweiz anordnen. Betroffen sind gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a SRVG Vermögenswerte, über welche die ausländische politisch exponierte Person bzw. ihr nahestehende Person Verfügungsmacht hat. Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b SRVG sind zudem Vermögenswerte erfasst, an welchen ausländische politisch exponierte Personen oder ihnen nahestehende Personen wirtschaftlich berechtigt sind. Eine vergleichbare Regelung gilt gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c SRVG zudem für juristische Personen, über welche ausländische politisch exponierte Personen oder ihnen nahestehende Personen direkt oder indirekt Verfügungsmacht haben bzw. an welchen diese wirtschaftlich berechtigt sind.

Die Sperrung ist gem. Art. 3 Abs. 2 SRVG nur zulässig, sofern nachfolgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- es zeichnet sich ein Machtverlust der Regierung bzw. gewisser Regierungsmitglieder im Herkunftsstaat ab oder ist bereits eingetreten (lit. a)
- der Herkunftsstaat verfügt über einen notorisch hohen Korruptionsgrad (lit. b)
- es ist davon auszugehen, dass die Vermögenswerte wahrscheinlich durch Korruption, ungetreue Geschäftsbesorgung oder andere Verbrechen erworben wurden (lit. c)
- die Sperrung ist zur Wahrung schweizerischer Interessen erforderlich (lit. d).

Gemäß Art. 3 Abs. 3 SRVG hat der Bundesrat vor der Anordnung einer Sperrung die Haltung der wichtigsten Partnerländer sowie internationaler Organisationen hinsichtlich Sperrungsmaßnahmen abzuklären, außer es besteht Gefahr in Verzug. Dabei werden die Maßnahmen dieser Länder in der Regel sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht abgestimmt.

²⁰ Teichmann, Journal of Money Laundering Control 21 (2018), 370.

²¹ Teichmann, Crime, Law and Social Change 73 (2019), 237.

²² Teichmann, Journal of Financial Regulation and Compliance 27 (2019), 2.

²³ Teichmann, Journal of money Laundering control 20 (2017), 130.

Ferner ist die Sperrung gemäß Art. 4 Abs. 3 SRVG ebenfalls zulässig, wenn sich die Zusammenarbeit mit dem Herkunftsstaat nach erfolgter Einreichung eines Rechtshilfeersuchens als ausgeschlossen erweist, da Gründe für die Annahme bestehen, dass das Verfahren im Herkunftsstaat den maßgeblichen Verfahrensgrundsätzen nach Art. 2 lit. a des Rechtshilfegesetzes vom 20. März 1981²⁴ nicht entspricht und die Wahrung schweizerischer Interessen dies erfordert. Diese Regelung ist von besonderer Bedeutung im Hinblick auf den aktuellen Konflikt in der Ukraine. Einerseits hat die Schweiz die Rechtshilfe mit Russland faktisch ausgesetzt. Es ist somit davon auszugehen, dass die Zusammenarbeit mit dem Herkunftsstaat nach erfolgter Einreichung eines Rechtshilfeersuchens ausgeschlossen ist. Andererseits könnte es jedoch auch in der Ukraine selbst zu politischen Umwälzungen kommen. Damit wäre Art. 3 Abs. 2 SRVG anwendbar.

Die Dauer der Sperrung der Vermögenswerte ist auf vier Jahre befristet (Art. 6 Abs. 1 SRVG). Allerdings ist die Verlängerung um jeweils ein Jahr möglich, sofern der Herkunftsstaat seine Absicht zur Rechtshilfezusammenarbeit zum Ausdruck gebracht hat. Die maximale Sperrungsdauer beträgt somit zehn Jahre (Art. 6 Abs. 1 SRVG). In Ausnahmefällen dürfte jedoch auch eine längere Sperrung möglich sein; dies gilt insbesondere in Verfahren nach Art. 4 SRVG. Man stelle sich vor, dass Vermögenswerte zunächst gestützt auf ein Rechtshilfeersuchen gesperrt wurden. Einige Jahre später kommt es zur faktischen Aussetzung der Rechtshilfe im Zusammenhang mit dem aktuellen Konflikt in der Ukraine. In einem derartig gelagerten Fall dürfte es zu einer Sperrungsdauer von bis zu 20 Jahren kommen.

Bemerkenswert ist die in Art. 15 Abs. 1 SRVG verankerte Vermutung der Unrechtmäßigkeit. Demnach gilt die Vermutung, dass Vermögenswerte unrechtmäßig erworben wurden, sofern das Vermögen der Person, welche die Verfügungsmacht über die Vermögenswerte hat oder an diesen wirtschaftlich berechtigt ist, begünstigt durch die Ausübung des öffentlichen Amtes durch die ausländische politisch exponierte Person außerordentlich stark gestiegen ist (lit. a) und der Korruptionsgrad des Herkunftsstaates bzw. der betroffenen ausländischen politisch exponierten Person während ihrer Amtszeit notorisch hoch war (lit. b). Gemäß Art. 15 Abs. 2 SRVG ist der Vermögensanstieg außerordentlich stark, sofern ein großes, nicht durch die allgemeine Lebenserfahrung und den Kontext des Landes zu erklärendes Missverhältnis zwischen dem rechtmäßigen Einkommen der Person, welche Verfügungsmacht über die Vermögenswerte hat, und dem fraglichen Vermögensanstieg besteht. Diese Vermutung wird nur umgestoßen, sofern mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann, dass die Vermögenswerte rechtmäßig erworben wurden (Art. 15 Abs. 3 SRVG).

Das SRVG neutralisiert mutmaßlich grundlegende Herausforderungen bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Korruption. Insbesondere ist eine Beweislastumkehr vorgesehen. Die betroffenen Personen müssen nachweisen, dass sie ihre Vermögenswerte rechtmäßig erworben haben. Andernfalls können die Vermögenswerte eingezogen werden.

²⁴ SR 351.1.

Obschon dieses Konzept auf den ersten Blick aus der Perspektive von Strafverfolgungsbehörden verlockend erscheinen mag, stellt sich die Frage, ob hierbei nicht grundlegende rechtsstaatliche Grenzen überschritten werden.²⁵

VI. Die Gefahr der Überschreitung rechtsstaatlicher Grenzen

1. SRVG – Bundesverfassung

Das SRVG stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die in Art. 26 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) verankerte Eigentumsgarantie dar. Für einen derartig schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsgarantie wird gem. Art. 36 BV eine geeignete gesetzliche Grundlage vorausgesetzt. In der Literatur wird übereinstimmend die Meinung vertreten, dass das SRVG aufgrund seiner Subsidiarität zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen verhältnismäßig sei. Im Ergebnis liegt somit kein Verstoß gegen die Schweizerische Bundesverfassung vor.²⁶

2. SRVG – EMRK

Zunächst stellt sich die Frage, ob das SRVG gegen das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte Recht auf ein faires Verfahren verstößt, indem nicht innerhalb einer angemessenen Frist verhandelt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich nicht um ein gerichtliches Verfahren, sondern um ein Verwaltungsverfahren handelt. Trotzdem wäre eine Verfahrensdauer von fünf Jahren gerade noch angemessen.²⁷ Verfahrensdauern von mehr als sieben Jahren hat der EGMR fast ausnahmslos als unangemessen gewertet.²⁸ Um zu beurteilen, ob die zeitliche Dauer der Beschlagnahme angemessen war, ist zudem zwischen beschuldigten und nichtbeschuldigten Personen zu differenzieren. In casu handelt es sich um nichtbeschuldigte Personen. Folglich können maximal zwei Drittel der sonst üblichen Verfahrensdauer als angemessen betrachtet werden.²⁹ Im Ergebnis dürfte die Verfahrensdauer von bis zu zehn Jahren gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen.

Ferner gilt jede Person, welche einer Straftat angeklagt ist, gem. Art. 6 Abs. 2 EMRK bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig. Die in Art. 15 Abs. 3 SRVG vorgesehene Umkehr der Beweislast verstößt somit in schwerwiegender Weise gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK. Dagegen wird teilweise in der Literatur vertreten, dass der Verlust der Eigentumsrechte eine zivilrechtliche und keine strafrechtliche Angelegenheit sei. Folglich sei Art. 6 Abs. 2 EMRK nicht anwendbar, weshalb auch kein Verstoß vorliege.³⁰ Dieser Auffassung kann jedoch im Rahmen einer genaueren Betrachtung nicht zugestimmt werden. Die Sperrung der Vermögenswerte ist vielmehr als präventive Strafmaßnahme, die mit einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme vergleichbar ist, anzusehen. Nach ständiger Rechtsprechung des

²⁵ Teichmann, *Journal für Strafrecht* 9 (2022), 442.

²⁶ Teichmann, *NZWiSt* 2023, 207.

²⁷ EGMR, Urt. v. 15.7.1982 – 8130/78.

²⁸ EGMR, Entsch. v. 27.11.2012 – 46601/07.

²⁹ Jositsch/Poulikakos, *ContraLegem* 2019/2, 151.

³⁰ Jositsch/Poulikakos, *ContraLegem* 2019/2, 151.

EGMR ist nicht nur die Zuordnung nach innerstaatlichem Recht, sondern vor allem auch die „wahre Natur“ der Tat handlung sowie deren Konsequenzen und die Schwere der Sanktion entscheidend.³¹ Das SRVG spricht zudem ausdrücklich von Straftaten. Namentlich werden in Art. 1 SRVG Korruption, ungetreue Geschäftsbesorgung und andere Verbrechen genannt,³² obwohl Art. 6 Abs. 1 EMRK auch Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen nimmt.

Der Begriff der strafrechtlichen Anklage wird vom EGMR autonom bestimmt, wobei keine formelle Anklageerhebung vorausgesetzt wird. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Verdacht bzw. eine Anschuldigung einer Straftat vorliegt. Das SRVG spricht ausdrücklich Korruption, ungetreue Geschäftsversorgung und andere Verbrechen als Vortaten an. Den betroffenen Personen wird somit strafbares Verhalten unterstellt. Das SRVG ist zudem am ehesten mit einer Einziehung i.S.v. Art. 70 schwStGB vergleichbar. Zwar könnte man argumentieren, dass präventive Einziehungen nicht als strafrechtliche Anklagen gelten. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Einziehungen, welche gestützt auf das SRVG erfolgen, repressive Absichten verfolgen. Es handelt sich somit um Verdachtstrafen.³³

Ferner ist die Natur der Zuwiderhandlungen und ihrer Folgen zu berücksichtigen. Das SRVG spricht in Art. 15 Abs. 1 ausdrücklich vom unrechtmäßigen Erwerb der Vermögenswerte. Ferner enthält Art. 15 Abs. 1 SRVG ein Verdachtskriterium, welches auf den Korruptionsgrad des Herkunftsstaats abstellt. Es wird somit die Hypothese aufgestellt, dass die Vermögenswerte aus Straftatbeständen im Ursprungsland stammen. Die Folgen weisen zudem abschreckenden und vergeltenden Charakter auf. Das SRVG ist zweifelsohne geeignet, ein Verhalten (Tun oder Unterlassen) zu erzwingen.³⁴

Zudem ist die Art und Schwere der Sanktion zu berücksichtigen. Die Einziehung der Vermögenswerte ist als erhebliche Sanktion zu qualifizieren. Sie führt zum vollständigen Verlust der Eigentumsrechte. Im SRVG ist die definitive Einziehung der Vermögenswerte vorgesehen. Deshalb ist der Eingriff in das Vermögen der Betroffenen nicht als lediglich prozessuale, also auf Verdacht beruhende vorläufige Sicherstellung von Vermögenswerten ohne Einverständnis der betroffenen Personen zu bewerten. Eine solche prozessuale Sicherstellung wäre allenfalls zulässig.^{35?}

Aus der Qualifikation des SRVG als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Abs. 2 EMRK folgt, dass die Unschuldsvermutung zur Anwendung gelangt. Betroffene haben somit keine Pflicht, sich im Hinblick auf deliktische Verdachtsmomente zu entlasten oder zu ihrer Entlastung beizutragen. Wie der EGMR in *Böhmer vs. Deutschland* entschieden hat, liegt

eine Verletzung der Unschuldsvermutung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 EMRK vor, wenn eine gerichtliche Entscheidung Aussagen zur Schuld einer noch nicht verurteilten Person enthält.³⁶ Die Einziehung von Vermögenswerten – gestützt auf mutmaßliche Verbrechen im Ausland – ist somit als strafrechtliche Schuld feststellung zu betrachten. Schließlich kann kaum ernsthaft geltend gemacht werden, dass die Vermögenswerte einer unschuldigen Person eingezogen werden sollten.³⁷

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Sperrung von Vermögenswerten für zehn Jahre (oder mehr) gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstößt. Ferner verstößt die Umkehr der Beweislast gegen die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung. In diesem Kontext stellt sich auch die Frage, wie man die Einziehung der Vermögenswerte verhindern möchte, wenn man sich nicht zur Sache äußern kann bzw. muss (*nemo-tenetur-Grundsatz*). Das SRVG ist somit ebenfalls nicht als Lösungsansatz zur Bekämpfung von Geldwäsche und Korruption geeignet.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Der hohe Korruptionsgrad in ausländischen Justizsystemen hat zahlreiche Implikationen für den deutschsprachigen Raum. Exemplarisch sei an europäische und internationale Haftbefehle gedacht. Sofern es möglich ist, Richter und Staatsanwälte zu bestechen, muss in Betracht gezogen werden, dass Strafverfahren im Ausland gegen unschuldige Personen konstruiert werden könnten. Auf ausländischen Strafverfahren basierende europäische und internationale Haftbefehle sind somit kritisch zu hinterfragen. Insbesondere sind die Glaubhaftigkeit und der Dokumentationsgrad ausländischer Ermittlungsergebnisse zu prüfen. Gerichten und Behörden aus Staaten mit eher bedenklicher rechtsstaatlicher Reputation darf nicht blind vertraut werden.³⁸

Gleichzeitig müssen die Unschuldsvermutung und das Schuldprinzip auch bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Korruption gewahrt werden. Grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien dürfen nicht im Rahmen einer der „Der Zweck heiligt die Mittel“-Politik über Bord geworfen werden. Dies muss bei der Non Conviction Based Confiscation of Assets konsequent bedacht werden.

³¹ EGMR, Urt. v. 27.8.1991 – 13057/87; EGMR, Urt. v. 22.5.1990 – 11034/84; EGMR, Urt. v. 28.6.1984 – 7819/77; 7878/77; EGMR, Urt. v. 21.12.1984 – 8544/79; EGMR, Urt. v. 8.6.1976 – 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

³² Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (208).

³³ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (211).

³⁴ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (211).

³⁵ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (211).

³⁶ EGMR, Urt. v. 15.11.2001 – 37568/97.

³⁷ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (211).

³⁸ Teichmann, Journal für Strafrecht 66 (2021), 588.

Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234 final)

Von Prof. Dr. Frank Zimmermann, Münster*

Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung brächte eine massive Ausweitung der Strafbarkeit mit sich, die über den Kernbereich strafwürdiger Korruption deutlich hinausginge. Der Vorschlag würde zahlreiche bislang nicht (voll) verbindliche Regelungen der UNCAC¹ zu für die Mitgliedstaaten zwingenden Kriminalisierungsvorgaben hochstufen.² Speziell im Hinblick auf die Mandatsträgerkorruption (§ 108e StGB) wäre das Erfordernis einer Handlung bei der Mandatsausübung „im Auftrag oder auf Weisung“ nicht mehr zu halten. Deutlich schwerwiegender wäre allerdings noch der Verzicht auf die Merkmale einer pflichtwidrigen Diensthandlung und zugleich eines ungerechtfertigten Vorteils. Sollte der Vorschlag in dieser Form beschlossen werden, drohten normale politische Vorgänge kriminalisiert zu werden, und zwar bis hinab zur kommunalen Ebene und bei ehrenamtlich tätigen Mandatsträgern. Hinzu kämen Strafvorschriften, die selbst einen Verstoß gegen formale Regeln im öffentlichen Sektor und eine Verletzung rein arbeitsvertraglicher Pflichten im privaten Sektor als Amtsmissbrauch erfassen würden. Die geplante Strafvorschrift der Bereicherung durch Korruption drohte sogar in Konflikt mit der rechtsstaatlichen Unschuldsvermutung zu geraten, sodass Deutschland im Rat in letzter Konsequenz auch erwägen müsste, die unionsrechtliche Notbremse zu ziehen (Art. 83 Abs. 3 AEUV).

I. Hintergrund

Am 3. Mai 2023 hat die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption vorgelegt.³ Er soll mehrere Rechtsakte, welche die Mitgliedstaaten schon bisher zur Kriminalisierung unterschiedlicher Erscheinungsformen von Korruption verpflichten, in einen einheitlichen Rechtsakt zusammenführen und die bestehenden Vorgaben zudem erheblich ausweiten. Gestützt ist der Vorschlag, soweit die hier im Mittelpunkt stehenden Vorga-

ben für das materielle Strafrecht der Mitgliedstaaten betroffen sind, auf Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV.⁴ Insoweit⁵ handelt es sich um Mindestvorschriften, welche die Strafvorschriften der Mitgliedstaaten zur Korruption harmonisieren sollen. Der vorliegende Text unternimmt eine kriminalpolitische Einordnung der materiell-strafrechtlichen Teile des Vorschlags, insbesondere mit Blick auf den für das deutsche Recht zu erwartenden Umsetzungsbedarf und den Vergleich mit bereits existierenden EU-Rechtsakten.

II. Weichenstellung: Die Begriffsdefinition des öffentlichen Bediensteten

Ausschlaggebend für die Reichweite der geplanten Richtlinie sind die in Art. 2 Nrn. 3–5 des Vorschlags enthaltenen Begriffsbestimmungen für die zentrale Person von Korruptionshandlungen im öffentlichen Sektor – den „öffentlichen Bediensteten“. Die folgenden Ausführungen hierzu sind daher nicht nur für die Bestechung und Bestechlichkeit im öffentlichen Sektor zentral (unten III. 1.), sondern auch für die in deren Umfeld angesiedelten weiteren Verhaltensweisen, für welche die neue Richtlinie Kriminalisierungspflichten begründen soll (unten IV.).

Als öffentliche Bedienstete sollen nach Art. 2 Nr. 3 lit. a Alt. 1 des Entwurfs zunächst „Unionsbeamte“ gelten. Diese sind wiederum in Art. 2 Nr. 4 des Vorschlags definiert als Personen, die Mitglieder oder gleichgestellte Bedienstete eines Organs oder einer Einrichtung der Union sind (lit. a), die unter das Beamtenstatut der EU fallen (lit. b) oder der Union von den Mitgliedstaaten oder anderen – selbst privaten – Einrichtungen zur Verfügung gestellt werden und dort Aufgaben wahrnehmen, die denen der beiden vorgenannten Personengruppen entsprechen (lit. c). Diese Regelung entspricht inhaltlich Art. 4 Abs. 4 lit. a Ziff. i der Richtlinie (EU) 2013/1371 zur Bekämpfung von gegen die finanziellen Inte-

* Der Verf. ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Europäisches und Internationales Strafrecht sowie strafrechtliche Herausforderungen der Digitalisierung an der Universität Münster. Der Beitrag beruht auf einer Stellungnahme bei einer Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, die für die Publikation überarbeitet und um Nachweise ergänzt wurde.

¹ United Nations Convention Against Corruption v. 31.10.2003, in Kraft seit dem 14.12.2005, United Nations Treaty Series Chapter XVIII, No. 14.

² Zutreffender Befund von Kubiciel, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption [...], S. 4, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

³ COM (2023) 234 final.

⁴ Korruption zählt zu den in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannten Kriminalitätsbereichen. Die sog. Annexkompetenz des Art. 83 Abs. 2 AEUV dürfte daneben nur für Folgeänderungen der auf diese Vorschrift gestützten PIF-Richtlinie (EU) 2017/1371 relevant sein, siehe Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am Montag, dem 13. November 2023, S. 9, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

⁵ Der Entwurf enthält auch Begleitregelungen, die nicht an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, sondern unmittelbar Institutionen der EU wie die Europäische Staatsanwaltschaft und die Kommission adressieren (Art. 24 S. 2 und Art. 25). Hierbei handelt es sich der Sache nach nicht um Richtlinienvorschriften; soweit die Europäische Staatsanwaltschaft betroffen ist, dürfte die Kompetenznorm des Art. 86 Abs. 3 AEUV die richtige – nicht zitierte – Rechtsgrundlage sein.

ressen der Union gerichtetem Betrug⁶ (im Folgenden: PIF-Richtlinie, für Protection des Intérêts Financiers). In das deutsche Strafrecht wurde diese Vorgabe der PIF-Richtlinie mit der Aufnahme des Europäischen Amtsträgers in § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB und diverse Vorschriften des Besonderen Teils umgesetzt.⁷

Nach Art. 3 Nr. 2 lit. a Alt. 2 des Vorschlags gelten als öffentliche Bedienstete ferner nationale Beamte, die in Art. 2 Nr. 5 legaldefiniert werden. Besonders relevant ist insoweit aus deutscher Perspektive der letzte Satz, demzufolge auch Personen, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ein Amt im Bereich der Gesetzgebung innehaben, als nationale Beamte anzusehen sein sollen. Der hierin zum Ausdruck kommende monistische Bedienstetenbegriff läuft bekanntlich der deutschen Unterscheidung von Amtsträgern nach §§ 11 Abs. 1 Nr. 2, 331 ff. StGB einerseits und Mandatsträgern nach § 108e StGB andererseits zuwider. Gleichwohl ist diese Herangehensweise aus internationalen Instrumenten zur Korruptionsbekämpfung schon lange bekannt: Namentlich⁸ Art. 2 lit. a der UNCAC folgt ebenfalls diesem Modell. Dasselbe gilt im Unionsrecht wiederum für die PIF-Richtlinie (siehe deren Art. 4 Abs. 4 lit. a UAbs. 3). Der Kommissionsvorschlag würde diesen, bislang auf Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU beschränkten Ansatz nun allerdings verallgemeinern und auf sämtliche Korruptionsdelikte im Sinne der neuen Richtlinie erstrecken. Da EU-Richtlinien die Mitgliedstaaten nur zur Erreichung eines bestimmten Ergebnisses verpflichten, ihnen aber die Wahl der dafür einzusetzenden Mittel überlassen (Art. 288 Abs. 3 AEUV), bliebe es Deutschland zwar unbenommen, auch weiterhin eine gesonderte Regelung für Mandatsträger in § 108e StGB beizubehalten.⁹ Im Ergebnis müsste jedoch das in der künftigen Richtlinie beschriebene Verhalten strafbar sein. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang außerdem, dass der Begriff des Bediensteten unterschiedslos für Personen gelten soll, die nicht professionell, sondern ehrenamtlich tätig sind. Gerade für Mandatsträger in den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften würde daher nicht nur der Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit uneingeschränkt gelten,

⁶ Richtlinie (EU) 2017/1371, ABl. Nr. L 198 v. 28.7.2017, S. 1.

⁷ Neben den §§ 331 ff. StGB auch die §§ 203 Abs. 2 Nr. 1, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4, 264 Abs. 2 S. 2 Nrn. 2 und 3 sowie 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB sowie die hierauf verweisenden Vorschriften.

⁸ Siehe außerdem Art. 1 Abs. 4 lit. a der OECD Convention on Combating Bribery of Public Officials in International Business Transactions v. 17.12.1997, in Kraft seit dem 15.2.1999; i.E. bewirkt eine Gleichstellung auch Art. 4 der Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption v. 27.1.1999, in Kraft seit dem 1.7.2002, ETS No. 173.

⁹ Eisele (Fn. 4), S. 5; Wegner/T. Zimmermann, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption [...], S. 5, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

sondern auch die weitergehenden Vorschriften wie Veruntreuung, Amtsmissbrauch und Bereicherung durch Korruption (unten IV.).¹⁰

Zuletzt sollen als öffentliche Bedienstete auch andere Personen anzusehen sein, die in einem Mitgliedstaat, einem Drittstaat, bei einer internationalen Organisation oder einem internationalen Gerichtshof ihnen übertragene öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Partiiell hat auch diese Regelung einen Vorläufer in der PIF-Richtlinie (Art. 4 Abs. 4 lit. b). Die Erfassung von Bediensteten internationaler Organisationen und Gerichtshöfe hingegen ist unionsrechtlich ein Novum; für das deutsche Recht hält § 335a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 lit. b StGB allerdings bereits eine im Ausgangspunkt vergleichbare¹¹ Regelung parat.

III. Vorgaben zur Kriminalisierung von Bestechungsdelikten i.e.S.

1. Bestechung im öffentlichen Sektor (Art. 7) – Verzicht auf eine pflichtwidrige Diensthandlung und einen unrechtmäßigen Vorteil

Art. 7 enthält mit der von den Mitgliedstaaten vorzusehenden Strafvorschrift für die Bestechung im öffentlichen Sektor die zentrale Norm des Richtlinienvorschlags. Sie umschreibt den traditionellen Kern des Korruptionsstrafrechts und verwendet im Ausgangspunkt dieselbe Grundstruktur, die auch den §§ 331 ff. StGB zugrunde liegt, indem sie die Strafbarkeit an das Anbahnen eines Tauschgeschäfts nach dem Motto „Vorteil für dienstliches Handeln“ anknüpft, nicht aber an die Erfüllung dieses Geschäfts. Wie üblich erfasst sie sowohl die Geber- als auch die Empfängerseite und lässt jedweden Vorteil (auch einen immateriellen) genügen.

a) Auswirkungen auf die deutschen Vorschriften zur Amtsträgerkorruption

Dennoch bliebe die als Art. 7 vorgeschlagene Richtlinienvorschrift für Deutschland schon im Bereich der „klassischen“ Amtsträgerkorruption nicht ohne Folgen. Das liegt erstens daran, dass Art. 7 des Kommissionsentwurfs als Gegenleistung des öffentlichen Bediensteten und damit als Bezugspunkt der tatbestandlichen Unrechtsvereinbarung die Vornahme oder Unterlassung einer konkreten Diensthandlung nennt. Die vorgeschlagene Regelung wäre insofern zwar enger als die §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB, die bereits Vorteile für die Dienstausbübung allgemein erfassen, was oft unter dem Schlagwort der „Klimapflege“ zusammengefasst wird. Gleichzeitig wäre der im Vorschlag umschriebene Straftatbestand aber weiter als die §§ 332 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB, weil sich die Unrechtsvereinbarung nicht auf eine pflichtwidrige Diensthandlung beziehen müsste. Eine ver-

¹⁰ Kubiciel (Fn. 2), S. 9.

¹¹ Siehe aber *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (357): Unrechtsvereinbarungen mit Blick auf konkrete rechtmäßige Diensthandlungen sind nach § 335a StGB – anders als nach dem Richtlinienvorschlag – nur erfasst, soweit sie eine richterliche Tätigkeit betreffen (§§ 331 Abs. 2, 333 Abs. 2 StGB).

gleichbare Konstruktion findet sich im deutschen Recht bislang nur in den §§ 331 Abs. 2, 333 Abs. 2 StGB für richterliche Handlungen. Insoweit geht der neue Vorschlag auch über die bisherige Unionsvorgabe in Art. 2 und 3 des EU-Übereinkommens von 1997 zur Bekämpfung der Bestechung, an der Gemeinschaftsbeamte oder Beamte der Mitgliedstaaten beteiligt sind,¹² hinaus. Allerdings nimmt die vorgeschlagene Richtlinienvorschrift – wie andere internationale Vorgaben¹³ – ausschließlich künftige Diensthandlungen in den Blick. Die in den deutschen Vorschriften zur Amtsträgerkorruption standardmäßig erfasste Variante der nachträglichen Belohnung für eine schon vorgenommene Diensthandlung wäre damit auf europäischer Ebene weiterhin nicht harmonisiert.

Besonders auffällig ist zweitens, dass der neue Kommissionsvorschlag nicht an einen ungerechtfertigten Vorteil anknüpft. In diesem Punkt unterscheidet sich Art. 7 markant von Art. 15 der UNCAC, der einen „undue advantage“ verlangt. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Unrechtmäßigkeit des Vorteils fehlte zwar auch im gerade erwähnten EU-Übereinkommen aus dem Jahr 1997. Allerdings ließ sich insoweit noch sagen, dass ein Vorteil für eine – darin geforderte – pflichtwidrige Diensthandlung eben stets ungerechtfertigt sei. Entfällt nun das Erfordernis der Pflichtverletzung (siehe oben), droht bei gleichzeitigem Verzicht auf das Merkmal eines ungerechtfertigten Vorteils ein massives Ausufer der Strafbarkeit: Auch erwünschte und gesetzlich erlaubte Formen der Vorteilerlangung – namentlich auch für die Anstellungsbehörde als „Dritte“ – im Gegenzug für eine konkrete Diensthandlung wären zumindest dem Wortlaut nach von einer solchen Strafvorschrift erfasst.¹⁴ Um einige Beispiele zu nennen: Die Zusage der Übernahme von Reise- und Verpflegungskosten für eine Ministerialbeamtin im Fall der Teilnahme an einer wissenschaftlichen Veranstaltung; das Inaussichtstellen einer wohlwollenden dienstlichen Beurteilung für die Übernahme einer besonders anspruchsvollen Aufgabe; eine Essenseinladung, die eine Lehrkraft einer Kollegin in Aussicht stellt, wenn sie sich bereit erklärt, kurzfristig bei einer Klassenfahrt einzuspringen ...

Bei dieser Weite des unionsrechtlich umschriebenen Tatbestands wäre der Bedarf nach Korrekturen zur Aussonderung alltäglicher und in keiner Weise für die Lauterkeit der Amtsführung problematischer Verhaltensweisen umso größer. Allerdings ist im Text der geplanten Richtlinie jedenfalls die Möglichkeit der dienstlichen Genehmigung einer Vorteilsannahme bzw. -gewährung für pflichtgemäße Diensthandlungen (vgl. §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB) nicht vorgesehen. Ob diese Regeln im deutschen Recht dennoch

unionsrechtskonform wären, erscheint daher zumindest fragwürdig. Alternativ erschiene es denkbar, ähnlich wie bei den §§ 331, 333 StGB schon in das Merkmal des Vorteils¹⁵ oder jedenfalls in die Unrechtsvereinbarung¹⁶ die fehlende Rechtfertigung der Zuwendung hineinzulesen.¹⁷ Jedoch schwebte auch über einem solchen Vorgehen das Damoklesschwert der Unionsrechtswidrigkeit, da sich aus dem Vergleich mit anderen Vorschriften des Entwurfs durchaus folgern ließe, dass es bei Art. 7 tatsächlich nicht darauf ankommen soll, ob der Vorteil ungerechtfertigt ist: In den Art. 8, 10 und 11 des Entwurfs wird explizit auf einen ungerechtfertigten Vorteil abgestellt. Der systematische Umkehrschluss, dass ein solcher bei Art. 7 bewusst nicht erforderlich sein sollte, wäre insofern naheliegend.¹⁸

Drittens müssten die Mitgliedstaaten nach Art. 15 Abs. 2 des Entwurfs für diesen Tatbestand eine Mindesthöchststrafe von sechs Jahren Freiheitsstrafe vorsehen. Im Bereich der Amtsträgerkorruption sieht das deutsche Recht bei Delikten mit konkreter Unrechtsvereinbarung allerdings normalerweise nur eine Höchststrafe von bis zu fünf Jahren vor (siehe für die Nehmerseite: §§ 331 Abs. 2, 332 Abs. 1 und Abs. 2 StGB). Die Strafzumessungsvorschrift des § 335 Abs. 1 StGB geht bei besonders schweren Fällen zwar hierüber hinaus und ermöglicht einen Strafraum von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Soweit ein (unbenannter) besonders schwerer Fall anzunehmen wäre, würde das deutsche Recht also heute schon den Anforderungen der künftigen Richtlinie entsprechen. Allerdings bestehen hiergegen zwei Einwände: Zum einen knüpfen die besonders schweren Fälle nur an die §§ 332, 334 StGB an und setzen damit tatbestandlich – anders als Art. 7 des Richtlinienvorschlags – zwingend eine pflichtwidrige Diensthandlung als Teil der Unrechtsvereinbarung voraus. Zum anderen weisen die in § 335 Abs. 2 StGB genannten Regelbeispiele (Vorteil großen Ausmaßes, fortgesetzte, gewerbsmäßige oder bandenmäßige Begehung) alle einen spürbar erhöhten Unrechtsgehalt auf. Im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung alle unter die Richtlinie fallenden Fälle von Bestechlichkeit und Bestechung zu vergleichbar schwerwiegenden besonders schweren Fällen zu

¹² ABl. Nr. C 195 v. 25.6.1997, S. 2.

¹³ Art. 15 f. der UNCAC; Art. 1 Abs. 1 der OECD Convention; Art. 2 f. der Council of Europe Convention.

¹⁴ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (356); *Wegner/T. Zimmermann* (Fn. 9), S. 6; *Pohlreich*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption [...], S. 5 f., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

¹⁵ Zum Erfordernis eines Vorteils, auf den kein rechtlicher Anspruch besteht, siehe etwa BGHSt 31, 264 (279 f.).

¹⁶ BGHSt 47, 295 (306 ff.); BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10 (Schulfotograf).

¹⁷ Hierauf abstellend *Eisele* (Fn. 4), S. 6 f.; im Kontext der Mandatsträgerkorruption auch *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Zum Spannungsverhältnis zwischen geplanter EU-Antikorruptionsrichtlinie und freiem Mandat, WD 3 – 3000 – 117/23, S. 10 f., abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/975006/1bba275ceb1b384748786383013a3dd6/WD-3-117-23-pdf-data.pdf> (26.11.2023);

Allgayer, Stellungnahme zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption vom 3. Mai 2023, S. 13 f., abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

¹⁸ *Pohlreich* (Fn. 14), S. 6; a.A. *Eisele* (Fn. 4), S. 8.

deklarieren, erschiene nicht sonderlich konsistent. Sollte die im Kommissionsentwurf vorgesehene Mindesthöchststrafe bei gleicher Tatbestandsbeschreibung tatsächlich beschlossen werden, wird der deutsche Gesetzgeber daher (auch) auf der Rechtsfolgende nachbessern müssen.¹⁹

b) Auswirkungen speziell im Hinblick auf die Mandatsträgerkorruption

Die soeben beschriebenen Probleme würden sich bei der Mandatsträgerbestechung fortsetzen: Die deutschen Straftatbestände in § 108e Abs. 1 und Abs. 2 StGB verlangen als Bezugspunkt der Unrechtsvereinbarung eine künftige Handlung bei der Wahrnehmung des Mandats, die der Mandatsträger im Auftrag oder auf Weisung vornehmen soll. Die tatbestandliche Engführung auf Handlungen bei der Mandatswahrnehmung, die zuletzt einer Strafbarkeit der sog. Maskendeals entgegenstand,²⁰ findet sich auch in Art. 7 des Kommissionsvorschlags. Allerdings sieht dieser in Art. 10 eine eigenständige Strafnorm für unerlaubte Formen des Einflusshandels vor, sodass dieser Aspekt hier noch nicht weiter vertieft zu werden braucht (siehe noch unten IV. 2.).

Mit der Formulierung „im Auftrag oder auf Weisung“ greift § 108e StGB die in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verwendete Formulierung zur Umschreibung der Unabhängigkeit des Mandats auf. Dieses Merkmal soll nach der Gesetzesbegründung sicherstellen, dass der Tatbestand nur erfüllt ist, wenn zwischen der Zuwendung des Vorteils und der erstrebten Vornahme oder Unterlassung der betreffenden Handlung eine enge Kausalbeziehung besteht;²¹ der Mandatsträger müsse sich dem Willen des Vorteilsgebers unterwerfen.²² So verstanden setzt dieses Merkmal einen Verkauf der Mandatsstätigkeit und damit zugleich eine Preisgabe der Gewissensbindung (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) voraus; es umschreibt also letztlich eine besonders krasse Form der Pflichtverletzung. Allerdings ist das Merkmal im Schrifttum auf heftige Kritik gestoßen, weil es mit den internationalen Vorgaben nicht zu vereinbaren sei,²³ eine Unterordnung bei den typischen Fällen der Mandatsträgerbestechung nicht stattfindet²⁴ und insgesamt eine zu weitgehende Einschränkung der Strafbarkeit zu befürchten sei.²⁵ Verbreitet wird daher davon ausgegangen, das

Merkmal habe nur deklaratorische Funktion²⁶ und sei bereits nach geltendem Recht so auszulegen, dass es einer besonderen Kausalitätsbeziehung oder einer tatsächlichen Unterwerfung des Mandatsträgers nicht bedürfe, sondern dass schon der objektive Anschein der Käuflichkeit genüge.²⁷ Hierfür spricht, dass die tatsächliche Erbringung einer bestimmten Handlung in Ausübung des Mandats – wie auch sonst bei den bislang im deutschen Recht vorgesehenen Korruptionsvorschriften – für die Verwirklichung des Tatbestands irrelevant ist. Ausreichend ist vielmehr bereits die darauf bezogene Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer. Insofern kann es auf eine objektive – im Prozess schwer nachweisbare – Kausalität des Vorteils für eine bestimmte Handlung schon von der Deliktsstruktur her nicht ankommen.²⁸ Ausschlaggebend muss vielmehr sein, was der Mandatsträger zusagt bzw. der Vorteilsgeber verlangt; nach allgemeinen Grundsätzen richtet sich dies nach dem objektiven Erklärungsgehalt der fraglichen Äußerung.²⁹ Ist sie darauf gerichtet, gerade für den Vorteil die fragliche Handlung vorzunehmen, lässt sie sich objektiv durchaus so deuten, der Mandatsträger werde bzw. solle „im Auftrag oder auf Weisung“ agieren. Wenn demnach aber das Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ ohnehin nur eine begrenzte Einschränkung zur Folge hat, erweist sich auch eine darauf verzichtende Richtlinienvorschrift als deutlich weniger problematisch, als sie im ersten Moment scheinen mag.³⁰

Zusätzlich zu diesem Merkmal verlangen § 108e Abs. 1 und 2 StGB allerdings die Verknüpfung der Handlung in Ausübung des Mandats mit einem *ungerechtfertigten Vorteil*. § 108e Abs. 4 StGB legt fest, dass hierzu insbesondere politische Mandate und Funktionen sowie gesetzlich zulässige Spenden nicht zählen. Wenn Art. 7 des Kommissionsvorschlags auf dieses Merkmal verzichtet (siehe oben), bringt dies auch bei Mandatsträgern erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Es käme dann z.B. die Koppelung von Fraktions- oder Parteiämtern an ein bestimmtes Abstimmungsverhalten in den Ruch der Strafbarkeit. Selbst die Wahl des Bundeskanzlers oder die Bejahung der Vertrauensfrage (unstreitig ein Verhalten in Ausübung des Mandats) dürfte dann nicht mehr von einer Amtshandlung des Kanzlers abhängig gemacht werden, die den politischen Zielen des Mandatsträgers entspricht (dies wäre ein immaterieller Vorteil). Auf kommunaler Ebene wäre schon eine für die Gewerbesteuererinnahmen

¹⁹ In diesem Sinn auch *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (359).

²⁰ BGH NJW 2022, 2856.

²¹ Prägnant *Francuski*, HRRS 2014, 220 (227).

²² In diesem Sinn wohl BT-Drs. 18/476, S. 7; anders aber a.a.O. S. 8. Zu dieser Widersprüchlichkeit der Materialien siehe etwa *Becker*, NStZ 2015, 454 (455); *T. Zimmermann*, *Das Unrecht der Korruption*, 2017, S. 619.

²³ *Hoven*, NStZ 2015, 553 (555).

²⁴ Insbes. *Jäckle*, ZRP 2014, 121 (122); *Hoven*, NStZ 2015, 553 (555).

²⁵ *Eser*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 108e Rn. 21; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 108e Rn. 22; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 108e Rn. 19.

²⁶ *Weiß*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 108e Rn. 18; *Francuski*, HRRS 2014, 220 (227); skeptisch *T. Zimmermann* (Fn. 22), S. 621.

²⁷ *H.E. Müller*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 108e Rn. 43; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 108e Rn. 32.

²⁸ *H.E. Müller* (Fn. 27), § 108e Rn. 43; *Fischer* (Fn. 27), § 108e Rn. 31; a.A. *Hoven*, NStZ 2015, 553 (555).

²⁹ BGH NStZ 2015, 451 (454); *Weiß* (Fn. 26), § 108e Rn. 18; zu § 108e StGB a.F. auch BGHSt 51, 44 (62 f.).

³⁰ So auch *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages* (Fn. 17), S. 11; *Wegner/T. Zimmermann* (Fn. 9), S. 7.

einer Gemeinde (Drittverteil) relevante Investitionszusage eines Unternehmens problematisch, die an die Bedingung geknüpft wird, dass die Mitglieder des Gemeinderats für einen bestimmten Bebauungsplan votieren (Handlung in Ausübung des Mandats). Erneut könnte zwar eine verständige Auslegung der Merkmale „Vorteil“ und „Unrechtsvereinbarung“ solche Ergebnisse vermeiden, bliebe aber dem Risiko ausgesetzt, vom EuGH für unionsrechtswidrig befunden zu werden. Wenn darüber Einigkeit besteht, dass die im politischen Geschäft einer Demokratie alltäglichen Aushandlungs- und Kompromissfindungsvorgänge auch künftig nicht strafbar sein sollen, dann sollte dies im Normtext einer entsprechenden EU-Vorgabe eine klare Stütze bekommen.

2. Bestechung im privaten Sektor (Art. 8)

Art. 8 des Kommissionsvorschlags soll den Mitgliedstaaten Vorgaben im Hinblick auf die Kriminalisierung der Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor machen und an die Stelle von Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI³¹ treten. Insoweit bewegen sich die Änderungen zunächst noch im eher marginalen Bereich: Wie bisher soll das unionsrechtliche Konzept der Bestechung im privaten Sektor Abreden über den Austausch eines ungerechtfertigten³² Vorteils gegen eine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung erfassen.³³ Auch die Definition der Pflichtverletzung mittels eines Rückgriffs auf gesetzliche Pflichten, berufliche Vorschriften oder Weisungen bleibt unverändert. Es wird lediglich präzisiert, dass ein Vorteil „jedweder Art“ tatbestandsmäßig sein soll, was an sich schon bisher dem Rahmenbeschluss recht eindeutig zu entnehmen war. Während der Rahmenbeschluss aber noch allgemein auf Geschäftsvorgänge Bezug nahm (Art. 2 Abs. 1), ist im Richtlinienvorschlag nun ebenfalls etwas genauer die Rede „von wirtschaftlichen, finanziellen, geschäftlichen oder gewerblichen Tätigkeiten“.

Interessanterweise fehlt im Kommissionsvorschlag die in Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses enthaltene Regelung, dass die Kriminalisierung unabhängig davon vorzusehen sei, ob das Unternehmen einen Erwerbszweck verfolgt oder nicht. Dies lässt sich durchaus so interpretieren, dass die Mitgliedstaaten bei gemeinnützigen Unternehmen³⁴ ohne Erwerbszweck nicht länger zwangsläufig strafrechtliche Sanktionen androhen müssen. Dafür würde die neue Richtlinie an anderer Stelle die Zügel anziehen: Die bislang in Art. 2 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses den Mitgliedstaaten zugebilligte Einschränkung des Tatbestands auf Handlungen, „die im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerbli-

chen Leistungen eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben oder haben können“ ist im Kommissionsvorschlag nicht länger vorgesehen. Vielmehr geht die Richtlinie nach Erwägungsgrund Nr. 10 davon aus, dass „der freie Wettbewerb durch jedes angebotene oder angenommene Bestechungsgeld beeinträchtigt [werde].“ Dies deckt sich mit Art. 21 der UNCAC – allerdings werden die Vertragsstaaten in der letztgenannten Vorschrift lediglich angehalten, eine solche Kriminalisierung in Betracht zu ziehen, sie können sich also mit guter Begründung auch dagegen entscheiden. Versteht man das entsprechende Merkmal „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ in § 299 wirtschaftlich und daher weit,³⁵ bliebe eine richtlinienkonforme Streichung zwar aus deutscher Perspektive meist folgenlos. Einige Fälle, die in Deutschland bisher nicht von § 299 erfasst werden – etwa das Zuführen von Kunden durch Taxifahrer gegen Entgelt³⁶ und das Zahlen von Verlustprämien an Berufssportler³⁷ –, wären dann wohl zu pönalisieren.

Zugleich müssten nach dem Richtlinienvorschlag die Mitgliedstaaten eine Höchststrafe von wenigstens fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsehen (Art. 15 Abs. 2 lit. b des Vorschlags). Im deutschen Recht ließe sich einer solchen Unionsvorgabe allenfalls unter Rückgriff auf einen unbenannten besonders schweren Fall nach § 300 StGB Rechnung tragen.³⁸ Der Rahmenbeschluss über die Bestechung im privaten Sektor ließ demgegenüber noch eine Mindesthöchststrafe zwischen einem und drei Jahren ausreichen (siehe dessen Art. 4 Abs. 2); die UNCAC verzichtet vollständig auf bezifferte Mindestvorgaben zur Rechtsfolgenseite.

IV. Vorgaben zur Kriminalisierung weiterer Verhaltensweisen im Umfeld der Korruption

Mit den Art. 9–13 beschreitet der Kommissionsvorschlag weitgehend unionsrechtliches Neuland. Die Vorschriften sind besonders aus deutscher Perspektive interessant und teilweise stark kritikwürdig, weil darin etliche Strafvorschriften vorgesehen sind, die das StGB (jedenfalls in dieser Form) bislang nicht kennt und die sich auch kaum ohne erhebliche Friktionen in das deutsche Recht integrieren ließen.

1. Veruntreuung (Art. 9)

Vergleichsweise weniger problematisch erscheint noch der in der deutschen Fassung als „Veruntreuung“ bezeichnete Straftatbestand in Art. 9 des Entwurfs, der auch von Art. 17 UNCAC bereits verbindlich vorgegeben wird. Gemeint ist mit dieser Bezeichnung, dass bestimmte Personen, die unmittelbar oder mittelbar mit der Verwaltung eines Vermögensgegenstands betraut sind, denselben zweckwidrig binden, auszahlen, sich zueignen oder nutzen. Nach Erwägungsgrund Nr. 11 soll dies so zu verstehen sein, dass die Person aus der Tat einen – man wird ergänzen müssen: messbaren – Vorteil

³¹ Rahmenbeschluss 2003/568/JI zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. Nr. L 192 v. 31.7.2003, S. 54.

³² In der deutschen Fassung des Rahmenbeschlusses ist – inhaltsgleich – noch die Rede von einem „unbilligen Vorteil“, im Englischen heißt es jeweils „undue advantage“.

³³ Zur Tautologie der Kombination der Merkmale „ungerechtfertigt“ und Pflichtverletzung *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (355).

³⁴ Siehe dazu *Dannecker/Schröder*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 299 Rn. 58.

³⁵ *Lindemann*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 16, 13. Aufl. 2023, § 299 Rn. 32.

³⁶ Nachweise bei *T. Zimmermann* (Fn. 22), S. 656.

³⁷ Siehe dazu *Dannecker/Schröder* (Fn. 34), § 299 Rn. 101.

³⁸ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (356).

erlangen muss. Ansonsten folgen Einschränkungen hauptsächlich daraus, dass der Täter mit der *Verwaltung* des betreffenden Vermögensgegenstands betraut sein muss (englisch: „whose management is [...] entrusted to him“). Für die pflichtwidrige Nutzung eines Diensthandys, die Privatfahrt mit einem Dienstwagen und allgemein den Umgang mit dienstlichen Gegenständen, die der Normadressat lediglich nutzt und nicht „verwaltet“, fordert die geplante Richtlinienvorschrift also weiterhin keine Strafbarkeit.³⁹ Im deutschen Recht wird man bei diesen Verhaltensweisen namentlich an die §§ 246, 264 und 266 StGB denken. Jedenfalls der letztgenannte Untreuetatbestand wird indes stark durch das Erfordernis eines Vermögensschadens charakterisiert, das im Kommissionsentwurf so keine Entsprechung hat; überdies müsste nach dessen Art. 14 Abs. 3 auch der Versuch einer solchen „Veruntreuung“ mit Strafe bedroht werden.⁴⁰ Auf der Rechtsfolgenseite würde Art. 15 Abs. 2 lit. b des Entwurfs eine Mindesthöchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe verlangen.

Der Richtlinienvorschlag erstreckt den so umschriebenen Straftatbestand auf zwei Personengruppen:

Dies sind zum einen öffentliche Bedienstete (lit. a). Bei dem mit der PIF-Richtlinie vertrauten Leser dürfte sich insoweit ein gewisser *Déjà-vu-Effekt* einstellen: Eine hierauf bezogene Kriminalisierungspflicht begründet nämlich in ganz ähnlicher Form schon Art. 4 Abs. 3 der PIF-Richtlinie. Die beiden Regelungen unterscheiden sich zum einen darin, dass Art. 9 des neuen Richtlinienvorschlags in der deutschen Fassung die Tathandlung nicht mit „Zuweisen“, sondern mit „Zueignen“ umschreibt. Da die englische („appropriation“) und die französische („s’approprier“) Sprachfassung in beiden Rechtsakten aber denselben Begriff verwenden, ist davon auszugehen, dass die Vorschriften sich insoweit vollständig decken. Der einzige Unterschied besteht dann darin, dass in der PIF-Richtlinie die Kriminalisierungspflicht noch an eine Schädigung der finanziellen Interessen der Union geknüpft wird, während ein vergleichbares Erfolgselement im Richtlinienvorschlag zur Korruptionsbekämpfung wie gesehen fehlt. Weshalb eine solche Ausweitung bei gleichzeitiger Beibehaltung der im Übrigen identischen Vorschrift in der PIF-Richtlinie sinnvoll sein soll, erschließt sich nicht. So entsteht der Eindruck, bei dem Verfassen des neuen Vorschlags sei nach dem Prinzip „doppelt gemoppelt hält besser“ vorgegangen worden. Ein Ausweis durchdachter Kriminalpolitik sind solche Redundanzen gewiss nicht.

Art. 9 lit. b des Kommissionsvorschlags enthält eine spiegelbildliche Vorschrift zur „Veruntreuung“ im privaten Sektor, die für alle Personen gelten soll, die – sei es in leitender oder auch in jeder beliebigen anderen Stellung – bei einem privaten Unternehmen tätig sind. In diesem Bereich bestehen bislang tatsächlich noch keine strafrechtlichen Unionsvorgaben. Auch wenn sich Art. 9 lit. b aufgrund der ähnlichen

Strafvorschriften im deutschen Recht wohl nicht als „Aufregerthema“ eignet, muss doch zumindest die Frage gestattet sein, wie sich eine solche Unionsvorgabe mit dem europäischen Subsidiaritätsgrundsatz in Einklang bringen lässt, welcher der Ausübung der EU-Kompetenzen Grenzen setzt:⁴¹ Es ist den Mitgliedstaaten durchaus zuzutrauen, auch ohne EU-Harmonisierung eine adäquate Rechtsfolge zu bestimmen, wenn sich die Geschäftsführerin einer GmbH aus der Portokasse bedient. Denn anders als bei korruptiven Vorgängen im Sinne des Art. 8 des Vorschlags schädigen solche Handlungen typischerweise nicht den internationalen Geschäftsverkehr, sondern das einzelne Unternehmen. Dass es hierbei nicht um den Kernbestand internationaler Vorschriften zur Korruptionsbekämpfung geht, zeigt sich auch in dem Umstand, dass Art. 22 der UNCAC die Vertragsstaaten erneut nur verpflichtet, eine solche Kriminalisierung⁴² in Betracht zu ziehen.

2. Unerlaubte Einflussnahme (Art. 10)

Art. 10 des Kommissionsvorschlags erfasst ein Verhalten, das auch als Einflusshandel bezeichnet wird. Die Mitgliedstaaten hätten danach Strafvorschriften vorzusehen, wenn eine Person als Gegenleistung für einen ungerechtfertigten Vorteil ihre Kontakte zu öffentlichen Bediensteten spielen lassen soll, damit dieser einem anderen (typischerweise dem Vorteilsgeber, es könnte aber auch ein Drittvoiteil sein) einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffe. Hervorzuheben ist zu dieser „Kettenanstitutions-Konstellations“⁴³ dabei auch Abs. 2 des Kommissionsvorschlags: Es soll unerheblich sein, ob der Einfluss ausgeübt wird und ob dieser – ggf. auch nur vermeintliche – Einfluss zu den angestrebten Ergebnissen führt. Einschränkend formuliert jedoch Erwägungsgrund Nr. 12, dass der von den Mitgliedstaaten einzuführende Straftatbestand „nicht die rechtmäßige Ausübung anerkannter Formen von Interessenvertretung umfassen [sollte]“, wozu namentlich Lobbyismus in seiner regulierten Form zähle. Als Strafdrohung hätten die Mitgliedstaaten auch hier mindestens eine Freiheitsstrafe von im Höchstmaß fünf Jahren anzudrohen.

Eine vergleichbare Vorschrift gibt es im deutschen Recht bislang nicht, was etwa im Zuge der sog. Maskenaffäre deutlich wurde: Dass Abgeordnete auf Honorarbasis Kaufverträge über Corona-Schutzmasken zwischen privaten Unternehmen und staatlichen Stellen einfädelten, fiel nicht unter § 108e StGB.⁴⁴ Die Diskussion über eine Ergänzung der geltenden

³⁹ Zutr. *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (362); a.A. *Eisele* (Fn. 4), S. 12; *Kubiciel* (Fn. 2), S. 5; *Pohlreich* (Fn. 14), S. 10.

⁴⁰ Siehe abermals *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (362).

⁴¹ Im Hinblick auf Taten öffentlicher Bediensteter nach lit. a erscheint dieser Einwand weniger gewichtig, da zu dieser Gruppe zum einen die eigenen Beamten der Union zählen und zum anderen auch nationale Amtsträger oftmals über die Verausgabung von EU-Subventionen wachen.

⁴² Anders als in der Parallelnorm für den öffentlichen Sektor in Art. 17 benennt Art. 22 UNCAC zudem als Tathandlung ausschließlich „embezzlement“ (Veruntreuung), nicht die weiteren Varianten „misappropriation“ (Zueignung) und „diversion“ (zweckwidrige Nutzung).

⁴³ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (356).

⁴⁴ BGH NJW 2022, 2856; zust. *Kuhlen*, JR 2022, 658 (661); *T. Zimmermann/F. Zimmermann*, NJW 2022, 2804 (2805 f.).

Strafvorschriften⁴⁵ dürfte also durch Art. 10 des Richtlinienvorschlages zusätzlich angefacht werden. Allerdings würde auch der darin beschriebene Straftatbestand Vorgänge wie bei der Maskenaffäre bei genauer Betrachtung nicht erfassen: Die Einflussnahme der Abgeordneten zielte auf einen regulären Vertragsschluss zwischen Staat und Maskenlieferanten ab; die aus heutiger Perspektive absurd hoch anmutenden Preise von teils mehreren Euro pro Maske waren Ausfluss der seinerzeitigen Knappheit und damit durchaus marktkonform. Die von den Abgeordneten kontaktierten Amtsträger wendeten den Lieferanten daher keine ungerechtfertigten Vorteile zu.⁴⁶ Da die Pandemiesituation den Staat zwang, alle verfügbaren Maskenbestände zu erwerben, spricht auch nichts dafür, dass die vom BGH in vergleichbaren Fällen angestrebte verwaltungsrechtsakzessorische Betrachtung⁴⁷ zu einer Bewertung schon des Vertragsschlusses selbst als ungerechtfertigter Vorteil führen würde. Selbst wenn der in Art. 10 des Entwurfs angedachte Tatbestand für die Mitgliedstaaten verbindlich werden sollte, würde er also in der Debatte über die strafrechtlichen Grenzen insbesondere parlamentarischer Nebentätigkeit keinen Schlusspunkt setzen. Da die Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung nur Mindestvorschriften festlegen könnte (vgl. Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV), wäre der deutsche Gesetzgeber aber nicht daran gehindert, eine weitergehende Kriminalisierung – namentlich in Anlehnung an die parlamentsrechtlichen Verhaltensnormen des § 44a Abs. 3 AbgG – in Betracht zu ziehen.

3. Amtsmissbrauch (Art. 11)

Der in Art. 11 des Richtlinienvorschlages beschriebene Tatbestand des „Amtsmissbrauchs“ will zwei recht unterschiedlich gelagerte Verhaltensweisen unter einem einheitlichen Dach zusammenfassen. Die Mitgliedstaaten hätten hierfür wiederum eine Höchststrafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe anzudrohen (Art. 15 Abs. 2 lit. b des Entwurfs).

a) Im öffentlichen Sektor

Nr. 1 der Vorschrift betrifft rechtswidrige Handlungen eines öffentlichen Bediensteten in Ausübung des Dienstes, um sich

⁴⁵ Kubiciel, ZRP 2023, 47 (49); T. Zimmermann/F. Zimmermann, Verfassungsblog v. 9.6.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/geldsacke-im-parlament/> (26.11.2023);

Pohlreich, Gutachten zur Reform der Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung, S. 32, abrufbar unter https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/rechtspolitik/PDF/Gutachten_Abgeordnetenbestechung.pdf (26.11.2023); gegen eine Ausweitung der Strafbarkeit Bechtel, LRZ 2023, Rn. 98 ff.

⁴⁶ T. Zimmermann/F. Zimmermann, NJW 2022, 2804 (2806); Bechtel, LRZ 2023, Rn. 62, 99; El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann, wistra 2023, 353 (356); Pohlreich (Fn. 14), S. 11 f.; siehe auch Kuhlen, JR 2022, 658 (663) zu dem in der UNCAC enthaltenen Merkmal „missbräuchlich“.

⁴⁷ BGHSt 47, 295 (306 ff.); BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10 (Schulfotograf).

oder einem Dritten einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Zentrales objektives Merkmal ist also die Dienstpflichtverletzung – ein Verhalten, das als solches in Deutschland grundsätzlich nicht strafbar ist. Insofern überrascht es, dass eine von der Kommission in Auftrag gegebene Vorstudie zu dem Ergebnis gekommen sein will, dieser Tatbestand sei ohnehin in allen Mitgliedstaaten bereits normiert⁴⁸ – das mag allenfalls für Teilbereiche gelten, ist in dieser Allgemeinheit aber sicher falsch. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch in Mitgliedstaaten, welche eine Strafvorschrift des Amtsmissbrauchs kennen, die Tatbestandsvoraussetzungen sehr unterschiedlich sind. So gilt § 302 des österreichischen Strafgesetzbuchs etwa nur für die sog. Hoheitsverwaltung, bei welcher der Staat dem Bürger in einem Subordinationsverhältnis gegenübertritt, und Art. 404 des spanischen Código Penal umschreibt ein rechtsbeugungsähnliches Delikt, das eine besonders qualifizierte Pflichtverletzung (Willkür und positive Kenntnis) voraussetzt.⁴⁹ Auch insoweit beschränkt sich die UNCAC (Art. 19) deshalb mit guten Gründen wiederum auf eine Verpflichtung, die Einführung entsprechender Strafvorschriften in Betracht zu ziehen. Einschränkungen im Hinblick auf die Art des beabsichtigten Vorteils sind im Kommissionsvorschlag nicht vorgesehen. Das pflichtwidrige Erteilen einer Baugenehmigung, um einem Schulfreund einen Gefallen zu tun, oder das Vergeben einer unangemessen wohlwollenden Note aus Mitleid mit einem Prüfling⁵⁰ könnte demnach künftig strafbar sein. Es drängt sich die Frage auf, ob hierfür nicht – weiterhin – das Disziplinarrecht ein ausreichendes Instrumentarium böte. Das gilt umso mehr, da die Grenzen einer strafwürdigen Pflichtwidrigkeit oft weniger klar zu ziehen sind, als es im ersten Moment scheinen mag.⁵¹ Gerade Fehler bei diffizilen Abwägungen im Rahmen von Ermessensentscheidungen mögen zwar dazu führen, dass das Ergebnis rechtswidrig ist; strafwürdig sind solche Konstellationen aber im Regelfall nicht.⁵² Auch jenseits des Ermessensbereichs gibt es Pflichtverletzungen, die nicht sonderlich schwerwiegend sind – namentlich bei formalen Verstößen, z.B. gegen Form- oder Zuständigkeitsnormen.

Umso deutlicher wird die potenzielle Reichweite dieser Vorschrift, wenn man bedenkt, dass sie nach der allgemeinen Begriffsdefinition nicht nur für die Personengruppen gelten würde, die § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu Amtsträgern deklariert, sondern auch für Mandatsträger, einschließlich derjenigen auf kommunaler Ebene: Auch die rechtswidrige Beschlussfassung in einem Gemeinderat dürfte demnach als tatbestandsmäßige Pflichtverletzung zu klassifizieren sein, und als Vorteil im Sinne der Korruptionsdelikte kommt bekanntlich auch eine immaterielle Besserstellung in Betracht. Wenn ein Gemeinderatsmitglied für einen Beschluss stimmt, den es für

⁴⁸ COM (2023) 234 final, S. 14.

⁴⁹ Ausf. F. Zimmermann, in: T. Zimmermann (Hrsg.), Korruptionsstrafrecht, 2023, S. 31 (34 f. und 42; Überblick zu weiteren Staaten auf S. 47 ff.).

⁵⁰ El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann, wistra 2023, 353 (359).

⁵¹ Zutr. Eisele (Fn. 4), S. 13.

⁵² F. Zimmermann (Fn. 49), S. 54 f.

rechtswidrig hält – etwa für einen Beschluss, den Gemeindefaal einer bestimmten Partei nicht für eine Versammlung zur Verfügung zu stellen –, um sich die Unterstützung der Fraktionskollegen in einer anderen Angelegenheit zu sichern, käme dieses Verhalten deshalb zumindest schon in die Nähe einer Strafbarkeit. Nichts anderes würde gelten, wenn ein Gemeinderatsmitglied trotz eines von ihm erkannten Ladungsfehlers oder Befangenheitsgrundes, der die Beschlussfassung formal rechtswidrig macht, an der Entscheidung mitwirkt.

b) Im privaten Sektor

Art. 11 Nr. 2 des Vorschlags macht die Überschrift „Amtsmissbrauch“ schließlich obendrein zu einem Etikettenschwindel: Auch die zur Erlangung eines Vorteils begangene Pflichtverletzung einer Person, die für ein Unternehmen im privaten Sektor tätig ist, wäre danach nämlich künftig eine Straftat. Bezeichnenderweise fehlt eine entsprechende Regelung in der UNCAC völlig. Art. 11 Nr. 2 würde also in ganz erheblichem Umfang arbeitsrechtliche Pflichtverletzungen kriminalisieren.⁵³ Mag man die Regelung in Nr. 1 im Ausgangspunkt noch damit verteidigen, dass vorsätzliche Pflichtverletzungen bei der Ausübung eines öffentlichen Dienstes aufgrund der Gesetzesbindung der Verwaltung in einem Rechtsstaat im Regelfall erheblich sind, überzeugt dies im privaten Sektor nicht. Von einem fragmentarischen Charakter des Strafrechts ließe sich auf dieser Grundlage nicht mehr sprechen – ganz zu schweigen von möglichen arbeitsrechtlichen Folgewirkungen bis hin zu einer fristlosen Kündigung aufgrund einer solchen Straftat. Als Grund für diese massive Ausweitung der Kriminalisierung wird in Erwägungsgrund Nr. 13 ohne jede Erläuterung nur das Ziel genannt, „die Korruption umfassend zu bekämpfen“. Dies zeugt von einer ausgesprochen unreflektierten Herangehensweise.

c) Versuchsstrafbarkeit

Damit aber nicht genug: Nach Art. 14 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags wäre zudem der Versuch dieses „Amtsmissbrauchs“ – sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor – zwingend unter Strafe zu stellen. Schon das unmittelbare Ansetzen (§ 22 StGB) zur Pflichtverletzung würde demnach die Schwelle zur Strafbarkeit markieren. Da der Richtlinienentwurf zudem im Hinblick auf die Pflichtverletzung nur einen nicht näher qualifizierten Vorsatz verlangt – sodass in deutschen Kategorien auch Eventualvorsatz genügen müsste –, könnte eine Strafbarkeit schon dann eintreten, wenn ein öffentlicher Bediensteter oder ein Angestellter in einem privaten Unternehmen es nur für möglich hält und sich damit abfindet, dass ein Verhalten, zu dem er unmittelbar ansetzt, pflichtwidrig ist – solange er in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen.

4. Behinderung der Justiz (Art. 12)

In Art. 12 will der Kommissionsvorschlag den Mitgliedstaaten aufgeben, spezielle Rechtspflegedelikte zu schaffen. Ihr Anwendungsbereich soll allerdings auf Strafverfahren beschränkt bleiben, welche die im Entwurf genannten Korruptionsdelikte zum Gegenstand haben.

Hierbei nimmt Nr. 1 die durch Nötigungsmittel oder Bestechungshandlungen bewirkte Herbeiführung einer Falschaussage sowie die Beeinflussung einer Aussage oder der Vorlage von Beweismaterial in den Blick. Während die erste Alternative ohnehin unter die allgemeinen Nötigungstatbestände wie (in Deutschland) § 240 StGB fallen dürfte und daher letztlich unproblematisch erscheint, ist die Bestechungsalternative in dieser Form in Deutschland bislang nicht pönalisiert. Zu denken wäre freilich an eine (ggf.: versuchte) Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (siehe insbesondere § 159 StGB) und anderen Aussagedelikten sowie an eine Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB. Zum einen bestünde weitergehender Umsetzungsbedarf aber jedenfalls mit Blick auf die Strafdrohung, da die genannten Strafnormen nicht die nach Art. 15 Abs. 2 lit. a des Vorschlags angedachte Mindesthöchststrafe von sechs Jahren Freiheitsstrafe erreichen.⁵⁴ Mangels entsprechender Öffnungsklausel im Richtlinienvorschlag würden zum anderen im Bereich der Korruptionsdelikte die Tatbestandsbeschränkung auf fremde Vortaten (§ 258 Abs. 1 StGB) sowie Straffreistellungsgründe wie das Selbstbegünstigungs- und das Angehörigenprivileg in § 258 Abs. 5 und Abs. 6 StGB unionsrechtswidrig. Damit drohten jedenfalls im Tatbestand der Strafvereitelung Grundstrukturen verschoben zu werden.

Art. 12 Nr. 2 des Kommissionsvorschlags befasst sich mit einem Spezialfall der Nötigung gegen Angehörige der Justiz und der Strafverfolgungsorgane, die mit dem Ziel begangen wird, diese an der Ausübung ihres Dienstes – sprich: der effektiven Verfolgung von Korruptionsdelikten – zu hindern. Tatbestandlich dürften diese Verhaltensweisen in Deutschland wiederum unproblematisch von § 240 Abs. 1 StGB erfasst sein; sogar die Strafzumessungsregel für besonders schwere Fälle nach § 240 Abs. 3 StGB würde aber wiederum der Mindesthöchststrafe von sechs Jahren nicht gerecht.

5. Bereicherung durch Korruptionsdelikte (Art. 13)

Dieser neue Straftatbestand soll den vorsätzlichen Erwerb und Besitz sowie die vorsätzliche Verwendung von Vermögensmitteln durch einen öffentlichen Bediensteten erfassen, der davon Kenntnis hat, dass der Vermögensgegenstand aus einer Korruptionstat herrührt. Die Überschrift „Bereicherung“ zeigt, dass dafür Art. 20 der UNCAC Pate stand, der freilich gar keine bestimmten Handlungen, sondern lediglich das Vorhandensein einer unerklärlichen Vermögensmehrung zur Voraussetzung der Strafbarkeit macht.⁵⁵

⁵⁴ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (363).

⁵⁵ Siehe aber auch *Landwehr*, in: *Rose/Kubiciel/Landwehr* (Hrsg.), *The United Nations Convention Against Corruption*, 2019, S. 222, demzufolge als Tathandlung des Art. 20 UNCAC ebenfalls das Besitzen anzusehen sein könnte.

⁵³ *Kubiciel* (Fn. 2), S. 5 f.

Das in Art. 13 des Entwurfs konzipierte Delikt soll hingegen nach den Erläuterungen der Kommission strukturell der Geldwäsche entsprechen und „nur“ gewährleisten, dass auch die sog. Selbstgeldwäsche durch einen öffentlichen Bediensteten an von ihm selbst entgegengenommenen Vorteilen strafrechtlich erfasst wird.⁵⁶ Zwar ist die Selbstgeldwäsche bereits nach Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie zur strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche⁵⁷ grundsätzlich mit Strafe zu bedrohen. Dies gilt aber nur für bestimmte Verhaltensweisen, welche die illegale Herkunft eines Vermögensgegenstands verheimlichen oder verschleiern, bzw. die zumindest hierauf abzielen (Art. 3 Abs. 1 lit. a und lit. b der Geldwäsche-Richtlinie). Demgegenüber begründet Art. 3 Abs. 5 der Geldwäsche-Richtlinie keine Kriminalisierungspflicht für den Erwerb, den Besitz und die Verwendung von Vermögensgegenständen, die aus einer Straftat herrühren, durch den Vortäter selbst. Die dahinterstehende – jedenfalls für die Varianten des Besitzens und der Verwendung – richtige Überlegung, dass diesen Aktivitäten ein zusätzliches Unrechtselement fehlt, das über das Unrecht der Vortat signifikant hinausginge, würde durch den neuen Kommissionsvorschlag also aufgegeben.⁵⁸ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2021 hat der EuGH in einer Bestrafung der Selbstgeldwäsche zwar keinen Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ gesehen.⁵⁹ Jedoch bezog sich zum einen die Vorlagefrage in jenem Verfahren nur auf Verhaltensweisen mit Verheimlichungs- bzw. Verschleierungsabsicht, sodass der Gerichtshof die Tatidentität leichter verneinen konnte, als es wenigstens bei dem bloßen Besitz – der bereits durch die Vortat begründet wird – der Fall wäre. Zum anderen betonte der Gerichtshof, dass das mitgliedstaatliche Strafgericht auch auf die Einhaltung der anderen Grundrechte bedacht sein müsse, einschließlich des in Art. 49 Abs. 3 der Grundrechte-Charta verbürgten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von Strafen.⁶⁰ Diesem auch unionsrechtlich fundierten Petitum verhältnismäßiger und schuldangemessener Bestrafung⁶¹ würde eine Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche, wie sie in Art. 13 des Kommissionsentwurfs vorgesehen ist, jedenfalls in den Varianten des Besitzens und der Verwendung zuwiderlaufen.⁶²

Ein weiterer Kritikpunkt ergibt sich aus einem bemerkenswerten Widerspruch zwischen der Erläuterung des Richtlinienvorschlags und seinem eigentlichen Text: Wohl aufgrund der massiven rechtsstaatlichen Zweifel, die viele Mitgliedstaaten mit Blick auf die Unschuldsvermutung gegen Art. 20 der UNCAC haben,⁶³ beschwichtigen die Erläuterun-

gen, dass man für eine Verurteilung dem Täter ja (auch) „Korruption als Vortat zum Zwecke der Geldwäsche nachweisen“ müsse.⁶⁴ Ganz anders liest sich Erwägungsgrund Nr. 16 des eigentlichen Richtlinienvorschlags. Dort heißt es, der neue Tatbestand der Bereicherung „soll[e] in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen die Justiz der Auffassung ist, dass ein oder mehrere Korruptionsdelikte *nicht* nachgewiesen werden können“;⁶⁵ kurz darauf ist vielsagend die Rede von einer „andere[n] Beweislast“.⁶⁶ Offenbar soll also doch schon eine – wie auch immer zu bestimmende⁶⁷ – Diskrepanz zwischen Vermögenslage und rechtmäßigem Einkommen genügen, um eine Strafbarkeit zu begründen. Mit gutem Grund war jedoch die auf eine solche Beweislastumkehr abzielende Regelung in Art. 20 UNCAC nicht nur i.E. für die Vertragsstaaten unverbindlich ausgestaltet („shall consider adopting“), sondern zusätzlich mit dem Vorbehalt versehen worden, dass eine solche Strafvorschrift nicht der Verfassung oder wesentlichen Strafrechtsprinzipien des einzelnen Staates zuwiderläuft.⁶⁸ Dass der Kommissionsvorschlag nun nonchalant die erheblichen Bedenken ignoriert und eine in der Tendenz offenbar ähnlich angelegte Regelung den Mitgliedstaaten zwingend vorschreiben will, spricht einer grundrechtssensiblen Kriminalpolitik Hohn. Auf die Spitze getrieben wird dies dadurch, dass Art. 14 Abs. 3 auch für dieses Delikt die Strafbarkeit des Versuchs anordnen würde. In früheren Rechtsakten war der Unionsgesetzgeber hingegen wenigstens umsichtig genug, jedenfalls bei Besitzdelikten von einer Versuchsstrafbarkeit abzusehen.⁶⁹

Angesichts des – im Ausgangspunkt sicher unterstützenswerten – Ziels effektiver Korruptionsbekämpfung scheint hier jedes Gespür für das immense Missbrauchspotenzial einer solchen Strafnorm abhandengekommen zu sein: Mit einer solchen Vorschrift würde das Unionsrecht denjenigen, die eine „illiberale Demokratie“ propagieren, eine schlagkräftige Waffe in die Hand geben, um sich ihrer politischen Gegner zu entledigen. Es ist sehr zu hoffen, dass die Regelung im Zuge der weiteren Verhandlungen drastisch entschärft oder, besser noch, komplett gestrichen wird. Anderenfalls wäre es

⁶⁴ COM (2023) 234 final, S. 21.

⁶⁵ *Hervorhebung* durch den Verf.

⁶⁶ Inwiefern diese auch schon bei der Geldwäsche gelten soll (a.a.O.), wird nicht erläutert; aus einer deutschen Perspektive wäre diese Annahme schlicht falsch.

⁶⁷ Näher zu dieser Frage *Landwehr* (Fn. 55), S. 224 ff.

⁶⁸ Näher zu verfassungsrechtlichen Bedenken mit Blick auf Art. 20 UNCAC *Landwehr* (Fn. 55), S. 231 ff.

⁶⁹ So gilt die in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2011/93/EU zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie (ABl. Nr. L 335 v. 17.12.2011, S. 1) vorgeschriebene Versuchsstrafbarkeit nicht für das Erwerben und Besitzen kinderpornografischer Materials gem. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie. Ebenso schließt die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/62/EU zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung (ABl. Nr. L 151 v. 21.5.2014, S. 1) angeordnete Versuchsstrafbarkeit nicht das Besitzen von Fälschungswerkzeugen (Art. 3 Abs. 1 lit. d) ein.

⁵⁶ COM (2023) 234 final, S. 20 f.

⁵⁷ Richtlinie (EU) 2018/1673, ABl. Nr. L 284 v. 12.11.2018, S. 22.

⁵⁸ Zu Recht kritisch *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (361).

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-790/19, Rn. 78 ff.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-790/19, Rn. 83.

⁶¹ Vgl. dazu bereits *European Criminal Policy Initiative*, *ZIS* 2009, 697 (698).

⁶² *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (361); *Pohlreich* (Fn. 14), S. 17.

⁶³ COM (2023) 234 final, S. 11.

aus deutscher Sicht mit Blick auf die Unschuldsvermutung eine ernsthafte Option, gem. Art. 83 Abs. 3 AEUV die Notbremse zu ziehen.

V. Begleitvorschriften mit Relevanz für das materielle Strafrecht

1. Rechtsfolgen

Auch auf der Rechtsfolgenseite will die Kommission den Mitgliedstaaten weitergehende Vorgaben machen. Neben der Verpflichtung, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende strafrechtliche Sanktionen vorzusehen (Art. 15 Abs. 1), sieht der Vorschlag für natürliche Personen nach Schweregrad abgestufte Mindesthöchststrafen von sechs Jahren Freiheitsstrafe für Bestechung im privaten Sektor und Justizbehinderung, fünf Jahren für Bestechung im privaten Sektor, Veruntreuung, unerlaubte Einflussnahme und Amtsmissbrauch sowie vier Jahren für Bereicherung durch Korruption vor (Art. 15 Abs. 2). Bei den Anmerkungen zu den einzelnen Tatbestandsvorgaben wurde bereits deutlich gemacht, dass diese Vorgaben für den deutschen Gesetzgeber einigen Änderungsbedarf nach sich zögen.⁷⁰ Noch stärkere Erschütterungen des innerstaatlichen Systems von Strafrahmen wären in anderen Mitgliedstaaten zu erwarten, wo vergleichsweise hohe Mindesthöchststrafen von mehr als fünf Jahren in der Vergangenheit bereits zu erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten geführt haben.⁷¹ Der Preis einer solchen Vorgabe ist also potenziell hoch – der Ertrag jedoch gering: Der harmonisierende Effekt solcher Mindesthöchststrafen bleibt im Ergebnis überschaubar, weil sich die meisten Mitgliedstaaten bei der Sanktionsbemessung im Einzelfall eher an der Strafuntergrenze orientieren.⁷² Im Ausgangspunkt positiv ist, dass Art. 15 Abs. 3 des Entwurfs ein Ausweichen auf außerstrafrechtliche Sanktionen bei minder schweren Fällen mit einem Schaden von unter 10.000 Euro zulässt. Bedauerlich ist jedoch, dass diese Option auf das Delikt der „Veruntreuung“ nach Art. 9 begrenzt bleiben soll. Nach Art. 15 Abs. 4 hätten die Mitgliedstaaten neben klassischen Kriminalstrafen auch ergänzende Sanktionen vorzusehen, namentlich den Verlust oder Ausschluss von Ämtern, des Wahlrechts und von Genehmigungen.

Auch für juristische Personen sieht der Entwurf in Art. 17 detaillierte Sanktionsvorgaben vor. Wie in EU-Rechtsakten üblich, werden die Mitgliedstaaten aber nicht gezwungen, diese Rechtsfolgen als solche des Kriminalstrafrechts auszuflaggen.⁷³ Deutschland könnte also die Verortung von Verbandssanktionen im Ordnungswidrigkeitenrecht beibehalten. Höchst bemerkenswert ist aber Art. 17 Abs. 2 des Entwurfs. Mit dieser Vorschrift hat die Kommission in zweierlei Hinsicht einen Versuchsballon gestartet: Zum einen soll den Mitgliedstaaten bzgl. Geldbußen oder -strafen – die bislang

stets nur als Sanktionsart verbindlich vorzusehen waren – ein Mindesthöchstmaß vorgegeben werden. Dieses wäre aus deutscher Perspektive mit fünf Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes auch ausgesprochen schmerzhaft. Zum anderen würde die Vorschrift die Mitgliedstaaten verpflichten, weitere Sanktionen vorzusehen, die von dem Ausschluss von Zuwendungen und Vergabeverfahren über die Unterstellung unter richterliche Aufsicht bis zur Anordnung der Auflösung reichen sollen. Da einige dieser Sanktionen ihrer Art nach in manchen Mitgliedstaaten bislang völlig unbekannt sind (wie die „Todesstrafe für Unternehmen“ in Deutschland), würde eine solche Vorgabe massiv in die nationalen Sanktionssysteme eingreifen und letztlich deren Kohärenz gefährden.⁷⁴ Dies wäre ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Aktivierung des Notbremsenmechanismus nach Art. 83 Abs. 3 AEUV.

Nicht gesondert als mögliche Sanktion aufgeführt wird im Richtlinienentwurf die Einziehung von Vermögenswerten. Eine Lücke ist dies aber nicht: Hierfür existiert eine gesonderte EU-Richtlinie, die Korruptionsdelikte zu Anlasstaten einer Einziehung erklärt.⁷⁵ Zwar knüpft sie noch an die Delikte an, die in den bisherigen Harmonisierungsrechtsakten beschrieben werden. Nach Art. 27 des Entwurfs sind solche Bezugnahmen aber künftig als Verweisungen auf die neue Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung zu lesen.

2. Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe

Art. 18 des Richtlinienentwurfs zur Korruptionsbekämpfung nennt etliche Gesichtspunkte, die strafscharfend zu berücksichtigen sein sollen. Ob solche Vorgaben innerstaatlich auf Tatbestandsebene (als Qualifikation) oder im Rahmen der Strafzumessung (etwa als besonders schwere Fälle) umgesetzt werden, bleibt dem einzelnen Mitgliedstaat überlassen. Die Vorschrift knüpft zunächst an die Legaldefinition des „hochrangigen Beamten“ in Art. 2 Nr. 8 des Entwurfs an, dem Staatsoberhäupter, Chefs und Mitglieder von Zentral- und Regionalregierungen, weitere hochrangige Mandatsträger wie Staatssekretäre, Mitglieder von Parlamentskammern, der obersten Gerichtshöfe sowie der obersten Rechnungshöfe unterfallen sollen. Auch Taten anderer Bediensteter in sensiblen Bereichen – namentlich von Personen, die in der Strafverfolgung tätig oder besonders Verpflichtete im Sinne der Geldwäsche-Richtlinie 2015/849⁷⁶ sind – sollen künftig als besonders schwerwiegend gelten. Weitere strafscharfende Umstände sollen die wiederholte Tatbegehung, die Begehung für einen Drittstaat, die Erlangung eines erheblichen Vorteils bzw. die Verursachung eines erheblichen Schadens sein. Umgekehrt sollen sich ein Auftreten als Hinweisgeber (Whistleblower), bei juristischen Personen auch die Imple-

⁷⁰ Krit. auch *Allgayer* (Fn. 17), S. 18.

⁷¹ *Linder*, in: Satzger (Hrsg.), Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020, S. 615 (625); allgemein auch *Kubiciel* (Fn. 2), S. 6.

⁷² *European Criminal Policy Initiative*, in: Satzger (Fn. 71), S. 667 (672).

⁷³ *F. Zimmermann*, in: Satzger (Fn. 71), S. 577 (597).

⁷⁴ Vgl. zur Achtung der Kohärenz nationaler Strafrechtsordnungen *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697 (699).

⁷⁵ Art. 3 lit. a und lit. f der Richtlinie 2014/42/EU, ABl. Nr. L 127 v. 29.4.2014, S. 39; ebenso Art. 2 Abs. 1 lit. f des neuen Richtlinienentwurfs COM(2022) 245 final.

⁷⁶ Richtlinie (EU) 2015/849, ABl. Nr. L 141 v. 5.6.2014, S. 73.

mentierung effektiver Compliance-Regeln und die Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden nach Art. 18 Abs. 2 des Entwurfs strafmildernd auswirken.

3. Strafanwendungsrecht bzw. „gerichtliche Zuständigkeit“ (Art. 20)

Wenig überraschend verlangen die strafanwendungsrechtlichen Vorgaben in Art. 20 Abs. 1 lit. a des Vorschlags zunächst, dass die Mitgliedstaaten ihre Strafgewalt über Taten begründen, die ganz oder teilweise auf ihrem Hoheitsgebiet begangen werden. Etwas versteckt findet sich in Erwägungsgrund Nr. 26 noch eine kryptisch anmutende Ergänzung: Heranziehen sollen die Mitgliedstaaten den Territorialitätsgrundsatz schon dann, wenn die Tat „mithilfe eines in ihrem Hoheitsgebiet verwendeten Informationssystems begangen wird, unabhängig davon, ob sich diese Technologie in ihrem Hoheitsgebiet befindet.“ Die englische Sprachfassung verwendet die etwas präzisere Formulierung „whether or not that technology is based in their territory“. Damit dürfte also insbesondere der Fall gemeint sein, dass zur Tatbegehung ein Chat-Dienst genutzt wird, der die Kommunikationsinhalte über einen im Ausland belegenen Server leitet. Da es für die Bestimmung des Handlungsortes – jedenfalls aus deutscher Perspektive – auf den physischen Aufenthaltsort des Täters im Moment der Tatbegehung ankommt,⁷⁷ ist diese Präzisierung eigentlich überflüssig.⁷⁸

Des Weiteren müssten die Mitgliedstaaten nach Art. 20 Abs. 1 lit. b des Vorschlags zwingend das aktive Personalitäts- und Domizilprinzip heranziehen, also ihre Strafgewalt über die in der künftigen Richtlinie harmonisierten Delikte begründen, wenn sie von einer Person begangen werden, die ihr Staatsangehöriger ist oder auf ihrem Gebiet ihren Wohnsitz hat. Nicht im Richtlinienvorschlag angesprochen ist die Möglichkeit, die Anwendung des eigenen Rechts in diesen Fällen durch das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit zu begrenzen, wie es im deutschen Recht allgemein in § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB geschieht. Gegen die sich aufdrängende Schlussfolgerung, dass dieses Erfordernis einer *lex loci* künftig unionsrechtlich unzulässig wäre, haben *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann* einen systematischen Umkehrschluss aus Art. 20 Abs. 3 des Entwurfs ins Spiel gebracht.⁷⁹ Nach dieser Vorschrift dürfen die Mitgliedstaaten die Anwendung des aktiven Personalitäts- oder Domizilprinzips weder von einer Benachrichtigung durch den Tatortstaat noch von einer dortigen Anzeige durch das Opfer abhängig machen. Es wäre allerdings auch die Interpretation möglich, dass die Unzulässig-

keit des *Lex-loci*-Erfordernisses schon dadurch zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass es in Art. 20 Abs. 1 lit. b mit keinem Wort erwähnt wird, obwohl es bei diesen Anknüpfungspunkten eine ganz übliche Einschränkung ist. Art. 20 Abs. 3 würde dann nur ergänzend klarstellen, dass auch seltenere, speziellere Einschränkungen nicht greifen sollen. Für diese Interpretation mag sprechen, dass Art. 42 Abs. 2 lit. b der UNCAC auch auf ein aktives Personalitäts- und Domizilprinzip ohne Erfordernis der Tatortstrafbarkeit abstellt. Zwar ist dort die Heranziehung dieses Anknüpfungspunktes nicht verbindlich („may“). Angesichts der generellen Tendenz des Richtlinienentwurfs, optionale Bestandteile der UNCAC in zwingendes Unionsrecht zu überführen, erschiene es aber vorstellbar, dass hier tatsächlich eine so weitreichende Ausweitung der mitgliedstaatlichen Strafgewalt vorgegeben werden sollte. Diese Unklarheit sollte bei den weiteren Arbeiten an dem Entwurf – ggf. auch nur durch eine Ergänzung der Erwägungsgründe – beseitigt werden, um den Mitgliedstaaten für die Umsetzung eine klare Marschroute vorzugeben.

Die Mitgliedstaaten sollen nach Art. 20 Abs. 1 lit. c ihr Strafrecht außerdem zur Anwendung bringen, wenn die Tat zugunsten einer in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen juristischen Person begangen wurde. Dieser Anknüpfungspunkt verlässt das vom traditionellen Strafanwendungsrecht bekannte Terrain. Letztlich handelt es sich hierbei um eine Fortentwicklung des aktiven Personalitätsprinzips für juristische Personen.⁸⁰ Gänzlich neu ist dieser Gedanke in EU-Rechtsakten zwar nicht, tauchte er doch z.B. auch schon in Richtlinie 2018/1673 zur strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche⁸¹ (Art. 10 Abs. 2 lit. b) sowie in der PIF-Richtlinie (Art. 11 Abs. 3 lit. b) auf. Jedoch wurde dieser Anknüpfungspunkt den Mitgliedstaaten von Seiten der Union dort noch nicht verpflichtend vorgegeben. Die einzige Ausnahme ist bislang Art. 19 Abs. 1 lit. d der Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung.⁸² Dort findet sich im Übrigen auch die bisher einzige verbindliche Vorgabe des aktiven Domizilprinzips im Unionsrecht.⁸³

Insgesamt zeigt sich somit, dass die Kommission mit dem Richtlinienvorschlag das Ziel verfolgt, den Mitgliedstaaten eine umfassendere Anwendung extraterritorialer Strafgewalt vorzuschreiben. Jurisdiktionskonflikte wären dadurch vorprogrammiert.

4. Verjährungsregeln

Ein wichtiges Anliegen des Entwurfs ist es ferner, die Verjährung von Korruptionsdelikten und ihrer Sanktionierung hinauszuzögern. Wie bei den Strafobergrenzen stuft der Vorschlag hierbei nach der Schwere der Delikte ab. Die vorgese-

⁷⁷ BGH NStZ 2015, 81 (82); *Satzger*, in: ders./Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2023 (im Erscheinen), § 9 Rn. 16.

⁷⁸ Unsinnig wäre jedenfalls die Interpretation, dass es für die Annahme eines inländischen Tatortes ausreiche, wenn das betreffende Informationssystem von Dritten im Inland verwendet wird – unabhängig davon, ob auch der Täter selbst bei der Tatbegehung sich im Inland aufhält. Ein Bezug der Tat zum Hoheitsgebiet dieses betreffenden Staates bestünde dann nicht.

⁷⁹ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (363).

⁸⁰ Zur Kritik siehe nur *Wegner*, Transnationale Sanktionsverfahren gegen Verbände, 2021, S. 112 f., der die Weite des Begriffs der Niederlassung betont.

⁸¹ ABl. Nr. L 284 v. 12.11.2018, S. 22.

⁸² Richtlinie (EU) 2017/541, ABl. Nr. L 88 v. 31.3.2017, S. 6; hierauf weisen *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (364), zutreffend hin.

⁸³ Art. 19 Abs. 1 lit. c der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung (Fn. 82).

hene Dauer der Verjährungsfristen soll zudem davon abhängen, ob – wie in Deutschland – der Fristlauf unterbrochen oder ausgesetzt werden kann. Die Fristen, die der Kommission vorschweben, reichen von (mindestens) zehn Jahren bei Bestechung im öffentlichen Sektor und Justizbehinderung über acht Jahre bei den meisten anderen im Entwurf genannten Delikten bis hinab zu fünf Jahren bei Bereicherung durch Korruption.⁸⁴ Diese Fristen sollen gleichermaßen für die Verfolgungs- wie für die Vollstreckungsverjährung gelten (Art. 21 Abs. 2 und 3 einerseits, Abs. 4 und 5 andererseits). Anders als nach § 79 StGB würde die Verfolgungsverjährung also nicht an die im konkreten Einzelfall ausgesprochene Strafe gekoppelt, sondern an die abstrakte Strafdrohung. Ein solcher, generalisierender Ansatz ist zwar nicht per se undenkbar. Er würde aber Mitgliedstaaten mit einem vergleichbaren System wie Deutschland vor massive Umsetzungsprobleme stellen: Er könnte dazu führen, dass in einem Mitgliedstaat für Taten, die unterschiedliche Tatbestände verwirklichen, aber nach dem Strafausspruch vergleichbar schwer wiegen, unterschiedliche Fristen für die Verfolgungsverjährung gelten. Ein Beispiel: Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von einem Jahr wegen Untreue (§ 266 StGB) durch den Kassenswart eines Vereins würde nach § 79 Abs. 3 Nr. 4 StGB in fünf Jahren verjähren. Demgegenüber müsste dieselbe einjährige Freiheitsstrafe wegen einer Untreue durch einen Unternehmensangestellten, die zugleich im Sinne des Art. 9 des Entwurfs eine „Veruntreuung“ wäre, nach Art. 21 Abs. 5 lit. b des Richtlinienentwurfs mindestens acht Jahre lang verfolgbar sein. Dies wäre schon ganz grundsätzlich inkonsistent. Kaum lösbare Probleme dürften zudem auftreten, wenn eine Verurteilung auf ein Korruptionsdelikt im Sinne der neuen Richtlinie und auf ein anderes Delikt gestützt würde – etwa bei der Bildung einer Gesamtstrafe gem. §§ 53 ff. StGB. Im Hinblick auf die innere Kohärenz der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen wäre dies wiederum höchst problematisch.⁸⁵ Aus diesem Grund ist sehr zu hoffen, dass im Zuge der Verhandlungen über die Richtlinie letztlich ein flexibleres Modell gewählt wird, etwa nach dem Vorbild von Art. 12 Abs. 4 der PIF-Richtlinie in ihrer bisherigen Form (siehe sogleich noch 5.): Dort wird den Mitgliedstaaten alternativ die Möglichkeit eröffnet, die Verfolgungsverjährung von der tatsächlich verhängten Strafe abhängig zu machen.

5. Änderungen der PIF-Richtlinie (Art. 28)

Die geplante Neuregelung der Vorgaben zur Korruptionsbekämpfung soll – was im Sinne der Kohärenz des Unionsrechts im Ausgangspunkt zu begrüßen ist⁸⁶ – Folgeänderungen der PIF-Richtlinie (EU) 2017/1371 auslösen. Damit wer-

⁸⁴ Ebenso bei Anstiftung, Beihilfe und Versuch – eine Regelung, die aus der Perspektive eines Mitgliedstaats, der die Verjährungsfristen wie Deutschland abstrakt an die Art der Tat anknüpft, nicht sonderlich sinnvoll ist, wegen der Zulässigkeit längerer Fristen aber unschädlich bleibt.

⁸⁵ Allgemein auch Kubiciel (Fn. 2), S. 6; Allgayer (Fn. 17), S. 18.

⁸⁶ Vgl. zu dem Erfordernis vertikaler Kohärenz *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697 (699).

den die vorgesehenen Änderungen auch für die Europäische Staatsanwaltschaft relevant, die nach Art. 22 Abs. 1 der EUStA-Verordnung⁸⁷ für die in der Richtlinie 2017/1371 harmonisierten PIF-Delikte zuständig ist. Teils haben die angedachten Änderungen der PIF-Richtlinie lediglich klarstellende Funktion (so, wenn die darin vorgesehenen Strafvorschriften künftig ausdrücklich als Korruption im öffentlichen Sektor bezeichnet werden sollen). Teils gehen sie aber auch mit inhaltlichen Erweiterungen einher:

Zunächst zielt Art. 28 des Entwurfs darauf ab, die in der PIF-Richtlinie vorgesehenen Sanktionen an diejenigen in der geplanten Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung anzupassen. Die in Art. 7 Abs. 3 der PIF-Richtlinie vorgesehenen Mindesthöchststrafen für Geldwäsche und Bestechung bzw. Bestechlichkeit im öffentlichen Sektor sollen daher von vier Jahren auf sechs Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden; für den Tatbestand der missbräuchlichen Verwendung ist eine Anhebung der Mindesthöchststrafe von vier Jahren auf fünf Jahre vorgesehen. Mittels einer Anpassung des Art. 7 Abs. 4 der PIF-Richtlinie soll zudem die Möglichkeit, für leichtere Fälle mit einem Schaden bzw. Vorteil von weniger als 10.000 Euro außerstrafrechtliche Sanktionen vorzusehen, für Bestechung und Bestechlichkeit entfallen. Nach einem neuen Art. 7 Abs. 6 sollen die in Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung vorgesehenen (nicht zwangsläufig strafrechtlichen) ergänzenden Sanktionen anwendbar sein.

Erhebliche Ausweitungen sind im Hinblick auf erschwerende oder mildernde Umstände vorgesehen: Bislang benennt Art. 8 der PIF-Richtlinie nur einen erschwerenden Umstand – die Tatbegehung im Rahmen der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung. Künftig sollen bei PIF-Delikten alle in Art. 18 der geplanten Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung vorgesehenen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe gelten. Wenn sich auf dieser Grundlage künftig die Erlangung eines erheblichen Vorteils bzw. die Verursachung eines erheblichen Schadens (Art. 18 Abs. 1 lit. c des Entwurfs) strafschärfend auswirken soll, ist dies mindestens redundant, da die in Art. 7 Abs. 3 der PIF-Richtlinie vorgesehenen Mindesthöchststrafen ohnehin nur greifen, wenn ein – dort auch legaldefinierter – erheblicher Schaden oder Vorteil im Raum steht. Wie dasselbe Merkmal daneben (ein weiteres Mal?) als erschwerender Umstand berücksichtigt werden soll, erschließt sich nicht.

Zuletzt ist eine erhebliche Ausweitung der bisher für PIF-Delikte vorgegebenen Verjährungsfristen vorgesehen, die an diejenigen in der neuen Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung angepasst werden sollen: Während eine Strafverfolgung – wenn eine Möglichkeit der Unterbrechung oder Aussetzung besteht – bisher mindestens drei Jahre lang möglich sein muss (Art. 12 Abs. 3 der PIF-Richtlinie), soll dies künftig für mindestens zehn Jahre bei Betrug zulasten der Union, Geldwäsche und Korruption, für mindestens acht Jahre bei missbräuchlicher Verwendung der Fall sein (künftig Art. 12 Abs. 3 lit. a und lit. b der PIF-Richtlinie, siehe Art. 28 Nr. 8 des Richtlinienentwurfs zur Korruptionsbekämpfung). Im

⁸⁷ Verordnung (EU) 2017/1939, ABl. Nr. L 283 v. 31.10.2017, S. 1.

Hinblick auf die Verfolgungsverjährung macht der Kommissionsvorschlag denselben Fehler wie bei Korruptionsdelikten und würde die bislang vorgesehene Alternative, statt an den Strafrahmen an die verhängte Strafe anzuknüpfen, beseitigen. Aus den bereits genannten Gründen (4.) verdient dieser Vorschlag deutliche Kritik.

VI. Konsequenzen für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen

Es gilt auch im Blick zu behalten, dass die geplante Ausweitung der Kriminalisierungspflichten nicht nur Folgen für die Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Strafrechts hätte, auf dessen maßvolle und womöglich auch restriktive Anwendung durch die Praxis man ja vielleicht setzen könnte: Wenn Verhaltensweisen wie die Veruntreuung, der Amtsmisbrauch und die illegale Bereicherung – die beiden ersteren wie gesehen sogar im privaten Sektor – künftig durch das Unionsrecht als Erscheinungsformen der Korruption bezeichnet würden, unterfielen sie auch diesem Begriff in den sog. Positivlisten der Rechtsakte zur gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen, namentlich des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl⁸⁸ und der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung.⁸⁹ Es müssten also unter Umständen grundrechtssensible Ermittlungsmaßnahmen ergriffen und die Überstellung (früher: Auslieferung) eines Verdächtigen an einen anderen Mitgliedstaat veranlasst werden, selbst wenn die fragliche Handlung nach dem eigenen Recht noch nicht strafbar wäre.⁹⁰ Zu welchen Verwicklungen dies führen kann, hat vor nicht allzu langer Zeit der Fall des früheren katalanischen Regionalpräsidenten Puigdemont⁹¹ gezeigt, in dem spanische Behörden die Finanzierung des katalanischen Unabhängigkeitsreferendums mit öffentlichen Geldern zu einem Fall der „Korruption“ deklarierten und auf dieser Grundlage eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit im deutschen Auslieferungsverfahren vermieden.⁹² Auf der Grundlage des Kommissionsvorschlags müssten künftig womöglich auch Strafverfahren in anderen Mitgliedstaaten wegen eines Verstoßes gegen Amtspflichten rein formaler Natur, wegen arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen oder unerklärlicher Bereicherung unterstützt werden.

⁸⁸ Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 1 (Art. 2 Abs. 2).

⁸⁹ Richtlinie 2014/417/EU, ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 1 (Anhang).

⁹⁰ Die Positivlisten stellen stets darauf ab, dass die betreffende Handlung nach dem Recht des Ausstellungs- bzw. Anordnungsstaates unter den Begriff der Korruption fiele. Selbst wenn dessen nationales Recht also über die – ohnehin schon weiten – Tatbestände hinausginge, die in der künftigen Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung vorgesehen sind, wäre dem Verlangen dieses anderen Staates immer noch nachzugeben.

⁹¹ Siehe OLG Schleswig NJW 2018, 1699.

⁹² Zur Zulässigkeit dieses Vorgehens siehe etwa *Bachmeier Winter*, EuCLR 2018, 152 (153) einerseits; *F. Zimmermann*, RW 2022, 201 (227 f.) andererseits.

VII. Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben zahlreiche Aspekte des Kommissionsvorschlags identifiziert, die – teils punktuelle, teils tiefgreifende – Korrekturen notwendig erscheinen lassen. Die Unionsorgane wären gut beraten, sich darauf zu besinnen, dass das Strafrecht als das schärfste Schwert des Staates gilt, das nur mit Bedacht und nicht vorschnell eingesetzt werden sollte. Schon vor diesem Hintergrund geht die geplante Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung an etlichen Stellen deutlich zu weit: Der Verzicht auf einen ungerechtfertigten Vorteil bei Bestechung und Bestechlichkeit, die Anknüpfung selbst an formale und rein arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen im Rahmen des Amtsmisbrauchs und insbesondere der mit Blick auf die Unschuldsvermutung sehr problematische Tatbestand der Bereicherung durch Korruption würden die Strafbarkeit ganz erheblich in einen Bereich ausweiten, der mittels anderer Instrumente reguliert werden kann. Erschwerend kommt hinzu, dass die Richtlinie für viele der genannten Delikte auch die Versuchsstrafbarkeit anordnen würde. Durch all diese Vorgaben wären die Mitgliedstaaten gezwungen, selbst ehrenamtlich tätigen Mandatsträgern künftig sehr viel umfassendere Strafbarkeitsrisiken aufzubürden. Nicht zu unterschätzen sind zudem die Gefahren des Vorschlags für die innere Kohärenz der nationalen Strafrechtssysteme – etwa wenn als Verbandssanktion die gerichtliche Auflösung einer juristischen Person eingeführt oder die Frist für die Verfolgungsverjährung bei Korruptionsdelikten anhand der abstrakten Strafdrohung bemessen werden müsste.

Im Fall der Korruptionsdelikte ist dieses „schärfste Schwert“ außerdem ein zweischneidiges: Allzu rasch kann ein Korruptionsvorwurf missbraucht werden, um politische Gegner mittels der Justiz kaltzustellen oder sie doch wenigstens in ihrem öffentlichen Ansehen zu schädigen. Umso wichtiger ist es, die betreffenden Strafvorschriften klar zu konturieren und auf einen zweifellos strafwürdigen Kern zu beschränken. Mit Tatbeständen, die vage auf eine Pflichtverletzung oder eine unerklärliche Bereicherung abstellen, wird dies nicht gelingen. In Zeiten der – trotz der jüngsten Wahlergebnisse in Polen – weiterhin grassierenden Rechtsstaatskrise und des Aufwinds rechtsextremer Gruppierungen in ganz Europa könnte sich die Annahme einer solchen EU-Richtlinie als geradezu fatal erweisen und letztlich sogar einen Vorwand für die Verfolgung von Oppositionspolitikern liefern.

100 Jahre INTERPOL: Zum Stand eines globalen Players in internationalen Strafverfahren

Von Dr. Karl Sidhu, Wiss. Mitarbeiter Matthias Grübl, München*

Seitdem INTERPOL im September 1923 gegründet wurde, sind mittlerweile einhundert Jahre vergangen. Dies gibt Veranlassung, sich die historischen und rechtlichen Grundlagen der Organisation (erneut) vor Augen zu führen, ihre heutigen Aktivitäten, insbesondere Fahndungsausschreibungen rechtlich zu skizzieren und kritisch zu überdenken sowie – darauf aufbauend – über Reformvorschläge nachzudenken.

Almost one hundred years have passed since INTERPOL was founded in September 1923. This gives reason to (re)look at the historical and legal foundations of the organization, to legally outline and critically review its current activities, in particular search alerts, and – based on this – to consider reform proposals.

I. Einleitung

Russlands völkerrechtswidriger¹ Angriffskrieg gegen die Ukraine hat einem Bündnis westlicher Staaten – darunter die USA und Großbritannien – Anlass gegeben, die Internationale Polizeiorganisation INTERPOL Anfang März aufzufordern, Russlands Zugang zum INTERPOL-System auszusetzen.² Wenige Tage später gab das INTERPOL-Exekutivkomitee seine Entscheidung³ in dieser Angelegenheit bekannt: Unter Verweis auf die Neutralität INTERPOLs und auf die Ersuchen (unbenannter) führender Strafverfolger aus aller Welt, die Kooperation mit Russland fortzusetzen, wurde der beantragten Suspendierung Russlands nicht entsprochen, sondern vielmehr die eigene Pflicht betont, die Kommunikationswege offenzuhalten. Um russischem Missbrauch der INTERPOL-Systeme vorzubeugen, habe man aber „verschärfte Aufsichts- und Überwachungsmaßnahmen“ implementiert, namentlich könne Russland Fahndungersuchen nicht länger direkt an andere Mitglieder versenden,⁴ sondern diese würden nunmehr zuvor vom INTERPOL-Generalsekretariat überprüft. Diese nur halbherzige Reaktion des Exekutivkomitees im Angesichte des russischen Einmarschs in die

Ukraine fördert bereits seit langem bekannte Defizite betreffend die Internationale Polizeiorganisation, allen voran den starken Einfluss autokratischer Regime⁵ sowie das Missbrauchspotential des Fahndungssystems für politische Zwecke, nunmehr offen zu Tage.

Mit einer INTERPOL-Ausschreibung endet regelmäßig die persönliche (Fortbewegungs-)Freiheit: Von der Ausschreibung betroffene Personen laufen Gefahr, dem mit der Ausschreibung einhergehenden Ersuchen entsprechend festgenommen und inhaftiert zu werden. Dass die internationale Personenfahndung – wie auch INTERPOL als solche – dennoch ein strafprozessrechtswissenschaftliches Schattendasein fristet,⁶ ist bedauerlich. Der vorliegende Artikel nimmt den im September bevorstehenden einhundertsten Jahrestag der Gründung von INTERPOL zum Anlass, einen Beitrag zu leisten, um diesem Missstand entgegenzuwirken. Er skizziert die historische Entwicklung INTERPOLs, zeigt deren rechtliche Rahmenbedingungen auf, liefert einen Überblick über die verschiedentlich geäußerte Kritik an INTERPOL und gibt Hinweise für den rechtspraktischen Umgang mit INTERPOL-Ausschreibungen.

II. Historische und rechtliche Grundlagen

Als im September 1923 der „Zweite Internationale Kriminalpolizeiliche Kongress“⁷ in Wien die „Internationale Kriminalpolizeiliche Kommission (IKPK)“ zum Zwecke internationaler polizeilicher Kooperation gründete, reagierten die 138 Delegierten aus vorwiegend europäischen Ländern damit auf einen neuen Verbrechertypus, der sich im Zuge der Industrialisierung herauszubilden vermochte: den mobilen, an nationale Grenzen nicht weiter gebundenen Straftäter.⁸ Die IKPK sollte den demgegenüber fortwährend allein innerhalb der Grenzen der Nationalstaaten kompetenten Polizeiorganisationen als zentrale Sammel- und Verteilungsstelle für Informati-

* Dr. Karl Sidhu ist Rechtsanwalt bei SvS Rechtsanwälte, München, Matthias Grübl ist dort Wiss. Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Ann-Kathrin Kaufhold an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Vgl. dazu nur Haque, AJIL Unbound (116) 2022, 155.

² Tunk, Berliner Zeitung v. 7.3.2022, abrufbar unter <https://www.berliner-zeitung.de/news/westliche-verbuedete-wollen-rauswurf-russlands-aus-interpol-li.215608> (25.11.2023).

³ Ukraine: INTERPOL General Secretariat statement v. 10.3.2022, abrufbar unter <https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2022/Ukraine-INTERPOL-General-Secretariat-statement> (25.11.2023).

⁴ Dies ermöglicht im Normalfall das INTERPOL-Instrument der sog. diffusion, vom dem im Haupttext noch die Rede sein wird.

⁵ Dieser Einfluss wird unmittelbar verkörpert etwa durch die INTERPOL-Präsidentschaft Ahmed Naser Al-Raisis, einem emiratischen Generalmajor, der in seiner Zeit als Generalinspektor des Innenministeriums der Vereinigten Arabischen Emirate für Menschenrechtsverstöße verantwortlich gezeichnet haben soll, vgl. INTERPOL, Human Rights v. 5.5.2021, abrufbar unter <https://www.hrw.org/news/2021/05/05/interpol-uae-officials-candidacy-raises-human-rights-alarms> (25.11.2023).

⁶ Meyer/Hüttemann, ZStW (128) 2016, 394 (445): „wissenschaftlich weniger durchdrungene Nische des Strafprozessrechts“.

⁷ Der Erste Kongress trat 1914 auf Initiative Albert I., des Prinzen von Monaco zusammen, scheiterte aber aufgrund des Ausbruchs des Ersten Weltkriegs noch darin, eine internationale Polizeiorganisation zu gründen, vgl. Deflem, Law & Society Review 34 (2000), 739 (752 ff.).

⁸ Stock/Herz, Polizei 2011, 129 (130).

onen insbesondere betreffend gesuchter Straftäter dienen.⁹ Ebenso wie die heutige INTERPOL war die IKPK somit nicht als supranationale Organisation angelegt, sondern als reines Kooperationsnetzwerk nationaler Polizeibehörden.¹⁰

Der Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich im März 1938 brachte die Tätigkeit des IKPK zum Stillstand, ihr damaliger Präsident Michael Skubl wurde abgesetzt und inhaftiert und die IKPK denaturierte zum Instrument für nationalsozialistische Zwecke, was die ab August 1940 einsetzende Präsidentschaft Reinhard Heydrichs, seines Zeichens SS-Obergruppenführer und Leiter des Reichssicherheitshauptamts, und die Verlegung des Hauptsitzes nach Berlin verdeutlicht.¹¹ Unmittelbar nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde indes 1946 in Brüssel beschlossen, die internationale polizeiliche Zusammenarbeit, die vor dem Hintergrund der chaotischen Nachkriegszustände als dringender denn je empfunden wurde, wieder aufzugreifen.¹² Hier wurde auch beschlossen, der Organisation fortan für Zwecke der Telegraphie den Namen „INTERPOL“ zu geben,¹³ unter dem sie bekannt werden sollte. 1956 wurden schließlich im Rahmen der 25. Generalversammlung in Wien die Statuten reformiert – die zwar im Laufe der Jahre an einigen Stellen modifiziert wurden, aber der Organisation noch heute als Rechtsgrundlage dienen – und ein neuer Name beschlossen: „Internationale Kriminalpolizeiliche Organisation“.¹⁴

Die INTERPOL-Statuten¹⁵ – auch „Constitution“ genannt – sind kein bindender völkerrechtlicher Vertrag und hätten auch nicht als ein solcher abgeschlossen werden können, denn die (Gründungs-)Mitglieder INTERPOLs sind nicht – wie aus Art. 4 der INTERPOL-Statuten ersichtlich, wo zwischen „Ländern“ einerseits und „Mitgliedern“ andererseits differenziert wird – völkerrechtsfähige Nationalstaaten, sondern die nationalen Zentralbüros, d.h. nicht völkerrechtsfähige Polizeidienststellen, die von den einzelnen Staaten als Mitglieder ernannt und als solche von der INTERPOL-Generalversammlung bestätigt werden, Art. 4, 32 INTERPOL-Statuten.¹⁶ Tatsächlich handelt es sich bei den Statuten daher um „ein Instrument der self-governance“,¹⁷ bei INTERPOL als solcher um eine Allianz nationaler Polizeibehörden in der Rechtsform eines nach französischem Privatrecht (INTERPOL ist seit 1989 ansässig in Lyon) eingetragenen

Vereins.¹⁸ Da INTERPOL aber in die Wahrnehmung öffentlichen Aufgaben – namentlich: präventive und repressive Verbrechensbekämpfung – involviert ist, gem. Art. 38 lit. a INTERPOL-Statuten unter anderem von den teilnehmenden Nationalstaaten finanziert wird und Übereinkommen mit Gebilden getroffen hat, die ihrerseits Völkerrechtspersönlichkeit besitzen,¹⁹ ist faktisch – treffend ist hier von der Jellinek-schen „normativen Kraft des Faktischen“ die Rede²⁰ – von einer gewissen Janusköpfigkeit INTERPOLs auszugehen. Diese zeichnet INTERPOL nicht lediglich als französisch-privatrechtlichen Verein, sondern zugleich als intergouvernementale Organisation mit Völkerrechtssubjektivität aus.²¹

III. Kritischer Blickwinkel auf INTERPOL

Die gegenüber INTERPOL vorgebrachte Kritik ist vielfältig. Hier seien zunächst einige gesondert zu behandelnde Punkte herausgegriffen, bevor im weiteren Verlauf des Beitrags an den jeweils passenden Stellen erneut eine kritische Perspektive eingenommen werden muss.

1. Vorbehalte aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts

Die Beteiligung des Bundeskriminalamts (BKA) in Wiesbaden, das gem. Art. 4 INTERPOL-Statuten i.V.m. § 3 BKAG als nationales Zentralbüro der Bundesrepublik Deutschland fungiert, an den Aktivitäten INTERPOLs erscheint aus der Warte verfassungsrechtlicher Grundprinzipien bedenklich. Denn indem INTERPOL gem. Art. 2 der Statuten „eine möglichst umfassende gegenseitige Unterstützung aller Kriminalpolizeibehörden sicherstellen und weiterentwickeln“ sowie „Einrichtungen, die zur Verhütung und Bekämpfung des gemeinen Verbrechens wirksam beitragen können, schaffen und ausbauen“ soll, partizipiert INTERPOL an der ureigenen staatlichen Aufgabe der Kriminalitätsverhütung und -bekämpfung, öffnet insbesondere mittels der Zirkulation von Fahndungsersuchen Eingriffen in die persönliche Freiheit Tür und Tor,²² verfügt dabei aber über keinerlei auch nur mittelbare demokratische Legitimation und unterliegt keinerlei effektiven rechtlichen Kontrolle.²³ Zwar ist der Bund gem. Art. 24 Abs. 1 GG ermächtigt, Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen. Um den Grundsatz, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, Art. 20 Abs. 2

⁹ Deflem, *Law & Society Review* 34 (2000), 739 (755).

¹⁰ Deflem, *IJCS* 43 (2002), 21 (23).

¹¹ Deflem, *IJCS* 43 (2002), 21 (25 und passim).

¹² Barnett/Coleman, *ISQ* 49 (2005), 593 (605 f.).

¹³ Gless, *Interpol*, in: Max Planck Encyclopedia of International Public Law, 2019, Rn. 3.

¹⁴ Randelzhofer, in: v. Münch (Hrsg.), *Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht: Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag am 28. März 1981*, 1981, S. 531 (S. 540).

¹⁵ Constitution of the ICPO-INTERPOL, abrufbar unter

<https://www.interpol.int/Who-we-are/Legal-framework/Legal-documents> (9.11.2023).

¹⁶ Daum, *JZ* 1980, 798 (798).

¹⁷ Meyer/Hüttemann, *ZStW* (128) 2016, 394 (399 Fn. 16).

¹⁸ Stock/Herz, *Polizei* 2011, 129 (130).

¹⁹ Vgl. etwa das Cooperation Agreement between the United Nations and the International Criminal Police Organization (INTERPOL) v. 8.7.1997, abrufbar unter <https://www.interpol.int/Who-we-are/Legal-framework/Cooperation-agreements/Cooperation-agreements-United-Nations-and-related-organizations> (9.11.2023).

²⁰ W.R. Schenke/R.P. Schenke, in: Steiner/Brinktrine (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 9. Aufl. 2018, § 2 Rn. 476.

²¹ Daum, *JZ* 1980, 798 (798 f.); Meyer/Hüttemann, *ZStW* (128) 2016, 394 (399 Fn. 16); Stock/Herz, *Polizei* 2011, 129 (130); vgl. auch Schöndorf-Haubold, *GLJ* 2008, 1719 (1722).

²² Meyer/Hüttemann, *ZStW* (128) 2016, 394 (426).

²³ Daum, *JZ* 1980, 798 (799 f.), hier auch zum Folgenden.

S. 1 GG, zu wahren, bedarf es hierfür allerdings eines Gesetzes. Der Deutsche Bundestag als Repräsentant des deutschen Volkes hat aber weder per Gesetz Hoheitsrechte an INTERPOL abgetreten noch die INTERPOL-Statuten nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ratifiziert. Denn bei letzteren handelt es sich gerade nicht um völkerrechtliche Verträge. INTERPOL übt folglich öffentliche Gewalt aus, die nicht vom Souverän, dem deutschen Volke herrührt, was sich mit dem Demokratieprinzip schwerlich in Einklang bringen lässt. Auch mit dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Gewaltenteilungsprinzip gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, wonach die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung und somit eben – zumindest was den Grundsatz und ureigene staatliche Aufgaben wie die Ausübung von Polizeigewalt²⁴ anbelangt – nur durch diese Organe ausgeübt wird, steht die Tätigkeit INTERPOLs in Konflikt.

2. Finanzierung

Die Aktivitäten INTERPOLs werden aus zwei unterschiedlichen Quellen finanziert, dies sind satzungsgemäße Beiträge der Mitgliedstaaten einerseits, und freiwillige Zuwendungen von externer Seite andererseits. Nach Auskunft INTERPOLs belief sich das Gesamtbudget für das Jahr 2021 auf 145 Mio. Euro, zusammengesetzt zum einen aus mitgliedstaatlichen Beiträgen i.H.v. 62 Mio. Euro, zum anderen aus Zuwendungen von Seiten Dritter im Wert von insgesamt 79 Mio. Euro.²⁵ Großteils stammen die externen Zuwendungen aus unverdächtigen Quellen, wie der Europäischen Kommission oder Global Affairs Canada. Allerdings gibt es auch fragwürdige, privatwirtschaftliche Geldgeber, die Zweifel an der Unabhängigkeit INTERPOLs wecken. Beispielsweise akzeptierte man 2012 eine auf einen Zeitraum von drei Jahren angelegte Zuwendung i.H.v. 15 Mio. Euro von Seiten des Tabakkonzerns Philip Morris International, namentlich um gegen Zigarettenschmuggel vorzugehen; an sich ein respektables Vorhaben, einen faden Beigeschmack hinterlässt der Deal dennoch.²⁶ Auch die Zusammenarbeit INTERPOLs mit der Pharmabranche ist fragwürdig: 2013 einigte man sich mit 29 Unternehmen der Branche auf eine Zuwendung über 4,5 Mio. Euro, mit deren Hilfe INTERPOL sein „Pharmaceutical Crime Program“ aufbauen sollte, um Medikamentenfälschung zu bekämpfen. Auch dabei handelt es sich wiederum um ein ehrenwertes Anliegen, aber Schutzgüter müssen neutral festgelegt werden und sollten eben nicht von den Finan-

zierungsmöglichkeiten einer spezifischen Branche abhängen.²⁷

INTERPOL erhält auch umfangreiche externe Zuschüsse von der INTERPOL Foundation for a Safer World: Im Jahr 2021 stammten rund 6 Mio. Euro der Ausgaben von INTERPOL aus Zuschüssen dieser Stiftung; nur die Zuschüsse der Europäischen Kommission machten einen höheren Anteil der INTERPOL-Ausgaben aus externen Quellen aus.²⁸ Das Problem der 2013 gegründeten und in Genf ansässigen INTERPOL-Stiftung ist, dass sie völlig von den Vereinigten Arabischen Emiraten abhängig zu sein scheint: Im Jahr 2017 sagten die VAE der Stiftung eine Spende von 50 Mio. Euro zu, während andere Finanzierungsquellen unbekannt sind. In Anbetracht der Tatsache, dass der satzungsgemäße Beitrag der VAE zu INTERPOL im Jahr 2017 nur etwa 231.000 Euro betrug, scheint es wahrscheinlich, dass die INTERPOL Foundation von den VAE genutzt wird, um Gelder an INTERPOL zu leiten, möglicherweise, um Einfluss in der Organisation zu gewinnen.²⁹

IV. Fahndungsausschreibungen – insbesondere red notices

INTERPOL soll eine effektive Kooperation der nationalen Polizeibehörden gewährleisten. Zu diesem Zweck verknüpft INTERPOL die jeweiligen nationalen Zentralbüros mittels eines sicheren Kommunikationsnetzwerks, stellt Datenbanken zur Verfügung und verbreitet Fahndungsausschreibungen.³⁰ Eingriffsbefugnisse oder gar einen operativen Beamtenapparat besitzt INTERPOL – einem landläufigen, durch die Massenmedien erzeugten und stabilisierten Missverständnis zuwider – demgegenüber nicht.³¹

Im Zentrum der von INTERPOL für seine Mitglieder bereitgehaltenen Dienstleistungen steht die zentrale Sammlung und Verteilung von Fahndungsausschreibungen über ein System sog. notices und diffusions.³² Während notices von INTERPOL erst veröffentlicht werden, nachdem sie auf ihre

²⁴ Vgl. *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948, S. 427: „Es gibt gewisse Befugnisse, ohne die man sich einen Staat überhaupt nicht denken kann, dazu gehört die Polizeigewalt.“

²⁵ Vgl. INTERPOL, Our Funding, abrufbar unter <https://www.interpol.int/Who-we-are/Our-funding> (25.11.2023).

²⁶ Vgl. *Schmidt/Martinieri*, Die ZEIT Nr. 23/2013 v. 29.5.2013, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2013/23/interpol-tabakindustrie> (25.11.2023).

²⁷ Vgl. *Schmidt/Martinieri*, Die ZEIT Nr. 42/2013 v. 10.10.2013, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2013/42/internationale-polizeiorganisation-interpol-pharmaindustrie> (25.11.2023).

²⁸ Vgl. INTERPOL, Additional Contributions v. 1 January to 31 December 2021, abrufbar unter https://www.interpol.int/content/download/17763/file/Additional_Contributions_2021.pdf (25.11.2023).

²⁹ Vgl. *Calvert-Smith*, Undue Influence, The UAE and INTERPOL, 2021, S. 32 ff., abrufbar unter <https://ihr-advisors.com/research-and-events/event-one-ystk5> (25.11.2023).

³⁰ *Stock/Herz*, Polizei 2011, 129 (131).

³¹ *Schulte*, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 18 Rn. 213.

³² *Riegel/S. Schomburg/Trautmann*, in: Schomburg/Lagodny (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, IRG, Vor § 19 Rn. 45/46.

Konformität mit den Rules on the Processing of Data (RPD)³³ überprüft wurden, sind diffusions weniger formal und werden direkt über die nationalen Zentralbüros – gegebenenfalls auch nur mit einzelnen anderen – kommuniziert.³⁴ Die größte Praxisrelevanz für die Strafverteidigung dürften die sog. red notices, mittels derer nach Personen zum Zwecke der Strafverfolgung gefahndet wird, aufweisen,³⁵ die deshalb nachfolgend im Fokus stehen sollen.

Gemäß Art. 82 RPD werden red notices von INTERPOL auf Ersuchen entweder eines nationalen Zentralbüros oder einer mit Ermittlungs- und Strafverfolgungsbefugnissen ausgestatteten internationalen Stelle³⁶ mit dem Ziel veröffentlicht, den Aufenthaltsort einer gesuchten Person zu ermitteln und ihre Festnahme oder Verhaftung zum Zwecke der Auslieferung zu bewirken. Red notices informieren INTERPOL-Mitglieder mithin darüber, dass ein anderes Mitglied nach einer bestimmten Person fahndet und übermitteln das Gesuch dieses Mitglieds, die betreffende Person, sollte sie angetroffen werden, zum Zwecke der Auslieferung vorläufig festzuhalten.³⁷ Sodann bleibt es jedem Mitglied anheimgestellt, auf die Ausschreibung zu reagieren und die gesuchte Person nach nationalem Recht auch im Inland zur Fahndung auszuschreiben.³⁸ Das rechtliche Gewicht einer red notice variiert mithin von Staat zu Staat. Ob und wie reagiert wird, ist häufig abhängig davon, wie es um die jeweiligen politischen Beziehungen zu dem ersuchenden Staat und die Rechtsstaatlichkeit im ersuchten Staat bestellt ist.³⁹

1. Voraussetzungen der Veröffentlichung einer red notice

Bevor es dem Fahndungsersuchen eines Mitglieds nachkommt und eine red notice veröffentlicht, überprüft das

INTERPOL-Generalsekretariat⁴⁰, ob das Ausschreibungersuchen mit den Rules on the Processing of Data und den Statuten in Einklang steht. Konkret wird diese Prüfung von sog. Notices and Diffusion Task Forces vorgenommen,⁴¹ denen jedoch aufgrund der großen Anzahl an eingehenden Fahndungsersuchen nur sehr wenig Zeit für die Überprüfung verbleibt. Demgemäß konzentrieren sie sich in der Regel auf formelle Fragen und vermögen deshalb keine große Filterwirkung zu entfalten. Den über die nationalen Zentralbüros an INTERPOL gerichteten Zirkulationsanliegen wird für gewöhnlich nachgekommen.⁴²

Der Maßstab der Zulässigkeit einer red notice ergibt sich dabei insbesondere aus den Art. 77 Abs. 2, 83, 86 RPD. Herausgegriffen sei hier nur Art. 86 RPD als „normative[s] Herzstück des INTERPOL-Systems“⁴³. Die Vorschrift trägt dem Generalsekretariat auf, die Übereinstimmung einer Veröffentlichung des Fahndungsersuchens mit den INTERPOL-Statuten, insbesondere deren Art. 2 und 3, sicherzustellen. Die Organisation bekennt sich hier⁴⁴ dazu, die internationale kriminalpolizeiliche Kooperation nur im Geiste der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948⁴⁵ zu unterstützen und zu fördern und beschränkt ihre Zuständigkeit auf sog. ordinary law crimes. Nach der Neutralitätsklausel⁴⁶ wird der Organisation daher strengstens untersagt, sich an Aktivitäten mit politischem, militärischem, religiösem oder rassistischem Charakter zu beteiligen. Für Straftäter, die wegen entsprechender Taten gesucht werden, kann INTERPOL daher nicht zur Ausschreibung einer red notice in Anspruch genommen werden. Problematisch ist jedoch, dass die Begrifflichkeit der militärischen, religiösen oder rassistischen Straftat, insbesondere jedoch die der politischen Straftat völkerrechtlich nicht fest umrissen ist und sich im Laufe der Jahre als volatil erwiesen hat.⁴⁷ Wo die Grenze für INTERPOL-Tätigkeiten liegt, ist daher ebenfalls nicht klar definiert.⁴⁸ Ein zusätzliches Problem ergibt sich daraus, dass die somit ohnehin nur schemenhafte Schranke des Art. 3 INTERPOL-Statuten von

³³ INTERPOL, Rules on the Processing of Data, abrufbar unter

<https://www.interpol.int/Who-we-are/Legal-framework/Data-protection> (25.11.2023).

³⁴ Vgl. INTERPOL, About Notices, abrufbar unter

<https://www.interpol.int/How-we-work/Notices/About-Notices>

(25.11.2023), hier auch zu knappen Erläuterungen der unterschiedlichen notices; zu letzterem vgl. auch *Jung*, StraFo 2012, 482 (482 f.); *Riegel/S. Schomburg/Trautmann* (Fn. 32), Vor § 19 Rn. 49.

³⁵ *Jung*, StraFo 2012, 482 (483); allein 2021 wurden 10.776 red notices von INTERPOL herausgegeben, vgl.

<https://www.interpol.int/How-we-work/Notices/Red-Notices> (25.11.2023), wohingegen die Anzahl etwa der yellow notices, mit welchen nach Vermissten gesucht wird, sich 2021 auf 2.622 belief, vgl.

<https://www.interpol.int/How-we-work/Notices/Yellow-Notices> (25.11.2023).

³⁶ Vgl. zur Kooperation INTERPOLs mit den Völkerstrafrechtstribunalen ICTY, ICTR und ICC *Gless* (Fn. 13), Rn. 26 ff.

³⁷ *Meyer/Hüttemann*, ZStW (128) 2016, 394 (408).

³⁸ *Schulte* (Fn. 31), § 18 Rn. 215; *Schöndorf-Haubold*, GLJ 2008, 1719 (1740 f.).

³⁹ *Cheah*, IOLR 7 (2010), 375 (382).

⁴⁰ Das Generalsekretariat wird auf Grundlage von Art. 5, 25 ff. der INTERPOL-Statuten tätig und fungiert als ständige Verwaltungsstelle, die für den Informationsaustausch innerhalb INTERPOLs verantwortlich zeichnet und in diesem Rahmen auch die Kommunikation zwischen den nationalen Zentralbüros koordiniert, vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. a, 77 Abs. 1 RPD, vgl. *Schöndorf-Haubold*, GLJ 2008, 1719 (1725).

⁴¹ *Stock*, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Fn. 31), § 82 Rn. 101.

⁴² *Meyer/Hüttemann*, ZStW (128) 2016, 394 (435).

⁴³ Ebenda.

⁴⁴ In Art. 2 der Statuten.

⁴⁵ Vereinte Nationen, Allgemeine Erklärung der Menschenrechte v. 10.10.1948, abrufbar unter <https://www.un.org/depts/german/menschenrechte/aemr.pdf> (25.11.2023).

⁴⁶ Verankert in Art. 3 der Statuten.

⁴⁷ *Gless* (Fn. 13), Rn. 8, 32 f.; vgl. auch *Barnett/Coleman*, ISQ 49 (2005), 593 (608 ff.).

⁴⁸ *Meyer/Hüttemann*, ZStW (128) 2016, 394 (411).

einigen Mitgliedern wohl dadurch unterlaufen wird, dass politische Motive der Strafverfolgung hinter Vorwürfen von vorgeründig neutralen Taten verdeckt werden.⁴⁹ So wurden vom Generalsekretariat im Zeitraum von 2014 bis Mitte 2018 in 130 über INTERPOL verteilten Fahndungsausschreiben nachträglich zugrunde liegende politische Motive und demgemäß ein Verstoß gegen Art. 3 INTERPOL-Statuten festgestellt, weshalb die entsprechenden notices zurückgerufen werden mussten. Dass das BKA dennoch in fünf dieser Fälle an einem innerdeutschen Fahndungsausschreiben festhielt, darf nachdenklich stimmen.⁵⁰

Kriterium der Veröffentlichung eines Festnahmeersuchens ist somit insbesondere nicht die Rechtmäßigkeit des zugrunde liegenden nationalen Haftbefehls bzw. dessen Einklang mit rechtstaatlichen Grundsätzen, was insofern bedenklich scheint, als zahlreiche Staaten, die an INTERPOL beteiligt sind, als sog. „Folterstaaten“ gelten.⁵¹ Der frühere Kriminaldirektor in der Stabsstelle INTERPOL des BKA *Dieter Schenk* weist zurecht darauf hin, dass in solchen Staaten „auch andere schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen an der Tagesordnung sind“, wie etwa willkürliche Verhaftungen, sowie unfaire Prozesse und willkürliche Urteile.⁵² Dass aber zugleich eindeutige Beweise vorliegen, dass die INTERPOL-Mechanismen von solchen despotischen Staaten zur Verfolgung politischer Gegner missbraucht werden,⁵³ die Lücken im äußerst fragmentarischen INTERPOL-Kontrollsystem mithin wohl gezielt ausgenutzt werden, sollte Anlass sein, das derzeitige System zu überdenken, das offenbar nicht in der Lage ist, „wirksam zwischen echten Strafsachen und politisch motivierten Fällen zu unterscheiden“.⁵⁴

2. Umgang mit red notices in Deutschland

Wie bereits erwähnt, bleibt es den beteiligten Staaten überlassen, wie mit einer INTERPOL red notice umgegangen wird, maßgeblich ist insofern mithin allein das nationale Recht. In Deutschland überprüft das BKA als nationales Zentralbüro die Vereinbarkeit jeder red notice mit deutschem Recht, bevor diese sodann in nationale Datenbestände aufgenommen wird.⁵⁵

Wird eine per red notice gesuchte Person auf deutschem Staatsgebiet, typischerweise auf einem internationalen Flughafen,⁵⁶ aufgegriffen – die red notice als solche vermag inso-

fern im Übrigen anders als in anderen Staaten nicht als „haftbefehlsähnliche“ Rechtsgrundlage herzuhalten⁵⁷ –, soll gem. Art. 87 lit. a RPD unverzüglich das nationale Zentralbüro des ersuchenden Staates sowie das Generalsekretariat über diesen Vorgang informiert werden. Erster wird sodann im Regelfall einen Auslieferungsantrag stellen, was für den weiteren Ablauf des Verfahrens den Anwendungsbereich des Internationalen Rechtshilfegesetzes (IRG) eröffnet. Wird für den Verfolgten sodann gem. § 22 Abs. 3 S. 2 IRG eine Festhalteanordnung erlassen oder gem. § 17 Abs. 1 IRG die Auslieferungshaft angeordnet, steht der Rechtsweg zum zuständigen OLG offen. Auch wenn dieser beschritten und die Auslieferung im Zuge dessen für unzulässig erklärt wird, ist für den Verfolgten nur ein erster Schritt getan: Allein aufgrund der negativen Auslieferungsentscheidung kommt es noch nicht zu einer Löschung der red notice, diese bleibt also weiterhin aktiv,⁵⁸ und dem Verfolgten droht bei einer Weiterreise eine neuerliche Festnahme mit anschließendem neuerlichen Auslieferungsverfahren. Denn erga omnes-Wirkung kommt einer ablehnenden Auslieferungsentscheidung in einem der beteiligten Staaten nicht zu.⁵⁹

V. Erwirken einer Löschung der red notice

Um die Reisefreiheit und damit das Recht auf Freizügigkeit des Verfolgten wieder herzustellen, muss es diesem darum gehen, die red notice selbst aus der Welt zu schaffen. INTERPOL-externe Rechtsschutzmöglichkeiten, etwa in Gestalt einer Klage auf Löschung der red notice, stehen insofern nicht zur Verfügung.⁶⁰ Es besteht lediglich die Option eines INTERPOL-internen Vorgehens in Gestalt einer sog. red notice challenge.⁶¹ Gemäß Art. 18 Abs. 1 RPD hat jede natürliche oder juristische Person das Recht, einen Antrag auf Löschung von im INTERPOL-Informationssystem verarbeiteten Daten an die Commission for the Control of INTERPOL's files („Kommission“) zu richten. Die Kommission ist gem. Art. 5 der INTERPOL-Statuten ein INTERPOL-Organ, welches gemäß der Präambel der sog. Rules on the Control of Information and Access to INTERPOL's Files (RCI) die unabhängige Kontrolle von INTERPOL-Daten organisieren soll.⁶² Konkret handelt es sich um ein fünfköpfiges Gremium, das mindestens dreimal im Jahr – freilich jedoch in unregelmäßigen Abständen⁶³ – zusammentritt und völlige Unabhängigkeit genießt⁶⁴. Die Kommission unterrichtet das General-

⁴⁹ Ebenda; vgl. auch *Gless* (Fn. 13), Rn. 2, 31; *Kruse*, StV 2021, 677 (677 Fn. 5).

⁵⁰ Vgl. *Monroy*, netzpolitik.org. v. 2.7.2018, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2018/trotz-interpol-warnung-vor-politischer-verfolgung-bka-schreibt-personen-weiter-zur-fahndung-aus/> (25.11.2023).

⁵¹ *Jung*, StraFo 2012, 482 (483).

⁵² *Schenk*, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch öffentliche Sicherheit 2010/2011, Erster Halbband, 2011, S. 265.

⁵³ Vgl. *Calvert-Smith* (Fn. 29), S. 13.

⁵⁴ *Mulberry*, openDemocracy v. 25.9.2017, abrufbar unter <https://www.opendemocracy.net/en/reforming-interpol-boldly-and-from-bottom-up/> (25.11.2023).

⁵⁵ *Stock* (Fn. 41), § 82 Rn. 104.

⁵⁶ *Kruse*, StV 2021, 677 (677).

⁵⁷ *Meyer/Hüttemann*, ZStW (128) 2016, 394 (408 f.); *Stock* (Fn. 41), § 82 Rn. 104.

⁵⁸ *Kruse*, StV 2021, 677 (678).

⁵⁹ *Meyer/Hüttemann*, ZStW (128) 2016, 394 (428).

⁶⁰ Denkbar scheint allenfalls, im Ausstellungsstaat Rechtsschutz zu suchen, was indes regelmäßig voraussetzt, dass sich der Verfolgte dorthin begibt, was womöglich mit seiner Verhaftung einhergehen wird, vgl. *Riegel/S. Schomburg/Trautmann* (Fn.32), Vor § 19 Rn. 69 f.

⁶¹ *Schulte* (Fn. 31), § 18 Rn. 216.

⁶² Vgl. im Einzelnen zur Kommission *Cheah*, IOLR 7 (2010), 375 (384 ff.).

⁶³ *Jung*, StraFo 2012, 482 (484).

⁶⁴ Vgl. Art. 5 (a) RCI.

sekretariat über seine Untersuchungen und Empfehlungen,⁶⁵ eine Bindungswirkung entfalten diese für andere INTERPOL Organe jedoch nicht.⁶⁶ Dies ist insofern bedauerlich, als die finale Entscheidung über die Löschung einer red notice bei dem Generalsekretariat liegt. Wird der Antrag auf Löschung ablehnend beschieden, stehen dem Antragsteller gegen diese Entscheidung keinerlei Rechtsmittel zur Verfügung. Eine sog. revision ist gem. Art. 42 Statute of the Commission for the Control of INTERPOL'S Files⁶⁷ nur dann möglich, wenn innerhalb von sechs Monaten nach dem Auffinden von Tatsachen, die zu einer anderen Entscheidung hätten führen können, ein Antrag auf Abänderung der Entscheidung gestellt wird.

Der Prüfungsmaßstab der von der Kommission auf Antrag vorgenommenen nachträglichen Kontrolle einer red notice entspricht demjenigen, der auch vom Generalsekretariat im Rahmen der Überprüfung, ob ein Fahndungsersuchen veröffentlichungsfähig ist, angelegt wird. Die Frage der Begründetheit einer challenge ist daher im Wesentlichen reduziert auf die Problematik, ob die in Rede stehende red notice mit den Regelungen der Art. 2 und 3 INTERPOL-Statuten in Einklang steht.⁶⁸ Anhand welcher Maßstäbe hier von der Kommission konkret gemessen wird, war lange Zeit sehr intransparent. Nunmehr ist jedoch ein Bestand an 45 Entscheidungen der Kommission aus der Jahren 2017–2019 veröffentlicht,⁶⁹ anhand dessen konkrete Kriterien nachvollzogen und sodann in die Verteidigungspraxis eingearbeitet werden können. Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Repräsentativität dieser Entscheidungen und damit auch die Verallgemeinerungsfähigkeit der aus ihnen gewonnenen Erkenntnissen hinsichtlich der Entscheidungskriterien der Kommission angesichts der Vielzahl nicht veröffentlichter Fälle wohl nicht allzu hoch veranschlagt werden darf.⁷⁰ Aus Verteidigerperspektive ist die Auswahl dennoch von enormem Wert, mag sie doch zuvor nicht vorhandenes Argumen-

tationsmaterial für eigene Fälle liefern. *S. Schomburg* und *Müller* haben die 45 publik gemachten Entscheidungen analysiert und dabei gewisse Muster herausgearbeitet, die wiederkehrend einer nachträglichen Löschung von red notices oder aber deren Ablehnung zugrunde gelegen haben.⁷¹ So zeigte sich, dass auf einen behaupteten Verstoß gegen Art. 2 INTERPOL-Statuten gegründete challenges nur dann erfolgreich waren, wenn von Seiten des Antragstellers fundiert dargelegt wurde, welche konkreten Menschenrechtsverletzungen ihm im ersuchenden Staat drohen,⁷² nicht jedoch, wenn sich die Ausführungen des Antragstellers darin erschöpfen, das Justizsystem des ersuchenden Staates nur abstrakt, losgelöst vom jeweiligen Einzelfall, zu bemängeln.⁷³ Allerdings betont die Kommission, der Regelung des Art. 34 Abs. 3 RPD entsprechend, wonach alle relevanten Kriterien zu überprüfen sind, um festzustellen, ob eine Veröffentlichung im Einklang mit Art. 3 INTERPOL-Statuten steht, stets eine einzelfallbezogene Analyse unter dem Blickwinkel des sog. predominance test vorzunehmen,⁷⁴ wonach maßgeblich ist, ob der jeweilige Fall von politischen Erwägungen beherrscht wird.

VI. Aktuelle Entwicklung: Ne bis in idem

Ein aktuelles Problem, mit dem sich jüngst auch der EuGH zu beschäftigen hatte,⁷⁵ ist das Zusammenspiel von INTERPOL red notices und dem transeuropäischen ne bis in idem-Schutz nach Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ. Die (INTERPOL-) Kommission hatte in diesem Zusammenhang in ihrer Decision Excerpt Nr. 9/2017 einen vom Antragsteller vorgetragenen Verstoß der gegenständlichen red notice gegen das ne bis in idem-Prinzip nicht als tragfähiges Argument für die Löschung erachtet; eine red notice sei doch als internationales Instrument unabhängig von der Anwendbarkeit des ne bis in idem-Grundsatzes in einem oder mehreren Ländern. Da eine im Internationalen Recht fundierte Grundlage für die Berücksichtigung des Grundsatzes durch INTERPOL-Organe nicht ersichtlich sei, sei es den zuständigen nationalen Gerichten

⁶⁵ Vgl. Art. 6 (a) RCI.

⁶⁶ *Jung*, StraFo 2012, 482 (483); *Meyer/Hüttemann*, ZStW (128) 2016, 394 (441), die dies e contrario aus Art. 6 RCI folgern.

⁶⁷ INTERPOL, Statute for the Commission for the Control of INTERPOL's Files, abrufbar unter <https://www.interpol.int/Who-we-are/Legal-framework/Legal-documents> (25.11.2023).

⁶⁸ *Meyer/Hüttemann*, ZStW (128) 2016, 394 (438); *Kruse*, StV 2021, 677 (679).

⁶⁹ Abrufbar unter <https://www.interpol.int/Who-we-are/Commission-for-the-Control-of-INTERPOL-s-Files-CCF/CCF-sessions-and-decisions> (25.11.2023).

⁷⁰ Ebenso *S. Schomburg/Müller*, WisteV-Journal v. 1.2022, abrufbar unter https://wistev.de/journal/2022/05/23/interpol-eine-fallanalyse/#_ftn16 (25.11.2023), die auch zu Recht die Frage in den Raum stellen, warum just die vorliegenden 45 Entscheidungen veröffentlicht wurden und kritisieren, dass die Veröffentlichung von Entscheidungen wieder eingestellt wurde.

⁷¹ *S. Schomburg/Müller* (Fn. 70), hier auch zum Folgenden.

⁷² Vgl. dazu Commission for the Control of INTERPOL's Files, Decision Excerpt Nr. 3/2018, abrufbar unter <https://www.interpol.int/content/download/14121/file/2018%20-%20Decision%20Excerpt%20N%C2%B018%20-%20Lawfulness-Validity%20of%20proceedings.%20Access%20to%20files,%20Private%20matter.pdf> (25.11.2023).

⁷³ Vgl. dazu Commission for the Control of INTERPOL's Files, Decision Excerpt Nr. 6/2018, abrufbar unter <https://www.interpol.int/content/download/14115/file/2018%20-%20Decision%20Excerpt%20N%C2%B0%206.pdf> (25.11.2023).

⁷⁴ Commission for the Control of INTERPOL's Files, Decision Excerpt Nr. 10/2018, Rn. 62 f., abrufbar unter <https://www.interpol.int/content/download/14116/file/2018%20-%20Decision%20Excerpt%20N%C2%B010%20-%20Political%20character,%20Status%20of%20the%20pers on,%20Misuse%20of%20INTERPOL%20channels.pdf> (25.11.2023).

⁷⁵ EuGH NJW 2021, 2348 m. Anm. *Exner-Kuhn*.

überlassen, diesem Grundsatz im Rahmen eines etwaigen Strafprozesses oder Auslieferungsverfahrens Rechnung zu tragen.⁷⁶ Der EuGH hatte nun im gleichen Kontext auf Vorlage des VG Wiesbaden zu entscheiden. Dieses hatte ein anhängiges Verfahren gem. Art. 267 AEUV ausgesetzt, in dessen Rahmen der auf Antrag der Vereinigten Staaten von Amerika per INTERPOL red notice gesuchte Kläger von der Bundesrepublik Deutschland beehrte, Maßnahmen zu ergreifen, die ihn in seinem Recht auf Freizügigkeit schützen sollten.⁷⁷ Das Ermittlungsverfahren der Tat, welche auch der red notice zugrunde liegt, wurde gem. § 153a Abs. 1 StPO von der Staatsanwaltschaft München I eingestellt. Nach Auffassung des EuGH sind die Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ, Art. 21 AEUV dahingehend auszulegen, dass sie der vorläufigen Festnahme einer per red notice gesuchten Person nur dann entgegenstehen, wenn aufgrund eines rechtskräftigen Urteils feststeht, dass die gesuchte Person wegen derselben Tat, auf welcher auch die red notice fußt, in einem anderen Mitglieds- oder Vertragsstaat, bereits rechtskräftig abgeurteilt wurde.⁷⁸ In diesem Fall seien auch die Vorschriften der RL 2016/680 i.V.m. Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRCh dahingehend auszulegen, dass sie der Verarbeitung der in einer von INTERPOL ausgestellten red notice enthaltenen personenbezogenen Daten zuwiderlaufen, entsprechende Daten aus den Fahndungsdatenbanken der Mitgliedstaaten mithin grundsätzlich unverzüglich zu löschen sind.⁷⁹ *S. Schomburg und Müller* ist darin beizupflichten, dass diese EuGH-Rechtsprechung, obwohl sie für INTERPOL freilich keinerlei Bindungswirkung entfaltet, ein gewisses „Spannungsverhältnis“ erzeugt, das eine Reaktion INERPOLs erforderlich macht.⁸⁰

Zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses wäre denkbar, ein rechtskräftiges Urteil, dessen Tat der red notice zugrunde liegt, stets als Grund für eine Löschung zu akzeptieren. Problematisch ist insofern jedoch, dass sich ein wechselseitiges Vertrauen der INTERPOL-Mitglieder in die Integrität ihrer jeweiligen nationalen Strafjustizsysteme – wie es dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen in der Europäischen Union, Art. 82 Abs. 1 AEUV, zugrunde liegt⁸¹ – (zu Recht!) noch nicht herausgebildet hat. Daher kann trotz eines rechtskräftigen Urteils etwa im „Schurkenstaat A“ im „Rechtsstaat B“ weiterhin das Bedürfnis bestehen, die in Rede stehende Tat nach eigenem Strafrecht abzuurteilen. Dies setzte aber womöglich eine internationale Fahndung nach der betreffenden Person per red notice voraus. Würde man nun aber jedwedes rechtskräftige Urteil als Lösungsgrund anerkennen, so bestünde

im „Schurkenstaat A“ der Anreiz, Verfahren gegen international gesuchte, mit der heimischen Autorität aber in guten Beziehungen stehenden Personen nur zum Schein zu führen, um somit zu verhindern, dass es zu einem rechtsstaatlichen Strafverfahren im „Rechtsstaat B“ kommt.

Allerdings könnte die INTERPOL-Kommission dann, wenn der Verstoß einer red notice gegen den ne bis in idem-Grundsatz von Seiten des zur Fahndung Ausgeschriebenen reklamiert wird, überprüfen, ob erstens tatsächlich eine rechtskräftige Entscheidung in derselben Sache bereits vorliegt und ob zweitens zumindest rechtstaatliche Minimalanforderungen – abstellen ließe sich insofern etwa auf die Garantien des Art. 14 IPBPR – in dem betreffenden Prozess gewahrt wurden. Für den Fall, dass sich diese Fragen bejahen lassen, könnte die red notice gelöscht werden. Eine Handhabe für dieses Vorgehen bietet Art. 2 INTERPOL-Statuten, wonach die internationale kriminalpolizeiliche Kooperation nur im Geiste der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948 unterstützt und gefördert werden soll. Art. 13 Abs. 2 AEMR garantiert aber jedem Menschen das Recht, jedes Land zu verlassen. Dieses Recht wäre indes praktisch wertlos, wenn trotz einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung in der jeweiligen Sache an Grenzübertritten dennoch stets mit einer vorläufigen Verhaftung aufgrund einer aktiven red notice in derselben Sache zu rechnen wäre.

VII. Fazit und Reformvorschläge

Eine den Daten- und Informationsaustausch zwischen den nationalstaatlichen Polizeibehörden koordinierende Stelle ist zur effektiven Bekämpfung der modernen, an keinerlei Grenzen gebundenen Kriminalität unerlässlich. Der Zweck heiligt jedoch bekanntlich nicht alle Mittel. INTERPOL ist in seinen heutigen Strukturen in vielerlei Hinsicht defizitär, insbesondere was Transparenz, Rechtsschutzmöglichkeiten und unreflektierte Zusammenarbeit mit autoritären Staaten anbelangt. Politische Neutralität mag in der internationalen Zusammenarbeit ein hohes Gut sein und internationale kriminalpolizeiliche Kooperation in mancher Hinsicht erst ermöglichen. Unter keinen Umständen darf sie aber so weit verstanden werden, dass sie Unrechtstaaten die Gelegenheit bietet, unter dem Deckmantel der Legalität Oppositionelle zu verfolgen. Um dies künftig auszuschließen, gilt es, das INTERPOL-System grundlegend zu reformieren. Im Folgenden seien insofern noch einige Anregungen unterbreitet.

1. Ein wichtiger Schritt könnte darin bestehen, jeden Antrag auf Veröffentlichung einer red notice zu überprüfen, um festzustellen, ob das zugrunde liegende nationale Strafverfahren und der Haftbefehl zumindest mit den grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen gemäß Art. 14 Abs. 3 IPBPR kompatibel ist. Ein solches Verfahren mag zwar personal- und kostenintensiv sein und die Wirksamkeit von red notices etwas schmälern, es würde aber die präventive Kontrolle erheblich verbessern und INTERPOL in die Lage versetzen, zumindest die schlimmsten Missbräuche seines Systems auszumerken. Mit Hilfe der vorgeschlagenen summarischen rechtsstaatlichen Kontrolle können die Vorstellungen von Sicherheit auf der einen und Freiheit auf der anderen

⁷⁶ Commission for the Control of INTERPOL's Files, Decision Excerpt Nr. 9/2017, Rn. 29 ff., abrufbar unter <https://www.interpol.int/content/download/14098/file/2017%20-%20Decision%20Excerpt%20N%C2%B009%20-%20Non%20bis%20in%20idem.pdf> (25.11.2023).

⁷⁷ EuGH NJW 2021, 2348 (2348 f.).

⁷⁸ EuGH NJW 2021, 2348 (2349 Rn. 67 ff.).

⁷⁹ EuGH NJW 2021, 2348 (2353 Rn. 107 ff.).

⁸⁰ *S. Schomburg/Müller* (Fn. 70).

⁸¹ Vgl. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 10 Rn. 26.

Seite so ausbalanciert werden, dass gesetzestreue, demokratische Staaten, die nicht im Verdacht stehen, das INTERPOL-System zu missbrauchen, nicht über Gebühr belastet und ihre legitimen Fahndungersuchen nicht unwirksam gemacht werden.

Alternativ zur summarischen Rechtsstaatlichkeitskontrolle eines jeden Antrags auf Veröffentlichung eines Fahndungersuchens, sollte zumindest über die Gründung eines Gremiums nachgedacht werden, das sich aus einer von der Generalversammlung gewählten Gruppe von Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt und Strafverfahren in den Mitgliedstaaten – gegebenenfalls auch vor Ort – dahingehend überprüft und überwacht, ob rechtsstaatlichen Mindestanforderungen Rechnung getragen wird.

2. Um die oben genannten Probleme im Zusammenhang mit der unklaren Definition des Begriffs „politische Straftat“ in Art. 3 INTERPOL-Satzung zu lösen, sollte der Wortlaut der Bestimmung – beispielsweise mit Hilfe des Büros des Hohen Kommissars für Menschenrechte – präzisiert und um Kriterien ergänzt werden, deren Vorliegen eine politische Straftat darstellt.⁸² Dies wäre zwar mit einem Verlust an Flexibilität verbunden, würde aber Rechtssicherheit schaffen und sicherstellen, dass autoritäre Regime die derzeit unklare Formulierung nicht mehr ausnutzen.

3. Weiter sollte über eine Reform der diffusion nachgedacht werden, da ihr derzeitiger Funktionsmechanismus, der keinerlei präventive Kontrolle durch INTERPOL-Institutionen vorsieht, von autoritären Staaten leicht genutzt wird, um die Hürden zu umgehen, die vor der Veröffentlichung einer red notice bestehen.⁸³ INTERPOL sollte nicht länger einen solchen kontroll- und damit rechtsfreien Raum bieten. Ein Kompromiss, der auch dem legitimen Bedürfnis nach schnellem Informationsaustausch Rechnung trägt, könnte darin bestehen, stichprobenartige Missbrauchskontrollen einzuführen und Staaten, die beharrlich gegen die constitution verstoßen, vorübergehend vom Verbreitungssystem auszuschließen. Denkbar scheint auch, die Berechtigung zur Verbreitung von diffusions an positive Berichte des oben erwähnten „Rechtsstaatlichkeitskontroll-Gremiums“ zu knüpfen. So würde auch ein Anreiz geschaffen, Strafverfahren mit wenigstens minimalen rechtsstaatlichen Anforderungen zu versehen.

4. Ferner sollte die Überprüfbarkeit von red notices verbessert werden. In dieser Hinsicht gibt es eine Reihe von Möglichkeiten, die internen Verfahren von INTERPOL effektiver und für die Betroffenen freundlicher zu gestalten. Zunächst sollten die Entscheidungsmaßstäbe der Kommission, die sich derzeit nur unzureichend aus den wenigen veröffentlichten Entscheidungen ableiten lassen, zumindest offen-

gelegt und bestenfalls in einer Bestimmung im Statute of the Commission for the Control of INTERPOL'S Files konkretisiert werden. Um dem Eindruck eines gleichsam kafkaesken Verfahrens hinter verschlossenen Türen entgegenzuwirken, sollte dem Betroffenen darüber hinaus eine Anhörung vor der Kommission gewährt werden, um ihm die Möglichkeit zu geben, seinen Standpunkt mündlich im Rahmen einer persönlichen Begegnung mit den zur Entscheidung über seinen Fall berufenen Gremien darzulegen.⁸⁴ Sollte der Antrag auf Löschung von der Kommission abgelehnt werden, sollte dem Betroffenen ein Rechtsbehelf zugestanden werden, der an keine Vorbedingungen geknüpft sein sollte. Der Betroffene hätte damit die Möglichkeit, die Entscheidung der Kommission überprüfen zu lassen und eine zweite Meinung zu seinem Fall einzuholen.

5. Abgesehen von der Notwendigkeit, den Missbrauch des INTERPOL-Systems durch autoritäre Staaten zu verhindern, sollte INTERPOL schließlich, um den Eindruck von Käuflichkeit zu vermeiden und die Objektivität seiner Arbeit zu gewährleisten, in Zukunft keine Spenden aus dem privaten Sektor mehr annehmen. Dies kann zwar zu einer höheren finanziellen Belastung der Teilnehmerstaaten führen, um den Finanzbedarf von INTERPOL zu decken und seine Arbeitsfähigkeit zu gewährleisten, doch die dadurch erreichte Unabhängigkeit von äußeren Einflüssen und das daraus resultierende größere Vertrauen der Öffentlichkeit in die Arbeit von INTERPOL sollten den Preis wert sein.

Das Phänomen des mobilen, an nationale Grenzen nicht gebundenen Straftäters, dessen Aufkommen vor 100 Jahren die Gründung einer Organisation zur internationalen polizeilichen Kooperation gab, ist heute angesichts der Möglichkeiten, die das Internet Kriminellen bietet, wohl so virulent wie niemals zuvor. Zwischenstaatliche Zusammenarbeit in polizeilichen Angelegenheiten ist daher auch in Zukunft zur effektiven Kriminalitätsbekämpfung zwingend erforderlich. Rechtsstaatliche Grundsätze sollten dabei aber um des Ansehens und der Vertrauenswürdigkeit der Organisation Willen niemals zu kurz kommen.

⁸² Vgl. *Osavoliuk*, Open Dialogue Foundation v. 9.6.2017, abrufbar unter https://en.odfoundation.eu/a/8201_the-report-the-reform-of-interpol-dont-let-it-be-stopped-halfway/ (25.11.2023).

⁸³ Vgl. *Redaktion*, Open Dialogue Foundation v. 24.2.2015, abrufbar unter https://en.odfoundation.eu/a/5947_the-report-the-interpol-system-is-in-need-of-reform/ (25.11.2023).

⁸⁴ Vgl. *Osavoliuk* (Fn. 82).

Zum Einfluss des deutsch-österreichischen Rechts auf das ungarische Strafrecht im 18. Jahrhundert

Von Prof. Dr. Elemér Balogh, Szeged/Ungarn*

Die Hauptschwierigkeit in der Geschichte der ungarischen Strafrechtskodifizierung bestand darin, dass sie sich mit der Idee der Kodifizierung vertraut machen musste. Außerdem zeigte die ungarische Rechtsgeschichte im Mittelalter die starke Wirkung des italienischen Einflusses, aber in der Neuzeit änderte sich dies radikal. Vom 16. bis zum 19. Jahrhundert stand Ungarn unter der Anziehungskraft des österreichisch-deutschen Rechts. Dies war ein großer Vorteil im Bereich des Strafrechts. Denn die österreichische und die deutsche Strafgesetzgebung und Strafrechtsprechung gehörten in Europa zu den am weitesten entwickelten und die Kodifikationen waren in diesen Ländern weit fortgeschritten. Der Einfluss der österreichischen Gesetzbücher auf das ungarische Recht war intensiv, insbesondere das wichtigste, Ferdinanda (1656), das ins Lateinische übersetzt (Praxis Criminalis) und in das ungarische Corpus Juris aufgenommen wurde. Auch die Systematik und die Entflechtung von materiellem und prozessuellem Recht des ersten ungarischen Strafgesetzentwurfes (1712) folgten diesem österreichischen Gesetzbuch. So fand der berühmteste ungarische Hexenprozess unter Verwendung österreichischer und deutscher Rechtsquellen im Jahr 1728 in Szeged statt.

I. Einführung

Die ungarische Strafrechtskodifikation gestaltete sich von Anfang an problematisch. So erschwerte es den Prozess der Kodifikation, dass sich bis in das 19. Jahrhundert niemand a priori mit dem Phänomen der Kodifikation als solche auseinandersetzte. Materiell-rechtlich gesehen war nicht nur das Strafrecht davon betroffen, sondern auch das Privatrecht. Letzteres wurde – bis auf kleinere Bereiche, wie das Handels- und das Erbrecht¹ – sogar bis 1959 nicht kodifiziert. Jedoch verursachte die fehlende Kodifikation strafrechtlicher Tatbestände eine Rechtsunsicherheit, welche zu einer Reihe von gesellschaftlichen und politischen Problemen führte. Während im Mittelalter noch weitestgehend akzeptiert war, dass die Gerichte auf dem Lande fast instinktiv, höchstens nach dem örtlich üblichen Gewohnheitsrecht die Rechtspflege ausübten, so wurde eine solche Praxis in der Neuzeit unhaltbar. Bei Vergehen war es zwar kein Problem, dass Gerichte – z.B. in den Zipser Städten in Nordungarn – anders urteilten als in einem Bauerndorf in der ungarischen Tiefebene. Dass aber bspw. der Diebstahl eines Pferdes – d.h. die strafrechtliche Bewertung desselben Tatbestandes – innerhalb der Dörfer völlig unterschiedlich bemessen wurde, von der Todes-

* Der Verf. ist ordentlicher Professor am Lehrstuhl für Europäische Rechtsgeschichte an der Juristischen Fakultät der Universität Szeged (Ungarn). Dieser Aufsatz basiert auf dem Vortrag „Der Einfluss des österreichischen Rechts auf die ungarische Strafrechtskodifikation im 18. Jahrhundert“, gehalten auf der internationalen Konferenz CEELHC in Wien, 25.–27. September 2019.

¹ Handelsgesetz Nr. 37 v. 1875; Ehegesetz Nr. 31 v. 1894.

strafe bis zu einer winzigen Geldstrafe, konnte auf lange Zeit nicht akzeptiert werden.²

Die Notwendigkeit eines einheitlichen Strafgesetzes war zum damaligen Zeitpunkt nicht selbstverständlich. Vielmehr war es eine Erkenntnis der feudal-absolutistischen Staaten in Europa – abgesehen von England – dass die Gesellschaft durch ein einheitliches Strafgesetz reguliert werden kann. Im kontinentalen Europa wurden fast sämtliche Länder seit dem 17. Jahrhundert absolutistisch regiert, und zwar nicht ohne Folgen: In Frankreich und auch in den zahlreichen deutschen Ländern konnten die Regierungen diese Modernisierung als heimische Monarchen durchführen.

Ungarn orientierte sich im Mittelalter politisch-kulturell im Wesentlichen an Italien. Bezüglich der rechtsgeschichtlichen Kontakte sei hier nur auf die engen Beziehungen der geistlichen Gerichtsbarkeit³ hingewiesen, die verdeutlichen, dass Ungarn in diesen Jahrhunderten der südeuropäischen Region angehörte.⁴ Die Struktur und Kompetenzen der mittelalterlichen geistlichen Gerichte beweisen, dass sich in Ungarn – so wie in Italien und in Südeuropa generell – eine vikariale Gerichtsbarkeit durchgesetzt hatte. Diese Art der Jurisdiktion bedeutete, dass dem Diözesangericht erster Instanz und der allgemeinen Gerichtsbarkeit der bischöfliche vicarius generalis in spiritualibus vorstand.⁵

Ungarn wurde seit 1541 von Habsburger Königen regiert, sodass das hochentwickelte deutsch-österreichische Strafrecht die ungarische Rechtsentwicklung beeinflussen konnte. Diese Einflussnahme gestaltete sich jedoch sehr schwierig und war im 18. Jahrhundert im Wesentlichen ergebnislos. Ein wichtiges Ziel wurde jedoch erreicht: Ungarn erkannte, dass eine Kodifikation des Strafrechts unvermeidbar ist. Diese Entwicklung ist Gegenstand der nächsten zwei Abschnitte.

II. Eine Inspiration zur Kodifikation

Die Anfänge der ungarischen Strafrechtskodifikation sollen im Folgenden kurz zusammengefasst werden. Eine Kodifikation ist nicht vorstellbar ohne dogmatisches Denken. Von Strafrechtsdogmatik oder – allgemeiner – von Strafrechtswissenschaft zu sprechen, war geschichtlich gesehen ein relativ neues Phänomen. Im mittelalterlichen Europa verstand man unter iurisprudentia ausschließlich das Zivilrecht (ius civile)

² Der exzellente Rechtshistoriker bietet einen gründlichen und datenreichen Überblick über die Praxis der Strafjustiz in Ungarn im 18. Jahrhundert; *Hajdu, Büntett és büntetés a XVIII. század utolsó harmadában*, 1985.

³ Vgl. *Kéry*, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, 2. Aufl. 2008, S. 1–7.

⁴ Vgl. *Erdő*, in: Donahue (Hrsg.), *The Records of the Medieval Ecclesiastical Courts*, Bd. 6, 1989, S. 123–158.

⁵ Vgl. *Trusen*, in: Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte*, Bd. 1, 1973, S. 467–504.

und das kanonische Recht (*ius canonum*). Auch Dokortitel (*doctor legum/doctor decretorum* oder im Falle von beidem *doctor iuris utriusque*) konnten anfangs nur in diesen beiden (Rechts-)Gebieten verliehen werden. Das Strafrecht war weitgehend nicht von rechtswissenschaftlichem Interesse. Erst in der Neuzeit versuchte man Schritt für Schritt, die Rechtsinstitute sowie die Struktur des Strafrechts herauszuarbeiten, wie es auch in Ungarn zur damaligen Zeit der Fall war.

Die Untersuchung der Strafrechtsdogmatik ist aufschlussreich, weil der Aufbau der legislatorischen Entwürfe auch den Entwicklungsstand des zeitgenössischen Rechtsdenkens widerspiegelt. Die Dogmatik an sich besitzt also im Allgemeinen keine selbstständige kreative Kraft, kann aber als ein zuverlässiges Indiz zur Untersuchung der Strafrechtswissenschaft betrachtet werden.

Die Strafrechtskodifikation begann in Ungarn Anfang des 18. Jahrhunderts und intensivierte sich in den Jahrzehnten des sog. Vormärz bis in das Jahr 1848 hinein; während das erste Strafgesetzbuch⁶ tatsächlich erst im Jahre 1878 erlassen wurde. Das Verhältnis zwischen Wien und Pressburg/Pozsony, heute Bratislava (d.h. zwischen König und den Ständen), war nicht problemlos, doch kann man aus heutiger Sicht offen sagen, dass die österreichischen Herrscher die ungarische ständische Verfassung in der Regel akzeptierten.⁷ Das ungarische Königreich gehörte eigentlich nie zu den sog. österreichischen Erbländern, sodass Ungarn stets unabhängig – nach den eigenen Rechtsquellen – leben konnte. Wien war nicht immer gegen die Modernisierung des Landes. Vielmehr gibt es eine Reihe von Beispielen, bei denen fortschrittliche Gesetzesvorschläge der Habsburger Könige an der Opposition der ungarischen Stände scheiterten.

In der Neuzeit hat sich die Welt zunehmend schnell entwickelt, die Herausforderungen mussten bewältigt werden – so auch im ungarischen Recht. Unvermeidbare Fragen der gesellschaftlichen, politischen, aber auch der wirtschaftlichen

Entwicklung wurden rechtlich formuliert, weil die geschilderte Beziehung zwischen Wien und den ungarischen Ständen diese Art der Kommunikation bevorzugte. Das Leben des Landes war teils durch Gesetze, teils durch das Gewohnheitsrecht (*consuetudo*) geregelt. Beide Rechtsquellen waren legitim, jedoch konnte die Politik nur über erstere verfügen. Vorherrschende Rechtsquelle war in der Regel das Gewohnheitsrecht, doch kamen praktikable und nützliche Gesetze ebenfalls zur Anwendung. Das zeitgenössische ungarische Rechtsquellensystem wies zahlreiche Lücken auf und wandte oft sowohl veraltete⁸ als auch ausländische Rechtsquellen⁹ an. Daher bestand weiterhin überaus breiter Spielraum für richterliche Willkür.

Diese Situation war besonders im Hinblick auf das Strafrecht bedauerlich. Die ungarische Rechtspflege funktionierte auch in der Neuzeit wohl noch nach dem Muster des späten Mittelalters. Das Strafrecht war weder materiell- noch verfahrensrechtlich kodifiziert worden. Das bedeutendste Rechtsbuch von István Werbőczy, das *Tripartitum* (1514), umfasste im Wesentlichen nur so viele strafrechtliche Artikel, wie für das adelige Privatrecht unbedingt nötig waren. In dieser sonst unentbehrlichen Rechtsquelle ging es aber praktisch gar nicht um ein allgemeines, öffentlich-rechtliches Strafrecht, das die hauptsächliche Entwicklungslinie darstellte. Die Gerichte urteilten generell nach eigener Überzeugung und Rechtsquellen, die anwendbar schienen. Im Mittelpunkt stand aber das Menschenleben, sodass es keineswegs gleichgültig war, dass die Gerichtspraxis in einem sonst einheitlichen Staat die Tatbestände sehr unterschiedlich beurteilte.

Aufgrund der allgemeinen Sicherheit war auch der Wiener Regierung die Rechtseinheit im Strafrecht außerordentlich wichtig. Deshalb initiierte der König¹⁰ wiederholt, dass Strafgesetze geschaffen wurden. Gegen diese „königliche propositiones“ richtete sich oft allein deshalb eine spontane Opposition, weil die Initiative von fremden Beratern aus Wien kam. Die Strafrechtsreform war dennoch ein politisch

⁶ Das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen, Gesetz Nr. 5 v. 1878 (sog. Csemegi-Gesetzbuch), abrufbar unter

<https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=87800005.TV&txtrefere=94500007.TV> (4.12.2023); es handelte sich um das erste ungarisch-sprachige und umfassende Strafgesetzbuch in der Geschichte Ungarns, dessen Allgemeiner Teil bis 1951 und dessen Besonderer Teil bis 1962 in Kraft blieb.

⁷ Als Grundstein galt für dieses verfassungsrechtliche Verhältnis die sog. *Pragmatica Sanctio* (1723), ein Grundgesetz der ungarischen ständischen Verfassung (approbiert natürlich auch vom König), wonach die ungarischen Stände den Anspruch der Habsburger Dynastie auf den ungarischen königlichen Thron auch des Frauenzweiges akzeptiert hatten. Auf dieser Grundlage ist der sog. Ausgleich im Jahre 1867 zwischen Österreich und Ungarn zustande gekommen. Darunter versteht man die verfassungsrechtlichen Vereinbarungen, durch die das Kaisertum Österreich in die Doppelmonarchie Österreich-Ungarn umgewandelt wurde; vgl. *Seewann*, in: *Sundhaussen/Clewing* (Hrsg.), *Lexikon zur Geschichte Südosteuropas*, 2016, S. 99–101.

⁸ Die ungarischen Gerichte konnten seit der Herrschaftszeit (1000–1038) des ersten ungarischen Königs, Stephan I. der Heilige alle Gesetze anwenden, bevorzugten aber in der Neuzeit nur noch das Rechtsbuch von István Werbőczy (*Opus Tripartitum juris consuetudinarii incltyti regni Hungariae partiumque eidem annexarum*, 1514), in dem praktisch das gesamte Gewohnheitsrecht des ganzen Landes (vor allem das adelige Privatrecht) zusammengefasst war. Dieses Werk galt bis 1848 als die „Bibel des Adels“. Die erste Auflage der Handschrift wurde – auf eigene Kosten des Verfassers – in Wien im Jahre 1517 gedruckt.

⁹ Auf dem Gebiet des Strafrechts ist von diesen – als die bekannteste – die Landgerichtsordnung für Österreich unter der Enns Ferdinands III. (*Ferdiananda*, 1657) zu nennen.

¹⁰ Nach der ungarischen Verfassung konnten die Gesetze zwar unter Zusammenarbeit des Königs und der Stände (d.h. des Reichstages), jedoch ausschließlich in den vom König vorgelegten Sachen verfasst werden. Einen Gesetzesvorschlag (*propositio*) konnte also nur der König vorlegen, die Deputaten (*ablegati*) konnten bloß Bitten (*postulata*) einreichen.

weitgehend neutrales Gebiet, auch wenn die Kodifikation trotz allem sehr langsam voranging.

Nach dem Rechtsdenken im Mittelalter handelte es sich beim Strafrecht nicht um eine Wissenschaft, die tauglich und würdig wäre, sie zu studieren. Für den damaligen Staat war nur wichtig, dass die Missetäter bestraft wurden (*ne crimina remaneant impunita*)¹¹. Denselben Anspruch verfolgte auch der absolutistische Staat. Eine rechtliche Grundlage war nicht entscheidend, da die Täter sich durch ihre strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen ohnehin über das Gesetz hinweggesetzt hatten. Eine gewisse Annäherung an eine Kodifikation ist dem *Tripartitum* trotzdem zu entnehmen: Werbőczy gruppierte die *crimina* nach „Bestrafungsarten“. Gebildete Gruppen waren etwa Treulosigkeit (*nota infidelitatis*), Gewalttaten (*actus maioris vel minoris potentiae*), Ehrlosigkeit (*infamia*), böswillige Prozessführung (*calumnia*) etc. Als Rechtsfolgen sahen sie die gleichen Strafen vor, z.B. bei Treulosigkeit eine konjunktive Sanktion, d.h. die Enthauptung des Verurteilten und die Beschlagnahmung seines Vermögens.

Jedoch fand man kaum sog. allgemeinrechtliche Bestimmungen. Lediglich einige wichtige Distinktionen wie etwa Vorsatz und Fahrlässigkeit wurden in der Strafzumessung berücksichtigt. Ein charakteristisches Merkmal ist auch, dass die ungarische Gesetzgebung nach dem Scheitern eines frühen Gesetzesvorschlags (1712) nur so viel zur Modernisierung des peinlichen Systems beitragen konnte, dass sich die Anzahl der Tatbestände der Treulosigkeit im Jahre 1723 auf zehn verminderte.

Dieser erste ungarische Gesetzesvorschlag von 1712 orientierte sich stark am österreichischen Vorbild: Die Dogmatik war identisch (erster Teil: Verfahrensrecht, zweiter Teil: materielles Recht). Allerdings gab es inhaltlich eine Reihe von selbständigen Lösungen, die teils aus rechtstheoretischer Sicht sehr bemerkenswert sind (z.B. die ausführliche Regelung der fahrlässigen Tötung), teils plastisch zeigen, dass der Autor¹² des Entwurfes ganz bewusst auch die tatsächliche Gerichtspraxis und das allgemeine ungarische Gewohnheitsrecht bevorzugte. Dieses Werk war folglich eine Mischung aus entwickelter österreichischer (fremder) Dogmatik und rückständigem (einheimischen) ungarischen Gewohnheitsrecht.

Die Strafrechtswissenschaft im modernen Sinne ist letztlich eine Errungenschaft der neuzeitlichen europäischen Rechtsentwicklung. Mit Blick auf das römisch-kanonische Recht (*ius commune*) sollte nun auch das Strafrecht dogmatisch geregelt werden. Es existierte aber kein fertiges Vorbild, da auch die justinianische Kodifikation das Strafrecht nicht systematisiert hatte.¹³ Auch die frühmittelalterlichen germa-

nischen Rechtsbücher (*leges barbarorum*) waren wenig aufschlussreich. Die hochmittelalterlichen Spiegel haben ebenfalls wenig zur Entwicklung beigetragen.¹⁴ Hinsichtlich der ungarischen Entwicklung in der Neuzeit ist aber die Kenntnis der deutsch-österreichischen Rechtsentwicklung von besonderer Bedeutung.

Das im Mittelalter stärker an Südeuropa orientierte ungarische Rechtsleben wurde durch die Habsburgermonarchie – vor allem durch die Habsburger Herrscher –, stark beeinflusst. Dies ist insofern ein rechtshistorisches Glück, als das Strafrecht in der deutschsprachigen Rechtskultur zu dieser Zeit durch seine charakteristische philosophische Prägung zu einem der entwickelten Zentren der allgemeinen Rechtsentwicklung gehörte.

Die deutsche juristische Denkweise hatte eine Systematisierung entwickelt, die sich an der Praxis orientierte: Vor allem das Strafrecht musste kodifiziert werden. Das Strafgesetz sollte allgemeine Regeln beinhalten und somit praktischen Erwartungen dienen. Die ersten sorgfältig systematisierten Gesetze (Halsgerichtsordnungen u.ä.) entsprachen eben diesen Bedürfnissen. So war die *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) noch sehr kasuistisch, die Kodizes des 17. bis 18. Jahrhunderts spiegelten aber schon eine gründlich überlegte Dogmatik wider. Das wichtigste Merkmal war die einheitliche Regelung von materiellem Recht und Verfahrensrecht in einem Gesetz, wobei das Verfahrensrecht vorangestellt war.

Die für die ungarische Rechtspflege wichtigste strafrechtliche Rechtsquelle des deutschen Raums war die österreichische „peinliche Landgerichtsordnung“ (1656), die Ferdinanda. Diese wurde als lateinische Übersetzung auch in die ungarische Gesetzessammlung 1696 (*Corpus Juris Civilis Hungarici*) inkorporiert und blieb auf diese Weise bis 1844¹⁵ praktisch gültiges Recht.

III. Indirekter Einfluss auf die zeitgenössische ungarische Praxis – Ein paradigmatisches Kapitel

Abgesehen von dem während der verfassungswidrigen¹⁶ Regentschaft von Joseph II. erlassenen materiellen Straffe-

köréből, 2013. Die deutschsprachigen Studien davon: Grundprinzipien des römischen Strafrechts, S. 31–50; Das Adulterium als ein das Ansehen der römischen Familie verletzendes Verbrechen, S. 87–106; Ausgewählte gesetzliche Straftatbestände im antiken Rom und in unserem geltenden Recht, S. 137–146.

¹⁴ Vgl. *Antal*, in: Balogh (Hrsg.), *Schwabenspiegel-Forschung im Donaugebiet*, 2015, S. 73–83.

¹⁵ Mit dem Gesetz Nr. 2 v. 1844 wurde die ungarische Sprache als Amtssprache im ungarischen Königreich (anstatt des Lateinischen) eingeführt, vgl. Szekfű (Hrsg.), *Iratok a magyar államnyelv kérdésének történetéhez 1790–1848*, 1926.

¹⁶ Die Verfassungswidrigkeit richtet sich nach dem damaligen ungarischen Verfassungsrecht, wonach nur derjenige legitimer Herrscher in Ungarn sein konnte, der sich vom Erzbischof von Esztergom (Gran) mit der Heiligen Krone krönen ließ. Joseph II. lehnte dies bewusst ab, um nicht gezwungen zu sein, einen Eid auf die ungarische Verfassung

¹¹ *Jerouschek*, ZRG KA 89 (2003), 323; *Rüping/Jerouschek*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2011, S. 75–76.

¹² Prof. *Michael Bencsik*, an der ersten ungarischen Universität zu Nagyszombat (Tyrnava), zugleich Rechtsanwalt, Senator und Gesandter der Stadt.

¹³ Der Szegediner Römischrechtler, Prof. *Molnár* hat dem antiken-römischen Strafrecht von Justinian mehrere Aufsätze gewidmet, die in einem Sammelband publiziert worden sind: *Molnár*, *Ius criminale Romanum, tanulmányok a római jog*

setzbuch (*Sanctio criminalis Josephina*) – das 1787 auch in Ungarn in Kraft gesetzt wurde und den ungarischen Richtern somit drei Jahre lang *de iure* als gültiges Recht zur Verfügung stand, aber kaum in Anspruch genommen wurde – hatte das Land kein als wirksam angesehenes Strafgesetzbuch. Dieses Gesetz wurde im darauffolgenden Jahr (1788) auch ins Ungarische übersetzt¹⁷, sodass diese Rechtsquelle zum Studium der zeitgenössischen ungarischen Rechtssprache hervorragend genutzt werden kann. Andere österreichische Strafgesetze erlangten in Ungarn nie eine Geltung (so galt z.B. auch die Theresiana in Ungarn nicht als gültiges Gesetz). Die bereits erwähnte *Ferdinanda* – in Ungran als *praxis criminalis*¹⁸ bezeichnet – hatte aber eine echte rechtshistorische Karriere in Ungarn:

Sie wurde im berühmtesten ungarischen Hexenprozess in Szeged (1728) angewandt.¹⁹ Dieses Verfahren brachte die meisten verurteilten Opfer (zwölf plus eins)²⁰ in der Geschichte der Hexenverfolgung Ungarns hervor: Etwa doppelt so hoch lag die Gesamtanzahl der Opfer, die anderen sind bereits im Laufe des Prozesses, besonders infolge von Folter und Wasserproben ums Leben gekommen. Was war die Rechtsquelle in diesem Prozess? Ein Strafgesetzbuch existierte in Ungarn noch nicht (obwohl der erwähnte Entwurf von Bencsik aus dem Jahre 1712 den Richtern bekannt sein konnte). Allerdings stand die *praxis criminalis*, deren Text im *Corpus Iuris Civilis Hungarici* zu lesen war, allen Richtern zur Verfügung. Daneben waren auch das Werk von Benedict Carpzow (Leipzig), die *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635) und der Peinliche sächsische Inquisitions- und Achtprozess (1638) bekannt. Die rechtlichen Kontakte zwischen Leipzig und Ungarn waren verblüffend lebendig.

Die wichtigste Quelle war also die *praxis criminalis*. Diesen Art. 60 legte fest:

„Wer Zauberey treibt, ist landtgerichtlich zu bestraffen.“

Der Begriff „Zauberei“ ist im Großen und Ganzen identisch mit dem der Hexerei und stellt mithin einen irrationalen Tat-

abzulegen. So übte er zwar die Rechte eines Monarchen aus, erfüllte aber die wichtigste Anforderung der ungarischen Verfassung nicht. Außerdem erhielt er einen Spitznamen: Er wurde zum „König mit dem Hut“ der ungarischen Geschichte, vgl. *Barta Jr.*, *A kalapos király emlékezete. II. József és Magyarország*, 2012.

¹⁷ *Közönséges törvény a vétkekről és azoknak büntetéséről v. 1788.*

¹⁸ Vgl. *Béli/Kajtár*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 4/1994, 325; *Béli*, in: *Mezey* (Hrsg.), *Strafrechtsgeschichte an der Grenze des nächsten Jahrtausends*, 2003, S. 110–121.

¹⁹ Die Prozessakten sind übersetzt und in einem Band publiziert worden: *Brandl/Tóth* (Hrsg.), *Szegedi boszorkányperek 1726–1744*, 2016. Vgl. *Soldan/Heppel/Ries*, *Geschichte der Hexenprozesse*, 1986; *Behringer* (Hrsg.), *Hexen und Hexenprozesse in Deutschland*, 2. Aufl. 1993; *Bató*, *Jogtörténeti Szemle* 1/2004, 34; *Balogh*, *Jogtörténeti Szemle* 4/2004, 1.

²⁰ Zum Hintergrund der „plus eins“ siehe sogleich.

bestand dar. Die Inquisition im Zusammenhang mit Hexen beinhaltete drei Handlungstypen: 1. wenn die Zauberer selbst eine derartige Geständnis ablegen und dies entsprechend beweisen oder glaubhaft machen, 2. wenn die verdächtige Person Menschen oder Tieren Schaden zugefügt hat und 3. wenn unverdächtige Personen von den Verdächtigen behaupten, etwa unerlaubte Praktiken angewandt zu haben (z.B. Wahrsagung). Ein entsprechender Prozess wurde ausführlich im Gesetz geregelt. Die Untersuchung sollte auch auf den Wohnort des Verdächtigen ausgedehnt werden, um zauberische Sachen (Öl, Salben, schädliche Pulver, usw.) zu finden. Die verschiedenen Öle und Salben hatten eine besondere Bedeutung im Szegediner Prozess, weil der Hauptangeklagte, Dániel Rózsa (der übrigens etwas früher ein Rat im Stadtssenat gewesen war und im Verfahren letztendlich zum Tode verurteilt wurde), als einer der bedeutendsten Parfümhändler der Stadt galt.

Das Gesetz behandelt die Voraussetzungen der Anordnung der Folter in sechs Punkten und enthält 20 Fragen, die der Richter den vom Teufel „vorbereiteten“ Hexen zu stellen hat. Den Hexenprozessen lag die wesentliche Annahme zu Grunde, dass den Angeklagten von dem klugen Teufel (= vgl. die Etymologie Lucifer) geholfen wird, dem „armen“ Richter dementsprechend mit allen vorstellbaren intellektuellen Mitteln geholfen werden muss. In diesem Sinne wurde auch die berühmteste Quelle, der Hexenhammer²¹, (ein Exemplar des Hexenhammers stand wahrscheinlich auch den Richtern in Szeged zur Verfügung) verfasst, d.h. der Richter brauchte alle Hilfsmöglichkeiten im Kampf gegen den Teufel. Die österreichische Rechtsquelle vertrat aber einen ganz anderen Standpunkt, indem sie die Anwendung der (kalten) Wasserprobe ausdrücklich verbot:

„Es soll auch die Erforschung durch das kalte Wasser, als ein ungewiß: betrügerliches Ding nicht gebraucht werden.“ (Art. 60, § 4).

Das (End)Urteil lautete in der Regel:

„Straff des Feuers, welche doch auf erheblichen Umständen und wann der Schaden nicht groß, bey bueßfertigen Leuthen, durch die vorhergehende Enthauptung gelindert werden kann.“ (Art. 60, § 5)

Das ist auch im Szegediner Prozess so geschehen: eine junge Frau wurde am Vorabend der Hinrichtung aus Gnade mit einem Schwert enthauptet (sie war die „plus eins“-Person). Diese nennenswerte Hinrichtung fand auf einer Insel der Theiß statt. Die Insel existiert seit langem nicht mehr²², es ist

²¹ *Kramer*, *Der Hexenhammer, Malleus maleficarum*, kommentierte Neuübersetzung 2000.

²² Mit den großen Flussregulierungen in Ungarn Ende des 19. Jahrhunderts wurden viele Nebenflüsse abgeschnitten und die Flussbettverhältnisse änderten sich erheblich (Verkürzung), infolgedessen verschwanden viele kleine und große Inseln, bspw. die *Boszorkánysziget* (Hexeninsel) in Szeged.

auch keine Zeichnung überliefert. Die Uferstrecke in unserer Stadtmitte, wo damals wahrscheinlich die Hinrichtungen stattgefunden haben, wird „Hexeninsel“ (Boszorkánysziget) genannt.

Wir Bürger der Universitätsstadt Szeged erinnern uns mit Respekt an diese unglücklichen „Hexen“, die aufgrund österreichisch-deutscher Rechtsquellen, aber von einfältigen ungarischen Richtern verurteilt worden sind (das Gericht war der Stadtrat selbst, also die Urteilsfinder waren keine echten Juristen, besonders nicht Gelehrte). Erst die frische Luft der Aufklärung²³ hatte den Hexenwahn aus Europa,²⁴ zugleich auch aus Ungarn vertrieben.

Karten aus der Vergangenheit zeigen jedoch, wo sie sich befand. Vgl. Gesetz Nr. 14 v. 1884 über die Theiß.

²³ Vgl. *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, 2000.

²⁴ Vgl. *Jerouschek*, Die Hexen und ihr Prozess, Die Hexenverfolgung in der Reichsstadt Esslingen, 1992.

Entscheidungsanmerkung

Die Begehung der gemeinschaftlichen gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen

**§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB setzt voraus, dass der Täter mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich die Körperverletzung begeht. Das ist bei einem Unterlassen durch zwei Garanten nicht der Fall.
(Amtlicher Leitsatz des Beschlusses des 2. Strafsenats)**

**Der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB kann auch durch Unterlassen verwirklicht werden. Die hierfür erforderliche höhere Gefährlichkeit ist regelmäßig gegeben, wenn sich die zur Hilfeleistung verpflichteten Garanten ausdrücklich oder konkludent zu einem Nichtstun verabreden und mindestens zwei von ihnen zumindest zeitweilig am Tatort anwesend sind.
(Amtlicher Leitsatz des Urteils des 6. Strafsenats)**

StGB §§ 224, 13

BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21¹
BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22²

Es kommt nicht oft vor, dass zwei Strafsenate des BGH innerhalb eines halben Jahres – zumindest auf den ersten Blick – diametral entgegengesetzte Entscheidungen treffen, ohne die Streitfrage dem Großen Senat für Strafsachen vorzulegen. Die scheinbar divergierenden Entscheidungen resultieren aus dem Umstand, dass der Beschluss des 2. Strafsenats des BGH vom 17.1.2023 am 17.5.2023 noch nicht veröffentlicht war. Aus diesem Grund hat der 6. Strafsenat seine Vorlagepflicht nach § 132 Abs. 2 GVG damit nicht verletzt.³

Doch nicht nur vor diesem Hintergrund verdienen die beiden Entscheidungen zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB eine nähere Betrachtung. So beziehen gleich zwei Senate zu der bislang höchstrichterlich noch nicht geklärten Streitfrage Stellung, ob eine gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung auch durch bloßes Unterlassen begangen werden kann.

I. Der Beschluss des BGH vom 17.1.2023 – 2 StR 459/21

1. Sachverhalt (gekürzt)

Bei I handelte es sich um die etwa einjährige gemeinsame Tochter der Angeklagten A und F. Bei der Untersuchung U5⁴

¹ NJW 2023, 2209 = NStZ 2023, 605. Die Entscheidung ist zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des Gerichts (BGHSt) vorgesehen.

² NJW 2023, 2060 = NStZ 2023, 607. Die Entscheidung ist zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des Gerichts (BGHSt) vorgesehen.

³ Siehe hierzu *Bosch*, JURA 2023, 1226; *Krehl*, NStZ 2023, 609 (611 f.).

⁴ Dabei handelt es sich um die Kindervorsorgeuntersuchung zwischen dem sechsten und siebten Lebensmonat, vgl.

wurde bei I leichtes Untergewicht festgestellt. Die Angeklagten wurden von der Kinderärztin hierauf hingewiesen und auch über die erforderliche Ernährung aufgeklärt. Dennoch sparten die Angeklagten an der Ernährung für I und vernachlässigten ihre Tochter. Dabei bemerkten sie, dass das Körpergewicht der I weiter abnahm, versuchten dies aber gegenüber anderen Personen zu verbergen.

Anfang Mai 2019 befand sich I in einem lebensbedrohlichen Zustand. Nachdem die Angeklagten das Kind reglos im Kinderzimmer vorfanden, fuhren sie zu einer Rettungswache des Roten Kreuzes. Zu diesem Zeitpunkt war I bereits klinisch tot, konnte aber reanimiert werden. In der Klinik konnte später ein „Hungerdarm“ festgestellt werden, der auf eine Mangelernährung über einen längeren Zeitraum zurückzuführen war.

2. Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH

Nachdem das Landgericht Darmstadt die Angeklagten noch wegen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 225 Abs. 1 Nrn. 1 und 2, Abs. 3 Nr. 1, 13, 25 Abs. 2 StGB verurteilt hatte, hob der BGH die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen auf, da kein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB vorliege.

Dies gründet der BGH auf die Erwägung, dass es für eine gemeinschaftliche Begehung in diesem Sinne nicht ausreiche, dass bloß ein weiterer Garant untätig bleibe. Dies folge schon aus seiner Rechtsprechung zur Begehung der gemeinschaftlichen gefährlichen Körperverletzung durch aktives Tun. Danach genüge es für den § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ebenfalls nicht, wenn sich am Tatort nur eine weitere Person aufhalte, die rein passiv bleibt.⁵ Daraus könne im Wege eines Erstrecht-Schlusses gefolgert werden, dass ein Untätigbleiben eines weiteren Garanten ebenfalls nicht ausreichen könne. Denn in diesem Fall fehle es an der besonderen Gefährlichkeit für das Opfer, auf welche die erhöhte Strafandrohung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB gründe, und damit entspreche das Unterlassen nicht der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes durch ein Tun, sodass die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sei.⁶

II. Das Urteil des 6. Strafsenats des BGH vom 17.5.2023 – 6 StR 275/22

1. Sachverhalt (gekürzt)

Der Angeklagte A war Zuhälter der psychisch schwer erkrankten 19-jährigen Geschädigten. Die Mitangeklagten K und H unterstützten ihn dabei ohne finanzielle Beteiligung. Die Geschädigte hatte sich nie mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen einverstanden erklärt. Dennoch boten die drei Angeklagten die Leistungen der Geschädigten auf einer Internetplattform an und brachten die Geschädigte mit Frei-

[https://de.wikipedia.org/wiki/Kindervorsorgeuntersuchung_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Kindervorsorgeuntersuchung_(Deutschland)) (11.11.2023).

⁵ BGH StV 2017, 387; BGH StraFo 2015, 478.

⁶ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 16 f.

ern zusammen. Spätestens seit dem 7.4.2020 befand sich die inzwischen schwer psychotisch Geschädigte im Wohnhaus von A und H. Um dem A die „Einnahmequelle“ zu erhalten, beschlossen die Angeklagten gemeinsam, keine dringend erforderliche fachärztliche Hilfe für die Geschädigte zu holen, sondern sich selbst um die Geschädigte zu kümmern. Eine Verlängerung ihres Leidens nahmen sie dabei in Kauf. Im späteren Verlauf verstarb die Geschädigte.

2. Entscheidung des 6. Strafsenats des BGH

Für die vorliegende Betrachtung interessieren nur die Ausführungen des BGH im Hinblick auf § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Insoweit bejaht der BGH einen Fall der §§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 13 StGB.

In Divergenz zum Beschluss des 2. Strafsenats des BGH sieht der 6. Strafsenat des BGH die Möglichkeit, „dass auch einer Tatbeteiligung durch Unterlassen – nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls – die erhöhte Gefahr erheblicher Verletzungen bzw. die Einschränkung von Verteidigungsmöglichkeiten innewohnen kann.“⁷ Eine bloße Nebentäterschaft mehrerer Garanten reiche insoweit nicht aus. Anders stelle es sich jedoch dar, „wenn sich die zur Hilfeleistung verpflichteten Garanten ausdrücklich oder konkludent zu einem Nichtstun verabreden [...] und mindestens zwei handlungspflichtige Garanten zumindest zeitweilig am Tatort präsent sind. Denn die getroffene Vereinbarung und die damit einhergehende Verbundenheit verstärken wechselseitig den jeweiligen Tatentschluss, die gebotene Hilfe zu unterlassen, was zusätzlich zu dem gefahrsteigernden gruppendynamischen Effekt die Wahrscheinlichkeit verringert, dass einer der Garanten der an ihn gestellten Verpflichtung gerecht wird.“⁸

III. Die gemeinschaftlich begangene gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Zur Einordnung und Bewertung der Entscheidung des BGH muss der Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB hinsichtlich seiner Reichweite näher betrachtet werden. Hierfür stellen sich mehrere Fragen, auf die im Wege der Gesetzesauslegung eine Antwort zu suchen ist.

1. Welche Formen der Beteiligung sind erfasst?

Überwiegend einig ist man sich noch dahingehend, dass zumindest ein weiterer Beteiligter am Tatort anwesend sein muss.⁹ Darüber hinaus stellt sich jedoch die Frage, welche

Formen der Beteiligung von § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfasst sind. Geht man vom Wortlaut der Norm aus, so ist dem BGH darin zuzustimmen, dass dieser keine Rückschlüsse darauf zulässt, welche Art der Beteiligung erfasst ist, denn „einerseits setzt sie [die Bestimmung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB] eine ‚gemeinschaftlich‘ begangene Tat voraus, was auf eine Voraussetzung einer mittäterschaftlichen Begehung hinweisen könne; andererseits verlangt sie die Mitwirkung eines weiteren ‚Beteiligten‘, worunter sowohl Täter als auch Teilnehmer (§ 28 Abs. 2 StGB) in beliebiger Konstellation, also grundsätzlich auch durch Unterlassen, verstanden werden können“.¹⁰ Der Gesetzeswortlaut gibt damit keine bestimmte Lösung vor.¹¹ Wie der BGH zutreffend feststellt,¹² ergeben sich auch aus den Gesetzesmaterialien keine Hinweise hinsichtlich der Auslegung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.¹³

Weiterhin sind die Gesetzessystematik und das Telos der Norm zu betrachten. § 224 StGB stellt in seinen Tatbestandsvarianten typischerweise besonders gefährliche Begehungsarten der Körperverletzung unter Strafe.¹⁴ Bei § 224 StGB handelt es sich um eine Handlungsqualifikation, da weder eine qualifizierte Rechtsgutsverletzung noch der Eintritt einer konkreten Gefahr erforderlich ist.¹⁵ Somit handelt es sich weder um ein Erfolgsdelikt noch um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Doch es liegt auch kein abstraktes Gefährdungsdelikt, bzw. nach treffenderem Duktus abstraktes Gefährlichkeitsdelikt,¹⁶ vor. Denn mit der Normierung des § 224 StGB bezweckte der Gesetzgeber, besonders gefährliche Begehungsvarianten der Körperverletzung mit einem erhöhten

Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 25; Zieschang, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2022, Rn. 329; anders jedoch Hardtung, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 37; siehe zu diesem Erfordernis auch Grünwald, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 30.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 13; ebenso BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22 = NJW 2023, 2060; Küper, GA 2003, 363 (374); daher auch das Fazit von Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 224 Rn. 24: Der Wortlaut sei „in Wirklichkeit selbstwidersprüchlich“.

¹¹ Bosch, JURA 2023, 1226; Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 28.

¹² BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 14.

¹³ Zur Gesetzeshistorie vgl. die ausführliche Darstellung bei Grünwald (Fn. 9), § 224 Entstehungsgeschichte; Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 224 Rn. 1.

¹⁴ Hardtung, JuS 2008, 960 (962).

¹⁵ Siehe auch Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 218; Wolters (Fn. 11), § 224 Rn. 3.

¹⁶ Denn in Wahrheit liegt ja keine tatsächliche Gefährdung von Rechtsgütern vor, vgl. auch Wohlers, Deliktstypen, 2000, S. 305 f.; Zieschang, Gefährdungsdelikte, 1998, S. 349 ff.

⁷ BGH NJW 2023, 2060 (2060 Rn. 42).

⁸ BGH NJW 2023, 2060 (2060 Rn. 42).

⁹ BGH NStZ 2006, 572 (573); Dölling, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 224 Rn. 5; Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 12; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 224 Rn. 23; Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 224 Rn. 41; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 9 Rn. 17; Paeffgen/Böse/Eidam, in: Kindhäuser/Neumann/

Strafmaß zu sanktionieren.¹⁷ Betrachtet man diese, so wird deutlich, dass es hier nicht um die Erfassung abstrakt gefährlicher Verhaltensweisen, sondern um die konkrete Gefährlichkeit des Verhaltens im Einzelfall geht. Der Intention des Gesetzgebers wird man daher nur gerecht, wenn die entsprechende Begehungsvariante auch tatsächlich bezogen auf den Einzelfall konkret gefährlich war. Damit kommt dem § 224 StGB in Gänze der Charakter eines konkreten Gefährlichkeitsdelikts zu.¹⁸

Dies spricht dafür, dass bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB die konkrete Gefährlichkeit der gemeinschaftlichen Begehung erforderlich, aber auch ausreichend ist. Es sind jedoch Beihilfehandlungen vorstellbar, die ebenso gefährlich sind wie solche eines Mittäters. Dies ist gerade auch vor dem Hintergrund der Fall, dass die Abgrenzung zwischen Beihilfe und Mittäterschaft von der herrschenden Lehre insbesondere anhand des Kriteriums der Tatherrschaft vorgenommen wird.¹⁹ Reicht die weitere am Tatort anwesende Person aber dem Täter das Messer, mit dem dieser danach auf das Opfer einsticht, so hat es auf die konkrete Gefährlichkeit des Zusammenwirkens keinen Einfluss, ob die andere Person mit dem Haupttäter als Mittäter oder Gehilfe zusammenwirkt.²⁰ Die systematische sowie die teleologische Betrachtung sprechen damit dafür, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht auf die mittäterschaftliche Tatbegehung zu begrenzen.

Anders könnte sich dies jedoch darstellen, wenn es sich bei dem Beteiligten um einen Anstifter handelt. Teilweise wird insoweit vertreten, der Anstifter könne kein Beteiligter i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sein, da sich die Tatsache, dass der Täter zu einer Körperverletzung bestimmt wurde, auf die Intensität der Begehung auch dann nicht auswirke, wenn der Anstifter am Tatort anwesend ist.²¹ Im Ergebnis ist dem zuzustimmen. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch die bloße Tatortpräsenz des Anstifters psychische Auswirkungen auf das Opfer haben kann. Allerdings fehlt insoweit der innere Zusammenhang mit der Anstiftungshandlung selbst, da diese zum Zeitpunkt der Tatbegehung schon abgeschlossen ist und der Anstifter durch seine bloße Anwesenheit am Tatort die Gefährlichkeit der Körperverletzung nicht mehr zu steigern vermag als ein anwesender Nichtbeteiligter.²²

¹⁷ Grünewald (Fn. 9), § 224 Rn. 1.

¹⁸ Vgl. hierzu Zieschang (Fn. 16), S. 288 ff., wobei dieser lediglich die Nrn. 1, 2 und 5 betrachtet; siehe auch Küper, GA 2003, 363 (368), der allerdings beim Duktus des „abstrakten Gefährlichkeitsdelikts“ bleibt; ebenso Grünewald (Fn. 9), § 224 Rn. 3.

¹⁹ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 27 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 819 ff.; Zieschang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2023, Rn. 654.

²⁰ Ebenso Kretschmer, JURA 2008, 916 (920).

²¹ Jäger, JuS 2000, 31 (36); Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, Rn. 25.

²² Ebenso Dölling (Fn. 9), § 224 Rn. 5; Hardtung (Fn. 9), § 224 Rn. 38; Jäger, JuS 2000, 31 (36); Küper, GA 2003, 363 (378 f.); Engländer (Fn. 9), § 224 Rn. 13; anders würde

Damit ist festzuhalten, dass für den § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sowohl Mittäterschaft als auch Beihilfe genügen.²³

2. Welche Formen der Beihilfe sind erfasst?

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen liegt es auf der Hand, dass die physische Beihilfe, also ein Hilfeleisten beispielsweise durch Verschaffung eines Tatwerkzeugs oder ein Festhalten des Opfers, für die Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreicht.²⁴ Teilweise wird hier eingewendet, dass es keinen Unterschied mache, ob der Gehilfe dem Täter das Tatwerkzeug vor oder während der Tatausführung reiche, und solche Konstellationen in Ermangelung der Beeinflussung der Verteidigungslage des Opfers keine gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung darstellen könnten.²⁵ Dabei wird jedoch verkannt, dass für § 224 StGB gerade kein Gefährerfolg erforderlich ist, also eine tatsächliche Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers nicht eintreten muss. Eine erhöhte Gefährlichkeit besteht jedoch auch dann, wenn der Gehilfe für den Täter Waffen oder Werkzeuge mit sich führt und diese dem Täter am Tatort übergibt. Denn ohne die Anwesenheit des Gehilfen hätte der Täter keinen Zugriff darauf. Dass der Gehilfe dem Täter die Tatwaffe oder das Tatwerkzeug auch hätte früher übergeben können, stellt demgegenüber nur einen hypothetischen und den Täter damit grundsätzlich nicht entlastenden Umstand dar.²⁶

Problematisch ist jedoch, ob auch psychische Beihilfehandlungen, also insbesondere das Anfeuern des Täters, genügen. Insoweit findet sich oftmals die Aussage, das bloße Stärken des Tatentschlusses könne nicht ausreichen.²⁷ Dies erscheint in dieser Absolutheit jedoch zweifelhaft.

Grundsätzlich genügt für eine psychische Beihilfe nach § 27 StGB auch eine Handlung, durch die lediglich der Tatentschluss gestärkt wird. Dies ergibt sich schon daraus, dass auch ein bloßes Bestärken des Täters für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter erhöht gefährlich ist.²⁸

Auch im Kontext des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB kann die Frage, welche Anforderungen an die Unterstützungshandlung

es sich freilich darstellen, wenn der Anstifter am Tatort zugleich als Gehilfe beispielsweise durch die Übergabe von Tatwerkzeugen auftreten würde, so auch Fischer (Fn. 9), § 224 Rn. 24; Grünewald (Fn. 9), § 224 Rn. 31, oder wenn die Anstiftungshandlung erst am Tatort erfolgte.

²³ Ebenso Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2021, § 3 Rn. 48; Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 9 Rn. 20.

²⁴ Küper, GA 2003, 363 (380).

²⁵ Hardtung (Fn. 9), § 224 Rn. 38; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 11b.

²⁶ Ebenso Grünewald (Fn. 9), § 224 Rn. 31; zur Frage der (Un-)Beachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe, vgl. auch Petersen, Die „neutrale Handlung“ im Strafrecht, 2023, S. 267 ff.

²⁷ Eidam, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 105; Engländer (Fn. 9), § 224 Rn. 13; Jäger, JuS 2000, 31 (36).

²⁸ Siehe hierzu auch Petersen (Fn. 26), S. 58 ff.

zu stellen sind, nur vor dem Hintergrund des Normzweckes beantwortet werden. Wie bereits dargelegt, hat der Gesetzgeber mit der gemeinschaftlichen Begehungsvariante der gefährlichen Körperverletzung der besonderen Gefährlichkeit des Zusammenwirkens von zwei oder mehr Personen auf Täterseite begegnen wollen. Den Grund für die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sieht der BGH „in der besonderen Gefahr für das Opfer, dass es bei der Konfrontation mit einer Übermacht psychisch oder physisch in seinen Abwehr- oder Fluchtmöglichkeiten beeinträchtigt wird, ferner in der Gefahr der Verursachung erheblicher Verletzungen infolge der Beteiligung mehrerer Personen an der Körperverletzung.“²⁹ Eine solche ist aber auch bei der Stärkung des Tatentschlusses gegeben, welche sich ja klassischerweise auch als Anfeuern des Haupttäters darstellen wird. Denn in diesem Fall besteht aus Sicht des Opfers schon in psychischer Hinsicht eine Übermachtsituation. Ebenfalls ist es nicht unwahrscheinlich, dass sich der Täter durch Anfeuerungen dazu motiviert sieht, beispielsweise stärker zuzuschlagen als er das sonst getan hätte, womit das Risiko erheblicher Verletzungen gesteigert wird. Auch vom Wortlaut her kann ein solches Bestärken in Gestalt eines Anfeuerns oder „Gut-Zuredens“ unproblematisch unter den § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB subsumiert werden.³⁰ Vor diesem Hintergrund liegt auch beim sogenannten „Happy Slapping“, bei dem die Körperverletzung beispielsweise mit einem Handy aufgenommen wird, um das Opfer anschließend durch Veröffentlichung der Aufnahmen zu erniedrigen, ein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB vor, wenn der weitere Beteiligte lediglich filmt. Denn in dieser Konstellation führt der Täter die Tat ja nur wegen der Videoaufnahme durch, sodass die Beihilfehandlung die konkrete Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung erhöht.³¹

Objektiv tatbestandlich nicht erforderlich ist, dass der Haupttäter die Einwirkung durch den Gehilfen auch tatsächlich wahrnimmt.³² Denn entgegen der herrschenden Lehre erfordert die Beihilfe gerade keinen Kausalitätszusammenhang zwischen Beihilfehandlung und Haupttat, vielmehr genügt die konkrete Gefährlichkeit der Beihilfehandlung für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter.³³ Diese ist aber unabhängig von der Wahrnehmung des Gehilfenbeitrags durch den Haupttäter, da § 27 StGB gerade keinen Beihilferfolg voraussetzt. In diesen Fällen fehlt dem Haupttäter dann aber der erforderliche Vorsatz bezüglich der gemeinschaftlichen Tatbegehung.³⁴

Nicht zweckdienlich erscheint dagegen der Vorschlag, die psychische Beihilfe nur dann für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

ausreichen zu lassen, wenn der Gehilfe „seine Bereitschaft erkennen lässt, in das Geschehen zugunsten des bisherigen Einzeltäters *aktiv einzugreifen*.“³⁵ Neben den bereits angesprochenen Aspekten, die auch andere Formen der psychischen Beihilfe als für das Opfer gefährlich erscheinen lassen, würden sich hiermit auch erhebliche Abgrenzungsprobleme ergeben. Denn wann liegt eine solche erkennbare Bereitschaft vor? Vor diesem Hintergrund erscheint die vorgeschlagene Differenzierung nicht praktikabel.³⁶

Erst recht ist damit den Stimmen in der Literatur eine Absage zu erteilen, die verlangen, dass das Opfer den anderen Beteiligten überhaupt wahrnimmt.³⁷ Sofern diese damit argumentieren, dass die Verteidigungsbereitschaft des Opfers dann erheblich beeinträchtigt wird, wenn es sich mehreren Angreifern gegenüber sieht,³⁸ wird übersehen, dass es bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nur auf die konkrete Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung ankommt und sich diese Gefahr nicht tatsächlich verwirklicht haben muss. Von der Normstruktur her muss es daher genügen, dass die Verteidigungsbereitschaft bzw. -möglichkeit des Opfers gesenkt werden könnte, nicht aber zwingend tatsächlich gesenkt wurde.³⁹

Anders stellt es sich dar, wenn der Gehilfe rein passiv bleibt und dem Haupttäter nur durch seine Anwesenheit „Mut macht“.⁴⁰ Zwar besteht auch in einer solchen Konstellation eine erhöhte Gefährlichkeit im Gegensatz zu der Situation, in der der Täter allein am Tatort anwesend ist. Insoweit sind die Ausführungen des BGH nicht umfassend, da dieser nur die physische und psychische Auswirkung auf das Opfer berücksichtigt. Die Anwesenheit weiterer Personen auf Täterseite hat aber auch oftmals eine psychische Wirkung auf den Täter selbst. Denn hierdurch kann die Hemmschwelle erhöht werden, die Tat komplett aufzugeben oder sie zumindest abzugeben. Auch kann sich der Täter dem Druck ausgesetzt fühlen, dem anderen Beteiligten „etwas beweisen“ zu müs-

³⁵ Küper, GA 2003, 363 (381 f. – *Hervorhebung im Original*); ebenso Kretschmer, JURA 2008, 916 (921); Murmann (Fn. 21), Rn. 25; Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 224 Rn. 11b; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 15), Rn. 237.

³⁶ Dies wird auch an dem Beispiel bei Moslehi, HRRS 2023, 267 (269) deutlich: „Steht eine weitere Person neben dem Aktivtäter und verschränkt mit böser Miene seine Arme, liegt der Qualifikationstatbestand nicht mehr weit.“ Lässt man dies freilich ausreichen, kann man auf das Kriterium auch verzichten.

³⁷ So aber Kretschmer, JURA 2008, 916 (921); Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 224 Rn. 25a; Wolters (Fn. 11), § 224 Rn. 31.

³⁸ Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 224 Rn. 25a.

³⁹ Ebenso BGH NStZ 2006, 572 (573): „Der Grad der Gefährlichkeit der Körperverletzung hängt jedoch von der konkreten Tatsituation, nicht aber von der Kenntnis des Tatopfers ab.“ Siehe auch Grünwald (Fn. 9), § 224 Rn. 32; Joecks/Jäger (Fn. 9), § 224 Rn. 46; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 9), § 9 Rn. 17.

⁴⁰ Dies erachtet aber wohl Wolters (Fn. 11), § 224 Rn. 32, als ausreichend.

²⁹ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 16; siehe auch Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 224 Rn. 11.

³⁰ So auch Kretschmer, JURA 2008, 916 (921).

³¹ Anders dagegen Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 224 Rn. 11b, da das Filmen eine körperverletzungsfremde Handlung darstelle.

³² So aber BGH NStZ-RR 2016, 136 (137); Beukelmann, NJW 2016, 248; Joecks/Jäger (Fn. 9), § 224 Rn. 43.

³³ Dazu im Detail Petersen (Fn. 26), S. 41 ff., 52 f.

³⁴ Ebenso Grünwald (Fn. 9), § 224 Rn. 32; siehe auch Joecks/Jäger (Fn. 9), § 224 Rn. 44.

sen. Diese Wirkung lässt sich insbesondere auch bei Mutproben Jugendlicher oder Kinder beobachten. Allerdings lässt der Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, der ja eine mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftliche Begehung fordert, eine solche Auslegung nicht zu. Von einer solchen Begehung kann nämlich nur die Rede sein, wenn mehr zur Tat beigetragen wird als nur die Anwesenheit am Tatort. Denn eine Begehung durch Unterlassen kommt nur in den Fällen des § 13 StGB in Betracht, wenn also den Unterlassenden eine Garantenpflicht trifft. Da der Wortlaut einer Norm die Grenze der Gesetzesauslegung bildet, kommt eine Einbeziehung passiver Beteiligter folglich nicht in Betracht.⁴¹

Anders könnte ein reines Passivbleiben, also Unterlassen, aber dann zu beurteilen sein, wenn den Unterlassungstäter eine besondere Handlungspflicht i.S.v. § 13 StGB trifft, worauf nun einzugehen ist.

3. Kann § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen verwirklicht werden?

Damit ist sich nun der Frage zuzuwenden, mit welcher sich der BGH in den beiden aktuellen Entscheidungen auseinandergesetzt und die er dabei unterschiedlich beantwortet hat.

Die Konstellation, in der sowohl der Täter als auch der Beteiligte „nur“ unterlässt, hatte der BGH in den beiden Entscheidungen zu beurteilen.

Der Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB lässt, wie bereits ausgeführt, keine weiteren Rückschlüsse darauf zu, welche Formen der Beteiligung erfasst sind. Auch die Systematik bietet keine Anhaltspunkte, da in den anderen Begehungsvarianten die Mitwirkung eines weiteren Beteiligten nicht erforderlich ist.

Übrig bleibt damit die teleologische Auslegung. Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB um ein konkretes Gefährlichkeitsdelikt.⁴² Damit ist die konkrete Gefährlichkeit der gemeinschaftlichen Tatbegehung maßgeblich. Somit stellt sich die Frage, ob die Gefährlichkeit einer Körperverletzung, bei der sowohl der Täter als auch sein Mittäter bzw. Gehilfe nicht aktiv handeln, sondern die gebotene Handlung „nur“ unterlassen, von einer vergleichbaren Gefährlichkeit wie eine durch aktives Tun begangene gemeinschaftliche Körperverletzung ist.

Bei dieser Frage gehen die Auffassungen des 2. und 6. Strafsenats des BGH auseinander. Der 6. Strafsenat, der § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch in dieser Konstellation bejaht, argumentiert mit einer wechselseitigen Stärkung des Tatenschlusses und dem Vorliegen eines gefahrsteigernden gruppodynamischen Effekts. Dagegen bleibt der 2. Strafsenat in der Begründung seiner Ablehnung eher knapp, indem er schlagwortmäßig feststellt, die für die Strafschärfung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erforderliche Gefährlichkeit bestehe nur bei aktiven Tatbeiträgen der am Tatort anwesenden Beteiligten, und ferner die Erfüllung der Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB negiert.

⁴¹ Hilgendorf, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 224 Rn. 15; Kretschmer, JURA 2008, 916 (921).

⁴² Siehe hierzu bereits oben unter III. 1.

Auch die wohl herrschende Auffassung in der Literatur verneint § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB bei einem bloßen Unterlassen mehrerer Garanten und begründet dies mit der fehlenden erhöhten Gefahrschaffung.⁴³

Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung des § 13 StGB zum Ausdruck gebracht, dass er das Unterlassen bei Garanten grundsätzlich als gleichwertig mit der Tatbegehung durch positives Tun erachtet. Die Gleichwertigkeit zwischen Tun und Unterlassen besteht jedoch dann nicht, wenn die Entsprechungsklausel nicht erfüllt ist, womit der 2. Strafsenat auch argumentiert. Der Entsprechungsklausel kommt nur bei verhaltensgebundenen Delikten, die eine besondere Handlungsweise voraussetzen, also beispielsweise der Heimtücke in § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB oder der Gewalt in § 240 Abs. 1 StGB, eine eigene Bedeutung zu, nicht dagegen bei Straftatbeständen, die lediglich die Verursachung eines bestimmten Erfolgs voraussetzen, wie z.B. der Totschlag nach § 212 Abs. 1 StGB.⁴⁴ Bei den verhaltensgebundenen Delikten ist entscheidend, ob der soziale Sinngehalt mit der Tatbestandshandlung des Begehungsdelikts übereinstimmt, also an Intensität und Gefährlichkeit vergleichbar ist.⁴⁵ Damit ist auch für die Erfüllung der Entsprechungsklausel entscheidend, ob bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ein Unterlassen sowohl des Täters als auch des Beteiligten in seiner Gefährlichkeit der Situation gleichkommt, in der beide aktiv handeln.⁴⁶

Bei der einfachen Körperverletzung als bloßem Erfolgsdelikt ist die Antwort schnell gefunden. Hier macht es offensichtlich keinen Unterschied in der Gefährlichkeit, ob die körperliche Misshandlung und/oder Gesundheitsschädigung durch ein positives Tun oder ein Unterlassen eines Garanten hervorgerufen werden. Damit stellt sich nur die Frage, ob die besondere Gefährlichkeit der gemeinsamen Begehung auch bei einem Unterlassen beider Beteiligten vorliegt.

Dem Gesetzgeber schwebte bei der Schaffung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zweifellos die Konstellation vor, in der der Haupttäter aktiv Körperverletzungshandlungen am Opfer vornimmt, während der weitere Beteiligte das Opfer beispielsweise festhält. Das schließt jedoch noch nicht aus, dass die Qualifikation auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann, da sich der Gesetzgeber nie sämtliche nur denkbaren Begehungskonstellationen eines Straftatbestands bei der Gesetzesschaffung vergegenwärtigen kann und es gerade auf

⁴³ Bosch, JURA 2023, 1226; Grünwald (Fn. 9), § 224 Rn. 33; Hardtung (Fn. 9), § 224 Rn. 38; Jäger, JuS 2000, 31 (37); Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 224 Rn. 11b; Wengenroth, JA 2014, 428 (430 f.); Wolters (Fn. 11), § 224 Rn. 35; anders dagegen Eisele, JuS 2023, 881 (882), für die Fälle, in denen das Opfer befürchten muss, „dass die untätigen Garanten ggf. zu einem aktiven Tun übergehen“. Dagegen spricht jedoch wiederum der Charakter des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB als konkretes Gefährlichkeitsdelikt.

⁴⁴ Fischer, Die Garantenstellung aus Ingerenz, 2022, S. 79 (m.w.N. S. 72); Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 13 Rn. 4; Zieschang (Fn. 19), Rn. 619.

⁴⁵ Bosch (Fn. 44), § 13 Rn. 4.

⁴⁶ Zutreffend Wagner, ZJS 2023, 1014 (1025): Die Entsprechungsklausel dient nicht als eigenständiges Argument.

die abstrakten Umschreibungen in den Tatbeständen ankommt, mit denen der Gesetzgeber seinen Willen niederlegt.

Betrachtet man nun den den BGH-Entscheidungen zugrundeliegenden Fall, dass zwei Garanten am Tatort anwesend sind und dem Opfer nicht zu Hilfe kommen, so muss dem 2. *Strafsenat* darin zugestimmt werden, dass hier grundsätzlich durch die Anwesenheit des anderen Beteiligten am Tatort die Situation des Opfers nicht verschlimmert wird. Es macht keinen Unterschied für das Opfer, ob am Tatort nur ein einzelner untätiger Garant anwesend ist oder aber mehrere.⁴⁷ Damit ist dem 2. *Senat* insoweit recht zu geben, als die Anwesenheit eines weiteren unterlassenden Garanten an sich nicht zur Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB führt. Allerdings ist zu bedenken, dass sich die Garanten wechselseitig durch ihre Untätigkeit konkludent in ihrem Tatentschluss bestärken können.⁴⁸ Das Unterlassen ist in diesem Fall also kein bloßes Nichtstun, sondern ihm kommt ein darüber hinausgehender kommunikativer Sinngehalt zu. Dabei handelt es sich dann um eine psychische Beihilfe durch positives Tun zur jeweiligen Unterlassungstat des anderen.⁴⁹ Vor dem Hintergrund des Charakters des § 224 StGB als konkretes Gefährlichkeitsdelikt reicht es insoweit aus, wenn objektiv möglich erscheint, dass der Täter in seinem Tatentschluss wankt. Denn das Unterlassen des einen macht es unwahrscheinlicher, dass der andere eingreift und ist so konkret gefährlich für das Rechtsgut. Umgekehrt bedeutet das, dass die konkludente psychische Beihilfe nur dann ausscheidet, wenn es objektiv ausgeschlossen ist, dass der jeweils andere in seinem Tatentschluss wankt. Dies wirkt sich zwar auf das „Ob“ der Tatbegehung und nicht auf die Intensität der Körperverletzung aus. An den möglichen Auswirkungen auf das Opfer, die bei § 224 Abs. 1 StGB gerade im Vordergrund stehen, ändert dies aber gerade nichts.⁵⁰ Zwar sind diese Beihilfehandlungen subsidiär gegenüber der jeweiligen Unterlassungstäterschaft, gleichwohl sind sie bei dem jeweils anderen Täter i.R.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu berücksichtigen. Dies führt auch nicht dazu, dass man bei einem nicht am Tatort anwesenden Anstifter ebenfalls § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB bejahen müsste.⁵¹ Denn die Einwirkung auf den Tatentschluss zum Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens ist wegen des zeitlichen Zusammenhangs mit der Tatbegehung für die Rechtsgüter des Opfers gefährlicher als eine weiter zurückliegende Anstiftungshandlung.⁵²

Vor diesem Hintergrund können die beiden Entscheidungen des BGH vom Ergebnis her nach hier vertretener Auffassung nebeneinander bestehen bleiben. Denn im Fall des

2. *Senats* fehlt es an Feststellungen, ob es hier objektiv als möglich erschien, dass einer der Angeklagten in seinem Tatentschluss wankte. Mangels dieser Feststellungen konnte der BGH daher einen unverbrüchlichen Tatentschluss nicht ausschließen, sodass die Schuldspruchänderung auch bei Zugrundelegung der hiesigen Auffassung folgerichtig war.⁵³ Auch gab es keine Erkenntnisse zu einer (auch konkludenten) Absprache zwischen den Beteiligten, sodass schon fraglich ist, ob hier überhaupt eine taugliche Beihilfehandlung vorlag.

Anders stellt es sich dagegen im Fall des 6. *Strafsenats* dar. Hier stellten die Richter fest, dass zwischen den Beteiligten eine ausdrückliche Vereinbarung, keine Hilfe zu holen, bestand, an welche sich diese auch gebunden fühlten. Zwar führt der *Senat* nicht explizit aus, dass hier gleichzeitig auch eine psychische Beihilfe vorliegt, allerdings gehen seine Ausführungen in dem Beschluss in diese Richtung, wenn davon die Rede ist, „dass die getroffene Vereinbarung und die damit einhergehende Verbundenheit [...] wechselseitig den jeweiligen Tatentschluss, die gebotene Hilfe zu unterlassen“, verstärken.⁵⁴

Gleiches gilt, wenn nur bei dem Beteiligten ein Unterlassen vorliegt, also beispielsweise der Haupttäter das Opfer verprügelt und der Beschützer Garant nicht eingreift. Auch in diesem Fall ist auf den kommunikativen Sinngehalt des Unterlassens und eine mögliche subsidiäre psychische Beihilfe durch aktives Tun abzustellen.⁵⁵

IV. Fazit

Die beiden Entscheidungen sind also beim richtigen Verständnis des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB als konkretes Gefährlichkeitsdelikt durchaus miteinander in Einklang zu bringen. Dennoch bleibt abzuwarten, wie sich der BGH künftig positioniert. Sollte der 2. *Strafsenat* tatsächlich auf einem grundsätzlichen Ausschluss des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB beharren, so wird eine Anrufung des *Großen Senats für Strafsachen* unumgänglich sein.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Johannes Petersen, Würzburg*

⁴⁷ So auch *Kudlich*, JA 2023, 694 (696).

⁴⁸ In diesem Sinne BGH NJW 1998, 465 (466); *Moslehi*, HRRS 2023, 267 (270); *Wagner*, ZJS 2023, 1014 (1023); hierzu auch *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2023, 458302.

⁴⁹ So auch *Wolters* (Fn. 11), § 224 Rn. 35; ablehnend *Krehl*, NSTZ 2023, 609 (611).

⁵⁰ Anders jedoch *Kudlich*, JA 2023, 694 (696).

⁵¹ So aber *Kudlich*, JA 2023, 694 (696).

⁵² Daher geht auch die Kritik von *Wagner*, ZJS 2023, 1014 (1026) fehl, da die Einwirkung durch den Anstifter zum Zeitpunkt des Versuchsbeginns bereits abgeschlossen ist.

⁵³ Im Ergebnis nimmt auch *Krehl*, NSTZ 2023, 609 (611), in diesem Punkt keinen Widerspruch zwischen den beiden Entscheidungen an.

⁵⁴ BGH NJW 2023, 2060 (2060 Rn. 42).

⁵⁵ Anders dagegen *Wengenroth*, JA 2014, 428 (431), der beim Unterlassen des anderen Beteiligten neben dem aktiv handelnden Täter stets § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB verneint.

* Der *Autor* ist Rechtsreferendar und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Frank Zieschang) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

B u c h r e z e n s i o n

Niklas Gräbener, Zweifelssatz und Verbandsstrafe, Duncker & Humblot, 282 S., € 79,90.

Die Arbeit von *Gräbener* vereint im Titel eine ältere Komponente – den Streit um den Zweifelssatz – und eine jüngere, nämlich die Verbandsstrafe. Während die Frage nach der Behandlung unsicherer Sachverhalte bereits im römischen Recht anzufinden ist,¹ hat jedenfalls die Frage nach einer Strafe für Verbände erst in jüngerer Zeit erneut besondere Aufmerksamkeit erlangt.² Die im Ergebnis anerkannten alten Rechtssätze auch für ein noch kommendes Recht zu prüfen, ist sinnvoll. Insofern können entsprechende Erkenntnisse die aktuelle Rechtsentwicklung beeinflussen.

Gräbener nimmt in seinem Werk einen logischen Dreischritt vor. Zunächst beschreibt er in einem ersten Teil die Frage nach der Zweifelssatz im Strafprozess. Diese Grundannahme vertieft er im zweiten Teil, wenn er daraus Ideen zum Zweifelssatz im Individualstrafrecht darstellt. Das ist stringent, denn nur das, was für die Strafbarkeit und das entsprechende Verfahren für Menschen gelten kann, steht insofern zur Debatte einer Anwendung auf ein Verbandsstrafrecht. Diesen Transfer versucht er dann im dritten Teil herauszuarbeiten.

Dass sich *Gräbener* mit Fleiß an die Arbeit gemacht hat, sieht man nicht nur an den umfangreichen Belegen. Auch die Systematik seiner Arbeit ist konsequent und führt dazu, dass ein Stein auf den nächsten gelegt ist. Das kommt dem Leser entgegen, denn er kann den Gedanken des *Autors* leicht folgen.

Im ersten Teil geht *Gräbener* auf die möglichen Situationen ein, in denen die Anwendung einer Entscheidungsregel notwendig ist. Der Zweifelssatz ist dann anzuwenden, wenn die Feststellungen eine sichere Entscheidung für oder gegen die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals nicht zulassen. Es ist also diejenige Variante anzuwenden, die für den Beschuldigten am mildesten ausfällt. Das sind die notwendigen Vorarbeiten.

Den eigentlichen Grundstock seiner Arbeit legt *Gräbener* im zweiten Teil. Er beschreibt verschiedene Ansätze, warum der Grundsatz in dubio pro reo im deutschen Strafverfahren gilt. Bei der Frage, ob der Zweifelssatz aus der Unschuldsvermutung herzuleiten sei, kommt der *Autor* aus meiner Sicht zwar zu einem richtigen Ergebnis: aus ihr kann der Grundsatz in dubio pro reo nicht hergeleitet werden. Die Antworten aber, mit welchem Gehalt er die Unschuldsvermutung versteht (nach *Gräbener* ist sie ausschließlich Absicherung des Schuldprinzips, S. 78 f.), teile ich nicht. Aus meiner Sicht ist die Unschuldsvermutung vor allem aus dem Rechtsstaats-

prinzip abzuleiten³ und zudem (auch) die prozessuale Absicherung des Zweifelssatzes. Während letzterer in der Urteilsfindung zum Tragen kommt, findet die Unschuldsvermutung im gesamten restlichen Verfahren – also vom Beginn des Ermittlungsverfahrens bis zur Urteilsberatung – ihren Anwendungsbereich.⁴

Gräbener kommt zu dem Ergebnis, dass der Zweifelssatz im Individualstrafrecht aus dem Schuldgrundsatz herzuleiten sei. Dieser wiederum fuße einerseits auf dem Rechtsstaatsprinzip; zum anderen gründe er sich in der Menschenwürde (S. 118 f.). Im Ergebnis sei der Zweifelssatz eine „schlichte Umformulierung“ des Verbots einer Verdachtsstrafe, das aus dem Schuldprinzip folge (S. 132).

Damit ein Verbandsstrafrecht existieren kann, braucht es zunächst Antwort auf eine Grundfrage: kann eine juristische Person sich schuldig machen im Sinne des Strafrechts? Dieser Frage geht *Gräbener* zu Beginn seines dritten Teils nach. Er begibt sich dabei zwangsläufig in besondere „Untiefen“, denn wer die Frage nach der strafrechtlichen Schuld stellt, kommt schnell in rechtsphilosophische Überlegungen, die jedenfalls eine Dissertation in der Regel vom Umfang sprengen. Insofern ist es im Rahmen seiner Arbeit klug, die Frage nur darstellend zu beantworten und sich hinsichtlich der Antwort anzuschließen (S. 84 ff.). Er lehnt die Begründung des Schuldprinzips auf Grundlage eines Strafzwecks ab und schließt sich der Ansicht an, dass Rechtsstaatsprinzip (S. 108 ff.) und Menschenwürde (S. 110 f.) das Fundament für das Prinzip seien.

Die vom *Autor* anschließend eingebaute rechtsvergleichende Perspektive nach England, in die USA, die Schweiz sowie nach Österreich, wo es bereits Verbandsstrafrecht in Kraft gibt, macht seine Überlegungen greifbar (S. 201 ff.). Zudem geht er an dieser Stelle auch auf die aktuelle deutsche Regelung aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 30 OWiG) sowie auf zwei deutsche Entwürfe zu einem Verbandsstrafrecht ein (S. 215 ff.). Er kommt damit insgesamt zu dem Ergebnis, dass es in einem Verbandsstrafrecht zwar Vorwerfbarkeit brauche, nicht aber (personale) Schuld (S. 236 ff.). Damit ist sein Weg scheinbar frei, die Frage zu beantworten, ob der Zweifelssatz auch in einem Verbandsstrafrecht gelten könne.

Problematisch ist aber, dass *Gräbener* in seinem zweiten Teil den Zweifelssatz ausschließlich auf den Schuldgrundsatz gestützt hat.⁵ Denn das macht es notwendig, entweder eine Verbandsschuld zu entwickeln oder – wie der *Autor* es tut – den Schuldgrundsatz in seinem Anwendungsbereich einzuschränken. Damit wird der Grundsatz aber im hiesigen Kontext verkürzt auf den Aussagegehalt: Verbot von Verdachtsstrafen.

Das Argument *Gräbeners*, es brauche für den Verband keine strafrechtliche Schuld, sondern nur zurechenbares normwidriges Verhalten, halte ich überdies für gefährlich:

¹ Digesten 48, 19, 5 pr (*Ulpian* unter Berufung auf *Trajan*). Siehe dazu auch *Zopfs*, Der Grundsatz „In dubio pro reo“, 1999, S. 237, 328 ff.

² Siehe nur beispielsweise die Arbeit von *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?, 2013; *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* (Hrsg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016.

³ *Staudinger*, Welche Folgen hat die Unschuldsvermutung im Strafprozess?, 2015, S. 56 m.w.N.

⁴ Siehe dazu ausführlich *Staudinger* (Fn. 3), S. 71 ff. m.w.N.

⁵ Siehe auch *Gräbener*, ZStW 2022 (134), 218 (224 f.) m.w.N.

was genau bestimmt den Unterschied? Wann braucht es individuelle Schuld, wann nur einen (wie?) zurechenbaren Normbruch? Wer nur auf letzteres abstellt, der könnte mit derselben Argumentation auch Strafe für schuldunfähige Kinder begründen, wenn nur ein Verdacht zur Gewissheit erstarkte.

Gräbener versucht diesem Dilemma zu entgehen, indem er die Schuld des Grundsatzes *nulla poene sine culpa* dergestalt definiert, dass sie sich in der Aussage erschöpfe, „dass Strafe an vorwerfbares Verhalten anzuknüpfen und für dieses Verhalten eine sachgerechte Sanktion darzustellen hat“ (S. 119). Das stellt sich zwar für seine Arbeit als zielführend heraus; es löst aber gerade nicht die oben angesprochenen Gefahren. Dass der Zweifelssatz auch ohne Fixierung auf den Schuldgrundsatz verfassungsrechtlich verankert werden kann, hat zudem bereits *Schwabenbauer* gezeigt, der sie richtigerweise auf das Rechtsstaatsprinzip zurückführt.⁶ Diese Lösung verwirft Gräbener aber in seiner Arbeit inzidenter (S. 47), wenn er den Zweifelssatz dem materiellen Recht zuordnet. Die Argumentation hierbei, es werde der Zweifelssatz im Rahmen der Sachrüge bei Revisionen aufgrund möglicher Verletzung des § 261 StPO (Beweiswürdigung) geprüft, ist insoweit nicht besonders stark. Denn der Zweifelssatz als Entscheidungsregel ändert nicht das materielle Recht an sich, sondern regelt nur den Umgang mit entsprechenden Zweifeln.⁷

Der *Autor* kommt in seiner Arbeit am Ende zu einem richtigen Ergebnis: Der Zweifelssatz ist auch in einem kommenden Verbandsstrafrecht anzuwenden. Eine Beweislastumkehr im Sinne eines *in dubio contra reum* bei Verbänden lehnt er mit Recht ab. Seine Herleitung dazu ist aber aus meiner Sicht nicht ausreichend tragfähig, insbesondere weil er den Zweifelssatz ausschließlich auf den Schuldgrundsatz stützt. Das nötigt ihn dazu, den Schuldgrundsatz einzuschränken, damit die individuelle Strafbegründungsschuld nicht Voraussetzung für die Anwendung auf ein Verbandsstrafrecht ist. Das ist aus meiner Sicht – wie ausgeführt – nicht ungefährlich.

Gräbeners Arbeit ist dennoch lesens- und beachtenswert. Sie überzeugt mich zwar nicht aus den oben ausgeführten Gründen; gleichwohl regt sie an, sowohl über die (alte) Frage des Geltungsgrunds der Regel *in dubio pro reo* als auch über diese Regel in einem (neuen) Verbandsstrafrecht nachzudenken. Denn richtigerweise hat der *Autor* die Problemfrage aufgeworfen, wie mit einem vom Schuldgrundsatz geprägten Strafrecht materiell wie prozessual umzugehen ist mit Blick auf Verbände, die keine (individuelle) Schuld verwirklichen können. Das Verdienst dieser Arbeit ist es, hierzu einen weiteren sehr bereichernden Denkanstoß gegeben zu haben.

RA Dr. Wolfgang Staudinger, Weißenburg

⁶ *Schwabenbauer*, Der Zweifelssatz im Strafprozess, 2012, S. 48 ff. m.w.N.

⁷ Richtig daher *Schwabenbauer* (Fn. 6), S. 25 f. m.w.N.