

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

2/2024
3. Jahrgang

S. 64-149

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente
Von Simon Kemper, Freiburg im Breisgau 64

Über das Verhältnis von Unrechts- und Zurechnungslehre
Zugleich eine Besprechung von *Pepe Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre
von der objektiven Zurechnung
Von Dr. Martin Heuser, Regensburg 83

Das Konkurrenzverhältnis der privilegierenden Spezialität im Strafrecht am Beispiel der
§§ 267, 277 StGB a.F.
Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22
Von Wiss. Mitarbeiter Yusef Mansouri, Bayreuth 93

Europäisches Strafrecht

Menschenrechtswidrige Haftbedingungen als Ablehnungsgrund in der Praxis des
Europäischen Haftbefehls
Betrachtungen aus der Perspektive der deutschen Gerichtsbarkeit unter besonderer
Berücksichtigung des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens
Von Wiss. Mitarbeiter Neil Goerge, Düsseldorf 107

Ausländisches Strafrecht

Die Wandlung des Begriffs der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in Ostasien
Eine kritische Überprüfung
Von Prof. Dr. Guisheng Cai, Peking 121

Dürfen verdeckte Ermittler im türkischen Strafprozessrecht während der Erhebung von
Beweismitteln Ton- und/oder Videoaufzeichnungen machen?
Von Dr. Efser Erden Tütüncü, Istanbul 134

BUCHREZENSIONEN

Völkerstrafrecht

Stefanie Bock/Markus Wagner (Hrsg.), *Gerechtigkeit aus der Ferne? Herausforderungen
der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen*
(PD Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M. [Berlin], Hannover/Leipzig) 145

Das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente

Von Simon Kemper, Freiburg im Breisgau*

Dieser Beitrag beantwortet die praktisch und theoretisch interessante Frage, wie der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente zu behandeln ist. Die Annahme, dass der Täter gerechtfertigt handelt (Rechtfertigungsmodell), ist unplausibel; der eigentliche Streit besteht daher nur zwischen dem Ansatz, der wegen Vollendung strafen will (Vollendungsmodell), und dem Ansatz, der wegen Versuchs strafen will (Versuchsmodell). Der Verf. plädiert für das Versuchsmodell, und zwar aus drei Gründen: Erstens passt dieses Modell exakter zum positiven Recht (Erklärungsmacht). Zweitens ist das Versuchsmodell von seiner axiologischen Substanz her überzeugender (Überzeugungskraft). Und drittens ist es im Hinblick auf die Folgen für die Anwendung der Rechtfertigungsgründe angemessener (Folgenadäquanz).

I. Einleitung

Diesem Beitrag liegt der Fall zugrunde, dass jemand vorsätzlich einen Deliktstatbestand und auch den objektiven Tatbestand eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt, ihm jedoch die Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage fehlt.¹

Auf den ersten Blick erscheint dieser Fall als einer jener, die „dogmatisch reizvoll“ sein mögen, denen aber „leider völlig die von der Judikatur nachgewiesene Lebenswirklichkeit, die dem wissenschaftlichen Streit auch praktischen Sinn gäbe“, fehlt.² Denn welches Opfer würde beispielsweise vor Gericht aussagen, dass der Täter – ohne es gewusst zu haben – einem Messerstich zuvorgekommen ist, sodass seine Tat durch Notwehr gerechtfertigt sein könnte?³ Dass es sich bei diesem Fall dennoch nicht nur um ein Glasperlenspiel für die „Vorhölle der Erwähnungsfußnoten“⁴ handelt, ergibt sich bereits aus einem flüchtigen Blick in die Geschichte der Rechtsprechung.⁵

Der Bundesgerichtshof sah sich mit dem Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente insbesondere im Rahmen des Tatbestands des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218 StGB) konfrontiert. In einem Urteil aus dem Jahr 1952 hielt

er die Verurteilung eines Arztes wegen vollendeten Schwangerschaftsabbruchs aufrecht.⁶ Der Arzt hatte bei einer seiner Patientinnen einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen, der den damaligen Tatbestand erfüllte. Zur damaligen Zeit war in der Rechtsprechung jedoch ein sogenannter übergesetzlicher Notstand anerkannt, der Schwangerschaftsabbrüche unter gewissen Umständen rechtfertigte. Im Prozess wurde festgestellt, dass der objektive Tatbestand dieses Rechtfertigungsgrundes wegen einer Krankheit der Patientin in der Tat erfüllt war. Weil der Arzt seine Patientin jedoch bloß flüchtig untersucht hatte, wusste er nicht um ihre Krankheit. Ihm fehlte also die Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage. Daraus schloss der Bundesgerichtshof, dass der Arzt wegen vollendeten Schwangerschaftsabbruchs strafbar ist. Fast 40 Jahre später, 1991, bezog der Bundesgerichtshof abermals zur Rechtsfrage aus dem Jahr 1952 Stellung.⁷ Neu war nun, dass der Gesetzgeber zwischenzeitlich einen Rechtfertigungsgrund für Schwangerschaftsabbrüche normiert hatte (§ 218a StGB), der die Rechtsprechung zum übergesetzlichen Notstand obsolet machte. Aus dieser Veränderung schloss der Bundesgerichtshof, dass ein Arzt im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente nicht wegen *vollendeten* Schwangerschaftsabbruchs (so 1952), sondern lediglich wegen *versuchten* Schwangerschaftsabbruchs zu bestrafen ist.⁸

Die These, die der Verf. in diesem Beitrag plausibilisiert, entspricht der Auffassung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1991, beschränkt diese Auffassung aber nicht auf den Spezialfall des Schwangerschaftsabbruchs, sondern wendet sie vielmehr auf *alle* Rechtfertigungsgründe an. Das heißt: Im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ist wegen Versuchs zu bestrafen, sofern der Versuch des fraglichen Delikts unter Strafe gestellt ist (sogenanntes Versuchsmodell).⁹ Diese These bedeutet, wie jede These,¹⁰ eine Negation

⁶ BGHSt 2, 111 (111 ff.).

⁷ BGHSt 38, 144 (149 ff.).

⁸ BGHSt 38, 144 (155 f.).

⁹ Ebenso etwa BGH NJW 2017, 1186 (1188); OLG Celle BeckRS 2013, 7170; OLG Naumburg NStZ 2013, 718 (719); KG GA 1975, 213 (215); Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 53 ff.; Börgers/Grunewald, ZJS 2008, 521 (527 ff.); Börner, JURA 2017, 477 (478); Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 8; Ernst, ZJS 2011, 382 (384); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 16 Rn. 23; Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 3 Rn. 17 ff.; Frisch, Strafrecht, 2022, § 4 Rn. 36 ff.; ders., in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 113 (138 ff.); ders., Vorsatz und Risiko, 1983, S. 456 f.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 16; Herzberg, JA 1986, 190 (190 ff.); Hruschka, GA 1980, 1 (16 f.); Jäger, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 50; Jakobs, Strafrecht, Allge-

* Der Verf. ist Doktorand und Mitarbeiter am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Fragen, Anregungen und Kritik nimmt er unter der dort angegebenen E-Mail-Adresse gern entgegen.

¹ Es geht also insbesondere nicht um den Fall, dass jemand fahrlässig handelt, und ebenso wenig um die Frage, ob über die Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage hinaus eine Absicht erforderlich ist.

² So Herzberg, JA 1986, 190 (190).

³ Siehe auch Herzberg, JA 1986, 190 (190); Hoven, GA 2016, 16 (16); Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S. 202.

⁴ Kersting, Macht und Moral, 2010, S. 190; Hinweis gefunden bei Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 21.

⁵ Aus neuerer Zeit BGH NJW 2017, 1186 (1188); OLG Celle BeckRS 2013, 7170; OLG Naumburg NStZ 2013, 718 (719); vgl. auch Rinck (Fn. 3), S. 202 f.; Salimi, Das subjektive Rechtfertigungselement im Strafrecht, 2010, S. 93.

ihrer Alternativen. Sie bedeutet also, dass der Täter nicht – wie es der Bundesgerichtshof 1952 meinte – wegen Vollendung zu bestrafen ist (sogenanntes Vollendungsmodell).¹¹ Sie

meiner Teil, 2. Aufl. 1991, 11/22 ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 328 ff.; *Kindhäuser*, in: ders./Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 32 Rn. 149; *ders.*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 111 ff.; *Knobloch*, JuS 2010, 864 (867); *Kudlich*, JA 2014, 587 (590); *Kuhlen*, in: Fahl (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 153 (154 f.); *Kretschmer*, JURA 1998, 244 (248); *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 192 ff.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 25 Rn. 32 ff.; *Otto*, JURA 1995, 468 (475); *Pawlik* (Fn. 4), S. 207; *Puppe*, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 183 (185 ff., 195 f., 196 ff.); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 13 ff.; *Rinck* (Fn. 3), S. 201 ff.; *Rönnau*, JuS 2009, 594 (596); *ders./Hohn*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 268; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 16; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 104 ff.; *Rudolphi*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 51 (58); *Schlehofer*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 107 f.; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983, S. 182 f., 185; *Schünemann*, GA 1985, 341 (373 f.); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 15; *Stratenwerth*, in: Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, 1975, S. 177 (189 f.); *ders./Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 153 ff.; *Streng*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 469 (473 ff., 487); *Theile*, ZJS 2009, 545 (548 f.); *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 372 f.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 134 f.

¹⁰ Siehe *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 13 ff.

¹¹ Ebenso etwa *Alwart*, GA 1983, 433 (454 f.); *Gallas*, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 155 (172 ff.); *Gössel*, in: Kurt (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 93 (98 f.); *Heinrich*, JURA 1997, 366 (374); *Hirsch*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 50 ff.; *ders.*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 254 f.; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 323 f.; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 18 Fn. 37; *Paeffgen*, in:

bedeutet auch, dass der Täter – so die dritte Lösungsmöglichkeit – nicht gerechtfertigt ist (sogenanntes Rechtfertigungsmodell)¹².

Zur Plausibilisierung dieser These zeigt der *Verf.* zunächst, dass subjektive Rechtfertigungselemente notwendig sind, dass also nicht das Rechtfertigungsmodell angenommen werden sollte (II.). Der eigentliche Streit um den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente besteht daher nur zwischen dem Versuchs- und dem Vollendungsmodell.¹³ Es gilt also zu zeigen, dass das Versuchsmodell dem Vollendungsmodell vorzuziehen ist. Hierfür wird dreistufig vorgegangen: Erstens wird der *Verf.* nachweisen, dass das Versuchsmodell exakter zum positiven Strafrecht passt (III., Erklärungsmacht).¹⁴ Zweitens wird der *Verf.* das Versuchs-

Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 399 (421 ff.); *ders.*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 156 Fn. 382; *ders./Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 124 ff.; *Stemler*, ZJS 2010, 347 (356); *Triffterer*, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 209 (224 f.); *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 263 ff.; *Zieschang*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Fn. 9), § 34 Rn. 84.

¹² Dieses Modell wurde – etwa von *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 141 – insbesondere in der klassischen Verbrechenslehre vertreten; vgl. auch *Gropp*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 247 (249 f.); *Salimi* (Fn. 5), S. 9. In der neueren Literatur ist der letzte große Vertreter dieses Zusammenhanges *Spendel*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 11), § 32 Rn. 138 ff.; *ders.*, in: Herzberg (Fn. 11), S. 197 (197 ff.); *ders.*, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Fn. 11), S. 245 (245 ff.). Einen im Ergebnis identischen, in der Begründung abweichenden Ansatz vertritt heute *Rath*, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S. 631 ff., 654 (atypischer Unrechtsausschluss), der freilich ausdrücklich nicht um die Erklärungsmacht seines Ansatzes bemüht ist (S. 79 f.); zust. *Gropp* (a.a.O.), S. 256 f., 258; *ders./Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 49 ff.; treffend kritisch *Salimi* (Fn. 5), S. 27 f.

¹³ So bezeichnet etwa *Hoven*, GA 2016, 16 (17), das Rechtfertigungsmodell als „überholt“; ähnlich *Hirsch*, in: Roxin (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 199 (233); *Schmidt*, Mehraktive Rechtfertigungskonstellationen am Beispiel des Festnahme-rechts und der Notrechte, 2007, S. 37. Schon 1965 schreibt auch *Lenckner* (Fn. 9), S. 192: „In Wahrheit verlaufen die Fronten daher nicht, wie es nach den eingangs dargestellten Thesen den Anschein hatte, zwischen den Anhängern und Gegnern der Theorie von den subjektiven Rechtfertigungselementen, sondern zwischen denen, die Versuch, und denen, die Vollendung annehmen. In der Tat ist dies das einzige Problem, über das zu streiten heute noch Sinn hat.“

¹⁴ Beim Kriterium der Erklärungsmacht geht es also darum, dass ein plausibles Modell auch de lege lata fungieren können

modell – losgelöst vom positiven Strafrecht – als das Modell nahelegen, das von seiner axiologischen Substanz her am ehesten überzeugt (IV., Überzeugungskraft).¹⁵ Und drittens ist aufzuzeigen, dass die Folgen des Versuchsmodells für die Anwendung des Strafrechts angemessener sind als die Folgen, die aus dem Vollendungsmodell zu ziehen sind (V., Folgenadäquanz).¹⁶ Die wesentlichen Ergebnisse werden abschließend theseartig zusammengefasst (VI.).

II. Notwendigkeit subjektiver Rechtfertigungselemente

Insbesondere *Spendel* vertritt das Rechtfertigungsmodell.¹⁷ Er geht also davon aus, dass es keiner subjektiven Rechtfertigungselemente bedarf. Das heißt etwa, dass sich der Tatbestand der Notwehr (§ 32 StGB) nur aus einer sogenannten Notwehrlage (gegenwärtiger rechtswidriger Angriff) und einer sogenannten Notwehrhandlung (gebotene und erforderliche Verteidigung) zusammensetzt, während es in subjektivi-

muss, und nicht nur als Modell de lege ferenda in Betracht kommen darf. Zu diesem Kriterium siehe nur *Pawlik*, GA 2014, 369 (373 f.); *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 469 (478).

¹⁵ Beim Kriterium der Überzeugungskraft geht es also darum, die hinter einem bestimmten Modell stehenden Überzeugungen offenzulegen. Zur Aufgabe der (Straf-)Rechtswissenschaft, diese Überzeugungen offenzulegen, siehe etwa *Jakobs*, in: *Pawlik* (Hrsg.), *Günther Jakobs Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, S. 133 (133 ff.); *ders.*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 18 f. mit Fn. 15; *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 30 ff., 120 ff., 129 ff.; v. *Liszt*, in: *Rüping* (Hrsg.), *Franz von Liszt*, Bd. 1, 1999, S. 126 (126 f.); *Mañalich*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, S. 613 (613 ff.); *Oehler*, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, 1950, S. 202 ff.; *Pawlik*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (a.a.O.), S. 217 (217 ff.); *ders.* (Fn. 10), S. 33 f., 79 ff.; *ders.*, GA 2014, 369 (369 ff.); *ders.* (Fn. 4), S. 26 ff., 52 ff.; *ders.* (Fn. 14), S. 475 ff., 490 ff.; *ders.*, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 147 f.; *Radbruch*, in: *Kaufmann* (Hrsg.), *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe*, Bd. 2, 1993, S. 233 f.; *Robles Planas*, ZIS 2010, 357 (357 ff., 363 ff., 365); *Roxin*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl. 1973, S. 40; *Welzel*, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, S. VII ff.; *Wolf*, *Strafrechtliche Schuldlehre*, Teil I, 1928, S. 112 ff.; speziell zum Problem der fehlenden subjektiven Rechtfertigungselemente siehe auch *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 113 ff., 115 ff.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (190).

¹⁶ Beim Kriterium der Folgenadäquanz geht es also um das Gebot der Folgenberücksichtigung, das „für alles praktische Handeln [gilt], also auch für den Vollzug des Rechts, unabhängig davon, mit welchen juristischen Mitteln dieses Recht im konkreten Fall gewonnen worden ist“, *Puppe*, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4. Aufl. 2019, S. 158; ähnlich *Pawlik* (Fn. 4), S. 47.

¹⁷ Siehe Fn. 12.

ver Hinsicht noch nicht einmal der Kenntnis des notwehrbegründenden Sachverhalts bedarf.

Diese These *Spendels* rührt aus seinem materiellen Verbrechensbegriff her: *Spendel* versteht den materiellen Begriff des Unrechts rein objektiv, den der Schuld rein subjektiv.¹⁸ Das rein objektive Unrechtsverständnis gelte dabei sowohl für die Unrechtsbegründung, also für die Tatbestandsmäßigkeit, als auch für den Unrechtsausschluss, also für die Rechtfertigungsgründe. Wenn demnach ein rein objektiver Unrechtsbegriff vertreten wird und dementsprechend für die Unrechtsbegründung wie auch für den Unrechtsausschluss rein objektiv vorgegangen wird, dann ist es nur konsequent, auch die Rechtfertigungsgründe rein objektiv zu lesen, auf subjektive Rechtfertigungselemente zu verzichten und somit das Rechtfertigungsmodell zu vertreten.¹⁹ In den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs um den Schwangerschaftsabbruch müsste *Spendel* also darauf abstellen, dass die objektiven Voraussetzungen des Notstands erfüllt sind und der Arzt deswegen gerechtfertigt ist.

Es entspricht der nahezu ubiquitären Meinung, dass dieser Ansatz weder überzeugungskräftig noch erklärungs mächtig ist. Er verdient es zwar trotzdem nicht, „totgeschwiegen“ zu werden,²⁰ zwei allgemeine Gegenargumente sollten jedoch ausreichen.

Zunächst lässt sich *Spendels* Ansatz in Sachen Überzeugungskraft nur, aber immerhin vorwerfen, dass er eine etwa 100-jährige Entwicklung verpasst hat, die sich plakativ als *Subjektivierung des Unrechtsbegriffs* bezeichnen lässt.²¹ Diesen gemeinsamen Nenner teilen zahlreiche wichtige Entwicklungsschritte in der Strafrechtswissenschaft, insbesondere *Welzels* sogenannte finale Handlungslehre.²² Auf der Seite der Schuld sieht es für *Spendels* Ansatz nicht besser aus. Denn mit der Subjektivierung des Unrechtsbegriffs ist seit jeher eine *Objektivierung des Schuldbegriffs* einhergegangen, die die Schuldfrage von einer individuellen Beziehung zwischen der Tat und dem Täter losgelöst und mit dem Begriff der Vorwerfbarkeit an normativen, d.h. normbezogenen, Maßstäben ausgerichtet hat.²³ Diese doppelte Entwicklung geht sogar so weit, dass die Trennung von Unrecht und

¹⁸ *Spendel*, in: *Herzberg* (Fn. 11), S. 197 (207); *ders.*, in: *Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk* (Fn. 11), S. 245 (251 f.); *grundlegender ders.*, ZStW 65 (1953), 519 (519 ff.).

¹⁹ *Niese* (Fn. 11), S. 17; *Rath* (Fn. 12), S. 253; *Rinck* (Fn. 3), S. 207; *Schünemann*, GA 1985, 341 (371).

²⁰ Seine eigene Auffassung hält *Spendel* (Fn. 12 – LK-StGB), § 32 Rn. 138 für eine „beachtliche, heute aber meist totgeschwiegene Mindermeinung“.

²¹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 329; *Köhler* (Fn. 11), S. 321 f.; *Kretschmer*, JURA 1998, 244 (248); *Otto*, JURA 1995, 468 (475); *Rosenau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 14; *Schlüchter* (Fn. 9), S. 182; *Streng* (Fn. 9), S. 211; *Zimmermann*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 2, 2020, § 37 Rn. 59; siehe auch *Brüning*, ZJS 2013, 511 (516); *Prittitz*, JURA 1984, 74 (75 f.); *Salimi* (Fn. 5), S. 14 ff., 31.

²² Dazu siehe nur *Welzel*, ZStW 51 (1931), 703 (703 ff.).

²³ Siehe *Pawlik*, in: *Dannecker* (Fn. 9), S. 133 (134 f.).

Schuld, von *Welzel* noch als „wichtigste[r] dogmatische[r] Fortschritt der letzten zwei bei drei Menschenalter“ gerühmt,²⁴ prinzipiell bezweifelt wird.²⁵ Zwar ist kein Qualitätskriterium eines Ansatzes, wie viele Befürworter er hat. Es ist aber auch kein Zufall, dass *Spendel* als „einer der letzten Verfechter einer rein objektiven Unrechtslehre“ gilt²⁶ und an der prominentesten Stelle seiner Ausführung – im Leipziger Kommentar – heutzutage das Versuchsmodell befürwortet wird.²⁷

Zudem ist *Spendels* Ansatz nicht erklärungs mächtig. Die fehlende Erklärungsmacht seines Ansatzes lässt sich vor allem an vier Stellen des positiven Rechts festmachen.

Erstens: Beispielsweise setzt die Notwehr voraus, dass der Täter handelt, um einen Angriff abzuwenden (§ 32 Abs. 2 StGB). Um einen Angriff abzuwenden, kann aber nur handeln, wer überhaupt davon weiß, dass er angegriffen wird. Mit anderen Worten ist für die Notwehr eine Verteidigungsabsicht erforderlich,²⁸ die nur haben kann, wer vorher überhaupt die Kenntnis des notwehrbegründenden Sachverhalts hatte.²⁹ Das Rechtfertigungsmodell ist also nicht mit dem Wortlaut des Notwehrtatbestandes vereinbar.³⁰

Für die anderen Rechtfertigungsgründe gilt dasselbe.³¹ Zwar mag man insoweit darauf verweisen, dass der Wortlaut anderer Rechtfertigungsgründe weniger eindeutig ist.³² Am Grundverständnis auch dieser Rechtfertigungsgründe ändert dies aber nichts. Denn entweder man nimmt an, dass alle Rechtfertigungsgründe auf denselben materiellen Grund zurückzuführen sind, sodass nicht ersichtlich ist, warum an deren subjektive Elemente unterschiedlich hohe Voraussetzungen zu stellen sind. Oder man nimmt an, dass die Rechtfertigungsgründe auf unterschiedlichen materiellen Gründen beruhen, sodass sich aber gerade nicht ergibt, warum an die Notwehr höhere Voraussetzungen zu stellen sind als etwa an den – begründungstheoretisch schwierigeren – Aggressivnotstand (§ 34 StGB, § 904 BGB).³³

Zweitens: Der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ist an einer Stelle positiv geregelt, und zwar im Wehrstrafrecht. So steht in den §§ 19–21 WStG – grob gesagt – unter Strafe, einen militärischen Befehl nicht zu befolgen. Für diese Delikte normiert § 22 Abs. 1 S. 1 WStG einen besonderen Rechtfertigungsgrund für den Fall, dass der nicht befolgte Befehl nicht verbindlich war. § 22 Abs. 1 S. 2 WStG – die hier interessierende Norm – sieht nun weiter vor, dass der Täter auch dann gerechtfertigt handelt, wenn er irrtümlich annimmt, dass der Befehl verbindlich war. Diese Norm positiviert also das Rechtfertigungsmodell.³⁴ Anzunehmen, in ihr sei ein allgemeines Rechtsprinzip normiert, liegt ferner, als von einer einmaligen Ausnahme auszugehen. Die Existenz von § 22 Abs. 1 S. 2 WStG spricht deshalb gegen das Rechtfertigungsmodell und somit für das Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente.

Drittens: *Spendel* kann nur deshalb einen objektiven Unrechtsausschluss durch die Rechtfertigungsgründe annehmen, weil er zuvor eine objektive Unrechtsbegründung durch die Deliktstatbestände angenommen hat. Gegen eine solche Unrechtsbegründung sprechen aber die subjektiven Elemente in zahlreichen Deliktstatbeständen. Solche Elemente sind nicht nur in rein subjektiven Tatbestandsmerkmalen zu finden (Absicht, sich zuzueignen, habgierig, etc.), sondern auch in denjenigen Tatbestandsmerkmalen, die zwar im Ausgangspunkt objektiv scheinen, jedoch eine subjektive Komponente enthalten (wegnehmen, täuschen, missbrauchen, etc.). Mit diesen beiden Gruppen an Tatbestandsmerkmalen ist eine objektive Unrechtsbegründung unvereinbar.³⁵

Viertens: Gegen eine objektive Unrechtsbegründung spricht zudem die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Gemäß § 23 Abs. 3 StGB kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe mildern, wenn der Täter aus grobem Unverstand verkannt hat, dass der Versuch überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte. Diese Norm setzt unausgesprochen voraus, dass der Versuch, der objektiv *ex ante* nicht zur Vollendung führen konnte (untauglicher Versuch), grundsätzlich strafbar ist. Da es bei einem solchen Versuch an einer objektiven Gefahr gänzlich fehlt, lässt sich dessen Strafbarkeit nur subjektiv begründen. Damit ist eine objektive Unrechtsbegründung unvereinbar.³⁶

Im Ergebnis ist das Rechtfertigungsmodell deshalb nicht plausibel. Aus diesem Ergebnis folgt, dass der Täter im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente überhaupt zu

²⁴ *Welzel*, JuS 1966, 421 (421); Hinweis gefunden bei *Pawlik* Fn. (23), S. 133.

²⁵ *Pawlik* Fn. (23), S. 134 f.

²⁶ So *Schünemann*, GA 1985, 341 (364).

²⁷ *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 268.

²⁸ So jedenfalls die Rechtsprechung, siehe nur BGHSt 2, 111 (114); vgl. auch *Fischer* (Fn. 9), § 32 Rn. 25.

²⁹ Siehe auch *Ernst*, ZJS 2011, 382 (384); *Lenckner* (Fn. 9), S. 187.

³⁰ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 51; *Köhler* (Fn. 11), S. 324; *Niese* (Fn. 11), S. 17 f.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 88; *Rosenau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 14; *Schünemann*, GA 1985, 341 (371 ff. mit Fn. 122).

³¹ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 51; *Köhler* (Fn. 11), S. 324; *Niese* (Fn. 11), S. 17 ff.

³² So etwa *Ernst*, ZJS 2011, 382 (384); *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 115 ff.; *Rinck* (Fn. 3), S. 209 ff.; *Schlehofer* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 104; *Streng* (Fn. 9), S. 469.

³³ Zum materiellen Grund hinter den Rechtfertigungsgründen siehe IV. 1. b). Treffend auch *Geilen*, JURA 1981, 308 (308 f.), der ein „systematisches Potpourri“ verhindern will; ähnlich *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,

7. Aufl. 2022, § 13 Rn. 459; abweichend etwa *Salimi* (Fn. 5), S. 22.

³⁴ Hinweis auf die Existenz dieser Norm gefunden bei *Fischer* (Fn. 9), § 16 Rn. 23; zur Interpretation siehe nur *Dau*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 9, 4. Aufl. 2022, WStG § 22 Rn. 5 f.

³⁵ *Puppe/Grosse-Wilde*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 22.

³⁶ *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 126 ff.; *ders.* (Fn. 9 – Vorsatz), S. 456 f.; *Gallas* (Fn. 11), S. 159; *Kretschmer*, JURA 1998, 244 (248); *Rinck* (Fn. 3), S. 207 ff.; siehe auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (529); *Zimmermann* (Fn. 21), § 37 Rn. 59.

bestrafen ist. Und erst an dieser Stelle lässt sich die eigentliche Frage angehen: Ist der Täter sogar wegen Vollendung oder nur wegen Versuchs zu bestrafen?³⁷

Der harte Kern dieser Fragestellung ist die Frage, wie viele Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sein müssen, damit der betreffende Rechtfertigungsgrund irgendeine Wirkung entfaltet. Das Vollendungsmodell geht davon aus, dass alle Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sein müssen, damit der betreffende Rechtfertigungsgrund irgendeine – und zwar eine vollständig rechtfertigende – Wirkung entfaltet. Fehlt auch nur ein einziges Merkmal des betreffenden Rechtfertigungsgrundes, dann greift er also überhaupt nicht ein.³⁸ Das Versuchsmodell geht demgegenüber davon aus, dass ein Rechtfertigungsgrund auch eine teilweise Wirkung entfalten kann, und zwar wenn der betreffende Rechtfertigungsgrund teilweise erfüllt ist. Fehlen also die subjektiven Rechtfertigungselemente und sind aber die objektiven Rechtfertigungselemente erfüllt, dann greift der betreffende Rechtfertigungsgrund auch insoweit ein. Das heißt, dass die objektive Seite der Unrechtsbegründung neutralisiert wird und nur deren subjektive Seite bestehen bleibt – ein paradigmatischer Fall des Versuchs.³⁹

III. Erklärungsmacht

Dieser Kern des Problems ist zunächst im Hinblick darauf zu untersuchen, ob das Versuchs- oder das Vollendungsmodell exakter zum positiven Strafrecht passt. Aus dem positiven Strafrecht lässt sich dabei zwar nur wenig, aber mehr als nichts gewinnen.⁴⁰ So lässt sich einerseits fragen, ob aus den

Rechtfertigungstatbeständen ein Argument für das Versuchsmodell oder das Vollendungsmodell zu gewinnen ist (1). Andererseits ist der Versuchstatbestand zu analysieren – denn die These des Versuchsmodells ist, dass es sich beim Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente um einen Versuch handelt (2). Der *Verf.* wird aufzeigen, dass weder die Rechtfertigungstatbestände noch der Versuchstatbestand gegen das Versuchsmodell sprechen. Vielmehr ist es das erklärungs mächtigere Modell.

1. Rechtfertigungstatbestände

Die Befürworter des Vollendungsmodells machen unter anderem geltend, dass es sich bei den Rechtfertigungsgründen um Normen handelt, die auf Tatbestandsseite bestimmte Bedingungen dafür enthalten, dass eine bestimmte Rechtsfolge eintritt. So tritt beispielsweise die Rechtsfolge der Notwehr (§ 32 StGB), die darin besteht, dass der Täter nicht rechtswidrig handelt, nur dann ein, wenn der Tatbestand der Notwehr vorliegt. Dieser Tatbestand setzt sich zumindest zusammen aus einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, der erforderlichen und gebotenen Verteidigung dieses Angriffs und der Kenntnis des rechtfertigenden Sachverhalts. So formuliert liegt die Annahme nahe, dass die Rechtsfolge dieses Tatbestandes *insgesamt* nicht eintritt, wenn auch nur eines der Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt ist, der Täter also beispielsweise nicht um den notwehrbegründenden Sachverhalt weiß. Das Argument gegen das Versuchsmodell lautet demnach, dass es fälschlicherweise ignoriert, dass im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ein Merkmal des Rechtfertigungstatbestandes nicht erfüllt ist, und deshalb nicht oder jedenfalls nicht gut zu den Rechtfertigungsgründen passt.⁴¹

Dieses Argument ist aber nur dann naheliegend, wenn man nach den Voraussetzungen der Rechtfertigung fragt: Eine rechtfertigende Norm greift – wie jede andere Norm – nur dann ein, wenn alle ihre objektiven und auch subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind.⁴² Fernliegend ist dieses Argument hingegen dann, wenn man statt nach den Voraussetzungen der Rechtfertigung nach den Voraussetzungen der

unwert für sich allein niemals die Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts zu begründen vermag.“

⁴¹ Gallas (Fn. 11), S. 168, 173 f.; Niese (Fn. 11), S. 18 Fn. 37; Paeffgen, in: Freund (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 403 (407 f.); ders. (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 421 ff.; ders./Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 111, 128; Triffterer (Fn. 11), S. 225; siehe auch Streng (Fn. 9), S. 473.

⁴² Gallas (Fn. 11), S. 168, 173 f.; Niese (Fn. 11), S. 18 Fn. 37; Paeffgen (Fn. 41), S. 407 f.; ders. (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 421 ff.; ders./Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 111, 128; Triffterer (Fn. 11), S. 225; siehe auch Streng (Fn. 9), S. 473; Zimmermann (Fn. 21), § 37 Rn. 68. Mit diesem zusätzlichen Gedanken ist denn auch die Replik von Herzberg, JA 1986, 190 (190 f.), dass das Versuchsmodell die *Rechtsfolge* der Rechtfertigungsgründe („handelt nicht rechtswidrig“) beachtet, entkräftet.

³⁷ Spendel (Fn. 12 – LK-StGB), § 32 Rn. 138 ff.; ders., in: Herzberg (Fn. 11), S. 197 (199), meint, dass sich aus diesem Streit ein Argument für das Rechtfertigungsmodell ergibt, verkennt dabei aber, dass das Vollendungsmodell und das Versuchsmodell nicht mehr und nicht weniger als eine einzige Prämisse teilen: die Anerkennung subjektiver Rechtfertigungselemente; treffend kritisch Rinck (Fn. 3), S. 211.

³⁸ Vgl. Rinck (Fn. 3), S. 224: „Ebenso wie im Rahmen der Begründung vollendeten Unrechts keine ‚halbe‘ Tat existieren kann, gilt auch für den Unrechtsausschluss das Prinzip ‚Alles oder nichts‘“; vgl. auch Herzberg, JA 1986, 190 (191); Maurach/Zipf (Fn. 9), § 25 Rn. 32.

³⁹ Illustrativ Mitsch (Fn. 9), § 14 Rn. 55; Frisch (Fn. 9 – Strafrecht), § 4 Rn. 40; Hruschka, GA 1980, 1 (16 f.); Knobloch, JuS 2010, 864 (867); Lenckner (Fn. 9), S. 196 f.; Otto, JURA 1995, 468 (475); Rönnau, JuS 2009, 594 (596); Roxin/Greco (Fn. 9), § 14 Rn. 104; Sternberg-Lieben (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 15; Streng (Fn. 9), S. 473; Wolter (Fn. 9), S. 134 f.

⁴⁰ A.A. Paeffgen/Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 124: „Aus der positivierten Rechtslage folgt keinerlei Anknüpfungspunkt.“ Aufmerksam hingegen Prittwitz, JURA 1984, 74 (76): „Das Ergebnis bestimmt sich vielmehr nach den Regeln des Allgemeinen und des Besonderen Teils über die Strafbarkeit der versuchten Tat.“ Siehe auch Jäger (Fn. 9), § 22 Rn. 50: „Aus der Existenz der besonderen Normen über die Versuchsstrafbarkeit folgt aber zwingend, dass ein Handlungs-

Rechtswidrigkeit fragt. Aus dem konjunktiven Satz, dass alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes erfüllt sein müssen, damit die Rechtsfolge des betreffenden Rechtfertigungsgrundes eingreift, erhält man auf Basis des Vollendungsmodells dann einen disjunktiven Satz: Der Täter handelt rechtswidrig, wenn die objektiven Voraussetzungen oder die subjektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes nicht erfüllt sind.⁴³ Auf Grundlage dieses Satzes können objektive gegen subjektive Unrechtselemente ausgetauscht werden; und umgekehrt. Ein solcher Satz gilt in der Strafrechtswissenschaft aber ansonsten berechtigterweise als nicht vertretbar, und zwar weil man auf höchster Abstraktionsebene mehrere Definitionen für den Begriff des vorsätzlichen und vollendeten Verbrechens anerkennen müsste.⁴⁴

Das Versuchsmodell kann diesen Satz vermeiden: Zunächst stellt es fest, dass der Täter den objektiven und den subjektiven Tatbestand des Deliktstatbestandes erfüllt hat. Sodann stellt es die Frage, ob der Täter auch derart rechtswidrig gehandelt hat, dass er wegen Vollendung zu bestrafen ist. Dies ist eben dann der Fall, wenn sowohl die objektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit erfüllt sind. Fehlen subjektive Rechtfertigungselemente, sind zwar die subjektiven, aber nicht die objektiven Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit erfüllt: Der Täter weiß zwar nicht um den Sachverhalt, der seine Rechtfertigung begründet (subjektive Voraussetzungen), aber sein Verhalten ist – am Beispiel der Notwehr veranschaulicht – die erforderliche und gebotene Verteidigung eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs (objektive Voraussetzungen).⁴⁵

2. Versuchstatbestand

Das häufigste und wichtigste Argument gegen das Versuchsmodell in Sachen Erklärungsmacht ist, dass es nicht zum Tatbestand des Versuchs passt. Es gibt zwei Varianten dieses Arguments: Die erste Variante stellt darauf ab, dass bei fehlenden subjektiven Rechtfertigungselementen *zu viel* für einen Versuch vorliegt, da der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten ist. *Hirsch* bringt dies besonders illustrativ auf den Punkt:

„Für die Frage, ob Versuch oder Vollendung vorliegt, kommt es deshalb allein darauf an, ob die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung eingetreten ist oder nicht. Außer-

dem kann schon sprachlich ein Versuch nur darin bestehen, etwas verwirklichen zu wollen, ohne daß dies erreicht wird.“⁴⁶

Die zweite Variante hingegen meint, dass *zu wenig* für einen Versuch vorliegt. So wird das Versuchsmodell für nur „vordergründig gesetzesbeflissen“ gehalten, denn „saldierte man tatsächlich in der strikten Form, wie [das Versuchsmodell] es vorgibt, so bliebe auf der objektiven Tatseite nichts übrig. Ohne Verobjektivierung, i.e. manifest gewordenes, zumindest rudimentäres Handlungsunrecht mit einer Komponente objektiven ‚Erfolgsunwertrestes‘ (unmittelbares Ansetzen) kann es überhaupt keinen Versuch geben.“⁴⁷ Das Versuchsmodell ist auf dieser Grundlage eine unzulässige Analogie zugunsten des Täters.⁴⁸

Diesen beiden Varianten ist die Misslichkeit zuzugestehen, dass sich zahlreiche Befürworter des Versuchsmodells dazu genötigt sehen, den Versuchstatbestand nicht direkt, sondern nur analog auf den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente anzuwenden.⁴⁹ Da ein solches argumentum a simile mit einem anspruchsvollen Begründungsaufwand einhergeht, setzen sich diese Befürworter des Versuchsmodells sehr leicht gewichtiger Kritik aus. Es ist jedoch zweifelhaft, dass das argumentum a simile der richtige Weg ist, um die Anwendung des Versuchstatbestands zu begründen. Der einfachere Weg zum Ziel ist, den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente direkt unter den Versuchstatbestand zu subsumieren. Dieses Vorgehen ist denn auch nicht nur der einfachere, sondern auch der bessere Weg zum Ziel.⁵⁰

Gemäß § 22 StGB versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Der Begriff der Vorstellung von der Tat ist synonym zum Begriff Vorsatz zu lesen.⁵¹ Daran, dass der Täter im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente vorsätzlich gehandelt hat, besteht kein Zweifel. Unmittelbar angesetzt im Sinne des Versuchstatbestands hat er jedenfalls dann, wenn er bereits einen Teil des objektiven Deliktstatbestandes verwirklicht hat. Das klassische Beispiel hierfür ist der Räuber, dem es zwar gelingt, zu nötigen, aber nicht gelingt, wegzunehmen (§ 249 StGB).⁵² Für den Fall fehlender

⁴³ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 9), § 16 Rn. 130 f., 143; *dies.* (Fn. 9), S. 196 f.; *dies.*, in: Küper (Fn. 9), S. 199 (235 ff.); siehe auch *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138, 142 f.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (192); *Rath* (Fn. 12), S. 278 ff. So gibt denn auch *Köhler* (Fn. 11), S. 323, die Trennung von objektiven und subjektiven Unrechtselementen bzw. von Erfolgs- und Handlungsunrecht ausdrücklich auf.

⁴⁴ *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 130 f., 143; *dies.*, ZStW 128 (2016), 301 (308 f.); *dies.* (Fn. 9), S. 197 ff.; *dies.*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 235 ff.; siehe auch *Hruschka*, GA 1980, 1 (16 f.).

⁴⁵ Siehe auch *Otto*, JURA 1995, 468 (475).

⁴⁶ *Hirsch* (Fn. 11), S. 255; ähnlich *ders.* (Fn. 13), S. 234 f.; *Zieschang* (Fn. 11), § 34 Rn. 84.

⁴⁷ So *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 126.

⁴⁸ *Gropp* (Fn. 12), S. 256 f.; *ders./Sinn* (Fn. 12), § 5 Rn. 54 f.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 126; *Rath* (Fn. 12), S. 274 ff.

⁴⁹ Illustrativ *Jakobs* (Fn. 9), 11/23; *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 329 f.; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 9), § 9 Rn. 153 ff.

⁵⁰ Nachdrücklich *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138 f.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (191, 192 f., 201); *Schünemann*, GA 1985, 341 (373 f.); *Streng* (Fn. 9), S. 474.

⁵¹ *Mitsch* (Fn. 9), § 22 Rn. 31; *Hoffmann-Holland*, in: Erb/Schäfer (Fn. 9), § 22 Rn. 36; wohl auch BGHSt 22, 330 (332); BGH NSTz 2020, 402 (402); a.A. etwa *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (870 ff.).

⁵² *Puppe* (Fn. 16), S. 89 f.

subjektiver Rechtfertigungselemente gilt es dabei, festzuhalten, dass der Täter den objektiven Deliktstatbestand nicht nur teilweise, sondern sogar vollständig verwirklicht hat: er hat getötet, beschädigt, unterdrückt, etc. Deshalb hat er auch im Sinne des Versuchstatbestands unmittelbar angesetzt. Den Versuchstatbestand beim Worte genommen, hat der Täter diesen Tatbestand im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente also verwirklicht.⁵³

Der wesentliche Fehler der Variante, dass *zu viel* für einen Versuch vorliegt, besteht daher darin, dass sie für das Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung die konkurrenzrechtliche Figur der sogenannten Exklusivität einführt: Es liegt *entweder* ein Versuch *oder* eine Vollendung vor.⁵⁴ Diese Figur ist aber nicht nur theoretisch ominös, sondern – vor allem – bei ihrer Anwendung auf das Verhältnis von Versuch und Vollendung ohne positivrechtliche Stütze: Dass ein Versuch gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Erfolg, ein Schaden, eine Rechtsgutsverletzung, etc. ausgeblieben ist, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 22 StGB.⁵⁵ Der Versuch ist in der Vollendung vielmehr logisch enthalten, sogenannte Spezialität.⁵⁶

Damit verbleibt nur noch die Variante, dass *zu wenig* für einen Versuch vorliegt. Gegen die Subsumtion fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente unter den Begriff des unmittelbaren Ansetzens wird eingewandt, dass nicht mehr in der strikten Form saldiert wird, wie es offenbar als Kernthese des Versuchsmodells ausgegeben wird. Denn wenn der sogenannte Erfolgswert der Verwirklichung eines objektiven Deliktstatbestandes mit dem sogenannten Erfolgswert der Verwirklichung eines objektiven Rechtfertigungstatbestandes saldiert wird, bleibt objektiv nichts übrig. Wenn nichts Objektives übrigbleibt, dann gibt es aber auch nichts, das unter den Begriff des unmittelbaren Ansetzens subsumiert werden kann.⁵⁷

Die Anwendung der Versuchsregeln auf Grundlage einer solchen „Pseudo-Mathematisierung auf Klippschüler-Niveau“⁵⁸ zu kritisieren, ist leicht. Dabei wird aber verkannt, dass es überhaupt nicht um eine Saldierung von Erfolgswerten und Erfolgswerten geht. Einer solchen Saldierung liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass es bei den Erfolgswerten um die Verursachung von Schäden (Beispiel: Tod

eines Menschen), bei den Erfolgswerten um die Verhinderung von Schäden (Beispiel: Rettung eines Kindes aus einer Gefahr) geht. Entscheidend sind aber keine Schadensverursachungen und Schadensverhinderungen, sondern die „inhaltlichen Zusammenhänge“ zwischen der objektiven Seite der Unrechtsbegründung und des Unrechtsausschlusses.

„Diese Zusammenhänge werden durch die Saldierung nicht nur verschwiegen, sie werden verfälscht.“⁵⁹

Auf dieser Grundlage hat der Täter im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente selbstverständlich einen Erfolg, einen Schaden, eine Rechtsgutsverletzung, etc. verursacht und dieser Umstand wird durch die objektive Rechtfertigungslage ebenso selbstverständlich nicht beseitigt („wegsaldiert“). Diese Verursachung ist aber objektiv eines: kein Unrecht.⁶⁰

„[D]er Eintritt eines Erfolgs, der an sich herbeigeführt werden durfte, dessen Herbeiführung vielleicht sogar erwünscht war, kann niemals als Unwert begriffen werden – *sein* Eintritt vermag ein halbwegs differenziertes Rechtsbewußtsein nicht zu erschüttern.“⁶¹

Was übrig bleibt, ist deshalb die Vorstellung des Täters, eine Tat zu begehen, und die Handlung, mit der er zur Begehung dieser Tat unmittelbar ansetzt – ein paradigmatischer Fall des Versuchs.⁶²

IV. Überzeugungskraft

Demnach ist das Versuchsmodell erklärungs mächtiger als das Vollendungsmodell. Da sich aus dem positiven Strafrecht dabei zwar nicht nichts, aber auch nur wenig gewinnen lässt, ist die Erklärungsmacht allein nicht ausreichend, um das Versuchsmodell als plausibel auszuweisen. Notwendig ist vielmehr ein größerer Bogen auf allgemeinere verbrechens-theoretische Kategorien, d.h. also der Nachweis, dass das Versuchsmodell nicht nur erklärungs mächtiger, sondern auch überzeugungskräftiger ist.

Zwei Perspektiven können dabei untersucht werden: Einerseits kann man von der Perspektive des Opfers ausgehen und fragen, inwieweit es relevant ist, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur den Täter entlasten, sondern vor allem das Opfer belasten – denn es hat den Eingriff in seine Rechte

⁵³ Treffend *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138 f.; *Kretschmer*, JURA 1998, 244 (248); *Streng* (Fn. 9), S. 474; siehe auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (529).

⁵⁴ Zu dieser Figur siehe *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 343 ff.

⁵⁵ Treffend *Herzberg*, JA 1986, 190 (191, 192 f.); *Rinck* (Fn. 3), S. 234 f.; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 268; *Schlehofer* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 108.

⁵⁶ v. *Heintschel-Heinegg*, in: Pawlik (Fn. 14 – FS Jakobs), S. 131 (137); *Jakobs* (Fn. 9), 31/13; *Puppe* (Fn. 54), S. 331; *dies./Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 52 Rn. 10.

⁵⁷ *Gropp* (Fn. 12), S. 256 f.; *ders./Sinn* (Fn. 12), § 5 Rn. 54 f.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), § 32 Rn. 126; *Rath* (Fn. 12), S. 274 ff.

⁵⁸ So die pejorative Charakterisierung von *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 124 Fn. 587.

⁵⁹ *Puppe* (Fn. 9), S. 184, ferner S. 183 ff.; ähnlich *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 124 ff., 138 ff.; *Hoven*, GA 2016, 16 (17 f.); *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 13.

⁶⁰ Siehe etwa *Engländer* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 8; *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 123 f.; *Heger* (Fn. 9), § 22 Rn. 16; *Rosenau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 16.

⁶¹ *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 141 (*Hervorhebung* im Original), ferner 138 ff.

⁶² Illustrativ *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 104; *Rudolphi* (Fn. 9), S. 58; siehe auch Fn. 39.

zu dulden (1).⁶³ Andererseits kann man von der Perspektive des Täters ausgehen und fragen, inwieweit es relevant ist, dass der Täter im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente den Tatbestand eines Deliktstatbestandes erfüllt; damit ist die Frage nach dem unrechtssystematischen Wert der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit gestellt (2.). Der *Verf.* wird zeigen, dass der Hinweis auf die Duldungspflicht differenziert zu sehen ist und im Ergebnis eher für das Versuchsmodell spricht. Zudem überschätzt das Vollendungsmodell den unrechtssystematischen Wert der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit.

1. Rechtfertigungsgründe als Duldungspflichten

Der Gedanke, dass die Rechtfertigungsgründe dem Opfer eine Duldungspflicht auferlegen, beruht auf der Erwägung, dass dem Opfer eine solche Pflicht nur zumutbar ist, wenn auch wirklich alle Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind. Dies spricht auf den ersten Blick zugunsten des Vollendungsmodells (a). Diese Erwägung verkennt aber, dass hinsichtlich etwaiger Duldungspflichten nicht alle Rechtfertigungsgründe auf einen einzigen Nenner reduziert werden dürfen. Konkret ist zwischen den Rechtfertigungsgründen, deren begründungstheoretische Grundlage das Verantwortungsprinzip ist, und den Rechtfertigungsgründen, deren begründungstheoretische Grundlage das Solidaritätsprinzip ist, zu differenzieren (b). Auf Grundlage dieser Differenzierung spricht die Zumutbarkeitserwägung bei den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Verantwortungsprinzip beruhen, nicht für, sondern gegen das Vollendungsmodell; bei den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen, wird man im Ergebnis sagen müssen, dass der Streit zwischen dem Versuchsmodell und dem Vollendungsmodell nicht entschieden werden kann (c).

a) Zumutbarkeitserwägung

Gallas trägt zugunsten des Vollendungsmodells vor, dass es bei den Rechtfertigungsgründen „nicht nur um eine Entlastung des Täters, sondern zugleich auch um eine Belastung des Verletzten [geht], dessen Interessenbereich einer mit der Handlungserlaubnis verbundenen Eingriffsbefugnis des Täters geöffnet wird, der er sich zu beugen hat.“⁶⁴ Mit anderen Worten hebt *Gallas* hervor, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur eine Eingriffsbefugnis auf Seiten des Täters, sondern zugleich eine Duldungspflicht auf Seiten des Opfers zur Folge haben. Davon ausgehend analysiert er die Rechtfertigungsgründe im Hinblick darauf, ob sie „einen den Unwert der Täterhandlung kompensierenden ‚Handlungswert‘“ voraussetzen, der „zugleich [eine] sinnvolle Beschränkung der dem Täter gegenüber dem Verletzten eingeräumten Ein-

griffsbefugnis [darstellt].“⁶⁵ Dies tun für *Gallas* beispielsweise die Notwehr und der Aggressivnotstand.⁶⁶

Entscheidend an dieser Argumentation ist, dass die dem Täter „eingeräumte Eingriffsbefugnis“ *vollständig* entfällt, sobald es auch nur am „kompensierenden Handlungswert“ fehlt. So heißt es zur Notwehr:

„Der Verteidigungswille [bei der Notwehr] ist somit ein echtes subjektives Rechtfertigungselement der Notwehr, d.h. notwendige Voraussetzung für den Ausschluß sowohl des Handlungs- als auch des Erfolgsunwerts der deliktischen Tat. Fehlt er, so ist der Täter trotz Vorliegens der objektiven Voraussetzungen wegen vollendeter Tat strafbar.“⁶⁷

Zum Aggressivnotstand schreibt *Gallas* dementsprechend:

„Das Merkmal der Rettungsabsicht hat also auch als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis des Täters einen guten Sinn. Es bleibt daher, wenn dieses Merkmal fehlt, nicht nur beim Handlungs-, sondern auch beim Erfolgsunwert, und der Täter ist somit wegen vollendeter Tat zu bestrafen.“⁶⁸

Mit anderen Worten ausgedrückt vertritt *Gallas* also für die Notwehr und den Aggressivnotstand das Vollendungsmodell.

Dieser Argumentation von *Gallas* liegt dabei die Vorstellung zugrunde, dass dem Opfer die Duldung des Eingriffs in seine Rechte nur zumutbar ist, wenn der Täter die objektiven und die subjektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungstatbestandes erfüllt. Dies ist eine im Ausgangspunkt naheliegende Vorstellung. Als Argument für das Vollendungsmodell ist sie zudem insoweit zutreffend, als das Vollendungsmodell in der Tat dazu führt, dass sich das Opfer gegen den Angriff des Täters wehren darf, während das Versuchsmodell dazu führt, dass das Opfer den Angriff des Täters dulden muss.⁶⁹

⁶⁵ *Gallas* (Fn. 11), S. 176.

⁶⁶ *Gallas* (Fn. 11), S. 176 ff.

⁶⁷ *Gallas* (Fn. 11), S. 177.

⁶⁸ *Gallas* (Fn. 11), S. 178.

⁶⁹ Treffend zum Vollendungsmodell *Rinck* (Fn. 3), S. 227; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 105. Für das Versuchsmodell ist dieser Satz nicht ohne Weiteres evident, denn auch der Versuch einer Straftat ist ein rechtswidriger Angriff, gegen den man sich wehren darf (§ 32 StGB). Richtigerweise ist jedoch eine Ausnahme dieses Grundsatzes für untaugliche Versuche anerkannt (*Roxin/Greco* [Fn. 9], § 15 Rn. 9) und ebenso richtigerweise wird im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente der Versuch im Sinne des Versuchsmodells als ein untauglicher Versuch eingeordnet (*Frisch* [Fn. 9 – Strafrecht], § 4 Rn. 40; *ders.* [Fn. 9 – FS Lackner], S. 126 ff., 142; *Roxin/Greco* [Fn. 9], § 14 Rn. 104; *Wolter* [Fn. 9], S. 134 f.; falsch *Hirsch* [Fn. 13], S. 235: Wahndelikt). Aus der Kombination dieser beiden Gedanken ergibt sich, dass dem Opfer gegen den Täter im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente auf Grundlage des Versuchsmodells kein Notwehrrecht zusteht, es also den

⁶³ Hierbei handelt es sich um einen Aspekt, der üblicherweise nur unzureichend berücksichtigt wird, siehe auch *Meyer*, GA 2003, 807 (820), zur Notwehr (§ 32 StGB).

⁶⁴ *Gallas* (Fn. 11), S. 167, ferner 172 ff.

b) Differenzierung zwischen Rechtfertigungsgründen

Bemerkenswert an dieser Argumentation von *Gallas* ist jedoch, dass er sie nicht pauschal auf alle Rechtfertigungsgründe gleichermaßen erstreckt, sondern differenziert. So geht *Gallas* nämlich davon aus, dass sie zwar zum Beispiel bei der Notwehr und beim Aggressivnotstand zum Vollendungsmodell führt.⁷⁰ Für den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung vertritt er jedoch das Versuchsmodell.⁷¹

Der Grund für diese Unterscheidung liegt für *Gallas* darin, dass der Täter bei der Einwilligung mit seinem Eingriff in das Recht des Opfers „kein Unrecht tut, mit seiner Tat vielmehr ins Leere stößt.“⁷² Dies liegt für ihn daran, dass „die objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung und damit der Erlaubtheit des Eingriffs hier ausschließlich im Wirkungsbereich des Verletzten liegen.“⁷³ Die Notwehr ist für *Gallas* demgegenüber dadurch gekennzeichnet, dass sie „nicht nur dem Bedürfnis nach Selbstschutz Rechnung tragen will,“ sondern „davon ausgeht, daß der [...] Täter zugleich die Funktion wahrnimmt, an Stelle der nicht präsenten Staatsgewalt dem Recht gegenüber dem es herausfordernden Unrecht Geltung zu verschaffen (,das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen‘)“.⁷⁴ Seine Einordnung des Aggressivnotstandes begründet *Gallas* mit der Überlegung, dass dieser Rechtfertigungsgrund „einen Ausweg aus Konfliktsituationen“ ermöglicht, indem vom Opfer eine „solidarische Hinnahme“ seiner Rechtsverletzung zum Zwecke der „Erhaltung [eines] höherwertigen Guts“ abverlangt wird.⁷⁵

Eine ähnliche Differenzierung lässt sich bei *Puppe* finden.⁷⁶ *Puppe* vertritt grundsätzlich das Versuchsmodell, für das sogenannte elterliche Züchtigungsrecht demgegenüber ausnahmsweise das Vollendungsmodell. Letzteres „liegt daran, daß die Ohrfeige, die der Vater nicht in der Absicht der Erziehung des Kindes ausgeteilt hat, die ihr zugeschriebene erzieherische Wirkung, die sie rechtfertigen soll, nicht entfalten kann oder doch nicht entfalten soll.“⁷⁷ Dem Kind „erwächst“ deswegen „nicht die Verpflichtung, die Ohrfeige als Strafe zu akzeptieren, denn diese ist tatsächlich nicht in der ‚wohlwollenden‘ Gesinnung ausgeteilt worden, die die Schmerzzufügung als Handlungsziel rechtfertigen soll.“⁷⁸ Mit diesem Gedanken kontrastiert *Puppe* alle anderen Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Notwehr und die Notstände:

„Der Angreifer wird auch dann in die Schranken des Rechts zurückverwiesen, wenn es dem Verteidiger nicht

um die Abwehr zu tun ist, und sogar dann, wenn dieser von dem Angriff nichts weiß. Die Aufopferung des geringwertigen Rechtsguts erfüllt den Rettungszweck, um dessentwillen die Rechtsordnung die Notstandshandlung erlaubt, wenn sie objektiv dazu geeignet und das mildeste Mittel ist. Deshalb ist der Träger des aufgeopferten Rechtsguts verpflichtet, die Aufopferung zu dulden, auch wenn der Täter damit ganz andere Zwecke verfolgt oder gar von der Notstandssituation überhaupt nichts weiß.“⁷⁹

An diesen beiden Ansätzen von *Puppe* und *Gallas* zeigt sich, dass der Hinweis auf die Duldungspflicht nicht ohne Weiteres als Argument für das Vollendungsmodell vorgetragen werden kann. Vielmehr ist es so, dass eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Rechtfertigungsgründen nahe liegt, weil sie – begründungstheoretisch betrachtet – auf fundamental verschiedenen Erwägungen beruhen.⁸⁰ Infolgedessen ist es – und insoweit ist *Gallas* und *Puppe* beizupflichten – sachgerecht, zu differenzieren.

Sodann überzeugen die von *Gallas* und *Puppe* vorgeschlagenen Differenzierungen jedoch nicht. Denn warum sollte die „erzieherische Wirkung“ etwas anderes sein als beispielsweise die „verteidigende Wirkung“, sodass mit *Puppe* das Züchtigungsrecht und die Notwehr zu kontrastieren sind? Warum liegt die Verletzung des Opfers zwar bei der Einwilligung im „Wirkungsbereich“ des Opfers selbst, aber nicht bei der Notwehr, sodass mit *Gallas* diese Rechtfertigungsgründe gegenüberzustellen sind, obwohl das „Opfer“, in die Begriffe der Notwehr übersetzt, doch der „Angreifer“ ist? Begründungstheoretisch ist es demgegenüber vorzuzugewürdig, zwischen den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Verantwortungsprinzip beruhen, und den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen, zu unterscheiden.⁸¹

Auf dem Verantwortungsprinzip beruhen die Rechtfertigungsgründe, bei denen die Rechtsverletzung des Opfers aus seinem eigenen Organisationskreis rührt.⁸² Das grundlegende Beispiel für diese Gruppe ist der sogenannte Defensivnotstand, der dadurch charakterisiert ist, dass vom Opfer eine

⁷⁹ *Puppe* (Fn. 9), S. 186 f.

⁸⁰ Zur Verschiedenheit der Rechtfertigungsgründe siehe etwa *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 120; *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 114. Das ändert aber natürlich nichts daran, dass alle Rechtfertigungsgründe – mit *Pawlik* (Fn. 4), S. 215, gesprochen – „nicht rhapsodisch aneinandergereiht, sondern, systematisch korrekt, aus der Struktur des Rechtsbegriffs heraus entwickelt werden“ müssen; ähnlich *Rath* (Fn. 12), S. 624 f.

⁸¹ Grundlegend *Pawlik* (Fn. 4), S. 215 ff., der zwischen dem „Respektierungsgedanken“ und der Tätigkeit als „Repräsentant der Allgemeinheit“ unterscheidet; ähnlich *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 44 ff.; *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (231 f.).

⁸² *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 44 f.; *ders.* (Fn. 9), 11/3; *Pawlik* (Fn. 4), S. 216.

Angriff des Täters dulden muss, siehe *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 270; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 105; i.E. ebenso *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 143 ff.; *Walter* (Fn. 9), S. 373.

⁷⁰ Siehe Fn. 66.

⁷¹ *Gallas* (Fn. 11), S. 174 ff.

⁷² *Gallas* (Fn. 11), S. 174.

⁷³ *Gallas* (Fn. 11), S. 174.

⁷⁴ *Gallas* (Fn. 11), S. 177.

⁷⁵ *Gallas* (Fn. 11), S. 178.

⁷⁶ *Puppe* (Fn. 9), S. 185 ff.

⁷⁷ *Puppe* (Fn. 9), S. 186.

⁷⁸ *Puppe* (Fn. 9), S. 186.

Gefahr ausgeht, die der Täter abwendet.⁸³ Ein spezielleres Beispiel für die Verantwortungsrechtfertigungsgründe ist die Notwehr, denn der Kern dieses Rechtfertigungsgrundes ist, dass der abgewendete Angriff – eine spezielle Gefahr – vom Opfer ausgeht.⁸⁴

„Verteidigung ist also zunächst einmal Reaktion auf den Angriff.“⁸⁵

Darüber hinaus ist auch die Einwilligung dieser Gruppe zuzuordnen, weil das Opfer frei über seine Rechte verfügt.⁸⁶ Letztlich gehört zu dieser Gruppe auch das Recht zur vorläufigen Festnahme (§ 127 Abs. 1 StPO), sofern man annimmt, dass dieser Tatbestand eine tatsächliche Tat des Opfers und nicht bloß einen – im Detail umstrittenen – Tatverdacht voraussetzt.⁸⁷

Auf dem Solidaritätsprinzip beruhen die Rechtfertigungsgründe, bei denen das Opfer im Interesse einer anderen Person oder der Allgemeinheit dergestalt in Anspruch genommen wird, dass ihm ein Sonderopfer abverlangt wird.⁸⁸ Das grundlegende Beispiel für diese Gruppe ist der Aggressivnotstand. Denn – entgegen einem liberalen Rechtsbegriff, wie ihn vor allem *Kant* exemplifiziert⁸⁹ – verlangt dieser Rechtfertigungsgrund vom Opfer, den Eingriff des Täters in sein Recht zu dulden, obwohl das Opfer für die Entstehung der Notlage des Täters nicht verantwortlich ist.⁹⁰

Beispiel: Wenn T den Angriff des A auf sein Leben nur mit dem Regenschirm des O abwehren kann und dieser Regenschirm dabei zerstört wird, so wird O verwehrt, sich gegen die Sachbeschädigung des T an seinem Regenschirm zu verteidigen. Mit anderen Worten: Er muss diese Sachbeschädigung dulden. Da O aber zum Angriff des A auf T nichts beigetragen hat, rührt diese Duldungspflicht

aus der Erwartung an O, sich mit der Verteidigung des T solidarisch zu zeigen.

Ein weiteres Beispiel für diese Gruppe an Rechtfertigungsgründen ist die sogenannte rechtfertigende Pflichtenkollision. Denn dieser Rechtfertigungsgrund beruht auf dem Gedanken des *ultra posse nemo obligatur* – aber dafür, dass der Täter nicht so viel leisten kann, wie er im Idealfall für das Opfer leisten müsste, ist das Opfer nicht verantwortlich. Im Gegenteil, das Recht erwartet Solidarität mit der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Täters.⁹¹

c) Neujustierung der Zumutbarkeitserwägung

Infolge dieser Differenzierung ist die Zumutbarkeitserwägung neu zu justieren. Dies betrifft insbesondere die Rechtfertigungsgründe, die auf dem Verantwortungsprinzip beruhen, aber auch solche, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen.

Bei den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Verantwortungsprinzip beruhen, kehrt sich die Zumutbarkeitserwägung um: Nicht dem Opfer ist wenig und dem Täter viel, sondern dem Opfer ist viel und dem Täter wenig zuzumuten.⁹² Dies liegt daran, dass bei den betreffenden Rechtfertigungsgründen der rechtliche Konflikt nicht aus der Sphäre des Täters, sondern der des Opfers rührt: Das Opfer ist *Angreifer*, der Täter ist *Angegriffener* (Notwehr); das Opfer ist *Gefährder*, der Täter ist *Gefährdeter* (Defensivnotstand); etc. Daher unterliegen die Verantwortungsrechtfertigungsgründe im Vergleich zu den Solidaritätsrechtfertigungsgründen berechtigterweise wenig Beschränkungen: So kennt etwa die Notwehr keine Güterabwägung, bei der die Verhältnismäßigkeit der Verteidigung in Rechnung zu stellen wäre.

„Zurechnung heißt, salopp gesprochen: ‚Das ist *in toto* deine Sache!‘ – von Abwägung und Verhältnismäßigkeit keine Spur.“⁹³

Für den Fall subjektiver Rechtfertigungselemente liegt es dieser Gedanke nahe, die fehlende Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage auf Seiten des Täters nicht vollständig auf seine Rechnung zu schreiben, denn dass er überhaupt in einen

⁸³ *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 46 f.; *ders.* (Fn. 9), 11/3; *Pawlik* (Fn. 4), S. 237 ff.; *ders.* (Fn. 15), S. 148 f., 311 ff.

⁸⁴ *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 45 f.; *ders.* (Fn. 9), S. 350; *Pawlik* (Fn. 4), S. 237 ff.; nachdrücklich auch BGHSt 23, 327 (328); *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (377 f.); *Meyer*, GA 2003, 807 (820); *Montenbruck*, Thesen zur Notwehr, 1983, S. 36 f.

⁸⁵ *Meyer*, GA 2003, 807 (820).

⁸⁶ *Pawlik* (Fn. 4), S. 216, 219 ff.; abweichend *Jakobs* (Fn. 9), 11/3 („Interessendefinition durch das Eingriffsopfer“).

⁸⁷ I.E. ebenso *Jakobs* (Fn. 9), 11/3; a.A. *Pawlik* (Fn. 4), S. 217; zum Streit um den Tatbegriff siehe nur *Rönnau*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 266 ff. m.w.N.

⁸⁸ *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 44 f.; *ders.* (Fn. 9), 11/3; *Pawlik* (Fn. 4), S. 217.

⁸⁹ Siehe nur *Kant*, in: *Preußische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Kants gesammelte Schriften*, Bd. 6, 1914, S. 235 f.

⁹⁰ *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (1 f., 39); *Jakobs* (Fn. 15–Zurechnung), S. 47 ff.; *ders.* (Fn. 9), 11/3; *Pawlik* (Fn. 4), S. 217, 248 ff.

⁹¹ Siehe auch *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Fn. 9), § 34 Rn. 125; *Rönnau* (Fn. 87), Vor § 32 Rn. 119.

⁹² Treffend hebt denn auch BGHSt 23, 327 (328) zur Verneinung einer Garantstellung aus Ingerenz des in Notwehr Handelnden hervor: „Die Gefährdungshandlung des Angegriffenen, also die Verteidigung gegen den Angreifer, beruht nicht auf seiner freien Entschließung, sondern ist durch das rechtswidrige Verhalten des Angreifers herausgefordert und ausgelöst.“ Siehe auch *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, S. 271, der betont, dass der Angreifer bzw. Gefährder auf eigene Gefahr handelt, wenn er sich eigenmächtig in den Organisationskreis des Angegriffenen bzw. Gefährdeten begibt.

⁹³ *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (378, *Hervorhebung* im Original).

rechtlichen Konflikt geraten ist, liegt nicht an ihm, sondern am Opfer:

„[D]ie Schutzwürdigkeit [seiner] Rechtssphäre wird nicht deshalb geringer, weil [er] im Zeitpunkt seiner Reaktion (noch) nicht bemerkt hat, was ihm droht.“⁹⁴

Es ist also dem Täter nicht zumutbar, das Risiko der fehlenden Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage derart zu tragen, dass er nicht wegen Versuchs, sondern wegen Vollendung bestraft wird; und ebenso wenig, dass er dem Risiko ausgesetzt wird, dass sich das Opfer verteidigt.

Bei den Rechtfertigungsgründen, die auf dem Solidaritätsprinzip beruhen, ist die Lage im Ausgangspunkt anders: Dem Opfer ist nur wenig zumutbar, denn es wird ihm schon zugemutet, sich im Falle vollständiger Rechtfertigung des Täters überhaupt solidarisch mit dem Täter zu zeigen und dessen Rechtseingriff zu dulden. In einem Recht, das sich als freiheitlich gibt, weist diese Duldungspflicht – vorsichtig gesagt – „stark irreguläre Züge“ auf.⁹⁵ Diesen Gedanken mag man als Argument dafür vorbringen, bei den Solidaritätsrechtfertigungsgründen das Vollendungsmodell vorzuziehen. Doch auch dieser Gedanke lässt sich durch zwei Aspekte entkräften: zum einen, wenn man die Situation des Täters in Rechnung stellt; zum anderen, wenn man die Situation des Opfers abstrakter denkt. Beide Aspekte lassen sich am Aggressivnotstand aufzeigen.

Beachtet man die Situation des Täters beim Aggressivnotstand, erschließt sich, dass – jedenfalls im paradigmatischen Fall – nicht nur das Opfer nicht für den rechtlichen Konflikt verantwortlich ist, sondern auch der Täter nicht.⁹⁶ Dass etwa im obigen Beispiel T durch A angegriffen worden ist, ist im binären Verhältnis zwischen T und O weder T noch O zuzuschreiben, sondern nicht mehr und nicht weniger als ein Unglück, Zufall. Dieser Aspekt wird deutlicher, sobald man sich einen Fall vorstellt, in dem die Gefahr für T nicht durch eine dritte Person – wie etwa den Messerstecher A –, sondern durch die Natur verursacht wird: ein Wetterumschwung auf einer Wanderung, ein anaphylaktischer Schock nach einem Bienenstich im Sommerurlaub, etc. Es ist also nicht so, dass dem Täter beim Aggressivnotstand per se sehr viel zumutbar ist, weil das Opfer nicht für den rechtlichen Konflikt verantwortlich ist. Vielmehr ist hervorzuheben, dass *auch* der Täter für diesen Konflikt nicht verantwortlich ist. Dem Umstand, dass grundsätzlich der Täter seine eigene Notlage zu erleiden hat – *casum sentit dominus* –, wird dadurch Rechnung getragen, dass die Rechtfertigung des Täters beim Aggressivnotstand an äußerst enge objektive Voraussetzungen gebunden ist, vor allem an eine besondere Verhältnismäßigkeitsprü-

⁹⁴ Pawlik (Fn. 4), S. 207; ähnlich Freund/Rostalski (Fn. 9), § 3 Rn. 20; Frisch (Fn. 9 – Vorsatz), S. 457 ff.; Rath (Fn. 12), S. 283; Rinck (Fn. 3), S. 232 f.; Theile, ZJS 2009, 545 (548 f.).

⁹⁵ Pawlik (Fn. 15), S. 1; siehe auch Greco, ZStW 134 (2022), 1 (1 f.).

⁹⁶ Zur Bedeutung dieses Aspekts für den Aggressivnotstand siehe auch Pawlik (Fn. 15), S. 121 f.

fung.⁹⁷ Dass dem Täter darüber hinaus zuzumuten ist, im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente wegen Vollendung bestraft zu werden und eine etwaige Verteidigung des Opfers gegen sein Verhalten dulden zu müssen, ist deshalb zwar näherliegend als bei den Verantwortungsrechtfertigungsgründen, jedoch trotzdem mit Restzweifeln behaftet. Denn auch der Täter ist nicht für den Konflikt verantwortlich, sondern einzig und allein der Zufall.

Denkt man die Situation des Opfers beim Aggressivnotstand abstrakter, kann man sich von dem Gedanken freimachen, dass Solidarität mit einem gemeinwohlorientierten Utilitarismus einhergehen muss.⁹⁸ Stattdessen kann man die Solidaritätsrechtfertigungsgründe dergestalt *hegelianisch* legitimieren, dass sie einen „Widerstreit zwischen [...] gleichermaßen berechtigten Teilmomenten der Idee rechtlicher Freiheit“ auflösen.⁹⁹ Grundlage der Solidarität des Opfers ist nach diesem Verständnis kein gemeinwohlorientierter Utilitarismus, sondern dessen Stellung als Repräsentant der bürgerlichen Gesellschaft, die ihm überhaupt erst die Ausübung seiner Freiheit ermöglicht.¹⁰⁰

„Er muss drohende schwere Verbrechen melden, bei meiner Not Hilfe leisten, als Zeuge vor Gericht aussagen etc. bis hin zur Duldung von Notstandseingriffen, dies alles nicht erst als politischer Bürger, als Citoyen, sondern als wirtschaftender Bürger, der eben die Bedingungen des Wirtschaftens in der bürgerlichen Gesellschaft auch zu seiner Sache machen muss, wie es im abstrakten Recht seine Sache ist, als Person zu agieren.“¹⁰¹

Wenn also etwa im obigen Beispiel von O erwartet wird, den Angriff des T auf seinen Regenschirm hinzunehmen, dann ist diese Erwartung dadurch legitimiert, dass O überhaupt an einer Gesellschaft partizipieren darf, die ihm die Wahrnehmung seiner Freiheit ermöglicht. Die freiheitstheoretische Brisanz des Schlagworts der Solidarität ist infolgedessen erheblich gemildert.

Nochmals: Die Duldungspflicht des Opfers ist zwar ein berechtigter Diskussionsaspekt, jedoch nur bei vordergründiger Betrachtung ein schlagendes Argument für das Vollendungsmodell. Dies liegt daran, dass die mit den Rechtferti-

⁹⁷ Dazu siehe Neumann (Fn. 91), § 34 Rn. 65 ff.; Zieschang (Fn. 11), § 34 Rn. 99 ff.

⁹⁸ So die Notstandslehre im römischen Recht, vgl. nur Otto, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 1965, S. 55 f.

⁹⁹ So Pawlik (Fn. 15), S. 140.

¹⁰⁰ Jakobs (Fn. 15 – Zurechnung), S. 48 f.; Pawlik (Fn. 4), S. 248 ff.; ders. (Fn. 15), S. 103 ff., 140 ff.

¹⁰¹ Jakobs (Fn. 15 – Zurechnung), S. 48 f.; siehe auch Greco, ZStW 134 (2022), 1 (41): „Es geht bloß um ein grundlegendes Prinzip der distributiven Gerechtigkeit, nämlich um die Entsprechung von Verdientem und Geschuldetem. Die Gesellschaft ermöglicht es erst, dass wir etwas nicht nur besitzen, sondern erwerben, und verdient sich damit einen Anteil an dem, was wir erwerben; diesen Anteil zurückzugewähren schulden wir ihr in bestimmten Situationen, in Notsituationen.“

gungsgründen einhergehende Duldungspflicht des Opfers entweder dadurch legitimiert wird, dass es für die Tat verantwortlich ist (Verantwortungsrechtfertigungsgründe), oder dadurch, dass es sich mit dem Täter solidarisch zu zeigen hat (Solidaritätsrechtfertigungsgründe). Bei den Verantwortungsrechtfertigungsgründen ist es nun gerade besonders naheliegend, den Täter möglichst großzügig zu entlasten, denn dass er überhaupt in eine Notsituation gekommen ist, liegt nicht an ihm, sondern am Opfer. Und auch bei den Solidaritätsrechtfertigungsgründen ist die Evidenz des Vollendungsmodells geringer, als sie zunächst scheinen mag. Denn zum einen ist zwar das Opfer nicht für die Notsituation des Täters verantwortlich, aber ebenso wenig ist dies der Täter; und zum anderen haben auch diese Rechtfertigungsgründe letzten Endes auch für das Opfer keine freiheitsbeschränkende, sondern eine freiheitsermöglichende Funktion. Im Ergebnis ist es deswegen näherliegend, den Gedanken der Duldungspflicht – entgegen *Gallas* – nicht zugunsten, sondern zulasten des Vollendungsmodells zu veranschlagen (Verantwortungsrechtfertigungsgründe) bzw. ein Remis zwischen dem Versuchsmodell und dem Vollendungsmodell anzunehmen (Solidaritätsrechtfertigungsgründe).

2. Bedeutung der Tatbestandsmäßigkeit

Mit der Frage, inwieweit es relevant ist, dass der Täter im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente einen Deliktstatbestand (etwa den des Totschlags) erfüllt, ist die Frage nach dem unrechtssystematischen Wert der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit gestellt. Das Argument des Vollendungsmodells gegen das Versuchsmodell in diesem Zusammenhang lautet, dass es sich bei der Tatbestandsmäßigkeit um die wesentliche Wertungsstufe des Verbrechensbegriffs handelt und dass das mit der Tatbestandsmäßigkeit einhergehende Unrecht nur dann neutralisiert wird, wenn alle Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind (a). Auf dieses Argument wird berechtigterweise eingewandt, dass es sich bei der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit nur um ein vorläufiges Unrechtsurteil handelt, das in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf einer beschränkten Grundlage erfolgt; dies ist im Kern die These der sogenannten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (b).¹⁰² Dieser Lehre wird seit jeher vorgehalten, dass zwischen einem tatbestandslosen und einem gerechtfertigten Verhalten ein wesentlicher wertungsmäßiger Unterschied besteht (c). Dieser Einwand ist jedoch normlogisch unhaltbar, denn sowohl das tatbestandslose Verhalten als auch das gerechtfertigte Verhalten gehören in die normlogische Kategorie des erlaubten Verhaltens (d). Gegen dieses Argument für das Versuchsmodell verbleibt dem Vollendungsmodell nur noch der Hinweis darauf, dass der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat und dass dieser Erfolg, der sich nun nicht mehr aus der Welt schaffen lässt, in Rechnung gestellt werden muss (e). Dies überzeugt allerdings nur dann, wenn man den Erfolg naturalistisch versteht; er überzeugt aber nicht, wenn

¹⁰² Besser wäre der Begriff Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand, siehe *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 138; *dies.* (Fn. 9), S. 187 f., 201; zust. *Pawlik* (Fn. 4), S. 204.

man – was näherliegt – die sogenannte Lehre von der objektiven Zurechnung für die Frage fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente fruchtbar macht (f).

a) Tatbestandsmäßigkeit als wesentliche Wertungsstufe

Viele Befürworter des Vollendungsmodells teilen die Überzeugung, dass es sich bei der Tatbestandsmäßigkeit um die „maßgebliche Wertungsstufe im Unrechtsbereich“ handelt, während das Fehlen der Rechtfertigung der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit „nichts hinzufügt“, sondern nur die Aussage erlaubt, dass es an einem rechtfertigenden Grund für das tatbestandsmäßige Verhalten fehlt.¹⁰³ Aus dieser Überzeugung wird dabei abgeleitet, dass „eine Rechtfertigung nur dann eintreten kann, wenn der gesamte Rechtfertigungsgrund erfüllt ist“, dass also „ein etwaiges Manko [...] ihn in seiner [...] unrechtausschließenden Wirkung vollständig [beseitigt].“¹⁰⁴

Richtig an diesem Gedankengang ist erstens, dass die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit nicht vollkommen wertfrei sein kann. Denn wenn ich diese Feststellung mit *Beling* so verstehe, dass sie „gar nichts [!] darüber [verrät]“, ob das tatbestandsmäßige Verhalten rechtswidrig ist,¹⁰⁵ dann besteht gar kein Anlass, nach der Rechtfertigung dieses Verhaltens zu fragen. Die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit muss also ein Unrechtsurteil enthalten.¹⁰⁶ Dieses Unrechtsurteil muss zweitens mehr oder jedenfalls etwas anderes sein als nur ein Indiz für die Rechtswidrigkeit. Denn die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit ist mit Sicherheit kein Indiz für die Rechtswidrigkeit in dem Sinne, in dem Rauch ein Indiz für Feuer ist.¹⁰⁷ Die Tatbestandsmäßigkeit ist demnach nicht nur ratio cognoscendi (Anzeichen), sondern ratio essendi (Gegenstand) der Rechtswidrigkeit.¹⁰⁸

¹⁰³ So jetzt *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 15; siehe auch schon *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 408; ähnlich *Gallas* (Fn. 11), S. 175; *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 5 ff.; *ders.* (Fn. 11 – Lehre), S. 278 ff.; *Triffierer* (Fn. 11), S. 214 ff.

¹⁰⁴ So jetzt *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128.

¹⁰⁵ *Beling*, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, S. 65.

¹⁰⁶ *Hirsch* (Fn. 11 – Lehre), S. 309 f.; *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 107; *Otto*, JURA 1995, 468 (473 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 218; *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 10; *Schmidhäuser*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 433 (438 f.); *Schünemann*, GA 1985, 341 (347); *Triffierer* (Fn. 11), S. 217.

¹⁰⁷ So aber *Mayer*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 51 f.; für weitere Nachweise zu der Aussage, der Tatbestand habe eine Indizfunktion, siehe nur *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 15 Fn. 91; *Pawlik* (Fn. 4), S. 202 Fn. 310.

¹⁰⁸ *Mezger*, in: Möseneder/Schüssler (Hrsg.), Bedeutung in den Bildern, Festschrift für Jörg Traeger zum 60. Geburtstag, 2002, S. 187 (189 ff.); *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 9.

b) *Tatbestandsmäßigkeit als vorläufiges Unrechtsurteil*

Trotz dieser Bedeutung der Tatbestandsmäßigkeit ist aber fraglich, ob es sich bei ihr um die maßgebliche oder nur um eine vorläufige Wertungsstufe handelt. Indem sich das Verständnis der Tatbestandsmäßigkeit vom Anzeichen zum Gegenstand der Rechtswidrigkeit entwickelt hat, ist ein Schritt vollzogen worden, mit dem es sich „geradezu auf[drängt]“, die Tatbestandsmäßigkeit nur als vorläufige Wertungsstufe zu verstehen.¹⁰⁹ Vorläufig ist diese Stufe in rechtlicher Hinsicht und in tatsächlicher Hinsicht: In rechtlicher Hinsicht ist die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit auf einen einzelnen Deliktstatbestand beschränkt; in tatsächlicher Hinsicht auf die Elemente eines Sachverhalts, die den betreffenden Deliktstatbestand verwirklichen. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit eröffnet anschließend den Blick für die gesamte Rechtsordnung, ebenfalls in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht: In rechtlicher Hinsicht wird das Unrechtsurteil auf alle Rechtfertigungsgründe der Rechtsordnung erweitert; in tatsächlicher Hinsicht auf alle Elemente des betreffenden Sachverhalts, die einen Rechtfertigungsgrund erfüllen. Die Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit „erfüllt demnach eine pragmatisch-didaktische, nicht aber eine systematisch tragende Funktion.“¹¹⁰ Diesen Gesamtzusammenhang zwischen der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit hat vor allem *Puppe* grundlegend herausgearbeitet.¹¹¹ Die Annahme, dass es bei der Tatbestandsmäßigkeit um die maßgebliche Wertungsstufe geht, ist demnach nicht überzeugend.¹¹²

Dieses quantitative Verständnis zwischen der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit entspricht – wie *Puppe* selbst hervorhebt – der sogenannten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen.¹¹³ Demnach stehen der Deliktstatbestand und die Rechtfertigungstatbestände auf ein und derselben Wertungsstufe, bilden also einen aus positiven und negativen Tatbestandsmerkmalen zusammengesetzten Gesamtunrechtstatbestand.¹¹⁴ Auf Basis dieser Lehre ist das

Versuchsmodell zwingend: Denn wenn jemand objektiv sowohl einen Deliktstatbestand als auch einen Rechtfertigungstatbestand erfüllt, dann fehlt es objektiv am Gesamtunrecht. Wenn er dabei den Deliktstatbestand vorsätzlich erfüllt und zugleich nicht um den rechtfertigenden Sachverhalt weiß, dann liegt subjektiv demgegenüber Gesamtunrecht vor. Fehlendes objektives Unrecht in Verbindung mit dem Vorliegen subjektiven Unrechts ist nun eben genau derjenige Sachverhalt, der im Strafrecht mit dem Begriff des Versuchs etikettiert wird.¹¹⁵

c) *Tatbestandsloses vs. gerechtfertigtes Verhalten*

Der kräftigste und im Hinblick auf den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente wichtigste Einwand gegen die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen lautet, dass zwischen einem tatbestandslosen und einem gerechtfertigten Verhalten ein „elementare[r] Wertunterschied“ besteht.¹¹⁶ „Es ist [...] strafrechtlich-dogmatisch toto coelo etwas Verschiedenes, ob ein Bauer einen Hahn schlachtet, oder ob er in Notwehr einen Menschen tötet“, schreibt *Welzel* in Replik auf *Kohlrausch*.¹¹⁷ Diesem Beispiel liegt die Vorstellung zugrunde, dass sich das Strafrecht für tatbestandsloses Verhalten – ein Bauer schlachtet seinen Hahn – nicht interessiert, es also prinzipiell irrelevant ist, während das Strafrecht gerechtfertigtes Verhalten – ein Mensch tötet in Notwehr – im Ausgangspunkt skeptisch sieht, es also „auffällig“ ist.¹¹⁸ Mit *Welzel* gesagt ist auch das tatbestandsmäßige, aber gerechtfertigte Verhalten *sozial inadäquat*, und zwar weil es sich nicht „innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemein-

Pawlik (Fn. 4), S. 195 ff.; *Rinck* (Fn. 3), S. 309 ff.; *Schünemann*, GA 1985, 341 (347 ff.); *Wolter* (Fn. 9), S. 143 f.

¹¹⁵ Siehe *Börner*, JURA 2017, 477 (478); *Lenckner* (Fn. 9), S. 193 f.; *Salimi* (Fn. 5), S. 23. Verfehlt daher *Heinrich*, JURA 1997, 366 (374): „Da dem Täter jedoch Umstände, die seine Motivation nicht bestimmen, auch nicht zugute kommen können und seine Einstellung zur Rechtsordnung genauso fehlerhaft ist, wie wenn die Notwehrlage tatsächlich nicht vorläge, ist, wie wenn die Notwehrlage tatsächlich nicht vorläge, [...] wegen vollendetem Delikt zu bestrafen.“ Dies müsste nicht nur für den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente, sondern auch für den „normalen“ Versuch gelten.

¹¹⁶ So *Welzel*, ZStW 67 (1955), 196 (210); ähnlich *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 8; *ders.* (Fn. 11 – Lehre), S. 278 ff.; *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 406 f.; *Triffterer* (Fn. 11), S. 216 ff.

¹¹⁷ *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1951, S. 51 f. Fn. 2; ähnlich *ders.*, ZStW 67 (1955), 196 (210 ff.); zust. *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 17. Zum Anlass siehe *Kohlrausch*, Irrtum und Schuld begriff im Strafrecht, Bd. 1, 1903, S. 64: „Die einzelne in Notwehr oder in Ausübung eines sonstigen Rechts begangene Tötung eines Menschen ist schlechthin rechtmässig, nicht mehr und nicht weniger als die Tötung einer Mücke.“

¹¹⁸ Siehe auch *Hirsch* (Fn. 11 – Lehre), S. 278 ff.; *Jakobs* (Fn. 9), 11/1.

¹⁰⁹ *Pawlik* (Fn. 4), S. 199 ff.

¹¹⁰ *Pawlik* (Fn. 4), S. 205, ferner S. 219.

¹¹¹ *Puppe*, in: Dannecker (Fn. 9), S. 389 (392 f.); *dies.* (Fn. 9), S. 183 ff.; siehe auch *dies./Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 8 ff.; ähnlich *Otto*, JURA 1995, 468 (473 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 199 ff., 217 ff.

¹¹² Ebenso etwa *Frisch* (Fn. 9 – Vorsatz), S. 244 f.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (192 f., 194 ff.); *Otto*, JURA 1995, 468 (473 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 195 ff.; *Schünemann*, GA 1985, 341 (347 ff.).

¹¹³ Jetzt *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 35), Vor § 13 Rn. 12 ff.; siehe auch *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 148; *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 12 f., 137 ff.; *dies.* (Fn. 9), S. 187 ff.

¹¹⁴ Insb. *Frank*, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift für die Juristische Fakultät Gießen zum Universitäts-Jubiläum, 1907, S. 519 (533 ff.); *Arth. Kaufmann*, JZ 1954, 653 (653 ff.); *ders.*, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1950, S. 66 f., 170 f., 178 ff.; *A. Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889 (Neudr. 1996), S. 82; ferner

schaftslebens eines Volkes [bewegt].“¹¹⁹ Bezogen auf den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente muss daher der Umstand, dass der Täter nicht tatbestandslos, sondern nur tatbestandsmäßig und gerechtfertigt handelt, berücksichtigt werden. Diese Berücksichtigung besteht dann eben darin, dass man dem Täter die Obliegenheit aufbürdet, vom rechtfertigenden Sachverhalt Kenntnis zu nehmen, und dass man ihn andernfalls nicht bloß wegen Versuchs, sondern sogar wegen Vollendung bestraft.

Dieses Argument gegen das Versuchsmodell verträgt sich gut damit, dass häufig von einer „Appellfunktion“ des Tatbestandes gesprochen wird. Damit soll im Ausgangspunkt ausgedrückt werden, dass der Täter dem Deliktstatbestand selbst den materiellen Gehalt des betreffenden Delikts derart entnehmen können muss, dass er vor seiner Entscheidung, ihn zu erfüllen, das Warnsignal erfährt, es nicht zu tun.¹²⁰ Entschieden er sich trotzdem, den betreffenden Deliktstatbestand zu erfüllen, kann man demnach von ihm erwarten, vor der Vornahme seiner Handlung zu überprüfen, ob alle objektiven Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtfertigungsgrundes vorliegen.¹²¹ Nicht zuletzt für die eingangs erwähnte Rechtfertigung von Schwangerschaftsabbrüchen nimmt der Bundesgerichtshof eine solche Prüfungsobliegenheit an.¹²² Als Argument wird dabei vorgetragen, dass das tatbestandsmäßige, aber gerechtfertigte Verhalten eben sozial inadäquat (*Welzel*) oder – insoweit treffender formuliert – riskant ist, und man „leichtsinnige Eingriffe unter Berufung auf eine angebliche [Rechtfertigungslage]“ verhindern will.¹²³ Wenn man daher schon vom Täter, der die rechtfertigende Sachlage kennt, erwartet, die von ihm gewählte Rechtfertigungshandlung sorgfältig zu prüfen, ist es unangemessen, ihn bereits dann zu entlasten, d.h. nicht wegen Vollendung zu bestrafen, wenn ihm misslingt, überhaupt die rechtfertigende Sachlage zu erkennen.

d) Erlaubtes Verhalten

Eine solche kategorische Unterscheidung zwischen tatbestandslosem und gerechtfertigtem Verhalten ist jedoch normlogisch unhaltbar. Dies wird besonders deutlich bei denjenigen *Autoren*, die zwischen einem „erlaubten“, d.h. einem tatbestandsmäßigen, aber gerechtfertigten Verhalten, und einem „unverbotenen“, d.h. einem nicht tatbestandsmäßigen

Verhalten differenzieren.¹²⁴ Diese Differenzierung verkennt nämlich, dass es normlogisch gesehen nur drei Operatoren gibt: verboten, erlaubt und geboten.¹²⁵ Aus diesen Operatoren liegt es für einen freiheitlichen Staat nahe, als Ausgangspunkt die Erlaubnis zu wählen, also – wie das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 – *alle* Verhaltensweisen für grundsätzlich erlaubt zu erklären.¹²⁶ Eine Ausnahme zu dieser Erlaubnis sind etwa die strafrechtlichen Deliktstatbestände, und zwar weil sie Verbotsnormen ausdrücken. Der Tatbestand „Wer [...] tötet, [...], wird [...] bestraft“ (§ 212 Abs. 1 StGB), drückt also die Verbotsnorm aus: Es ist verboten, zu töten. Die Rechtfertigungstatbestände sind dann eine Ausnahme zu dieser Ausnahme, erklären also ein verbotenes Verhalten ausnahmsweise für erlaubt, drücken also Erlaubnisnormen aus. Der Tatbestand: „Wer [in Notwehr] eine Tat begeht, [...] handelt nicht rechtswidrig“ (§ 32 Abs. 1 StGB), drückt also die Erlaubnisnorm aus: Es ist erlaubt, in Notwehr eine Tat zu begehen. Nach diesem Modell unterfallen aber die Verhaltensweisen, die keinen Deliktstatbestand erfüllen (tatbestandsloses Verhalten), und die Verhaltensweisen, die zwar einen Deliktstatbestand, aber zugleich auch einen Rechtfertigungstatbestand erfüllen (gerechtfertigtes Verhalten), ein und demselben normlogischen Operator. Es handelt sich nämlich in beiden Fällen um erlaubte (= unverbote) Verhaltensweisen.¹²⁷

Einen solchen Gedanken hat vor allem *Kindhäuser* zur Begründung des Versuchsmodells skizziert.¹²⁸ Er geht von einem „Kollisionsmodell“ aus, weil er aus den Deliktstatbeständen und den Rechtfertigungstatbeständen keinen Gesamtunrechtstatbestand bildet (so die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen), sondern annimmt, dass Verbotsnormen und Erlaubnisnormen zu trennen sind und also fallweise miteinander konkurrieren können.¹²⁹ Am Beispiel der Notwehr illustriert er:

„Dem Angegriffenen ist es – auf derselben logischen Ebene des Systems – einerseits verboten, den Angreifer zu verletzen, andererseits ist es ihm erlaubt, die zur Abwendung des Angriffs erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, also auch den Angreifer zu verletzen.“¹³⁰

Diese Normkonkurrenz ist für *Kindhäuser* durch eine Metaregel aufzulösen, wobei „nach den Präferenzen des Straf-

¹¹⁹ *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 (516, ferner 516 ff.).

¹²⁰ So insb. *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 323 f.; ebenso *Gaßner/Strömer*, HRRS 2015, 122 (122 f.); kritisch *Pawlik* (Fn. 4), S. 195 ff.; zum Zusammenhang mit dem Problem fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente siehe *Triffiterer* (Fn. 11), S. 217; dementsprechend ist dies auch das Argument von *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 1969, S. 168 f., für die strenge Schuldtheorie beim Erlaubnistatbestandsirrtum.

¹²¹ Zu dieser Prüfungsobliegenheit siehe nur *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 17a.

¹²² BGHSt 38, 144 (154 f.).

¹²³ *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 132; ferner *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 406 f.

¹²⁴ So etwa *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 24, 28 f.; ähnlich *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 8.

¹²⁵ *Puppe* (Fn. 16), S. 255 f.; siehe auch *dies.* (Fn. 9), S. 190 ff.

¹²⁶ Siehe *Pawlik* (Fn. 4), S. 182.

¹²⁷ Ähnlich *Frisch* (Fn. 9 – Vorsatz), S. 244 f., 413 f.; *Kohlrausch* (Fn. 117), S. 63 f.; *Lesch*, in: *Pawlik* (Fn. 14), S. 327 (338 ff.); *ders.* (Fn. 92), S. 264 ff.; *Otto*, JURA 1995, 468 (470, 473 f.); *Puppe* (Fn. 111), S. 392 f.; *Pawlik* (Fn. 4), S. 205 ff.; *Schünemann*, GA 1985, 341 (349); *Wolter* (Fn. 9), S. 143 f.

¹²⁸ *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 106 ff.

¹²⁹ *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 107 f.

¹³⁰ *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 110.

rechts die Erlaubnis in der Regel das Verbot verdrängt.¹³¹ Weil dabei „[g]egen eine Verbotsnorm, die nicht gilt – und sie gilt nicht, wenn ihr im Kollisionsfall eine Erlaubnisnorm vorgeht –, [...] durch ein Verhalten auch nicht objektiv verstoßen werden [kann]“, bevorzugt *Kindhäuser* für den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente – konsequenterweise – das Versuchsmodell.¹³²

e) Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges

Das letzte große Argument gegen das Versuchs- und für das Vollendungsmodell in Sachen Überzeugungskraft liegt darin, dass der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat und dass sich dieser Erfolg durch die bloße Erfüllung der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen auch nicht mehr beseitigen lässt.

„Wer beispielsweise vorsätzlich einen anderen Menschen tötet, vollendet einen Totschlag und versucht ihn nicht nur.“¹³³

Dem Versuchsmodell wird deshalb vorgeworfen, „den Boden der Realität zu verlassen“,¹³⁴ „die Tatsachen zu vergewaltigen“,¹³⁵ etc.

Auch dieses Argument ist in einem gewissen Maße berechtigt. Dies liegt daran, dass sich zahlreiche Befürworter des Versuchsmodells damit schwertun, die Fälle des – *sit venia verbo* – normalen Versuchs und den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente gleichzusetzen. So bevorzugt etwa *Jakobs* zwar das Versuchsmodell, gesteht aber einen wesentlichen Unterschied zum „normalen“ Versuch ein:

„Dem Versuchstäter mißlingt schon die Opferung, und deswegen ist nichts umsonst; hier gelingt die Opferung, aber sie ist nicht umsonst.“¹³⁶

Viele Befürworter des Versuchsmodells sehen sich deswegen – wie erwähnt – dazu genötigt, die Versuchsnormen nur analog anzuwenden.¹³⁷

¹³¹ *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 110.

¹³² *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 111 ff. Irritierend ist daher der Ausdruck von *Jakobs* (Fn. 9), 11/1, dass die Rechtfertigungsgründe dazu dienen, „ein an sich verbotenes Verhalten doch zu vollziehen“.

¹³³ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 61; ähnlich *Stemler*, ZJS 2010, 347 (356); *Zieschang* (Fn. 11), § 34 Rn. 84.

¹³⁴ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 61; ähnlich *Köhler* (Fn. 11), S. 323 f.

¹³⁵ *Spendel* (Fn. 12 – LK-StGB), § 32 Rn. 140.

¹³⁶ *Jakobs* (Fn. 9), 11/23. Auch *Zielinski* (Fn. 11), S. 222, sieht sich gezwungen, darzulegen, dass es an einer Rechtsgutsverletzung fehlt; kritisch *Kindhäuser* (Fn. 9 – Gefährdung), S. 113 Fn. 18.

¹³⁷ Siehe Fn. 49.

f) Lehre von der objektiven Zurechnung

Es stellt sich aber die Frage, ob der Hinweis auf den eingetretenen Erfolg nicht zu kurz gedacht ist. Die Befürworter des Vollendungsmodells legen bei diesem Hinweis offenbar die Vorstellung zugrunde, dass der Täter durch sein Verhalten kausal eine Veränderung der Welt herbeigeführt hat und dass sich diese Veränderung nicht aus der Welt schaffen lässt. Dies ist eine Selbstverständlichkeit, die der *Verf.* nicht bestreitet. Zu bestreiten ist jedoch, dass dieser Dreiklang aus Verhalten, Kausalität und Weltveränderung hinreichend viele Aspekte in Rechnung stellt. Mit diesem Dreiklang wird nämlich einem naturalistischen Strafrechtsverständnis das Wort geredet, ohne dass die Frage nach der *rechtlichen* Relevanz des Erfolgseintritts überhaupt gestellt wird.¹³⁸

Diese Relevanz wird nach dem herrschenden Verständnis von der sogenannten Lehre von der objektiven Zurechnung berücksichtigt.

„Sie stellt die herkömmliche Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit in fundamentaler, bislang allerdings nur vereinzelt wahrgenommener Weise in Frage.“¹³⁹

Für den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente hilft diese Lehre bereits dann, wenn man sie im Sinne ihres „modernen“ Entwicklers *Honig* als eine Erfolgszurechnungslehre versteht, also als ein sekundäres Hilfsmittel, um Probleme der Kausalitätslehre zu lösen.¹⁴⁰ Denn selbst nach diesem Verständnis hat man nicht nur die Frage zu klären, ob der Täter *irgendeine* Gefahr geschaffen hat, die sich im Erfolg realisiert hat, sondern ob er eine *rechtlich missbilligte* Gefahr geschaffen hat, die sich ebenda realisiert hat.¹⁴¹ In diesem Sinne hat beispielsweise das Kammergericht Berlin zum Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ausgeführt, dass der Täter „zwar den Tatbestand der vorsätzlich leichten Körperverletzung einschließlich des Erfolges

¹³⁸ Siehe *Frisch* (Fn. 9 – Strafrecht), § 4 Rn. 40; *ders.* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 138 ff.; *Hoven*, GA 2016, 16 (17 f.); siehe auch *Frisch* (Fn. 9 – Vorsatz), S. 457 ff.; *Herzberg*, JA 1986, 190 (193); *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 44 ff.; *Lesch* (Fn. 127), S. 338 ff.; *Rath* (Fn. 12), S. 256; *Rinck* (Fn. 3), S. 224 f., 234 f.; *Rönnau*, JuS 2009, 594 (596); *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 105.

¹³⁹ *Pawlik* (Fn. 4), S. 212, ferner S. 211 ff.; ähnlich *Lesch* (Fn. 92), S. 264 ff.; *Reyes*, ZStW 105 (1993), 108 (120).

¹⁴⁰ *Honig*, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Bd. 1, S. 174 (174 ff., illustrativ 179 f.): „Vielmehr tritt zum Kausalurteil als weiteres selbständiges Urteil das über die objektive Zurechnung hinzu, welches die axiologische Frage zu prüfen hat, nämlich die Bedeutsamkeit des Kausalzusammenhanges [!] für die Rechtsordnung, gemessen an Maßstäben, die mit der Rechtsordnung selbst gegeben sind.“ Zum heutigen Verständnis der Lehre von der objektiven Zurechnung vgl. nur *Kubiciel* (Fn. 15), S. 80 ff.

¹⁴¹ Dies ist allgemeine Meinung, siehe nur *Fischer* (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 25 m.w.N.

verwirklicht [hat]“, dass dieser Erfolg „jedoch wegen der objektiv gegebenen Rechtfertigungslage von der Rechtsordnung nicht mißbilligt [wird]“ – und sich deshalb für das Versuchsmodell ausgesprochen.¹⁴² Mit anderen Worten ist das Versuchsmodell demnach nichts anderes als die Lehre von der objektiven Zurechnung angewandt auf das Problem der fehlenden subjektiven Rechtfertigungselemente.

Noch deutlicher wird dieser Zusammenhang, sobald man die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht mehr nur als Erfolgsszurechnungslehre versteht. Denn dieser Lehre kommt nicht nur die begrenzte Aufgabe zu, die Äquivalenzlehre einzuschränken (Erfolgsszurechnungslehre), sondern vielmehr die allgemeine Aufgabe, den Umfang des verbotenen Verhaltens maßgeblich festzulegen.¹⁴³ Die Lehre von der objektiven Zurechnung dient demnach zur Entscheidung der Frage, ob eine Rechtsverletzung in den Zuständigkeitsbereich des Täters fällt oder nicht.¹⁴⁴ *Nicht* ist dies in den Situationen möglicher Rechtfertigung der Fall, wenn die Rechtsverletzung in den Zuständigkeitsbereich des Opfers fällt. Die objektive Zurechnung erfordert daher, die Regeln der Zuständigkeitsverteilung nicht nur für die Begründung der Zuständigkeit des Täters, also auf die Tatbestandsmäßigkeit, sondern auch für den Ausschluss der Zuständigkeit des Täters, also auf die Rechtfertigung, anzuwenden. Es ist demnach nichts weiter erforderlich, als die Regeln der Zuständigkeitsverteilung auf die Frage der Rechtfertigung zu erstrecken.¹⁴⁵

Damit ist die Brücke zurückgeschlagen zum Verantwortungsprinzip und zum Solidaritätsprinzip.¹⁴⁶ Während es bei diesen Prinzipien zuvor noch darum ging, die Pflicht des Opfers zu begründen, den Rechtseingriff des Täters zu dulden, geht es nun darum, aufzuzeigen, dass der Hinweis auf den Erfolgseintritt dem Versuchsmodell nicht entgegensteht. Denn im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente mag zwar der tatbestandmäßige Erfolg eingetreten sein. Für diesen Erfolgseintritt ist jedoch allein das Opfer – kraft Verantwortung oder kraft Solidarität – zuständig. Dass der Täter um die Tatsachen, die diese Zuständigkeit des Opfers be-

gründen und seine eigene Zuständigkeit ausschließen (Rechtfertigungsebene), nicht weiß, kann daher nur insoweit relevant sein, wie es auch ansonsten relevant ist, dass der Täter Tatsachen annimmt, die seine Zuständigkeit begründen (Tatbestandsebene). Das heißt also, um es ein weiteres Mal zu betonen, es handelt sich um einen üblichen Fall des Versuchs.¹⁴⁷

V. Folgenadäquanz

Abschließend wird dargelegt, dass das Versuchsmodell nicht nur das erklärungsstärkere und überzeugungskräftigere, sondern auch das folgenadäquatere Modell ist. Folgenadäquater als das Vollendungsmodell ist es insbesondere deshalb, weil es zu einer tat- und schuldangemessenen Bestrafung des Täters führt (1.). Zudem sind seine Konsequenzen für das Eingreifen Dritter in den Konflikt (2.) und für die Frage nach einer Garantienstellung des Täters (3.) angemessener. Schließlich spricht die Fernwirkung des Problems fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente auf den sogenannten Erlaubnistatbestandsirrtum zugunsten des Versuchsmodells (4.).

1. Tat- und schuldangemessene Strafe

Das Versuchsmodell führt zu einer angemessenen Bestrafung. Dies liegt daran, dass der Versuch milder bestraft werden kann als die Vollendung, aber nicht muss (§ 23 Abs. 2 StGB, sogenannte fakultative Strafmilderung). So ist etwa der Täter eines versuchten Mordes nicht zwingend zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu verurteilen (§ 211 StGB), sondern zu einer Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Dem Umstand, dass der Täter nicht um die rechtfertigende Sachlage weiß, kann das Gericht also Rechnung tragen, muss es aber nicht, auch wenn es dies aufgrund des fehlenden objektiven Unrechts im Regelfall sollte.¹⁴⁸ Beim Vollendungsmodell muss das Gericht demgegenüber – im Beispiel geblieben – auf lebenslange Freiheitsstrafe entscheiden.

Diese Konsequenz des Vollendungsmodells ist seinen Befürwortern teilweise offenbar unangenehm.¹⁴⁹ So meint etwa *Hirsch*, dass eine sachgerechte Strafmilderung (§ 49 StGB) auch beim Vollendungsmodell möglich ist.¹⁵⁰ Ähnlich halten *Paeffgen/Zabel* es für ausreichend, das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen notfalls bei der individuellen Strafzumessung in Rechnung zu stellen.¹⁵¹

¹⁴⁷ *Pawlik* (Fn. 4), S. 207.

¹⁴⁸ Siehe auch *Herzberg*, JA 1986, 190 (200).

¹⁴⁹ Vgl. auch *Rinck* (Fn. 3), S. 225 ff.

¹⁵⁰ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 59; *ders.* (Fn. 13), S. 235 f.; ebenso *Triffterer* (Fn. 11), S. 225.

¹⁵¹ *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128; ähnlich *Stemler*, ZJS 2010, 347 (356); *Triffterer* (Fn. 11), S. 225. Es überrascht daher auch nicht, dass *Paeffgen/Zabel*, (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 108, die harten Konsequenzen der strengen Schuldtheorie beim Erlaubnistatbestandsirrtum durch einen Verweis auf die „prozessualen Vermeidetechniken“ (§§ 153 ff. StPO) mildern wollen. Anfangs hatte *Paeffgen*, (Fn. 11 – Verrat), S. 175 f., noch für eine Lösung über § 49 StGB plädiert; in der Zwischenzeit gelangte *ders.*, (Fn. 11 – GS Kauf-

¹⁴² KG GA 1975, 213 (215); ähnlich *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 142; *Hoven*, GA 2016, 16 (17 f.); *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 330; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 268.

¹⁴³ Siehe nur *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), S. 15 f., 24, 25 ff.; *Kubiciel* (Fn. 15), S. 94 f., 99 f.; *Müssig*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser, 2019, S. 1029 (1030 ff.); grundlegend auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 23 ff., 33 ff., 50 ff., der der Lehre von der objektiven Zurechnung als Erfolgsszurechnungslehre die Lehre vom tatbestandmäßigen Verhalten als „eine den Gedanken des Verhaltensunrechts thematisierende Systemkategorie“ (S. 32) gegenüberstellt.

¹⁴⁴ *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (231 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 213 ff., 215 ff.; siehe auch *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (378 f.).

¹⁴⁵ *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (231 f.); *Pawlik* (Fn. 4), S. 213 ff., 215 ff.; siehe auch *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (378 f.).

¹⁴⁶ Dazu siehe 1. b).

Sowohl bei *Hirsch* als auch bei *Paeffgen/Zabel* wird jedoch der Eindruck erweckt, als wolle man nun mittels eines „reparierenden Zugriffs“ im Rahmen der Strafzumessung nachholen, was man zuvor im Rahmen der Dogmatik noch versäumt hat.¹⁵² Bei *Hirsch* kommt hinzu, dass sein Ansatz offensichtlich nicht mit dem positiven Recht vereinbar ist – ein Aspekt, den er nicht einmal erwähnt.¹⁵³ Der Ansatz von *Paeffgen/Zabel* ist darum ehrlicher, steht aber vor zwei anderen Problemen: Er überschätzt die Rolle der Strafzumessung und unterschätzt zugleich die Rolle des Schuldspruchs.

Der Ansatz von *Paeffgen/Zabel* überschätzt die Rolle der Strafzumessung, weil er dazu führt, dass die Sachfragen von der Ebene der Dogmatik auf die Ebene der Strafzumessung verlagert werden. Eine solche Verlagerung ist jedoch „mit hohen rechtsstaatlichen Kosten verbunden.“¹⁵⁴ Diese Kosten bestehen konkret darin, dass die Begriffe der Dogmatik, „wenn sie nur noch als Elemente der Strafzumessung fungieren, ihre scharfen Konturen [verlieren], gewissermaßen zur Disposition des Richters [stehen] und in dem Dunst [verschwinden], der noch immer über diesem Gebiet liegt.“¹⁵⁵ Es ist daher auch kein Zufall, dass ein vehementer Befürworter einer solchen Verlagerung in aller Konsequenz dafür eingetreten ist, die Strafrahmen der Deliktstatbestände so weit wie möglich zu fassen und allgemein „die Freiheit richterlicher Wertung gegen allzu enge Fesseln dogmatisch-begrifflicher Kategorienbildung [...] zu verteidigen.“¹⁵⁶

Der Ansatz von *Paeffgen/Zabel* unterschätzt die Rolle des Schuldspruchs, weil er dazu führt, dass der Schuldspruch und die konkrete Bestrafung auseinanderfallen. Und welche Bedeutung hat der Schuldspruch: „Der Täter wird wegen Vollendung bestraft“, wenn die Strafzumessung zu der Aussage führt: „Der Täter wird wegen Versuchs bestraft“?¹⁵⁷ Der

mann), S. 411 Fn. 60, aber zu der – treffenden – Überzeugung, dass dies mit dem Gesetz unvereinbar ist.

¹⁵² So *Rinck* (Fn. 3), S. 226 (zu § 49 StGB); kritisch auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (530); *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 129; siehe auch *Aicher*, Subjektive Voraussetzungen in zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen, 2020, S. 233 ff., der von einer „Honorierung“ des Täters spricht.

¹⁵³ Dieser Ansatz steht also vor demselben Problem wie die sogenannte Rechtsfolgenlösung von BGHSt 30, 105 (119 ff.) beim Mord (§ 211 StGB); kritisch dazu etwa *Günther*, NJW 1982, 353 (356 f.).

¹⁵⁴ *Volk*, in: Schönemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 563 (564); ähnlich v. *Uthmann*, Der Urheber des Verbrechens, 1963, S. 54.

¹⁵⁵ *Volk* (Fn. 154) S. 564; ähnlich *Drost*, NJW 1955, 1255 (1255 ff.); siehe auch *Arth. Kaufmann*, in: Küper (Fn. 9), S. 185 (186); *Philipsborn*, Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen, 1906, S. 23 f.

¹⁵⁶ *Kienapfel*, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, S. 32.

¹⁵⁷ A.A. *Triffterer*, (Fn. 11), S. 225, auf Grundlage der hier nicht geteilten Prämisse, dass der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente nicht unter den Versuchstatbestand subsumiert werden kann.

Schuldspruch wird bei diesem Vorgehen vom wesentlichen Merkmal des Urteils zu einem bedeutungslosen Vorwort der Strafzumessung degradiert. Eine solche Degradierung widerspricht aber der fundamentalen Bedeutung des Schuldspruchs im Hinblick darauf, dass das Urteil vor allem eine expressive Funktion hat. Diese besteht darin, die kommunikative Infragestellung der Norm durch den Täter zurückzuweisen.¹⁵⁸

Gegen das Argument, dass das Versuchsmodell zu einer angemessenen Strafe führt, verbleibt daher nur der Einwand, dass der Versuch manchmal straflos ist (§ 23 Abs. 1 StGB) und der Täter im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente daher manchmal nicht bestraft wird.¹⁵⁹ Diese Folge ist aber kein Sondergut des Versuchsmodells, sondern die Konsequenz daraus, dass das Gesetz den Versuch eben in manchen Fällen straflos lässt: Der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente unterscheidet sich also insoweit nicht vom „normalen“ Versuch.¹⁶⁰

2. Eingreifen Dritter

Wie bereits gesehen, führt das Vollendungsmodell dazu, dass sich das Opfer gegen das Verhalten des Täters wehren darf, während das Versuchsmodell dazu führt, dass das Opfer das Verhalten des Täters dulden muss.¹⁶¹ Dieser Satz gilt nicht nur für das Opfer, sondern auch für Dritte, die in das Geschehen eingreifen: Während sie auf Grundlage des Versuchsmodells das Verhalten des Täters hinnehmen müssen, ist es ihnen auf Grundlage des Vollendungsmodells hingegen erlaubt, es abzuwehren.

¹⁵⁸ Dahinter stehen diejenigen Straftheorien, die an *Hegels* dialektischen Strafbegriff anknüpfen und die Strafe als kommunikative Antwort auf die Infragestellung einer Norm deuten, grundlegend *Jakobs* (Fn. 15 – Zurechnung), 1/4 ff.; *ders.* (Fn. 9), S. 6 ff.; *Pawlik* (Fn. 10), insb. S. 29 ff.; *ders.* (Fn. 4), insb. S. 82 ff.; zu *Hegels* Strafbegriff siehe *Hegel*, in: Grottsch/Weisser-Lohmann (Hrsg.), Georg Friedrich Wilhelm Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Bd. 14.1, 2009, S. 90 ff.

¹⁵⁹ *Hirsch* (Fn. 11 – LK-StGB), Vor § 32 Rn. 61; *ders.* (Fn. 11 – Lehre), S. 255; *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 425; *ders./Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128; ebenso – als Vertreter des Versuchsmodells – *Jakobs* (Fn. 9), 11/23; siehe auch *Geilen*, JURA 1981, 308 (309); *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 329 f.

¹⁶⁰ *Herzberg*, JA 1986, 190 (193); *Rath* (Fn. 12), S. 258; *Rinck* (Fn. 3), S. 237; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 14 Rn. 104. Pointiert *Frisch* (Fn. 9 – FS Lackner), S. 142: „Die Vollendungslösung ignoriert in diesen Fällen in naturalistischer Verkennung des Gesetzesprogramms und der hinter diesen stehenden Legitimationserwägungen die gesetzlichen Vorwertungen durch Ausdehnung der Strafbarkeit in einen nach der Wertung des Gesetzes straffreien Raum!“ Zum Erlaubnistatbestandsirrtum *Puppe* (Fn. 9), S. 195: „Wenn das Unrecht, das dem Täter vorzuwerfen ist, seiner Qualität nach Fahrlässigkeitsunrecht ist, so ist es keine Strafbarkeitslücke, wenn er nicht bestraft werden kann, soweit Fahrlässigkeit nicht strafbar ist.“

¹⁶¹ Siehe IV. 1.

Diese Folge ist absurd,¹⁶² weil jeder Dritte, der das Verhalten des Täters zunächst zugunsten des Opfers rechtmäßig abwehrt, ein gleiches Verhalten – in Kenntnis des rechtfertigenden Sachverhalts – sodann rechtmäßig selbst vornehmen darf.¹⁶³ In den eingangs erwähnten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs dürfte also ein dritter Arzt den Schwangerschaftsabbruch des behandelnden Arztes mit Gewalt (!) abwenden, um ihn anschließend – eben in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage (die Krankheit der Patientin) – selbst vorzunehmen. Diese Konsequenz lässt sich vermeiden, indem man das Versuchsmodell annimmt: Ebenso wenig wie sich das Opfer gegen den Täter verteidigen darf, darf ein Dritter das Opfer gegen den Täter verteidigen; das Problem, dass der Dritte dem Täter nachahmt, stellt sich demnach gar nicht.

3. Garantenstellung

Hoven hat neuerdings auf einen interessanten Zusammenhang zwischen dem Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente einerseits und dem Problem einer sogenannten Garantenstellung aus Ingerenz andererseits aufmerksam gemacht.¹⁶⁴

Bei der Garantenstellung aus Ingerenz wird darüber diskutiert, ob diese nur durch ein verbotenes Verhalten oder auch durch ein erlaubtes Verhalten begründet werden kann.¹⁶⁵ Virulent wird diese Frage nicht zuletzt in denjenigen Fällen, in denen jemand zwar einen Deliktstatbestand erfüllt, dabei aber gerechtfertigt handelt, und das Opfer an den Folgen dieses Handelns verstirbt.¹⁶⁶

Beispiel: O schlägt mit einem Baseballschläger auf T ein, um ihm eine Lektion zu erteilen. T gelingt es, sich dadurch zu wehren, dass er O mit einem Stein gegen den Kopf schlägt. Anschließend entfernt sich T vom Geschehensort, während O infolge des Steinschlages des T verblutet.

Das Vollendungsmodell muss im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente eine Garantenstellung aus Ingerenz annehmen. Denn aus der Perspektive dieses Modells ist allein in Rechnung zu stellen, dass der Täter vorsätzlich einen Deliktstatbestand verwirklicht und dabei nicht gerechtfertigt gehandelt hat. Der Täter hat also ein verbotenes Verhalten vorgenommen, das unstreitig eine Garantenstellung aus Ingerenz bedingt. Verkennt T also im obigen Beispiel, dass O im Begriff war, mit einem Baseballschläger auf ihn einzuschlagen, so wäre er – seinen Tötungsvorsatz unterstellt – nach dem Vollendungsmodell zwangsläufig wegen Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13 StGB) zu bestrafen. O kommt demnach in den Genuss, dass T in einem besonderen Maße –

¹⁶² Treffend *Jakobs* (Fn. 9), 11/22; zust. *Rath* (Fn. 12), S. 290; *Rinck* (Fn. 3), S. 228 f.; siehe auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (530).

¹⁶³ *Jakobs* (Fn. 9), 11/22.

¹⁶⁴ *Hoven*, GA 2016, 16 (16 ff.).

¹⁶⁵ Dazu siehe nur *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 13 Rn. 35 f., 37; *Haas*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 9), § 13 Rn. 75 ff.; *Heger* (Fn. 9), § 13 Rn. 11.

¹⁶⁶ Siehe nur BGHSt 23, 327 (327 f.).

als Garant – dazu verpflichtet wird, ihm zu helfen, obwohl O – objektiv betrachtet – das erhalten hat, was sich das Recht vorgestellt hat: die Verteidigung des Angriffs.¹⁶⁷ Umgekehrt betrachtet wird T eine enorme Handlungspflicht aufgebürdet, obwohl er – objektiv betrachtet – das getan hat, was sich das Recht vorgestellt hat: die Verteidigung des Angriffs. Diese Folgen scheinen kaum angemessen.

Zu angemesseneren Folgen kann demgegenüber das Versuchsmodell führen. Dies tut es zwar nicht, wenn man annimmt, dass auch erlaubte, aber gefährliche Verhaltensweisen eine Garantenstellung aus Ingerenz begründen,¹⁶⁸ um dann den Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente als eine solche Verhaltensweise anzusehen.¹⁶⁹ Ebenso wenig führt es zu angemesseneren Folgen, wenn man unter Hinweis auf die nur teilweise Verwirklichung des Rechtfertigungsgrundes darauf schließt, dass es sich gar nicht um eine erlaubte Verhaltensweise handelt,¹⁷⁰ und daher eine Garantenstellung aus Ingerenz annimmt. Zur angemessenen Verneinung einer Garantenstellung aus Ingerenz führt das Versuchsmodell jedoch dann, wenn man mit der Lehre von der objektiven Zurechnung auch an dieser Stelle ernst macht. Dies führt nämlich dazu, dass man einen Täter, der für ein bestimmtes Geschehen zunächst nicht zuständig ist,¹⁷¹ nicht durch die naturalistische Hintertür zuständig macht, indem man für wesentlich hält, dass der Täter den Ort des Geschehens zwischenzeitlich verlassen hat und der tatbestandsmäßige Erfolg erst anschließend eingetreten ist. Vielmehr ist das einmal gefundene Ergebnis durchzuziehen: Der Täter ist unzuständig.¹⁷²

4. Erlaubnistatbestandsirrtum

Letztlich ist die Fernwirkung des Falls fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente auf den Erlaubnistatbestand zu beachten. Diese Fernwirkung liegt näher als sie auf den ersten Blick scheinen mag. Dies rührt daraus, dass der Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente nicht mehr und nicht weniger ist als die Umkehrung des Erlaubnistatbestandsirrtums: Beim Erlaubnistatbestandsirrtum ist der objektive Rechtfertigungstatbestand nicht erfüllt, jedoch der subjektive Rechtfertigungstatbestand; im Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ist der objektive Rechtfertigungstatbestand erfüllt, jedoch der subjektive Rechtfertigungstatbestand nicht.¹⁷³

¹⁶⁷ Siehe auch *Hoven*, GA 2016, 16 (34 f.).

¹⁶⁸ So etwa *Freund*, JuS 1990, 213 (216); *Seelmann*, GA 1989, 241 (255).

¹⁶⁹ Siehe IV. 2. c).

¹⁷⁰ So *Herzberg*, JA 1986, 190 (190 f.).

¹⁷¹ Siehe IV. 2. f).

¹⁷² Siehe auch *Hoven*, GA 2016, 16 (26 ff.).

¹⁷³ *Aicher* (Fn. 152), S. 230; *Hoven*, GA 2016, 16 (16 ff.); *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 130 f., 143; *dies.* (Fn. 9), S. 196 ff.; *dies.* (Fn. 44 – FS Lackner), S. 235 ff.; *Walter* (Fn. 9), S. 373; siehe auch *Kuhlen* (Fn. 9), S. 154; *Zimmermann* (Fn. 21), § 37 Rn. 67; kritisch *Paeffgen* (Fn. 11 – GS Kaufmann), S. 421; *Rath* (Fn. 12), S. 289, 291 ff.

Die Befürworter des Vollendungsmodells vertreten – sofern dieser Zusammenhang gesehen wird – die sogenannte strenge Schuldtheorie beim Erlaubnistatbestandsirrtum. Der gemeinsame Nenner dieser Auffassungen ist, dass ein Rechtfertigungsgrund eben nur dann irgendeine Wirkung entfalten soll, wenn sowohl seine objektiven als auch seine subjektiven Voraussetzungen vorliegen. Da dies jedoch weder beim Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente noch beim Erlaubnistatbestandsirrtum der Fall ist, wird der Täter in beiden Fällen wegen vorsätzlicher Vollendung bestraft.¹⁷⁴

Dabei wird jedoch verkannt, dass die strenge Schuldtheorie nur mit dem – nicht plausiblen¹⁷⁵ – Rechtfertigungsmodell logisch vereinbar ist: Wenn es den Täter nicht entlastet, dass er sich irrtümlicherweise einen rechtfertigenden Sachverhalt vorstellt (strenge Schuldtheorie), dann darf es ihn nicht belasten, dass er irrtümlicherweise einen rechtfertigenden Sachverhalt verkennet (Rechtfertigungsmodell).¹⁷⁶ Nicht nur, weil biographische Kohärenz von wissenschaftlicher Qualität zeugt,¹⁷⁷ sondern, weil logische Richtigkeit Voraussetzung jedes Diskurses ist,¹⁷⁸ muss derjenige, der das Vollendungsmodell vertritt, sich damit abfinden, dass er nicht die strenge Schuldtheorie vertreten darf.

Wie sollten die Vertreter des Vollendungsmodells stattdessen mit dem Erlaubnistatbestandsirrtum verfahren? Es verbleibt ihnen nur, den Erlaubnistatbestandsirrtum nicht als Verbotsirrtum (§ 17 StGB), sondern als Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB) einzuordnen.¹⁷⁹ Dies bedeutet allerdings, dass der Täter beim Erlaubnistatbestandsirrtum nicht wegen vorsätzlicher, sondern – sofern strafbar – nur wegen fahrlässiger Vollendung bestraft wird.¹⁸⁰ Wirklich nahtlos einher geht diese Annahme zum Erlaubnistatbestandsirrtum nun aber nicht mit dem Vollendungsmodell, sondern nur mit dem Versuchsmodell: Beim Erlaubnistatbestandsirrtum begeht der Täter objektiv Unrecht, aber subjektiv nicht,¹⁸¹ und wird deswegen wegen Fahrlässigkeit bestraft; beim umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum – dem Fall fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente – begeht der Täter subjektiv Unrecht, aber objektiv nicht, und wird deswegen wegen Versuchs bestraft. Daher ist das Versuchsmodell also auch be-

züglich der Fernwirkung auf den Erlaubnistatbestandsirrtum einmal mehr: das angemessenere Modell.

VI. Zusammenfassung

1. Im Falle fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente ist wegen Versuchs zu bestrafen, sofern der Versuch des betreffenden Delikts strafbar ist, sogenanntes Versuchsmodell. Der Täter ist also nicht wegen Vollendung zu bestrafen, sogenanntes Vollendungsmodell, und auch nicht gerechtfertigt, sogenanntes Rechtfertigungsmodell (I.).

2. Das Rechtfertigungsmodell ist *unplausibel*, weil es einerseits den Anschluss an die moderne Verbrechenslehre verliert und andererseits nicht zum positiven Strafrecht passt. Der eigentliche Streit besteht deshalb nur zwischen dem Versuchsmodell und dem Vollendungsmodell (II.).

3. Das Versuchsmodell ist *erklärungsmächtiger* als das Vollendungsmodell, weil es exakter zu den Rechtfertigungstatbeständen und zum Versuchstatbestand passt (III.).

4. Das Versuchsmodell ist *überzeugungskräftiger* als das Vollendungsmodell: Erstens überschätzt das Vollendungsmodell den unrechtssystematischen Wert, der mit der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit einhergeht. Zweitens ist das Vollendungsmodell schlechter mit dem Gedanken zu vereinbaren, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur den Täter entlasten, sondern auch und vor allem das Opfer belasten – denn es hat den Eingriff in seine Rechte zu dulden (IV.).

5. Das Versuchsmodell ist *folgenadäquater* als das Vollendungsmodell. Dies liegt insbesondere daran, dass das Versuchsmodell zu einer tat- und schuldangemessenen Bestrafung führt, aber auch daran, dass es zwangsläufige Folgefragen des Problems fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente (Garantenstellung, Nothilfe, Erlaubnistatbestandsirrtum) stimmiger löst (V.).

¹⁷⁴ Illustrativ *Hirsch* (Fn. 11 – Lehre), S. 319 ff.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 103 ff.; vgl. auch *Herzberg*, JA 1986, 190 (191).

¹⁷⁵ Siehe II.

¹⁷⁶ *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 130 f., 143; *dies.* (Fn. 9), S. 196 ff.; *dies.* (Fn. 44 – FS Lackner), S. 235 ff.; siehe auch *Börger/Grünwald*, ZJS 2008, 521 (529).

¹⁷⁷ *Pawlik* (Fn. 14), S. 478.

¹⁷⁸ *Puppe* (Fn. 16), S. 231 ff.; siehe auch *dies.* (Fn. 44 – FS Lackner), S. 236.

¹⁷⁹ So die herrschende Lehre, siehe nur *Puppe* (Fn. 43 – NK-StGB), § 16 Rn. 122 ff.

¹⁸⁰ Gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 StGB bleibt die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung unberührt. Die fahrlässige Begehung ist jedoch nur in wenigen Fällen strafbar (etwa §§ 222, 229, 306d StGB).

¹⁸¹ Jedenfalls begeht der Täter kein sogenanntes Vorsatzunrecht.

Über das Verhältnis von Unrechts- und Zurechnungslehre

Zugleich eine Besprechung von *Pepe Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*

Von Dr. Martin Heuser, Regensburg**

Die durch Roland Schmitz betreute Osnabrücker Dissertation von Pepe Schladitz verfolgt mindestens zwei Ziele. Zum einen ist es ihr – ausweislich ihres Titels – um eine Kritik der scheinbar unverwundbaren Lehre von der objektiven Zurechnung anhand ihrer normtheoretischen Schwachstelle zu tun. Zum anderen geht es dem Apoll dieser Lehre mit dem normtheoretischen Pfeil des Paris – nicht nur zwischen den Zeilen – zugleich auch um die Gewinnung der Grundlagen eines eigenen strafsystematischen Konzepts. Aus begriffsgeschichtlicher Perspektive ist dies kaum verwunderlich. Denn der Begriff der Zurechnung transportiert seit jeher das gesamte Programm der Straftatlehre. Nach einem in Vergessenheit geratenen Urteil des strafrechtlichen Hegelianers Köstlin soll es sich bei der „Lehre von der Zurechnung“ um nicht weniger als den „Kern des Strafrechts“ handeln.¹ Aber z.B. auch Wolter, ein Schüler Roxins, d.h. des Begründers der neueren Lehre von der objektiven Zurechnung,² hatte das Konzept der Zurechnung sogleich schon wieder über die Engführung im objektiven Tatbestand hinaus auf die gesamte Straftat zu beziehen gesucht.³ Schladitz erblickt den Kern seines strafsystematischen Konzepts schließlich im Begriff der Pflichtwidrigkeit als Normverstoß bzw. Handlungsunrecht (S. 345 f./603 f.). Damit versucht er sein Zurechnungs-/Unrechtskonzept zwischen der Lehre von der objektiven Zurechnung (Roxin-Schule) einerseits und der personalen Unrechtslehre (Frisch-Schule) andererseits zu positionieren. Sein vielversprechender Ansatz ist somit im Grundzug erkennbar um einen ausgewogenen Mittelweg zwischen je tendenziell objektivistischer und subjektivistischer Unrechtslehre bemüht (S. 72–74). Der Autor ordnet ihn selbst einer in der Tradition des Finalismus stehenden personalen Unrechtslehre zu, die wertend berücksichtigen möchte, dass es der Rechtsordnung um eine normative Beeinflussung des Verhaltens der Normunterworfenen zu tun sei (S. 55).

Beide Grundanliegen lassen die durchweg auf einem souverän hohen Niveau verfasste Arbeit intellektuell ebenso spannend wie herausfordernd erscheinen. Im besten Sinne des Wortes handelt es sich um eine echte wissenschaftliche

Qualifikationsschrift. Und zwar eine solche, die sowohl qualitativ als auch quantitativ viel weiter ausgreift, als es ihr Titel womöglich erwarten lassen würde; und die darum auch dann mit großem strafrechtsdogmatischen Gewinn gelesen werden kann, wenn man dem Autor am Ende – wie der Rezensent – nicht überall beizupflichten vermag. Ihr Umfang ist indes die Ursache, weshalb eine Besprechung, die keine bloße Buchanzeige sein soll, notwendig selektiv vorgehen und teilweise fragmentarisch bleiben muss.

I. Übersicht

Die Dissertation zerfällt in zwei große Teile. Während sich der erste Teil (S. 7 ff.) mit den „Grundlagen und Prämissen“ befasst, verhält sich der zweite Teil (S. 381 ff.) zur „systematischen Kompatibilität der Lehre von der objektiven Zurechnung mit ihren normtheoretischen Prämissen“. Beide Teile gliedern sich dann im Grunde symmetrisch jeweils weiter in vier Unterteile. Der Grundlagenteil handelt namentlich zunächst von den Grundlagen der Untersuchung (S. 9 ff.) sowie über die allgemeine Lehre vom Verbrechen (S. 18 ff.), bevor er sodann die Lehre von der objektiven Zurechnung (S. 96 ff.) und schließlich ihre normtheoretische Fundierung (S. 208 ff.) untersucht. Der kritisch ausgreifende Teil handelt wiederum von den Friktionen innerhalb des Unrechtstatbestandes des Fahrlässigkeitsdelikts (S. 383 ff.), dem umstrittenen Verhältnis von Verhaltensnormverstoß und Schuldfähigkeit (S. 487 ff.), den Friktionen der Lehre vom Versuch (S. 515 ff.) sowie der Kritik des dreistufigen Deliktsaufbaus (S. 581 ff.). Abschließend präsentiert der zweite Teil – fünftens – noch kurz die „herausragende Bedeutung des Begriffs der Pflicht(widrigkeit)“ als Endergebnis (S. 603 f.).

II. Ausgangspunkt und Ergebnishorizont

Die Untersuchung nimmt ihren Ausgang (S. 1 ff., 86, 88 f., 95) von der Beobachtung, dass die klassische Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit unter Herrschaft der Lehre von der objektiven Zurechnung zweifelhaft wird, da sie bereits im Tatbestand ausdrücklich nach einer *unerlaubten* Risikoschaffung fragt.

Es ist daher kein Zufall, dass *Verf.* am Ende seiner Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung selbst Stellung zur Frage des dreistufigen Verbrechenbaus bezieht und sich gegen die tradierte Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit (S. 76 ff., 581 ff., 601 f.) wendet. Mit dieser entdifferenzierenden Entscheidung gegen das dreistufig differenzierende Straftatsystem zieht er an diesem Punkt also für die ihm vorschwebende Unrechtslehre die Konsequenz aus seiner Kritik am Unrechtsparadigma der Lehre der objektiven Zurechnung. Indem er dies allerdings unter Beibehaltung der tradierten Unterscheidung von Unrecht und Schuld (S. 56 ff., 487 ff., 496 ff., 513 f.) unternimmt, da sie durch verschiedene Normen des Strafgesetzbuches vorgegeben sei, verfällt er jedenfalls nicht dem gegenteiligen und noch weiter entdiffe-

* *Pepe Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung. Sicherer Fundament oder Achillesferse?, Mohr Siebeck, Tübingen 2021, 662 S., € 139.

** Der *Verf.* ist im Sommersemester 2024 Vertreter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz.

¹ *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 142 (§ 72 Anm. 3).

² *Roxin*, in: Festschrift für Richard M. Honig, Zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970, 1970, S. 133 ff.

³ *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

renzierenden Extrem eines subjektivistischen Unrechtsparadigmas, wie es möglicherweise mit Teilen der personalen Unrechtslehre verbunden ist, soweit sie auf eine Ineinsetzung von Schuld und Unrecht hinausläuft.

Die Erklärung für diese mittlere Position soll normtheoretischer Art sein. Doch kann diese Begründung gelingen, wo doch sowohl die Lehre von der objektiven Zurechnung als auch die personale Unrechtslehre vorgeblich bereits normtheoretische Begründungen für sich beanspruchen? Oder müsste eine durchschlagende Differenzierung nicht vielmehr über die methodologische Differenz von *Zurechnungs-* und *Unrechtslehre* hergestellt werden, wo doch diese typischerweise aus ex-ante-Perspektive des Täters nach der Konstitution einer strafbaren Handlung, jene aber aus ex-post-Perspektive des Rechtsanwenders nach der normativen Beurteilung einer solchen fragt? Und würde sich die etwaige Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus ex-post-Perspektive der Zurechnungslehre möglicherweise nicht anders beurteilen als aus der ex-ante-Perspektive der Unrechtslehre?

Wie sich herausstellen wird, versucht *Verf.* das Unrecht einer strafbaren Handlung mit seinem Pflichtverletzungskonzept aus ihrer subjektiven Zurechenbarkeit herzuleiten (S. 452 ff., 456 f., 466, 486). Am Horizont seiner Überlegungen (S. 10, 603 f.) ist es ihm nämlich um „Ein modernes System der subjektiven Zurechnung“⁴ zu tun.

Doch damit kehrt er die Begründungsrichtung der typischerweise aus ex-ante-Perspektive des Täters nach der Konstitution einer strafbaren Handlung fragenden Unrechtslehre um, indem er das Handlungsunrecht aus der erst nachträglich aus ex-post-Perspektive des Rechtsanwenders nach der normativen Beurteilung einer strafbaren Handlung fragenden Zurechnungslehre herleitet. Richtigerweise bezieht sich die Zurechnungslehre mit der normativen Zurechnung einer strafbaren Handlung aber auf ein bereits unabhängig von ihr in einer strafbaren Handlung vorhandenes Unrecht, sodass die Zurechenbarkeit kein konstituierendes Merkmal, sondern allenfalls eine Konsequenz strafbaren Unrechts sein kann. Andernfalls würde erst die durch die Zurechnung nachträglich erkannte Zurechenbarkeit das Unrecht einer strafbaren Handlung konstituieren, was auf einen extrem normativistischen Konstruktivismus hinausliefe. Denn dann würde die strafbare Handlung nicht zugerechnet, weil sie schuldhaftes Unrecht in sich schliesse, sondern sie würde (ggf. schuldhaftes) Unrecht in sich schließen, weil sie subjektiv zugerechnet und zurechenbar sein würde. Aus Sicht des *Rezensenten* käme es im Übrigen einem begriffsgeschichtlichen Irrtum gleich, eine vergleichbare Position in Bezug auf den Begriff der Handlung, d.h. eine Auffassung, wonach eine Handlung nicht etwa darum zugerechnet wird, weil sie Handlung ist, sondern umgekehrt darum Handlung sein soll, weil sie zugerechnet wird,⁵ mit „dem ursprünglichen Verständnis“ des Begriffs der Zurechnung „der moralphilosophischen Tradition“ seit *Pufendorf* zu assoziieren.⁶ Denn in diesem traditio-

nellen Verständnis bezog sich das nachträgliche Zurechnungsurteil stets auf eine real bereits existente Handlung. Die Umkehrung im Sinne einer handlungsbegründenden Zurechnung ist dagegen ein Kind der neueren Zeit. Auch wenn *Verf.* weit davon entfernt ist, seine Position auf diese letzte Spitze zu treiben, verfährt seine normtheoretische Begründung angesichts dieser (allerdings zugegebenermaßen nicht nur von ihm) vernachlässigten methodologischen Unterscheidung von Unrechts- und Zurechnungslehre jedenfalls im Grunde zirkulär. Dem gilt es nachzugehen.

III. Zurechnung, Strafrechtsdogmatik und Straftatsystem

Die eigentliche Ursache für die diagnostizierte Konfusion von Unrechts- und Zurechnungslehre, d.h. für den Versuch, das personale Handlungsunrecht aus einer (subjektiven) Zurechenbarkeit herzuleiten, ist eine methodologische: Identifiziert man die Zurechnung mit einem materiellen Teilmoment der Straftatsystematik (z.B. dem objektiven oder subjektiven Straftatbestand bzw. Einzelmomenten davon), und nicht ausschließlich mit dem aus ex-post-Perspektive des Rechtsanwenders anhand des Strafgesetzes gefällten Urteil über die strafbare Handlung insgesamt, so bildet sich das nachträgliche Zurechnungsurteil als vermeintliches Handlungsmerkmal in die aus ex-ante-Perspektive des Täters sich konstituierende Straftat ein. Eine Konfundierung beider Perspektiven auf die Straftat ist dann unvermeidlich. Man denke exemplarisch nur an den Wechsel der beiden Perspektiven im Verhältnis der beiden Momente der objektiven Zurechnung: Während sich die unerlaubte Risikoschaffung aus ex-ante-Perspektive beurteilen soll, soll sich die Risikorealisation aus ex-post-Sicht beurteilen lassen (vgl. S. 131 f.). Unrechts- und Zurechnungslehre werden auf diese Weise ununterscheidbar (vgl. S. 281 f.).⁷

Folglich beugt allein eine vollumfängliche Identifikation von Zurechnungsurteil und syllogistischer Gesetzesanwendung – wie sie z.B. noch in der Rechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts üblich war – dieser andernfalls unweigerlich drohenden Konfusion vor:

„Imputatio in genere est applicatio legis ad facta singularia.“⁸

Das sei hier deshalb eigens erwähnt, weil der *Autor* diese Aufgabe der Vermittlung zwischen dem generell-abstrakten Strafgesetz und dem konkret-individuellen Einzelfall nicht etwa ebenfalls einem gesetzesanwendenden Zurechnungsurteil, sondern zumindest mittelbar der strafrechtlichen Dogmatik und Straftatsystematik zuweist (S. 12 f., 24); wobei er im Übrigen vor der Verwendung „philosophischer Lehren“ zum Zwecke der Systematisierung als „methodisch nicht vertretbar“ nachdrücklich warnt (S. 26). Wenn er nun am Ende seiner Überlegungen zum personalen Unrecht einer Straftat die Kategorie der Pflichtverletzung (Handlungsunrecht) zum

⁴ *Schladitz*, JR 2021, 487 ff.

⁵ Dafür z.B. *Ast*, Handlung und Zurechnung, 2019, passim.

⁶ Vgl. dafür aber etwa *Schladitz*, ZIS 2021, 399.

⁷ Dazu voraussichtlich demnächst *Heuser*, Objektive Zurechnung: Urteilsakt oder Urteilsgegenstand?, insb. Teil I.

⁸ *H. Köhler*, *Exercitationes Juris Naturalis*, 2. Aufl. 1732, § 414.

Zentrum der Straftatsystematik erhebt (S. 345 f., 603 f.), die gegensätzliche Momente des Handlungsunrechts „gleichsam dialektisch“ in sich „aufheben“ soll (S. 340), ist demnach dreierlei zum Voraus abzusehen:

Erstens wird sich in dem strafatsystematischen Begriff der Pflicht, wie sie sich aus dessen ex-ante-Perspektive an den Täter richtet, eine Konkretisierung des generell-abstrakten Gesetzes auf den konkret-individuellen Einzelfall verbergen (S. 328 ff.), wie sie einstmals aus ex-post-Perspektive noch durch das gesetzesanwendende Zurechnungsurteil geleistet werden sollte. Zweitens wird sich in dem strafatsystematischen Begriff der Pflichtverletzung, wie sie sich aus der ex-ante-Perspektive des Täters beurteilen soll, jener Begriff subjektiver Zurechenbarkeit verbergen (S. 456/466/486), der die ex-post-Perspektive des zurechnenden Rechtsanwenders unzulässig zur Grundlage des Handlungsunrechts macht. Drittens wird sich durch diese ex-ante-Perspektive des Täters in der pflichtverletzenden Konstitution einer Straftat der normtheoretische Unterschied zwischen Verbotsnorm- und Erlaubnisnormtatbestand aufheben (S. 76 ff., 581 ff.), wie er aus ex-post-Perspektive des zurechnenden Gesetzesanwenders in der strafatsystematischen Differenzierung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit dagegen noch zum Ausdruck gelangt.

Dass es sich bei der Vorgehensweise des *Autors* um eine methodologisch möglicherweise noch nicht ganz abschließend durchdachte handelt, ist auch daran ersichtlich, dass er die Aufgabe der Straftatlehre als eine bloß *analytische* beschreibt (S. 56 f./und öfter), so wie ja auch die normtheoretische Arbeitsweise eine solche ist (S. 211, 226, 266, 289, 302, 375, 513). Soll die Straftatlehre allerdings zwischen dem generell-abstrakten Strafgesetz und dem konkret-individuellen Einzelfall begrifflich vermitteln, wie er selbst ebenfalls vorgibt, so hat sie notwendig eine *synthetische* Aufgabe. Denn die Vermittlung eines konkret-individuellen Einzelfalls mit dem generell-abstrakten Strafgesetz ist nur möglich im Wege ihrer Verbindung (Synthesis). Sie wird deshalb gewöhnlich durch einen gesetzesanwendenden Vernunftschluss bewirkt, der in seinem Schlussatz, diese oder jene Handlung eines Handlungssubjekts ist schuldhaft begangen und diesem deshalb zurechenbar, das Prädikat aus dem Oberbegriff (Verschulden gegen das Gesetz) mit dem Subjekt aus dem Unterbegriff (Handlungssubjekt) vermittelt eines Mittelbegriffs (Handlung) synthetisch verbindet. Dann aber bleibt erklärungsbedürftig, wie die Strafrechtsdogmatik lediglich mittels eines Pflichtverletzungskonzepts jene nachträgliche Synthese von Strafgesetz und Einzelfall bewerkstelligen können sollte; zumal *Verf.* dem Handlungsbegriff jede größere Bedeutung abspricht, obwohl sich sein Prädikat der Pflichtwidrigkeit begrifflich auf eine Handlung bezieht (S. 3 f.).

Gemeint sein kann vom *Autor* richtigerweise nur, dass die Straftatlehre jene nachträglich-zurechnende Vermittlung von Strafgesetz und Einzelfall systematisch in ihren Begrifflichkeiten von der Straftat vorzubereiten sucht, namentlich indem sie jene Unrechtsmomente begrifflich präzise und systematisch vorgeordnet angibt, aus denen sich eine Zurechnung der Straftat sukzessive ableiten lässt. Dann darf indessen das ex ante aus der Perspektive des Täters sich in die gemeinsame

Rechtswirklichkeit von Täter und Rechtsanwender entschließende Unrecht der Straftat, und zwar im Rahmen einer diesem strafatsystematischen Zweck dienenden Unrechtslehre, nicht erst aus dem ex post vom Rechtsanwender gefällten Urteil über die Zurechenbarkeit hergeleitet werden. Denn diese Zurechenbarkeit ergibt sich als Konsequenz erst aus jenem Zurechnungsschluss, der mittels einer als Unrechtslehre verstandenen Straftatlehre doch gerade vorbereitet werden soll.

Verunklart wird diese an sich ganz klare Differenz zwischen dem Unrecht der Handlung einerseits und dem Zurechnungsurteil über die unrechte Handlung andererseits z.B. dort, wo es heißt, „Unrecht“ sei „ein negatives Werturteil“ (S. 145). Denn das Unrecht einer Straftat kann durchaus Gegenstand eines negativen Werturteils sein, sofern man hierunter ein Zurechnungsurteil verstehen möchte. Es *ist* allerdings nicht dieses Urteil selbst, sofern man hierunter den Urteilsakt des Rechtsanwenders versteht. Allenfalls ließe sich noch behaupten, das Prädikat „Unrecht“ sei die Konsequenz eines Moments des zurechnenden Urteilsschlusses hinsichtlich des Unrechts der Straftat. Doch auch in diesem Sinne wäre das „Unrecht“ der Straftat nicht selbst unmittelbar ein negatives Wert- bzw. Zurechnungsurteil.

Damit sind wesentliche Schwierigkeiten bereits antizipiert. Sie werden sich daher – neben dem sie verbindenden Zirkel – auch in der normtheoretischen Kritik des Konzepts der objektiven Zurechnung präsent zeigen:

IV. Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung

Den Ausführungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung und ihrer normtheoretischen Fundierung gehen weichenstellende Einordnungen zur strafatsystematischen Unterscheidung von Unrecht und Schuld (S. 56 ff.), zur Unrechts- (S. 61 ff.) sowie zur Tatbestandslehre (S. 76 ff.) voraus. Durch diese sehr ansprechend und kenntnisreich verfassten Überlegungen wird sukzessive der Boden des wissenschaftlichen Ortes bereitet, an dem sich die Lehre von der objektiven Zurechnung im objektiven Tatbestand lokalisiert hat.

Insbesondere stellen sie dem einstmals fast schon überwunden geglaubten rein objektiven Unrechtsparadigma das jedenfalls zugleich auch subjektiv geprägte Unrechtsparadigma einer personalen Unrechtslehre entgegen. Hierbei heben sie immer wieder darauf ab, dass nur ein zumindest auch subjektives Verständnis von Recht und Unrecht die erhoffte Verhaltenssteuerung durch Normen leisten könne. Zudem zeigen sie auf, inwiefern aus diesem normativen Anspruch an das menschliche Verhalten letztlich jene normtheoretische Konzentration auf das Verhalten bzw. die Verhaltensnorm resultiert, die den objektiven Erfolg eines normativ missbilligten Verhaltens als scheinbar lediglich noch fakultativ-additive Bedingung der Strafbarkeit an den Rand der Straftatlehre gedrängt und in die sekundäre Sphäre der Sanktionsnorm verwiesen hat (S. 59, 63 ff., und öfter).

Mit dieser Art von vorbereitenden und überleitenden Ausführungen, wie sie sich außerdem in ähnlicher Form noch über weitere Teile des Werkes hinweg erstrecken, ist übrigens überhaupt ein äußerst positiv hervorzuhebender Grund-

zug der Arbeit berührt. Denn die derartigen Ausführungen können nicht nur jedem fachlich Interessierten, sondern auch jedem bereits Versierten zwecks profunder Vertiefung zur gewinnbringenden Lektüre anempfohlen werden.

1. Objektive Zurechnung

Mit den Ausführungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung (S. 96–207) wird nun der erste im Titel verheißene Untersuchungsgegenstand traktiert. Sie gliedern sich in fünf Abschnitte: Nach einer auf Genese und Überblick gerichteten Einführung (S. 96–107), folgen Ausführungen zum Inhalt dieser zweigliedrigen Lehre (S. 107–140), die anschließend in ihrem primären Erfordernis der unerlaubten Risikoschaffung vertieft werden (S. 140–189), bevor ihr theoretisch-dogmatischer Charakter einer Überprüfung unterzogen (S. 189–204) und schließlich ihre Rezeption in der bundesdeutschen Rechtsprechung (S. 204–207) nur noch kurz thematisiert wird.

a) Objektive Zurechnung und Normwidrigkeit

Die inhaltlichen Ausführungen verknüpfen die Darstellung des Konzepts und Anliegens der Lehre mit einer ersten und anfänglichen Kritik, die das Ausgangsproblem des *Verf.* weiter ausfaltet, nämlich die teilweise Unterminierung der Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit, insbesondere durch das primäre Merkmal der *unerlaubten* Risikoschaffung.

Die objektive Zurechnung erfolge zwar grundsätzlich zweistufig (S. 97). Doch versuche sie, das Unrecht einer Straftat eingangs anhand des vorgenannten Merkmals durch die objektive Normwidrigkeit des tatbestandsmäßigen Verhaltens zu begründen, namentlich unabhängig vom subjektiven Tatbestand bereits rein objektiv und normativ im objektiven Tatbestand (S. 99, 102 f., 140 f.). Die risikotheorietisch begründete Pflichtwidrigkeit eines objektiv zurechenbaren Erfolges setze demnach ein objektives Verhaltens- sowie ein objektives Erfolgsunrecht voraus (S. 103 f.). Von zentraler Bedeutung sei allerdings schon der auf das erste Zurechnungsmoment bezogene Begriff des rechtlich missbilligten Verhaltens (S. 110, 143). Insoweit seien vor allem die zurechnungsausschließenden Subkategorien des unerheblichen (S. 111 f.) sowie – ganz besonders – des erlaubten Risikos (S. 112 ff., 307 ff.) sowie der Risikominderung (S. 126 ff.) von Interesse.

Als problematisch erweise sich der Ansatz der objektiven Zurechnung jedoch schon hier insoweit, als durch ihn eine den objektiven Tatbestand begründende Überschreitung des erlaubten Risikos noch unabhängig von der späteren Rechtfertigungsfrage festgestellt werden solle (S. 111 ff.). Zwar erscheine es normtheoretisch plausibel, dass ein erlaubtes Verhalten nicht verboten und daher nicht tatbestandsmäßig sein könne, sodass es auf die Rechtfertigungsfrage aus dieser Sichtweise nicht mehr ankomme (S. 116). Jedoch könne die normative Beurteilung einer Handlung im Einzelfall stets nur situativ-konkret erfolgen (S. 120 ff.), wobei mitunter auch subjektive Momente den entscheidenden Ausschlag geben könnten (S. 123 f.). Die objektiv-subjektive Einheit des konkreten Handlungsunrechts sei also möglicherweise weder

durch eine rein objektive noch eine abstrakte Bestimmung auf Ebene des Tatbestandes angemessen erfasst (S. 126, 144). Jedenfalls lasse sich Letzteres für die Kategorie der Risikominderung schon jetzt aufzeigen (S. 128 ff.). Die Idee einer „abstrakten Normwidrigkeit“ auf Tatbestandsebene erweise sich demnach als problematisch (S. 130, 144, 166, 188 f.).

b) Der Zirkel in der Lehre von der objektiven Zurechnung

Die vertiefenden Betrachtungen zur unerlaubten Risikoschaffung steuern sodann zielsicher auf ein wesentliches Grundproblem der Lehre von der objektiven Zurechnung zu. Gemeint ist ihr Wechsel von der ex-post-Zurechnungsperspektive zu einer scheinbaren ex-ante-Perspektive der Unrechtsbegründung, d.h. ihr Insistieren auf einer „objektiv-nachträglichen“ Prognose aus ex-ante-Perspektive in der Beurteilung des primären Moments der (unerlaubten) Risikoschaffung (S. 145 ff.); sowie damit verbunden das Problem subjektiven Sonderwissens (S. 153 ff.) im Rahmen einer sich rein objektiv gebenden Lehre. Zutreffend und sachlich plausibel konstatiert er, dass die ex-post-Perspektive – wie sie für die Beurteilung der Risikorealisation maßgeblich sein solle – nach h.L. für ungeeignet erachtet werde, das objektive Handlungsunrecht einer Straftat korrekt zu erfassen (S. 143).

Jedoch arbeitet *Verf.* im Folgenden – jedenfalls aus Sicht des *Rezensenten* – noch zu wenig heraus, dass eben diese Ungeeignetheit richtigerweise schon darin begründet ist, dass eine Zurechnungslehre methodologisch nicht unmittelbar auch Unrechtslehre sein kann (et vice versa).

Der *Autor* führt nun zunächst aus, dass das Unrechtsparadigma der Lehre von der objektiven Zurechnung in ihrer „objektiv-nachträglichen Prognose“ bei Beurteilung der Risikoschaffung auf einen individuellen Täterbezug verzichte, nachdem für sie die Sicht eines objektiven Dritten maßgeblich sein solle (S. 145). Demnach sei vorausgesetzt, dass die objektive Maßstabsperson die Schaffung des Risikos erkannt hätte, wobei infolge der ex-ante-Perspektive dieses Dritten kein allumfassendes Wissen zu unterstellen sei (S. 145). Mithin könne es durchaus zu Friktionen bei Beurteilung der Risikoschaffung kommen, und zwar sowohl im Vergleich zur tatsächlichen objektiven Lage (unabhängig vom Wissenshorizont des objektiven Dritten) als auch im Vergleich zum subjektiven Wissenshorizont des individuellen Täters (S. 145 ff.). Indes stelle die Berücksichtigung subjektiven Sonderwissens des Täters einen „Fremdkörper“ innerhalb der sich objektiv verstehenden Lehre vom Handlungsunrecht dar (S. 154 ff., 166), der aus Sicht des *Autors* womöglich durch eine Aufgabe der Kategorie des objektiven Tatbestandes im Rahmen einer personalen Unrechtslehre überwunden werden könne (S. 160 f.). Die h.L. rechtfertige ihren verobjektivierten Beurteilungsmaßstab einer gedachten Durchschnittsperson indessen mit ihrem Abheben nicht auf den eingetretenen Erfolg, sondern die ihm logisch vorausgehende Gefährlichkeit der Handlung selbst (S. 147).

Verf. möchte einen entscheidenden Kritikpunkt gegen diese maßstabsbildende Perspektive eines gedachten Dritten sodann in dem Umstand erkennen, dass dessen Urteil methodisch überzeugend überhaupt gar nicht gebildet werden könne, da durch ihn lediglich nachträglich der konkrete Rechts-

anwender spreche, sodass diese Maßstabsbildung letztlich *zirkulär* verfähre (S. 148 f.).

Damit ist – jedenfalls aus Sicht des *Rezensenten* – der entscheidende Punkt benannt: Die Unrechtsbegründung durch die Lehre von der objektiven Zurechnung verfährt im Grunde zirkulär. Allerdings dringt der *Autor* gleichwohl noch nicht bis auf den Grund des Problems vor (vgl. auch S. 281 f.). Denn der richtig gesehene Zirkel resultiert doch letztlich daraus, dass die Zurechnungslehre mit ihrer ex-post-Perspektive im Falle der objektiven Zurechnung grundsätzlich zur Unrechtsbegründung herangezogen werden soll. Dies ist methodologisch indessen fehlerhaft, weil über das Unrecht einer Straftat im Ausgang von einer Handlung des Täters und dessen ex-ante-Perspektive richtigerweise nicht ein nachträgliches (Zurechnungs-)Urteil des Rechtsanwenders konstitutiv zu entscheiden vermag. Hierüber soll nun offenbar aber die „objektiv nachträgliche Prognose“ hinwegtäuschen, indem sie scheinbar die ex-ante-Perspektive der Unrechtslehre zur Geltung bringt. Doch da sie als „nachträgliche“ ex-ante-Prognose natürlich nicht aus ex-ante-Perspektive des individuellen Täters erfolgen kann und soll, sondern tatsächlich aus ex-post-Perspektive des Rechtsanwenders vorgenommen wird, bleibt der Lehre von der objektiven Zurechnung gar nichts anderes übrig, als auf die imaginierte ex-ante-Perspektive des Rechtsanwenders in Gestalt eines fiktiven Dritten abzustellen, um den unbemerkten Zirkel in der Unrechtsbegründung auf diese Weise zu bemänteln.

Mit seiner an sich zutreffenden und indes noch nicht weit genug gehenden Kritik übersieht *Verf.* demnach, dass die ex-post-Perspektive schon grundsätzlich nicht geeignet ist, das Handlungsunrecht korrekt zu erfassen (vgl. S. 143), weil sie überhaupt gar nicht die Perspektive der Unrechtsbegründung, sondern die der Unrechtszurechnung ist. Damit versäumt er es jedoch an dieser Stelle, den später auch seiner Unrechtslehre (S. 456, 466, 486) eignenden Zirkel in dem methodologisch zweifelhaften Versuch, das Unrecht aus der Zurechenbarkeit abzuleiten, den notwendigen Garaus zu machen.

c) Kritik des objektiven Unrechtsparadigmas

Nachdem der *Autor* also den methodologischen Grundfehler (auch) der Lehre von der objektiven Zurechnung zwar berührt, jedoch letztlich noch immer unangetastet lässt, laufen seine Überlegungen an dieser Stelle schließlich zumindest auf eine plausible Kritik am objektiven Unrechtsparadigma der Lehre von der objektiven Zurechnung hinaus (S. 167 ff.). Denn das diesem zugrundeliegende Risikoprinzip sei aus mindestens zwei Gründen nicht in der Lage, einen abstrakten Unrechtstypus zu beschreiben. Zum einen berücksichtige es selbst schon den konkreten Kontext des tatbestandsmäßigen Verhaltens, wie die Vielzahl zurechnungsausschließender Topoi zeige; zum anderen werde das Unrecht seiner subjektiven Dimension beraubt, sodass ein individueller Täterbezug schließlich nicht gelingen könne. Damit sind zwei Punkte benannt, in denen sich das Konzept des *Verf.* vom personalen Unrecht von dem der Lehre von der objektiven Zurechnung unterscheiden müssen.

2. Normtheoretische Grundlagen

Mit den Ausführungen zu den normtheoretischen Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung (S. 208–379) wird nun der zweite im Titel verheißene Untersuchungsgegenstand traktiert. Sie gliedern sich in zweimal vier Abschnitte: Auf eine Einführung zu Sinn und Zweck normtheoretischer Erwägungen (S. 209–214) folgen äußerst kenntnisreich verfasste und fast schon lehrbuchartige Ausführungen zu den grundlegenden „Entwicklungslinien der Normentheorie in der deutschen Strafrechtswissenschaft“ seit *Binding* (S. 214–232) sowie zum „Überblick über die weitere Entwicklung“ in neueren Zeiten (S. 232–274). Erst vor diesem Hintergrund betrachtet der *Autor* vertieft die hauptsächlich interessierende „Rolle des Instituts der Verhaltensnorm innerhalb der Lehre von der objektiven Zurechnung“ (S. 274–313). Im Anschluss hieran enden die normtheoretischen Grundlagenüberlegungen des *Autors* jedoch nicht. Vielmehr untersucht *Verf.* nunmehr – wohl im Hinblick auf sein ihm vorschwebendes Pflichtverletzungskonzept – außerdem noch das Verhältnis von Normen und Erlaubnissätzen (S. 313–328), den „Begriff der Pflicht als Konkretisierung der abstrakt-generellen Verhaltensnorm“ (S. 328–356) sowie die Differenzierung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm (S. 356–377), bevor er ein kurzes Zwischenergebnis (S. 377 f.) folgen lässt.

Hier sollen zunächst nur die Untersuchungen zur objektiven Zurechnung interessieren (S. 274–313), mittels derer *Verf.* ihrer „Normwidrigkeit“ (S. 208, 209 f.) das verhaltensnormtheoretische Konzept von *objektiven* Gefährdungsverboten nachweist (S. 68, 70, 149 ff.). Das ist deshalb für die kritische Frage nach dem normtheoretischen Fundament der Lehre von der objektiven Zurechnung entscheidend, weil das Handlungsunrecht in der Form eines Verhaltensnormverstößes (S. 256 f.) als personales Derivat der normtheoretischen Lehre von der Verhaltensnorm gelten kann (S. 231 f.). Insofern stellt sich natürlich die Frage, inwieweit das mit der Lehre von der objektiven Zurechnung *objektiv* verstandene Handlungsunrecht verhaltensnormtheoretisch auch tatsächlich *personal* erklärbar ist. Das vom *Verf.* bereits zuvor diagnostizierte Grundproblem dieser objektiven Zurechnungslehre, mit der vorgeblich objektiven Maßstabperson einen individuellen Täterbezug in der aus ex-ante-Perspektive der Unrechtslehre zu beurteilenden Risikoschaffung zu gewährleisten, wird nun also nochmals normtheoretisch gewendet und analysiert.

Insofern ist zu bemerken, dass die Verhaltensnorm ex ante auf die Bestimmung des Verhaltens des Normadressaten, die Sanktionsnorm hingegen ex post auf die nachträgliche Würdigung der Geschehnisse gerichtet sein soll (S. 231). Daher ergibt sich ein gewisser Gleichlauf zwischen der ex ante bestimmenden Verhaltensnorm und der aus ex-ante-Perspektive (nachträglich, d.h. ex post) zu beurteilenden Risikoschaffung einerseits sowie der ex post würdigenden Sanktionsnorm und der aus ex-post-Perspektive zu beurteilenden Risikorealisation andererseits. Die Realisierung des tatbestandsmäßigen Erfolges unterfällt demnach der Sanktionsnorm, das tatbestandsmäßige Verhalten hingegen unterfällt schon der Verhaltensnorm (S. 277). Die entscheidende Frage für eine mittels der Lehre von der objektiven Zurech-

nung zu bewerkstelligende Unrechtsbegründung laute dann, ob die sich ex ante an den Normadressaten richtende Verhaltensnorm objektiv (und generell) oder subjektiv (und ggf. sogar individuell) verfasst sei, womit zugleich die klassische Unterscheidung von Unrecht (objektiv) und Schuld (subjektiv) berührt werde (S. 275).

Insbesondere die Lehre von der objektiven Zurechnung stehe nun vor der dilemmatischen Schwierigkeit, einerseits im konkreten Einzelfall verhaltenssteuernde Verhaltensnormen sowohl für Vorsatz- als auch Fahrlässigkeitsdelikte formulieren zu müssen, während sie andererseits von der Identität des objektiven Unrechtstatbestandes des Vorsatzdeliktes mit dem Unrechtstatbestand des Fahrlässigkeitsdeliktes ausgehe, mithin von einer einheitlichen Verhaltensnorm für beide Deliktsformen (S. 276, 298 f.).

Aus Sicht der Lehre von der objektiven Zurechnung sei das Strafrecht aber präventiv begründet. Verhaltensnormen komme daher die Aufgabe zu, das Verhalten der Normadressaten im Interesse des Rechtsgüterschutzes zu steuern, d.h. objektiv rechtsgütergefährdendes Verhalten generell zu verbieten (S. 277). Dementsprechend seien die Verhaltensnormen objektiv und generell bestimmt, weshalb anhand ihrer auch die nachträgliche Beurteilung der unerlaubten Risikoschaffung aus ex-ante-Sicht der generalisierenden Maßstabsfigur eines objektiven Dritten, nicht aber aus ex-ante-Sicht des individuellen Tätersubjekts erfolge (S. 278). Dies habe zur Folge, dass das subjektive Moment des Vorsatzes im Rahmen der objektiv-generellen Bestimmung der Verhaltensnorm unerheblich sei, sodass auch dieser lediglich der Sphäre der Sanktionsnorm zugehöre (S. 278 f.). Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten liege damit dieselbe objektiv-generell bestimmende Verhaltensnorm zugrunde (S. 279, 295). Einer subjektiven Zurechnung neben der objektiven Pflichtwidrigkeit des Verhaltens bedürfe es zwecks einer solchen objektiven Unrechtsbegründung demnach nicht (S. 281).

Indem nun dieses objektiv-generelle Verhaltensnormverständnis jedoch alle innersubjektiven Momente des individuellen Tätersubjekts bei seiner Handlung für die Unrechtsbegründung ausblende, verweise es diese allesamt aus der Sphäre des Unrechts in die der Schuld (S. 279 f.). Unklar sei dann allerdings, und zwar weniger wegen ihrer generell-abstrakten Fassung (S. 291 ff.), als vielmehr wegen ihrer rein objektiven Adressierung, wie sich die Verhaltensnormen überhaupt noch an das individuelle Tätersubjekt und dessen Willen richten können sollten (S. 280, 283 ff., 296 f.). Problematisch bleibe also das Moment der subjektiven Verwirklichung der mit der Verhaltensnorm eigentlich intendierten Verhaltenssteuerung. Den normtheoretischen Schwachpunkt, d.h. die Achillesverse (S. 609) der Lehre von der objektiven Zurechnung, erkennt *Verf.* demnach darin, dass ihr „Unrechtsverständnis [...] nicht hinreichend personal“ sei (S. 299, 449 f.).

V. Das Konzept der Pflichtverletzung und das Unrecht des Fahrlässigkeitsdelikts

Die weitere Ausfaltung der normtheoretischen Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung (S. 313 ff.) geht nun zugleich einher mit der zumindest unterschwellig und impliziten Entwicklung des eigenen Pflichtverletzungskon-

zepts (S. 345 f., 603 f.), das im Interesse einer Personalisierung des Unrechts nicht auf eine objektive, sondern vielmehr auf eine subjektive Zurechnung (S. 456, 466, 486) setzen möchte.

1. Pflichtverletzung (S. 328–356)

Dem Konzept der Pflicht bzw. Pflichtwidrigkeit soll nach Vorstellung des *Autors* nämlich die Aufgabe zukommen, die im Rahmen des dreistufigen Straftatkonzepts auf mittlerer Ebene der Rechtswidrigkeit auftretende Kollision von abstrakter Verbots- bzw. Verhaltensnorm und abstraktem Erlaubnissatz (S. 313 ff.) im Einzelfall zur Auflösung zu bringen (S. 316 f., 340). Es soll insofern die zwischen scheinbar abstrakter (Tatbestand) und konkreter Normwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) im Einzelfall bestehende Kluft rechtspraktisch überbrücken. Denn der Prozess der Verhaltenssteuerung des sich verhaltenden Subjekts stelle sich im Einzelfall als ein Prozess der Konkretisierung der abstrakt-generellen Verhaltensnorm dar, im Rahmen dessen diese sich ohne einen entgegenstehenden Erlaubnissatz zu einer konkret-individuellen Rechtspflicht verdichte (S. 330 ff.). Der gegen diese konkret-individuelle Pflicht agierende Täter handle pflicht- und normwidrig (S. 336 f., 338 ff., 355, 411 f.). Eine bloß abstrakte Normwidrigkeit, wie sie das dreistufige Straftatkonzept im Sinne eines abstrakten Verhaltensnormverstößes kenne, sei demnach undenkbar (S. 355 f.). Als „Ausgeburt eines ‚konsistenten Normensystems‘“ (S. 340) sei die das Handlungsunrecht insgesamt umschließende „Pflichtwidrigkeit“ der Handlung vielmehr eine „notwendige Voraussetzung der Straftat“ (S. 345 f.).

Zusammengefasst diene das Konzept der Pflicht normtheoretisch also überhaupt zur Konkretisierung der generell-abstrakten Verhaltensnorm im Einzelfall (S. 328 ff.). Dies allerdings aus ex-ante-Perspektive des handelnden Subjekts, nicht aus ex-post-Perspektive des später zurechnenden Subjekts (S. 329 f.). Insofern scheint das Konzept der Pflicht bzw. Pflichtverletzung sogar unabhängig von dem mit der ex-post-Perspektive verbundenen Konzept der Zurechnungslehre sowie der Zurechenbarkeit zu sein. Doch ändert sich dieser Eindruck nochmals angesichts der Konzeption der konkreten Pflichtverletzung des Fahrlässigkeitsdelikts:

2. Fahrlässigkeitsunrecht (S. 383–486)

Eingedenk des zentralen Punktes, den *Verf.* bereits kritisch gegen das normtheoretische Konzept der objektiven Zurechnung in Stellung gebracht hat, nämlich ihre mangelnde Personalisierung des Unrechts (S. 299), läuft seine Kritik an der dazugehörigen Fahrlässigkeitskonzeption gleichfalls hierauf hinaus (S. 397 f., 447, 449 f.). Schließlich versucht sie die objektive Sorgfaltpflicht am Maßstab eines fiktiven objektiven Dritten zu bemessen, so wie auch die unerlaubte Risikoschaffung hieran bemessen werden soll (S. 392 ff., 437 f., 441 f.). Erforderlich sei demgegenüber aber eine gewisse Personalisierung des Fahrlässigkeitsunrechts, ohne damit allerdings eine Konfundierung von Unrecht und Schuld zu verbinden (S. 450 ff.). Es verwundert daher nicht, dass der *Autor* gegen den verobjektivierten Sorgfaltswidrigkeitsmaßstab der h.L. (S. 387 ff., 404 ff.) eine bestimmte Versubjektiv-

vierung und Individualisierung des Handlungsunrechts der Fahrlässigkeit ins Gespräch bringt (S. 434 ff.). Namentlich eine solche, die über die Bestimmungsfunktion der Norm auf die individuelle Erkennbarkeit sowie Vermeidbarkeit des tatbestandsmäßigen Erfolges durch das handelnde Subjekt abstellt (S. 446 ff.), mithin in dessen Verpflichtung nicht über das individuell Mögliche hinausgeht (S. 451 f.), und insbesondere auch auf eine qualitative und nicht länger bloß mehr quantitative Unterscheidung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt hinausläuft (S. 431, 433 f., 447, 452, 473, 486). Wer mithin – wie der *Rezensent* – die Grundsatzkritik des *Autors* an der Lehre von der objektiven Zurechnung tendenziell teilt, der wird wahrscheinlich auch das Anliegen einer Personalisierung des Fahrlässigkeitsunrechts teilen, und zwar mit den entsprechenden Konsequenzen.

Die Frage bleibt dabei allerdings, ob diese erwünschte Personalisierung des Unrechts auf des *Verf.* normtheoretischer Grundlage tatsächlich gelingen kann. Denn insofern er das Handlungsunrecht seines Pflichtverletzungskonzepts durch eine subjektive Zurechenbarkeit zu erklären versuchen sollte, wäre das Unrecht der Straftat des Täters – bei Lichte betrachtet – abhängig von einem seiner Handlung fremden und daher für das handelnde Subjekt heteronomen Umstand, nämlich von der nachträglich ex post im Wege eines Zurechnungsurteils des Rechtsanwenders festgestellten Zurechenbarkeit. Eben dies ist aber offenbar die – letztlich zirkuläre – These des *Autors* (S. 452 ff.), und zwar sowohl für das Vorsatz- als auch für das Fahrlässigkeitsdelikt. Schließlich nimmt *Verf.* bei Erörterung der (fahrlässigen) Pflichtverletzung nicht länger die reine ex-ante-Perspektive der sich ex ante an den Täter richtenden Verhaltensnorm ein, wie es seinem Begriff der Pflicht noch entsprach. Vielmehr kommt über die Vorstellung einer bereits gewordenen Pflichtverletzung zwangsläufig und relativ unausgesprochen ein Moment der ex-post-Perspektive des zurechnenden Rechtsanwenders in den Gedanken hinein.

Dies zeigt sich zunächst bei seiner Erörterung der Pflichtwidrigkeit eines Vorsatzdeliktes aus Sicht des zurechnenden Rechtsanwenders, wenn es hier heißt:

„Auf dieser Ebene ist folglich zu fragen, ob der Täter tatsächlich und ganz konkret einen solchen deliktischen Vorsatz aufwies.“ (S. 452).

Weil damit jedoch die ex-post-Perspektive der Zurechnungslehre an die eigentlich aus ex-ante-Perspektive zu leistende Unrechtsbegründung herangetragen wird, verwundert es nicht, wenn der *Autor* im nächsten Schritt das subjektive Unrechtsmerkmal des Vorsatzes kurzerhand mit einer subjektiven Zurechnung gleichsetzt:

„Einen objektiven Vorsatz gibt es nicht, notwendig ist daher (schon für die Unrechtsebene) eine *subjektive* Zurechnung.“ (S. 452 – *Hervorhebung* im Original).

Daran ist zwar gewiss richtig, dass der Vorsatz einer strafbaren Handlung als subjektives Unrechtsmerkmal ein subjektives Kriterium liefert, an das ex post die Zurechnung eben

derselben zum handelnden Subjekt anzuknüpfen vermag (S. 470), sodass sich in der Konsequenz des Zurechnungsurteils die Erkenntnis der subjektiven Zurechenbarkeit der strafbaren Handlung anschließen kann. Falsch daran ist jedoch, dass die auf den Vorsatz bezogene subjektive Zurechenbarkeit oder Zurechnung ex ante ein Moment der strafbaren Handlung bzw. des Handlungsunrechts ist. Auch handelt es sich hierbei nicht lediglich um eine bloß sprachliche Ungenauigkeit, sondern um den methodologischen Grundsatz:

„Erst eine [...] subjektive Zurechnung ermöglicht die Kennzeichnung einer Handlung als *normwidrig*.“ (S. 486 – *Hervorhebung* im Original).

Dasselbe Bild zeigt sich sodann auch bei Erörterung der täterindividuellen Pflichtwidrigkeit eines Fahrlässigkeitsdelikts, die eben diesen Gedanken der Notwendigkeit eines subjektiven Unrechtsmoments respektive subjektiver Zurechnung auf das Fahrlässigkeitsunrecht zu übertragen sucht (S. 452 ff.), wo es heißt:

„Es gibt kein objektiv sorgfaltspflichtwidriges ‚Basisunrecht‘ des fahrlässigen Delikts, vielmehr begründet erst die subjektive Zurechenbarkeit des objektiven Geschehens Handlungsunrecht, weil erst dann feststeht, dass der Täter sich entgegen der individualisierten Verhaltensbestimmung der Verbotsnorm und daher *pflichtwidrig* verhalten hat.“ (S. 456 f. – *Hervorhebung* im Original).

Und:

„Erst diese individuelle Zurechenbarkeit begründet auch das Handlungsunrecht, m.a.W. das Verdikt, dass sich der Bürger rechtswidrig verhalten hat.“ (S. 466).

Nach alledem liegt hier eine Konfusion von Unrechts- und Zurechnungslehre vor, die zu einem Zirkel in der Unrechtsbegründung führt, weil ein der strafbaren Handlung fremdes Merkmal, nämlich das spätere Zurechnungsurteil des Rechtsanwenders, mittelbar zur konstitutiven Bedingung des vorherigen Unrechts der Handlung gemacht wird. Eine personale Unrechtsbegründung im echten Sinne dieses Begriffs ist so natürlich nicht möglich. Hierzu ist allerdings zugunsten des *Autors* relativierend anzumerken, dass dieser methodologische Grundfehler der modernen Straftatlehre seitjeher eigen ist, da sie Unrechts- und Zurechnungslehre traditionell zugleich auf sich vereinigt, ohne jedoch die verschiedenen Perspektiven beider Lehren auf die Straftat (ex ante/ex post), wie es indes erforderlich wäre, streng auseinanderzuhalten. Insofern leidet die subjektive Zurechnungslehre des *Verf.* an demselben methodologischen Grundfehler, an dem auch die von ihm kritisierte objektive Zurechnungslehre leidet, wenn diese das objektive Unrecht aus einer objektiven Zurechnung abzuleiten sucht, und deshalb mit einer „objektiv nachträglichen Prognose“ unbemerkt die ex-post-Perspektive des Zurechnungsurteils an die ex-ante-Perspektive der Unrechtsbegründung heranträgt.

Apoll (subjektive Zurechnung) und Achilles (objektive Zurechnung) mögen nach alledem unterschiedliche normtheoretische Schwachpunkte haben; zurechnungstheoretisch sind sie hingegen beide an demselben logischen Punkt verwundbar. Die diagnostizierte Konfusion von Unrechts- und Zurechnungslehre bedeutet nämlich nichts anderes als die Konfusion von *Zurechnungsgegenstand* (schuldhaftes Unrecht einer Handlung) und *Zurechnungsurteil* (Strafurteil); oder mit noch abstrakteren Worten: die logische Konfusion von *Urteilsgegenstand* und *Urteilsakt* im Konzept der Straftatlehre.⁹ Dementsprechend reicht es zur Vermeidung einer solchen logischen Konfusion nebst ihren strafsystematischen Konsequenzen nicht aus, lediglich – wie dies der *Autor* später noch unternimmt – im Hinblick auf die objektiven und subjektiven Momente des Handlungsunrechts zwischen einem ex post zu beurteilenden Zurechnungsgegenstand und einem vorgeblich ex ante zu beurteilenden Zurechnungsgrund (S. 465 f., 469 f.) zu unterscheiden.

3. Gesamtunrechtstatbestand (S. 581–602)

Abschließend kommt *Verf.* nochmals auf den dreistufigen Straftataufbau zu sprechen, in den sich die Lehre von der objektiven Zurechnung zu integrieren versucht hat, obgleich sie mit ihrem Merkmal der *unerlaubten* Risikoschaffung den Grund zur Überwindung der Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit in sich selbst zu tragen scheint. Der *Autor* stellt sich hier nun final auf den bereits längst deutlich vorgezeichneten Standpunkt (S. 601 f.), dass zwar die auch von ihm geteilte normtheoretische Unterscheidung von Verbots- und Erlaubnisnorm für diese Differenzierung zu streiten scheine (S. 213), ihr jedoch strafsystematisch nicht zwingend entsprechen werden müsse (S. 581), wie die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zeige (S. 84 ff., 313 ff.). Das irritiert aus Sicht des *Rezensenten* zunächst einmal insofern, als *Verf.* doch eigentlich mit dem Anspruch antritt, die Straftatsystematik normtheoretisch abzuleiten. Allerdings weicht diese Irritation angesichts der scheinbar plausiblen Begründung zumindest teilweise wieder, die der *Autor* für diesen – die bisherigen strafsystematischen Formen sprengenden – Teil seines Pflichtverletzungskonzepts liefert:

„Normtheoretisch (und daher auch logisch) unzulässig ist die Kennzeichnung einer Handlung als gerechtfertigt, aber tatbestandsmäßig, wie es aber der dreistufige Deliktaufbau ermöglicht. Dieser Einsicht muss strafsystematisch entsprochen werden, wenn die Rechtsdogmatik sich nicht dem Vorwurf preisgeben will, nicht auf die Regeln der Logik zu hören.“ (S. 318).

Nun versäumt es der *Autor* leider allerdings, ausdrücklich mitzuteilen, welche Logik er genau meint, der die Strafrechtsdogmatik entsagen würde, wenn sie seiner hier vorge schlagenen Entdifferenzierung des seit mehr als einem Jahrhundert praktizierten Straftatsystems nicht Folge leiste: Meint er die Logik der aus ex-ante-Perspektive nach der Konstitution einer unrechten und strafbaren Handlung fragenden Un-

rechtslehre oder die Logik der aus ex-post-Perspektive nach der Zurechenbarkeit einer strafbaren Handlung fragenden Zurechnungslehre? Wie bereits zuvor gesehen, liegt an dieser Stelle ja gerade eine logische Konfusion im Pflichtverletzungskonzept des *Verf.*

Offenbar meint er an dieser Stelle die Logik der ex-ante-Perspektive seiner personalen Unrechtslehre. Denn zur Begründung hebt er maßgeblich auf das Erfordernis ab, dass sich die abstrakte Verhaltensnorm im Verhältnis zum adressierten Handlungssubjekt zu einer konkreten Pflicht verdichten müsse, sodass im Wege einer solchen Konkretisierung kein strafsystematischer Platz für eine abstrakte Normwidrigkeit im Sinne einer eigenständigen Straftatebene des Tatbestandes neben der der Rechtswidrigkeit verbleibe (S. 355 f., 581 ff., 588, 591 f., 600 f.). Insofern ist es durchaus plausibel, dass die Konstitution des strafbaren Unrechts in der konkreten Straftat des Täters nicht auf die normtheoretische Verstandesunterscheidung von Verbots- und Erlaubnisnorm bzw. Tatbestand und Rechtswidrigkeit angewiesen ist.

Allerdings beurteilt sich die Zurechenbarkeit einer Straftat nicht aus dieser ex-ante-Perspektive der personalen Unrechtslehre, sondern aus der ex-post-Perspektive der Zurechnungslehre. Insofern kommt eine Straftatlehre, die wie das dreistufige Straftatsystem auf eine Zurechnung strafbaren Unrechts gerichtet ist, aber gar nicht daran vorbei, solche Momente verständlich zu unterscheiden, die ihr einen mittelbaren Schluss aus den äußeren Umständen der Tat auf die innerliche Schuld des Täters bzw. die Zurechenbarkeit seiner Handlung erlauben. In diesem Sinne hat die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit, innerhalb des Schlusses vom Unrecht auf die Schuld, jedoch ihren guten Sinn. Denn eine verbotsnormwidrige Handlung ist grundsätzlich rechtswidrig, sofern sie nicht ausnahmsweise erlaubnisnormgemäß vorgenommen worden ist. Daher verbindet sich mit diesem normtheoretischen Regel-Ausnahme-Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit zurechnungstheoretisch eine praktische Beweisverteilungsregel, nach der im Strafverfahren nur die ausnahmsweise Erlaubtheit einer verbotenen Handlung anlassweise positiv bewiesen werden muss, nicht hingegen die Abwesenheit von sämtlichen – potentiell unendlich vielen – konkreten Erlaubnistatbeständen im konkreten Einzelfall, wie es allerdings die eben dadurch sehr unpraktische Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen eigentlich tun müsste. Nicht zuletzt hat die Lehre vom Tatbestand ihre eigentlichen Wurzeln nicht im materiellen Recht, sondern im Strafverfahrensrecht, namentlich in dem inquisitionsverfahrensrechtlichen „corpore delicti“.¹⁰

Hätte *Verf.* nun aber tatsächlich Ernst machen wollen mit seinem Anliegen, die Straftatlehre rein aus der Logik der ex-ante-Perspektive der personalen Unrechtslehre her zu entwickeln, so hätte er konsequent auch die qualitative Unterscheidung von Unrecht und Schuld aufheben müssen (vgl. S. 470), weil sich das objektive Unrecht der Straftat stets aus der subjektiven Schuld des Willens in die gemeinsame Rechts-

¹⁰ Dazu *Gehring*, in: Ritter/Gründer/Gabriel (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 10, 1998, Sp. 901 ff. (Lemma: Tatbestand).

⁹ Dazu voraussichtlich demnächst *Heuser* (Fn. 7).

wirklichkeit entfaltet. Dann bestünde jedoch kein wesentlicher Unterschied mehr zu jener personalen Unrechtslehre, die für ihre (konkrete) Verhaltensnormverletzung tendenziell auf einer qualitativen Ineinsetzung von Schuld und Unrecht besteht (S. 348 ff., 488 ff.).¹¹ Eben davor schreckt der *Autor*, trotz aller spürbaren Attraktion dieser Position, jedoch bisweilen noch zurück (S. 496 ff., 513). Und dies nicht ohne Grund. Denn als Zurechnungslehre kann die Straftatlehre im Grundsatz lediglich ex post und mittelbar aus dem zuvor festgestellten Unrecht auf die Schuld des Täters sowie die Zurechenbarkeit der strafbaren Handlung schließen. Sie ist dadurch der andernfalls eintretenden Notwendigkeit entzogen, die äußerlich an sich unerkennbare Schuld im Willen des Täters positiv nachzuweisen, weshalb sich mit dieser Unterscheidung von Unrecht und Schuld ebenfalls eine Beweisverteilungsregel verbindet, wonach im Strafverfahren nur der ausnahmsweise vorliegende Ausschluss von Schuld positiv bewiesen werden muss, nicht hingegen die Abwesenheit von sämtlichen konkreten Schuldaustrittstatbeständen im konkreten Einzelfall. Ein nicht länger zwischen Unrecht und Schuld unterscheidendes Pflichtverletzungskonzept würde eben diesen Zurechnungsschluss mitsamt seinen beweisverteilungsrechtlichen Implikationen verunmöglichen.

Nach alledem kann hier festgehalten werden: Für die Entdifferenzierung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit stützt sich *Verf.* auf die ex-ante-Perspektive der personalen Unrechtslehre; für die weiterhin vorgenommene Differenzierung von Unrecht und Schuld stützt er sich hingegen auf die ex-post-Perspektive der Zurechnungslehre. Damit manifestiert sich jedoch in seinem abschließenden Plädoyer zugunsten eines zweistufigen Straftatsystems nochmals ein Grundzug seiner gesamten Arbeit, nämlich die logische Konfusion von Unrechts- und Zurechnungslehre, von Zurechnungsgegenstand und Zurechnungsurteil, von Urteilsgegenstand und Urteilsakt innerhalb der Straftatlehre. Der *Rezensent* hat sich deshalb nicht von dem normtheoretischen Konzept der Pflichtverletzung überzeugen können, wenngleich er mit dessen Grundanliegen einer Personalisierung des Unrechts durchaus sympathisiert.

VI. Gesamtwürdigung

Die Arbeit macht sich nicht nur um eine normtheoretische Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung verdient, sondern weist strafatssystematisch und -methodologisch weit über dieses Ausgangsproblem hinaus. Ihr kommt insofern das Verdienst zu, die logische Konfusion von Unrechts- und Zurechnungslehre in der modernen Straftatsystematik sichtbar gemacht zu haben, auch wenn sie diese als solche noch nicht ausdrücklich benennt, sondern selbst auf ihr aufbaut. Denn so wie die Lehre von der objektiven Zurechnung das von ihr objektiv verstandene Handlungsunrecht aus der objektiven Zurechenbarkeit herleitet, leitet *Verf.* das von ihm objektiv-subjektiv verstandene Handlungsunrecht mit seinem Pflichtverletzungskonzept aus der subjektiven Zurechenbarkeit ab. Beiden Ansätzen gemein ist damit der methodologi-

sche Grundfehler, die der Unrechtslehre – in der Konstitutionsrichtung der Handlung – allein zur Verfügung stehende Begründungsrichtung unbemerkt umzukehren. Und zwar, indem das aus ex-ante-Perspektive des Täters sich in die gemeinsame Rechtswirklichkeit hinein entwickelnde Unrecht der Tat aus der – aus ex-post-Perspektive des Rechtsanwenders im Wege eines Zurechnungsurteils zu beurteilenden – Zurechenbarkeit der unrechten Tat abgeleitet wird, womit erst ein nachträglicher Umstand logisch rückwirkend über das Unrecht der Tat entscheidet, der selbst nicht konstitutives Merkmal dieser unrechten Tat ist und dies auch nicht sein kann. Unrecht und Zurechnung bleiben deshalb in beiden Theorieansätzen letztlich heteronom, d.h. a-personal begründet; das Unrecht der Tat wird derselben demnach lediglich äußerlich *zugeschrieben* und ist ihr folglich nicht notwendig auch im eigentlichen Sinne *zurechenbar*.

Als Unrechtslehre ist das Pflichtverletzungskonzept also zu sehr objektive Zuschreibungslehre, als Zurechnungslehre ist es hingegen zu sehr heteronome Unrechtslehre. Das Gelingen einer wirklich personalen – d.h. einer nichtheteronomen, also autonomen – Begründung der Unrechtslehre würde dagegen aus Sicht des *Rezensenten* im ersten Schritt eine strengere Unterscheidung von Unrechts- und Zurechnungslehre in dem beiden Momenten gemeinsamen Konzept der Straftatlehre voraussetzen; im zweiten Schritt sodann eine Berücksichtigung der *Autonomie* (d.h. *Selbstgesetzgebung*) des Willenssubjekts bereits im primären Konzept des Rechts, von dem aus dann auch das Unrecht desselben sekundär seinen Ausgang nehmen kann. Sodann stünde aber der rein heteronome und vom *Verf.* (vgl. S. 377) zu keinem Zeitpunkt in Zweifel gezogene Anspruch der Normentheorie an die „Verhaltenssteuerung“ des Normadressaten erstmals zur Disposition. Der Mensch als autonomes Rechtssubjekt unterscheidet sich von einem willenlosen und daher heteronom leicht steuerbaren bzw. manipulierbaren Wesen nämlich wesentlich dadurch, dass er sich primär einmal gesetzlich selbst im Rechtszusammenhang bestimmt.¹² Ohne eine auf der Autonomie der Person gründende Rechtslehre wird es daher auch keine wahrhaft personale Unrechtslehre geben können, weshalb sich „die Normentheorie“ in ihrer bisherigen Gestalt mit dem Ansatz des *Autors* einmal mehr als ungeeignet erwiesen hat, einer personalen Unrechtslehre im wahrsten Sinne dieses Wortes zur Grundlage zu dienen.

Diese vorstehend zugleich mit Anerkennung verbundene Kritik am Pflichtverletzungskonzept des *Verf.* soll nicht missverstanden sein. Dass ihre Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung strafatssystematisch über das Grundanliegen der Arbeit hinausweist, ist angesichts der enormen Historizität und Potentialität des Begriffs der strafrechtlichen Zurechnung unvermeidbar; dass sie in dieser strafatssystematischen Übersteigerung ihres Grundanliegens einen logischen Fehler auf- und ausweist, der wohl auch der bisherigen Straftatsystematik zugrunde liegt, ist im Kontext des aktuellen

¹¹ Siehe z.B. *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 59, § 4 Rn. 1 ff., 14.

¹² Siehe dazu weiterführend z.B. *M. Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 33 ff.; *ders.*, Der Begriff der Strafe, 1986, besonders S. 9, 24, 29 f., 34 ff., 44 ff., 49.

Forschungsstandes insofern kein wesentlicher Makel. Im Übrigen schmälert die primär hierauf bezogene Kritik des *Rezensenten* den strafrechtsdogmatischen Ertrag nicht, den bereits die normtheoretische Kritik des *Verf.* an der Lehre von der objektiven Zurechnung erbringt. Demnach hat er in mehrerlei Hinsicht eine wichtige Grundlagenarbeit vorgelegt, der das Potential eignet, auf geraume Zeit intellektuelle Reibungskräfte innerhalb der Wissenschaft von der Straftatlehre freizusetzen. Die Grundfrage stellt sich dann weniger, ob die Straftatlehre mehr objektive Zurechnungslehre oder mehr personale Unrechtslehre sein will, sondern vielmehr, ob sie überhaupt Zurechnungs- und/oder Unrechtslehre sein will und kann. Jedenfalls dürfte ersichtlich geworden sein, dass die zwischen abstrakt-generellem Strafgesetz und konkret-individueller Tat im Einzelfall erforderliche Synthese im Rahmen der Straftatlehre nicht bloß aus ex-ante-Perspektive des Täters und auch nicht bloß normtheoretisierend-analytisch geleistet werden kann, wenn die Straftatlehre am Ende die Ermöglichung einer nachträglichen und gesetzesanwendenden Zurechnung der Straftat zum Täter aus ex-post-Perspektive zur Absicht hat. Der Monographie von *Schladitz*, die es nicht nur verdient gelesen, sondern studiert zu werden, ist daher abschließend eine rege Diskussion und kritische Rezeption zu wünschen.

Das Konkurrenzverhältnis der privilegierenden Spezialität im Strafrecht am Beispiel der §§ 267, 277 StGB a.F.

Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22*

Von Wiss. Mitarbeiter Yusef Mansouri, Bayreuth**

Rechtssätze können sich in ihrem Anwendungsbereich überschneiden. Das ist für das Verhältnis von allgemeinen zu spezielleren Tatbeständen anerkannt. Für das Strafrecht gewinnt dies umso mehr an Bedeutung, wenn der spezielleren Norm privilegierende Wirkungen zu entnehmen sind und sie sich deshalb tätergünstig auswirkt. Der Beitrag möchte einen Überblick über dieses Normenverhältnis aus der Konkurrenzlehre geben und dies anhand einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Urkundenstrafrecht erläutern. Hierbei stehen rechtsmethodische und strafverfassungsrechtliche Gedanken im Vordergrund.

I. Zur Phänomenologie der Corona-Impfpassfälschung

Der Gesundheits- und Lebensschutz zwang bekanntlich viele in Zeiten der Corona-Pandemie zu diversen Einschränkungen im gesellschaftlichen Zusammenleben. So war z.B. zeitweise der Zutritt zu Gastronomie etwa nur denjenigen gestattet, die nachweisen konnten, sich gegen SARS-CoV-2 geimpft zu haben (alternativ: einen Nachweis erbringen konnten, sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen zu können) oder bereits genesen waren – sog. „2G-Regel“¹. Nun war (und ist auch heute noch²) nicht jeder gegen das Virus geimpft. Wer sich gegen eine Impfung entscheidet und auch sonst keinen Nachweis über die fehlende Eignung zur Impffähigkeit erbringen kann (oder will), gleichwohl aber Zugang zu öffentlichen Einrichtungen haben möchte, der musste eine Möglichkeit finden, die Zugangshindernisse zu umgehen. Entweder fälscht man seinen Impfpass³ in der Weise, dass man einen vermeintlichen Nachweis über die Impfung einträgt; oder aber man lässt ihn fälschen, indem entsprechende Angaben gegen Entgelt eingetragen werden – ein so manipulierter Impfpass braucht dann nur noch vorgelegt zu werden. Schwer schien die Fälschung des „gelben Dokuments“ nicht zu sein, ein Weg über Telegram oder WhatsApp führte schon ans Ziel.⁴ Ob dieses Phänomen ein solches ist, das die Straf-

verfolgungsbehörden besonders belastet, kann nur vermutet werden. Denn Fälle dieser Art werden in der Strafverfolgungsstatistik nicht gesondert erfasst. Die grundsätzlich in Frage kommende Fälschung von Gesundheitszeugnissen nach § 277 StGB a.F. wird statistisch nur im Zusammenhang mit den §§ 278, 279 StGB a.F. aufgeführt, für das Jahr 2021 etwa wurden 527 Aburteilungen erfasst, hiervon 448 Verurteilungen.⁵ Die Urkundenfälschung nach § 267 StGB wird nicht nach manipulierten Dokumenten aufgeschlüsselt.

II. Sachverhalt und Einführung in die Probleme

Und dennoch entsteht zumindest der Eindruck, als wäre das Fälschen-Lassen für die „professionellen Fälscher“ ein lukratives Geschäft gewesen – so wohl auch in folgendem, vom BGH⁶ entschiedenen Fall:

Der Angeklagte A entschloss sich in mehreren Fällen, gegen Entgelt eigenhändig Impfausweise mit Eintragungen zu angeblichen Erst- und Zweitimpfungen gegen SARS-CoV-2 zu versehen. Dies geschah in der Weise, dass er entweder unausgefüllte Impfausweisvordrucke auf der Vorderseite mit den Personalien der angeblich geimpften Personen beschriftete oder bereits mit Personalien beschriftete Impfausweise verwendete, um sodann jeweils auf den inneren Seiten des Impfausweises vermeintlich wahre Daten – das Datum, die Impfstoffbezeichnung sowie Chargennummer – einzutragen. Die Eintragungen versah er mit dem vorgeblichen Stempel eines Impfzentrums sowie der nachgeahmten oder erfundenen Unterschrift eines angeblichen Impfarztes. Angesichts der damaligen Zugangsbeschränkungen für Ungeimpfte aufgrund der COVID-19-Pandemie war ihm bewusst, dass seine Abnehmer die Bescheinigungen gegenüber Dritten, etwa Apotheken, zur Erstellung eines digitalen Impfbefreiungszertifikats oder in der Gastronomie zum Nachweis über angebliche Schutzimpfungen ihrer Person vorlegen würden.

Das damit erstinstanzlich befasste LG Hamburg hat sich an einer Verurteilung des A gehindert gesehen und ihn freigesprochen: Eine Strafbarkeit wegen Fälschens von Gesundheitszeugnissen nach § 277 StGB a.F. sei nicht in Betracht gekommen. Zwar handele es sich bei den fraglichen Impfpäs-

* BGHSt 67, 147 = NJW 2023, 1973.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht (Prof. Dr. Christian Rückert) an der Universität Bayreuth.

¹ Beispielhaft in Bayern § 5 Abs. 1 Nr. 1 der 15. BayIfSMV.

² Aktuell (26.3.2024) beträgt die Impfquote der Grundimmunisierten gemessen an der Gesamtbevölkerung 78 %, vgl. die Tabelle des RKI, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Corona_virus/Daten/Impfquotenmonitoring.xlsx?__blob=publicationFile (31.3.2024).

³ Zur Strafbarkeit der Manipulation digitaler Corona-Impfbefreiungszertifikate Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (631 ff.).

⁴ Siehe Bettendorf/Kotsev/Siebert, Tagesspiegel v. 8.5.2021, abrufbar unter

<https://www.tagesspiegel.de/politik/falschung-von-impfpassen-kann-kaum-verhindert-werden-4249120.html> (31.3.2024).

⁵ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, 2021, S. 38 f., abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?__blob=publicationFile (31.3.2024).

⁶ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22 = BGHSt 67, 147 = NJW 2023, 1973 m. Anm. Pschorr = JR 2023, 560 m. Anm. Lorenz = JZ 2023, 673 m. Anm. Lichtenthaler = medstra 2023, 240 m. Anm. Gierok; Kanera, ZJS 2023, 931.

sen um Gesundheitszeugnisse im Sinne der Vorschrift. In der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung vom 13. November 1998⁷ setzte dies aber weiterhin voraus, dass eine Verwendung der Fälsficate bei einer Behörde oder einer Versicherung erfolgt, was bei Gebrauch in der Gastronomie oder in Apotheken nicht gegeben sei (hinzu kam noch, dass nicht A selbst die Fälsficate vorlegte⁸). Problematischer stellte sich hingegen die mögliche Verurteilung wegen Urkundenfälschung gem. § 267 StGB dar. Nach Ansicht des LG habe ihr zwar nicht entgegengestanden, dass es sich bei den Fälschungen um Urkunden handle. Doch sei § 277 StGB a.F. eine abschließende und den Täter privilegierende Sonderregelung, die einen Rückgriff auf das allgemeine Urkundenstrafrecht verbiete. Der hiermit befasste *Senat* sah dies anders und ließ einen Rückgriff auf § 267 StGB zu.

Im Vordergrund soll hier die rechtliche Kernfrage stehen, wie damit umzugehen ist, dass zwei Tatbestände sich in ihrem Anwendungsbereich überschneiden (gefälschter Impfpass als Gesundheitszeugnis und Urkunde gleichermaßen), der eine aber für den Täter günstiger ist, weil er – wie hier – nicht (in Gänze) tatbestandlich erfüllt ist. Anschließend stellt sich die Frage, ob in diesem Fall dann Strafflosigkeit eintritt oder ein Rückgriff auf den (grundsätzlich einschlägigen) anderen Tatbestand möglich bleibt. Die Besonderheit liegt hier darin, dass es sich um ein Verhältnis zwischen speziellerem und zugleich privilegierendem Tatbestand einerseits sowie allgemeinerem Tatbestand andererseits handelt. Der tatbestandliche Charakter einer Privilegierung im Strafrecht präsentiert sich – im Gegensatz zur Qualifikation – tätergünstig.

Um diese Ausstrahlung des Privilegierungsgedankens soll es im Folgenden gehen. Besonderes Augenmerk wird hierbei auf zwei Aspekte gelegt: Im Fokus steht einerseits der Privilegierungsgedanke im Strafrecht insoweit, als es um das Zusammentreffen der Anwendungsbereiche zweier Gesetze geht, von denen das eine das tätergünstigere ist. Zum anderen soll dies nicht abstrakt, sondern anhand der Besprechung eingangs erwähnter Entscheidung des BGH zu den Urkundendelikten veranschaulicht werden. Vor diesem Hintergrund werden die für das Urteil maßgeblichen Erwägungen und das Ergebnis (IV.) vor allem aus methodisch-inhaltlicher und verfassungsrechtlicher Sicht kritisch gewürdigt (V.). Zuvor sind jedoch grundsätzliche Gedanken zur Privilegierung bei Gesetzeskonkurrenz (III.) unentbehrlich.

⁷ BGBl. I 1998, S. 3332.

⁸ Das Vorzeigen der Impfpässe durch Dritte kann zwar grundsätzlich nach den Grundsätzen der Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft zugerechnet werden, regelmäßig wird es aber – wie in dem vom *Senat* entschiedenen Fall – an einem arbeitsteiligen Zusammenwirken (§ 25 Abs. 2 StGB) oder an einem gutgläubigen Tatmittler (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) fehlen, vgl. *Zieschang*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 277 Rn. 14; *Woelk*, *Täterschaft bei zweiaktigen Delikten*, 1994, S. 166; missverständlich *Heine/Schuster*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 10.

III. Zur privilegierenden Spezialität in der Konkurrenzlehre

Es lohnt sich zunächst, sich der konkurrenzrechtlichen Bedeutung eines (1.) spezielleren und (2.) privilegierenden Gesetzes zu vergegenwärtigen, wobei dies (3.) am Beispiel des § 277 StGB a.F. verdeutlicht wird.

1. Das „speziellere“ Gesetz

Spezialität im logischen⁹ bzw. formalen¹⁰ Sinne stellt einen Fall sog. unechter Gesetzeskonkurrenz, z.T. auch Gesetzes Einheit genannt,¹¹ dar. Sie liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den in Frage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren Gesichtspunkt erfasst.¹² Hierunter fallen klassischerweise zusammengesetzte Delikte (z.B. § 249 StGB) im Verhältnis zu ihren einfachen Tatbeständen (z.B. §§ 242, 240 StGB) oder Qualifikationen (z.B. § 224 StGB) im Verhältnis zu ihren Grundtatbeständen (z.B. § 223 StGB). Dieses Verhältnis führt zu einem Vorrang der spezielleren Norm und wirkt zunächst allgemein in der Weise, dass der Verurteilung nur ein Strafgesetz (nämlich das speziellere) zugrunde gelegt wird und dass das verdrängte Gesetz nicht im Schuldspruch erscheint.¹³ Es handelt sich bei dieser Verdrängungswirkung sowohl um einen methodischen¹⁴ als auch um einen materiell-konkurrenzrechtlichen Grundsatz, der sich im Strafrecht darin zeigt, dass das verwirklichte Unrecht des allgemeinen Tatbestands im speziellen mit enthalten ist, und dass letzterer anderenfalls mangels eigenständigen Anwendungsbereichs sinnfrei wäre;¹⁵ dem Gesetzgeber darf unterstellt werden, dass er keine überflüssigen Tatbestände schaffen wollte.¹⁶ Nach h.M.¹⁷ dürfen die

⁹ *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. 1991, S. 267; *F. Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 465.

¹⁰ *Wank/Maties*, *Die Auslegung von Gesetzen*, 7. Aufl. 2023, S. 102.

¹¹ Vgl. *Jäger*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, Vor § 52 Rn. 76. *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 8), Vor § 52 Rn. 102; *Walter*, *JA* 2005, 468.

¹² *Geerds*, *Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz*, 1961, S. 193 m.w.N.; *Honig*, *Straflose Vor- und Nachtat*, 1978, S. 19, 113; heute st. Rspr., vgl. nur *BGH NJW* 1999, 1561; *BGH NJW* 2004, 1054.

¹³ *Rissing-van Saan*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 113; *Rönnau/Wegener*, *JuS* 2021, 17 (21).

¹⁴ *P. Bydlinski*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 3. Aufl. 2018, S. 34; *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl. 2021, S. 32; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 138.

¹⁵ *Puppe/Grosse-Wilde*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 52 ff. Rn. 8.

¹⁶ *F. Bydlinski* (Fn. 9), S. 444.

verdrängten Gesetze aber in der Strafzumessung berücksichtigt werden, sofern es sich um vom spezielleren Gesetz abweichende Umstände handelt.

2. Das „privilegierende“ Gesetz

Ein Vorrang kann sich aber auch kraft besonderen Regelungsgehalts des Rechtssatzes ergeben (Spezialität im weiteren Sinne).¹⁸ Hierzu zählen unter anderem die Fälle der Verengung eines tatbestandlichen Merkmals des spezielleren Gesetzes im Vergleich zum allgemeineren Gesetz (z.B. § 225 StGB im Verhältnis zu § 223 StGB).¹⁹ Daneben sind jene Gesetze spezieller, die eine „abschließende Sonderregelung“ für den betroffenen Anwendungsbereich regeln. Das ist etwa für § 370 AO im Verhältnis zu § 263 StGB²⁰ oder § 266b StGB im Verhältnis zu § 263 StGB²¹ der Fall. Schließlich sind Gesetze, denen im Vergleich zur allgemeineren Vorschrift privilegierende Wirkungen zu entnehmen sind, speziellere im konkurrenzrechtlichen Sinn.²² Wann, wo und ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung bestimmt werden. Die der Norm anhaftenden privilegierenden Wirkungen müssen sich nicht zwingend (wenn auch regelmäßig) in der Rechtsfolge (milderer Strafraumen) zeigen,²³ es kann sich auch etwa um Prozessvoraussetzungen handeln.²⁴ Für die Ermittlung einer Privilegierung maßgeblich ist der innere Gesamtzusammenhang der miteinander konkurrierenden Vorschriften, der gesetzgeberische Wille sowie der Zweck der Vorschrift.²⁵ Privilegierende Wirkungen des spezielleren Gesetzes können deshalb etwa in besonderen Irrtumsregelungen liegen (z.B. § 113 Abs. 3 und Abs. 4 StGB gegenüber § 240 StGB). Neben der allgemeinen Vorrangwirkung hat diese sog. privilegierende Spezialität den weiteren Effekt, dass ein Rückgriff – anders als in den Fällen sog. qualifizierender Spezialität²⁶ – auf das allgemeinere Gesetz ausge-

schlossen ist, weil anderenfalls die Privilegierung beseitigt würde,²⁷ es entfaltet insoweit „Sperrwirkung“.²⁸ Deshalb kann zwar eine Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB zugleich auch Mordmerkmale nach § 211 StGB verwirklichen.²⁹ Ein Rückgriff auf § 211 StGB verbietet sich aber, weil § 216 StGB gegenüber § 211 StGB privilegierend wirkt und Sperrwirkung entfaltet.³⁰ Diesen Fällen ist also gemein, dass der Gesetzgeber einem Rechtssatz abschließenden Charakter verliehen hat, weil er bestimmte Wertungen im Blick hatte und den Sachverhalt erschöpfend durch Sondervorschriften geregelt wissen wollte. Für den hiesigen Fall ist es diese Art der Spezialität, die Teil des konkurrenzrechtlichen Problems der Entscheidung des BGH war.

3. Zur Sperrwirkung des § 277 StGB a.F. aufgrund privilegierender Spezialität

Ein Blick auf den Tatbestand des § 277 StGB a.F. bringt Licht ins Dunkel und zeigt diejenigen Besonderheiten auf, die zum Konkurrenzverhältnis privilegierender Spezialität führen: Für jene Fälle, wie sie der *Senat* zu entscheiden hatte, ist erforderlich das unberechtigte Ausstellen eines – erstens – Gesundheitszeugnisses, von dem Gebrauch vor – zweitens – Behörden oder Versicherungen gemacht werden muss. Schließlich weist – drittens – § 267 StGB (im Unterschied zu § 277 StGB a.F.) besondere täterungünstige Regelungen in Abs. 3 und Abs. 4 StGB auf.

a) Gesundheitszeugnis als Tatobjekt und Deliktsstruktur des § 277 StGB a.F.

In § 277 StGB a.F. werden die möglichen Tatobjekte auf Gesundheitszeugnisse begrenzt. Zwar sind Impfpässe, die mit den oben genannten Angaben (II.) versehen werden, nach h.M. nicht nur als Gesundheitszeugnisse gem. § 277 StGB a.F.,³¹ sondern auch als unechte Urkunden nach § 267 StGB³²

¹⁷ BGH NJW 1964, 559 m.w.N.; *Jäger* (Fn. 11), Vor § 52 Rn. 118; a.A. v. *Heintschel-Heinegg*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 52 Rn. 30; *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 15), Vor §§ 52 ff. Rn. 52.

¹⁸ *Larenz* (Fn. 9), S. 268 Fn. 28 mit Verweis auf *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, 1934, S. 62 (betrifft freilich das Zivilrecht, ist aber entsprechend auf das Strafrecht übertragbar); *Vogel*, Juristische Methodik, 2018, S. 63 f.; *Möllers* (Fn. 14), § 5 Rn. 53 ff.; *Walter*, JA 2005, 468.

¹⁹ *Geppert*, Jura 2000, 651 (654); *Seher*, JuS 2004, 482.

²⁰ *Bülte*, in: Joecks/Jäger/Randt (Hrsg.), Steuerstrafrecht, Kommentar, 9. Aufl. 2023, AO § 370 Rn. 750.

²¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023 § 266b Rn. 9.

²² *Rissing-van Saan* (Fn. 13), Vor § 52 Rn. 134.

²³ Vgl. nur den (inzwischen angeglichenen) Strafraumen in § 113 StGB und § 240 StGB. Ersterer enthält weiterhin Privilegierungswirkung, dazu *Singelstein/Puschke*, NJW 2011, 3474 (3475); a.A. *Fahl*, ZStW 124 (2012), 311 (322).

²⁴ v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 17), § 52 Rn. 41.

²⁵ BGH NJW 1972, 262 (263).

²⁶ Hierzu *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 11), Vor § 52 Rn. 140.

²⁷ *Rissing-van Saan* (Fn. 13), Vor § 52 Rn. 134; *Geerds* (Fn. 12), S. 198 f.

²⁸ Monografisch *Seiler*, Die Sperrwirkung im Strafrecht, 2002.

²⁹ A.A. *Seiler* (Fn. 28), S. 71: In der Regel schlossen sich § 211 StGB und § 216 StGB tatbestandlich aus.

³⁰ BGHSt 2, 258, wobei der BGH diese Privilegierungsfunktion aus einer „Sonderdeliktseigenschaft“ des § 216 StGB folgert, hierzu *Seiler* (Fn. 28), S. 29 ff.; *Heger* (Fn. 21), Vor § 211 Rn. 24; a.A. hinsichtlich der Begründung *Herzberg*, JZ 2000, 1093. Dies gilt aufgrund des normativen Zusammenhangs zwischen Tötungsverlangen und Tat nur für den durch die qualifizierte Einwilligung zur Tötung motivierten Täter. Waren andere Motive bewusstseinsdominant bzw. handlungsleitend für die Tötung (z.B. Habgier), ist auf Mord zu erkennen, vgl. *Safferling*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 26.

³¹ *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 2. Vertiefend *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (406 ff.); siehe auch *Schmuck/Kother/Hecken*, NJOZ 2021, 193 (194); *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (482).

zu qualifizieren. Allerdings kommt bei § 277 StGB a.F. die Besonderheit hinzu, dass für die Vollendung zur Fälschungshandlung ein Gebrauchmachen hinzutreten muss, es handelt sich um ein sog. zweiaktiges Delikt.³³ Für § 267 StGB hingegen führt schon der jeweilige Fälschungsakt für sich genommen zur Vollendung. Was die Frage der Sperrwirkung betrifft, sehen viele Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion damit einhergehende Widersprüche in folgenden Fallkonstellationen: Der Täter legt nach Herstellung eines unechten Gesundheitszeugnisses dieses gar nicht erst bei einer Behörde oder einer Versicherung vor (Variante 1) oder er tut dies nur gegenüber Privatpersonen (Variante 2).

Lehnt man eine Sperrwirkung in Variante 1 ab, mütet höchst seltsam an, dass das bloße Fälschen eines Gesundheitszeugnisses schwerer bestraft würde (§ 267 StGB) als das Fälschen und die anschließende Vorlage (§ 277 StGB a.F.), verwirkliche der Täter doch ein „Mehr an Unrecht“ durch den anschließenden Gebrauch. Damit drohten die tatbestandlichen Grenzen des § 277 StGB a.F. dadurch unterlaufen zu werden, dass es bei isolierter Herstellung nicht mehr auf den anschließenden Gebrauch ankäme, wenn § 267 StGB regelmäßig anwendbar und miterfüllt wäre. Dies sei ein deutlicher Wertungswiderspruch.³⁴ Hiergegen wird z.T. als Lösung eine eingeschränkte Privilegierungswirkung des § 277 StGB a.F. vorgeschlagen: Diejenigen unechten Gesundheitszeugnisse, die ihrer Bestimmung nach zur Vorlage bei Behörden und Versicherungen hergestellt wurden, fielen sehr wohl unter § 277 StGB a.F. und würden einen Rückgriff auf § 267 StGB sperren.³⁵

³² *Schmuck/Kother/Hecken*, NJOZ 2022, 193; *Wolf*, ZfStw 2/2022, 146 (153); *Schmidhäuser*, medstra 2022, 21 (24): „zusammengesetzte Urkunde“; ähnlich auch *Krüger/Sy*, GesR 2021, 626 (628); *Gaede/Krüger*, NJW 2021, 2159 (2163). Sehr künstlich aufspaltend OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 WS 114/22 = COVuR 2022, 179 (180), das in den hergestellten Impfpässen neben einem Gesundheitszeugnis auch davon zu trennende Gedankenerklärungen im Sinne des Urkundenbegriffs erblickt. Dagegen zu Recht OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.7.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22 = BeckRS 2022, 18816 Rn. 17 f., und *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (409).

³³ *Zieschang* (Fn. 8), § 277 Rn. 8; *Puppe/Schumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 10; *Heger*, in: *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2018, § 277 Rn. 3.

³⁴ OLG Bamberg, Beschl. v. 17.1.2022 – 1 Ws 732-733/21 = NJW 2022, 556 (558); *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (138 Fn. 6); *ders.*, JZ 2023, 673 (674).

³⁵ OLG Hamburg COVuR 2022, 179 (182 f.); ihm folgend OLG Celle, Urt. v. 31.5.2022 – 1 Ss 6/22 = NJW 2022, 2054 (2056); OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 Ws 33/22 = StV 2022, 397 (399); ebenso OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 Rn. 51. Dem krit. gegenüber *Lorenz*, JR 2022, 545 (551); *ders./Rehberger* ZfL 2022, 399 (426 f.); *Pschorr*, MedR 2022, 1026 (1028).

b) Vorlage bei Behörden und Versicherungen (Beweisadressaten)

Nun zu Variante 2: Gebraucht ein Täter das Gesundheitszeugnis zur Vorlage bei privaten Dritten, scheidet die Anwendung des § 277 StGB a.F. am Adressatenkreis, der eine Täuschung vor Behörden und Versicherungen erfordert. Ein möglicher Rückgriff auf § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB führt bei vielen häufig zu Unbehagen, stelle man doch damit gleichsam fest, dass der Gebrauch von Gesundheitszeugnissen vor Privaten härter bestraft würde als vor Behörden, wofür kein vernünftiger Sachgrund zu erkennen sei. Nimmt man hingegen eine Sperrwirkung des § 277 StGB a.F. aufgrund des spezielleren Tatobjekts „Gesundheitszeugnis“ an, tritt Straflösigkeit ein. Dies aber sei nach einer Ansicht nicht weniger absurd, weil nicht wirklich einzuleuchten vermag, warum die Herstellung unechter Gesundheitszeugnisse zur Täuschung von Privatpersonen im Rechtsverkehr straflos, die Herstellung beliebiger anderer Urkunden zu Täuschungszwecken gegenüber selbigen hingegen mit Strafe belegt sei.³⁶

Im Übrigen habe dies – und damit gehe mindestens ein weiterer (hier dritter) Wertungswiderspruch einher – zur Folge, dass der Täter für die Begehung weiteren kriminellen Unrechts belohnt werde: Den Täter, der „nur“ im Sinne des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB eine unechte Urkunde herstellt, erwartet die schärfere, im Vergleich zu § 277 StGB a.F. fünfmal höhere, Strafe. Entschließt sich der Täter jedoch, die Urkunde, die zugleich ein Gesundheitszeugnis ist, vor Versicherungen und Behörden zu gebrauchen, mildert er – erkennt man die Sperrwirkung an – seinen Strafraum hin zu dem für ihn günstigeren aus § 277 StGB a.F. Letztlich würde er so zur weiteren Begehung kriminellen Unrechts motiviert.³⁷

c) Versuchsstrafbarkeit und strafschärfende Regelungen in § 267 StGB

Besonders zu Tage tretende Unterschiede zeigen sich in der in § 267 Abs. 2 StGB ausdrücklich geregelten Versuchsstrafbarkeit und den Regelungen zu besonders schweren Fällen und zu Qualifikationen (§ 267 Abs. 3 und Abs. 4 StGB). Dies alles lässt § 277 StGB a.F. vermissen. Es wird sich nicht wirklich leugnen lassen, dass zumindest hierin klare Privilegierungen liegen, die eine Besserstellung des Täters aus § 277 StGB a.F. erkennen lassen.

d) Zwischenfazit

Das Verhältnis dieser Normen zueinander ist Gegenstand einer umfassenden rechtswissenschaftlichen Diskussion ge-

³⁶ *Puppe/Schumann* (Fn. 33), § 277 Rn. 13; in der Sache auch *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (483).

³⁷ Hierzu *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (423, 425): „Tatanzreiz“, und *Lorenz*, JR 2022, 545 (550), der zutreffend (und wohlwissend, dass der Versuch i.R.d. § 277 StGB a.F. freilich nicht strafbar ist) darauf hinweist, dass das Gesetz ein „Weniger an Tatbegehung“ doch in der Regel belohne, vgl. die Wertung aus § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB; *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (483).

worden. Während die h.M.³⁸ eine Sperrwirkung bejaht hat – innerhalb dieser z.T.³⁹ einschränkend über die Zweckbestimmung des Gesundheitszeugnisses –, lehnen andere⁴⁰ eine solche ab und wenden § 267 StGB – ggf. neben § 277 StGB a.F. – an. Teilweise⁴¹ wird auf Rechtsfolgenrechte der richtige Weg für dieses Dilemma gesehen, was in concreto bedeutet: Der Anwendung des § 267 StGB soll bei tatbestandlicher Nichterfüllung des § 277 StGB a.F. nichts entgegenstehen, allerdings sei der mildere Strafrahmen aus letzterem zu ent-

nehmen, um Wertungswidersprüche (siehe oben a) und b) zu vermeiden.

IV. Entscheidung des Senats

Der BGH hat diesem Streit nunmehr ein Ende gesetzt: § 277 StGB a.F. stehe zu § 267 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität. Die für das Urteil⁴² maßgeblichen Gründe sind folgende:

1. Kein Fall des § 277 StGB a.F.

Noch recht eindeutig war eine Strafbarkeit nach § 277 StGB a.F. für A zu verneinen.

Bei den von A manipulierten Impfpässen, die eine Impfung gegen SARS-CoV-2 durch einen (vermeintlichen) Arzt bescheinigen und die eine Zuordnung zur geimpften Person erkennen lassen, handele es sich – analog zur Urkundendogmatik – zwar um „zusammengesetzte Gesundheitszeugnisse“.⁴³

Indem A diese Impfpässe mit nachgeahmten oder erfundenen Unterschriften versah, täuschte er zwar nicht unter eigenem Namen sowie unter (in Wahrheit nicht gegebener) medizinischer Qualifikation, sehr wohl aber unter dem Namen einer approbierten Medizinalperson, mithin über die Identität einer (auch nur vermeintlich existierenden) Person, die den Anschein der medizinischen Qualifikation weckt. Dies sei ein Ausstellen eines unechten Gesundheitszeugnisses im Sinne des § 277 Var. 2 StGB a.F.⁴⁴

Weil A die manipulierten Impfpässe aber nicht bei einer Behörde oder einer Versicherung vorlegte, scheitere § 277 Var. 2 StGB a.F. am zweiten Akt. Die Vorlage durch Dritte sei zwar grundsätzlich denkbar, hierfür sei aber auch der (hier nicht gegebene) Vorsatz des A notwendig. Die Vorlage gegenüber Apotheken scheidet mangels Behördeneigenschaft aus, die mittelbare Vorlage durch Übermittlung gegenüber dem Robert-Koch-Institut sei kein Gebrauchmachen, weil dieses ein Verbringen des Gesundheitszeugnisses in den Machtbereich der Behörde mit der Möglichkeit sinnlicher Wahrnehmung voraussetze; hieran fehle es, weil dem Robert-Koch-Institut durch die Apotheke lediglich personenbezogene Daten aus dem Impfpass elektronisch übermittelt würden (vgl. § 22 Abs. 5 IfSG a.F.), nicht jedoch der Impfpass als solcher.⁴⁵

2. Keine privilegierende Spezialität des § 277 StGB a.F. mit Sperrwirkung im Verhältnis zu § 267 StGB

Gleichwohl bleibe aber Raum für eine Strafbarkeit aus § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB wegen Herstellens einer unechten Urkunde, insbesondere seien die manipulierten Impfpässe zu-

³⁸ Früh schon RGSt 6, 1 (2); 31, 296 (298); aus der heutigen Rspr. OLG Bamberg NJW 2022, 556 (557); BayObLG, Beschl. v. 3.6.2022 – 207 StRR 155/22 = StV 2023, 21 (22 ff.); LG Osnabrück, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21 = BeckRS 2021, 32733 Rn. 6 ff. m. Anm. Schrott, JZ 2022, 313, und Lorenz/Rehberger, MedR 2022, 40 (41 f.); aus der Lit. Zieschang (Fn. 8), § 277 Rn. 16; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 277 Rn. 4 f.; Heine/Schuster (Fn. 8), § 277 Rn. 12; Maier, in: Matt/Renzikowski (Fn. 30), § 277 Rn. 14; Wittig, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 277 Rn. 10; Erb (Fn. 31), § 277 Rn. 9, 11; Lorenz/Oğlakcioğlu, in: Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2022, § 74 Rn. 8a; Schuhr, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, Kommentar, StGB § 267 Rn. 47; Gierok/Teubner, in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Strafrecht der Medizin, 2022, § 11 Rn. 18; Puschke, in: Hilgendorf/Valerius/Kudlich (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 42 Rn. 105; Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (629) – ohne eindeutige Positionierung; Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2163); Lorenz, medstra 2021, 210 (212); Zieschang, ZIS 2021, 481 (483); Erb, NStZ 2022, 742 (743); Lichtenhäler, NStZ 2022, 138; Lorenz/Rehberger, NJW 2022, 1295 (1297); Wolf, ZfIS 2/2022, 146 (155).

³⁹ OLG Hamburg COVuR 2022, 179; sich diesem anschließend OLG Schleswig, Beschl. v. 31.3.2022 – 1 Ws 19/22 = StV 2023, 26; OLG Celle NJW 2022, 2054; OLG Stuttgart StV 2022, 397; ebenso OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 m. abl. Anm. Pschorr, MedR 2022, 1026, das daher dem BGH (I. Strafsenat) die Frage vorgelegt hat. Die Entscheidungserheblichkeit dieser Vorlagefrage ist nachträglich weggefallen, weil sich der I. Strafsenat zuvor mit Urte. v. 12.7.2023 – 1 StR 260/22 = BeckRS 2023, 19471 dem hiesigen Urteil des 5. Strafsenats angeschlossen hat, vgl. BGH Beschl. v. 13.7.2023 – 1 StR 286/22 = BeckRS 2023, 19481.

⁴⁰ Vgl. aus der Rspr. die Nachweise in Fn. 39, soweit die dortige Einschränkung über die Zweckbestimmung nicht greift; im Übrigen etwa Puppe/Schumann (Fn. 33), § 277 Rn. 13; Rau, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 23 Rn. 62b; Dastis, HRRS 2021, 456 (458 ff.); Kreuzer, JR 2022, 166 (169); Schmidhäuser, medstra 2022, 21 (25 ff.).

⁴¹ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 277 Rn. 11; Maier (Fn. 38), § 277 Rn. 12; Jahn, JuS 2022, 178 (179); Schmidhäuser, medstra 2022, 21 (27).

⁴² BGH, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22. Aus Gründen des Umfangs wird hier und im Folgenden auf die ausführliche und wörtliche Wiedergabe der Entscheidungsgründe verzichtet.

⁴³ BGH, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 16 f.

⁴⁴ BGH, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 22–24.

⁴⁵ BGH, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 25–33.

sammengesetzte unechte Urkunden.⁴⁶ Soweit sich das LG Hamburg an einer Verurteilung aus Rechtsgründen, namentlich aus solchen einer Sperrwirkung des § 277 StGB a.F., gehindert sah, trat dem der *Senat* nach ausführlicher Auslegung der Vorschriften entgegen: § 277 StGB a.F. stehe zu § 267 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität. Es handele sich bei den fraglichen Vorschriften um zwei Tatbestände, die nebeneinanderstünden und trotz gemeinsamer Unrechtselemente verschiedene, jeweils als strafwürdig erachtete Handlungen erfassten.⁴⁷

a) Wortlaut

Bereits dem Wortlaut sei eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen. Hätte der Gesetzgeber einen Anwendungsvorrang gewollt, hätte er ihn im Wortlaut verankert. Dies gelte umso mehr, als es sich bei der Annahme einer Privilegierung um einen rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall handele.⁴⁸

b) Systematik

Dagegen spreche der systematische Zusammenhang gegen ein konkurrenzrechtliches Verhältnis privilegierender Natur:

aa) Zweiaktivität des § 277 StGB vs. Einaktivität des § 267 StGB

Schon der Vergleich der Deliktsstruktur der Tatbestände zeige die Verschiedenheit der Vorschriften. Während § 277 StGB a.F. als zweiaktiges Tatgeschehen ausgestaltet sei, genüge für die Urkundenfälschung schon eine der Begehungsvarianten des § 267 Abs. 1 StGB. Der zur Fälschungshandlung hinzutretende Gebrauch in § 277 StGB a.F., der zugleich strafrechtlich selbständig in §§ 278, 279 StGB a.F. geregelt wurde, steigere den Unrechtsgehalt, da der Täter damit immerhin stets zwei Begehungsvarianten des § 267 Abs. 1 StGB verwirkliche. Dies sei schwerlich mit der Annahme vereinbar, dass der zweiaktige Tatbestand das Geschehen nur noch unter spezielleren Gesichtspunkten als der andere erfasse und deswegen den Täter privilegiere. Für eine mildere Bestrafung aus § 277 StGB a.F. streite demnach nichts.⁴⁹

bb) Die Regelungen zur schriftlichen Lüge und die Schutzrichtung der §§ 277 ff. StGB a.F.

Dass es sich um verschiedenartige Vorschriften handele, werde zudem durch die Regelungen zur Strafbarkeit der schriftlichen Lüge gestützt: § 277 Var. 1 StGB a.F. und der in den §§ 278, 279 StGB a.F. eigens geregelte Gebrauch stellten – im Unterschied zu den allein dem Echtheitsschutz dienenden §§ 267 ff. StGB – die schriftliche Lüge unter Strafe. Der Gesetzgeber gebe damit zum Ausdruck, dass er den Umgang mit nicht vertrauenswürdigen Gesundheitszeugnissen umfassender geschützt wissen wolle, als es bei allgemeinen Urkunden der Fall sei. Was den Schutzzweck der Vorschriften

angeht, attestiert der *Senat* § 277 StGB a.F. eine andere Schutzrichtung als § 267 StGB: Weil die Begehungsvarianten in Var. 2 und Var. 3 nicht nur eine Täuschung über die Identität, sondern darüber hinaus eine solche über eine besondere Qualifikation erforderten, die Var. 1 trotz Handelns in eigenem Namen eine Identitätstäuschung mit besonderen Anforderungen voraussetze, müsse § 277 StGB a.F. einen von § 267 StGB abweichenden Schutz als den der Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs bezwecken. Anderenfalls hätte es dieser zusätzlichen Merkmale über die Qualifikation nicht bedurft. In einer Rechtsordnung, in der der Berufszweig der Ärzte und Medizinalpersonen immerhin besonderes Vertrauen genieße, könne nicht derjenige privilegiert werden, der über dieses zusätzliche Merkmal täusche.⁵⁰

cc) Das übrige Normgefüge

Nicht zuletzt weist der *Senat* darauf hin, dass auch das Normgefüge um § 277 StGB a.F. herum keine Zeichen für eine Privilegierung erkennen lasse. Hätte der Gesetzgeber eine Privilegierung gewollt, hätte er diese umfassender geregelt. So fehle es etwa an einer entsprechenden Sonderregelung in § 274 Abs. 1 StGB (Urkundenunterdrückung).⁵¹

dd) Die Bedeutung für den Rechtsverkehr

Schließlich führt der *Senat* an, dass es wertungsmäßig nicht wirklich einleuchte, warum die Fälschung von Tiergesundheitszeugnissen und Totenscheinen (die – anders als Gesundheitszeugnisse über Menschen – keine selbständige Regelung erfahren hat) unstrittig nach § 267 StGB (mit seinem härteren Strafraumen) bestraft würde, die Fälschung von Gesundheitszeugnissen eines Menschen in Fällen wie diesen hingegen straflos bleibe. Die Bedeutung letzterer sei im Rechtsverkehr höher zu bemessen.⁵²

c) Sinn und Zweck

Auch der Zweck der Vorschriften lasse eine andere Interpretation nicht zu. Während § 267 StGB der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs diene, liege der Sinn des § 277 StGB a.F. aufgrund der vorstehenden Erwägungen vielmehr in der Sicherung der Beweiskraft ärztlicher Zeugnisse für Behörden und Versicherungsgesellschaften, insbesondere im Schutz vor einem Missbrauch des Vertrauens in die Integrität medizinischer Dokumente.⁵³

d) Historie

Besonderes Augenmerk widmete der *Senat* der historischen Auslegung: Die Vorläuferregelungen gingen auf das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten zurück (PrStGB), in dem § 247 PrStGB (einfache Urkundenfälschung) noch als zweiaktiges Delikt ausgestaltet gewesen sei, insbesondere fielen ärztliche Rezepte und Gesundheitszeugnisse nicht unter den damals herrschenden (engeren) Urkundenbegriff.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 35–37.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 50.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 51.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 53–56.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 56–58.

⁵¹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 63.

⁵² BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 64.

⁵³ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 65 f.

Deshalb sei ihre fälschende Ausstellung und der nachfolgende Gebrauch in § 256 PrStGB gesondert erfasst worden. Insgesamt folgert der BGH daraus, dass die Delikte schon seinerzeit nebeneinandergestanden hätten. Während der Reichsstrafgesetzgeber mit der Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich⁵⁴ (RStGB) die Vorschrift der Urkundenfälschung noch weiter ausgedehnt habe, indem er auf die Gewinnerzielungs- oder Schädigungsabsicht verzichtete⁵⁵ (§ 267 RStGB), in der Folgezeit den Tatbestand sogar von einem zweiaktigen zu einem einaktigen Delikt mit überschießender Innentendenz umgestaltete,⁵⁶ habe er die Vorschrift des § 256 PrStGB praktisch unberührt gelassen und diese ohne wesentliche Änderungen in § 277 StGB a.F. übernommen. Im Wesentlichen seien es diese Änderungen der Urkundenfälschung also, die erkennen ließen, dass der Gesetzgeber den Kreis strafbaren Verhaltens erweitern wollte. Die damit verbundenen Überschneidungsbereiche und die nicht mehr konsistente Bewertung der Strafwürdigkeit führten nicht zur Annahme einer Norm mit privilegierendem Charakter. Auch der im Jahr 1962 geäußerte Wunsch der damaligen Regierung nach der Streichung des § 277 StGB a.F. und der Einführung eines § 309 StGB-E,⁵⁷ dem der Gesetzgeber nicht nachgekommen ist, lasse nicht zwingend eine andere Interpretation zu. Die fehlende Umsetzung könne vielmehr so verstanden werden, dass mangels Strafbarkeitslücke gerade keine Notwendigkeit zur Streichung bestanden habe. Dem nunmehr mit Wirkung zum 24.11.2021 eingeführten Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite,⁵⁸ in dem § 277 StGB a.F. grundlegend überarbeitet worden ist und mit einer Subsidiaritätsklausel versehen wurde, sei nur deklaratorische Bedeutung dahingehend beizumessen, dass der Gesetzgeber nicht von einer Sperrwirkung ausgegangen sei. Daher lasse sich kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers für eine privilegierende Spezialität entnehmen.⁵⁹

e) Sonstige Aspekte

Zum hier unter III. 3. a) aufgezeigten Wertungswiderspruch nimmt der *Senat* kurz Stellung: dieser bestünde nur dann, wenn man bei Teilerfüllung des § 277 StGB a.F. eine Privilegierung ablehne und diese nur bei vollständiger Erfüllung annehme. Soweit aber eine privilegierende Spezialität ohnehin nicht in Betracht komme, sei ein Gleichlauf der Bestrafung des isolierten Herstellers eines unechten Gesundheitszeugnisses mit derjenigen eines Verwenders sichergestellt: Es

greife hier wie dort § 267 StGB. Dass durch diese Auslegung § 277 StGB a.F. (von § 277 Var. 1 StGB a.F. abgesehen) keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr hat, erkennt auch der *Senat*, macht hierfür aber den Gesetzgeber verantwortlich, dieser habe § 267 StGB stetig ausgeweitet und die Vorschrift zu einem einaktigen Delikt mit überschießender Innentendenz umgestaltet.⁶⁰

Unabhängig hiervon merkt der *Senat* an, dass sich ein Konkurrenzverhältnis der in Rede stehenden Art nur dann ergeben könne, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen auch erfüllt seien, im Übrigen gelange das allgemeine Gesetz zur Anwendung.⁶¹

V. Würdigung

Die Ablehnung privilegierender Spezialität erfolgte zu Unrecht. Die Auffassung des BGH kann im Ergebnis nicht überzeugen (1.). Insbesondere entfaltet § 277 StGB a.F. richtigerweise auch dann privilegierende Sperrwirkung, wenn die Tatbestandsmerkmale nicht vollständig erfüllt sind (2.). Die Annahme privilegierender Spezialität ist im Übrigen auch verfassungsrechtlich geboten (3.).

1. Auslegungsmethodische Argumente

Zunächst sei das Augenmerk auf die im Wege der Auslegung gewonnenen Gründe gerichtet:

a) Wortlaut

Wenig ergiebig ist das Wortlautargument des BGH (IV. 2. a), der Gesetzgeber hätte eine Privilegierung geregelt, wenn er denn eine gewollt hätte. Wäre dies maßgeblich, so müsste man auch an anderen Stellen – etwa in § 216 StGB – hierüber nachdenken, immerhin lässt auch jene Vorschrift einen ausdrücklichen Hinweis vermissen. Dass man dort die Privilegierung nicht in Frage stellt, ist allgemein bekannt. Sie ist der besonderen normativen Konfliktsituation geschuldet (Opfer bestimmt den Täter zum Töten durch ausdrückliches und ernstliches Verlangen). Zu diesem Ergebnis gelangt man über eine den Wortlaut hinausgehende weitergehende Interpretation der Vorschriften. Argumente der Art „dann hätte dies der Gesetzgeber entsprechend im Wortlaut verankert“ o.Ä. führen generell nicht weiter. Denn nur, weil der Gesetzgeber es versäumt hat, etwas besser zu machen, ist über die Vorschrift, so wie sie in der jetzigen Fassung Gesetz geworden ist, nichts ausgesagt.⁶² Dass es sich bei einer Privilegierung um einen rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall handelt, belegt der BGH nicht wirklich.⁶³ Vielmehr gilt mit Blick auf Art. 103

⁵⁴ RGBl. 1871, S. 127.

⁵⁵ RGBl. 1871, S. 178.

⁵⁶ RGBl. I 1943, S. 339 (341).

⁵⁷ BT-Drs. IV/650, S. 61, 486.

⁵⁸ BGBl. I 2021, S. 4906 (4910). Zur Reform *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2021, 343; *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138; *Gäde/Krüger*, medstra 2022, 13; *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (431 ff.); *Psychorr*, StraFo 2022, 135; *Wolf*, ZfStw 2/2022, 146 (166 ff.); *Zieschang*, ZfStw 2/2022, 140.

⁵⁹ Ausführlich BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 67–82.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 83–85.

⁶¹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 60, 87.

⁶² Zu Recht *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 73 ff., 76.

⁶³ Der Verweis des BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 47, 51, auf die dort in Bezug genommene Rspr. (BGHSt 63, 228 = NJW 2019, 1311 [1315 Rn. 50 ff.]; BGHSt 31, 380 [381] = NJW 1983, 2152) geht fehl. Dort wird sich gerade nicht dazu verhalten, *ob* bzw. *warum* eine Privilegierung einer besonderen *Rechtfertigung* bedürfe oder einen *Ausnah-*

Abs. 2 GG umgekehrt: Die Regelung einer Strafbarkeit ist ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff. Und nur, weil der Gesetzgeber an anderer Stelle etwas ungeregt ließ, darf dies nicht automatisch zur Verweigerung der Gewährung einer bestehenden (!) Regelung mit privilegierendem Charakter mindestens bzgl. ihrer Rechtsfolge führen, anderenfalls wirkt sich gerade die Nichtregelung eines Umstands zu Lasten des Bürgers aus, was erkennbar dem Bestimmtheitsgrundsatz zuwiderläuft.

b) Systematik

Interessanter sind die Ausführungen zur Systematik:

Sich aufgrund der Deliktsstruktur (IV. 2. b) aa) – einaktige (§ 267 StGB) vs. zweiaktige (§ 277 StGB a.F.) Begehungsweise – gegen ein Verhältnis privilegierender Spezialität auszusprechen, kann nicht überzeugen. Die Frage, ob ein Tatbestand „nur noch unter spezielleren Gesichtspunkten“ einen Sachverhalt erfasst, muss ja gerade nicht zwingend zu einer Privilegierung führen (siehe nur Qualifikationen im Verhältnis zu ihren Grundtatbeständen).⁶⁴ Der *Senat* sieht im hinzutretenden Gebrauch aus § 277 StGB a.F. – im Verhältnis zu § 267 StGB – einen unrechtserhöhenden Aspekt und versteht den Tatbestand daher als ganzen nicht privilegierend. Doch verkennt er dabei, dass sich diese Merkmale (Gesundheitszeugnis; Gebrauch vor den jeweiligen Beweisadressaten) tatbestandseinengend auswirken und unter anderem hierin ihre Privilegierung zu sehen ist. Es geht also letztlich um die Unterscheidung speziellerer Gesetze im engeren und weiteren Sinne.⁶⁵

Soweit der *Senat* zudem dem Gesetzgeber den Willen entnimmt, aufgrund der Regelung zur schriftlichen Lüge in § 277 Var. 1 StGB a.F. (IV. 2. b) bb) eine ganz andere Schutzrichtung einzuschlagen bestrebt zu sein, kann dies nicht auf – für den hier in Rede stehenden Fall des – § 277 Var. 2 StGB a.F. übertragen werden,⁶⁶ denn hier decken sich die Schutzzwecke der Normen eindeutig, zumal es sich um einen Spezialfall des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB handelt (was

mefall darstelle (BGHSt 63, 228 beschränkt sich auf die Feststellung, dass zwischen § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 259 Abs. 1 StGB aufgrund ihres unterschiedlichen Deliktscharakters kein Verhältnis privilegierender Spezialität besteht; ähnlich auch BGHSt 31, 380 für das Verhältnis zwischen § 148 Abs. 1 StGB und § 263 StGB). Unabhängig davon mutet es – gerade im Strafrecht – seltsam an, bei Unsicherheiten Gesetzeslücken betreffend vom härteren Fall (Ablehnung der Privilegierung) auszugehen. Vielmehr zeigt die Wertung des § 2 Abs. 3 StGB, dass das mildere Gesetz zu Anwendung kommt. Das muss nicht nur für das Verhältnis von § 277 StGB n.F. zu § 277 StGB a.F. gelten, sondern auch für § 277 StGB a.F. zu § 267 StGB, siehe auch *Esser*, in: *Saliger/Tsambikakis* (Fn. 38), § 20 Rn. 464 a.E.

⁶⁴ Vgl. aber BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 54: „... und deswegen den Täter privilegieren soll [...]“ (*Her vorhebung durch Verf.*).

⁶⁵ Hierzu unter III. 1. und 2.

⁶⁶ In dem Sinne auch *Kanera*, ZJS 2023, 931 (936).

der *Senat* selbst erkennt⁶⁷). Das will der BGH freilich bestreiten, soweit er hier ergänzend darauf abstellt, dass nicht nur eine Täuschung über die Identität, sondern darüber hinaus eine solche über eine besondere Qualifikation zur Voraussetzung des § 277 StGB a.F. gemacht wird („Qualifikationstäuschung“). Aber auch das beweist nicht einen anderen Schutzgehalt. Denn hier wie dort wird einem anderen – und sei es auch einem Arzt oder einer anderen Medizinalperson – eine Erklärung zugeschoben, die nicht von ihm stammt. Es handelt sich vielmehr um Echtheitsschutz der Art, dass der Anschein einer Erklärung ärztlichen Ursprungs geweckt werden soll, obwohl dies nicht zutrifft (insoweit sog. Echtheitsschutz im weiten Sinne⁶⁸). Dass – selbst in § 277 Var. 1 StGB a.F. – die inhaltliche Richtigkeit des Gesundheitszeugnisses keine Rolle spielt, zeigt, dass es sich in der Sache um die (bloße) Anmaßung einer Qualifikation handelt, mit der die Annahme eines Echtheitsschutzes im weiten Sinne aber vereinbar und ein Gleichlauf der Schutzrichtung gewährleistet ist.⁶⁹ Deshalb bewegen sich auch die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand entsprechend: Die Täuschungsabsicht in § 277 StGB a.F. braucht sich nicht auf die Richtigkeit des Gesundheitszustands beziehen, ausreichend ist auch hier der Bezug zur Echtheit des Gesundheitszustands.⁷⁰

Das hängt auch eng mit den übrigen Erwägungen zur Schutzrichtung (IV. 2. b) bb) und zum Sinn und Zweck (IV. 2. c) zusammen: Selbst bei vollständiger Erfüllung des § 277 StGB a.F. kann man zumindest nicht zweifelsfrei davon ausgehen, dass der hinzutretende Gebrauch das Unrecht der dem Schutz der Sicherung der Beweiskraft ärztlicher Zeugnisse für Behörden und Versicherungsgesellschaften dienenden §§ 277 ff. StGB a.F. zu steigern geeignet ist oder vertiefen soll. Wie der BGH selbst in der Geschichte zu § 267 StGB skizziert,⁷¹ hat sich der Reichsgesetzgeber für eine Streichung des Gebrauchs des ursprünglich zweiaktigen § 267 StGB entschieden, unter anderem deshalb, weil der Schwerpunkt des Unrechts im Fälschen liege.⁷² Deshalb ist eine Interpretation derart, der Gebrauch vermöge das Unrecht zu steigern, sicher nicht zwingend. Auch heute muss man sich zur Unrechtsdimension nur die praktischen Fälle vor Augen führen, um zumindest zu versuchen,⁷³ die mildere Strafe zu verste-

⁶⁷ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 21.

⁶⁸ Zutreffend *Zieschang* (Fn. 8), § 277 Rn. 1.

⁶⁹ *Zieschang*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 277 Rn. 8.

⁷⁰ *Wittig* (Fn. 38) § 277 Rn. 8; *Erb* (Fn. 31), § 277 Rn. 10.

⁷¹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 75.

⁷² Zur Geschichte des § 267 StGB *Zieschang* (Fn. 69), Entstehungsgeschichte § 267. Nicht zu vorschnell sollte eingewandt werden, es handle sich um NS-Strafgesetzgebung. Denn schon vor der NS-Zeit wurden Rufe nach einer Streichung des Gebrauchs laut, vgl. *Zieschang* (a.a.O.).

⁷³ Damit möchte sich der *Verf.* nicht zwingend für die eine oder andere Seite aussprechen, doch muss bei der Auslegung von Strafnormen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen Vorsicht an den Tag gelegt und Raum für andere Interpretationen gelassen werden (dazu unter 3.).

hen: Gebraucht werden Gesundheitszeugnisse bei Behörden, wenn es z.B. um die Einstellung (etwa im Beamtentum) geht; zu Behörden zählen auch Gerichte, das heißt dort fungieren sie bspw. als Beweismittel. Für Versicherungen spielen sie in der Regel für die Begründung eines Versicherungsverhältnisses oder die Inanspruchnahme einer Versicherungsleistung eine Rolle. Diese Fälle haben gemeinsam, dass es hier regelmäßig um wichtige, teilweise existenzielle Fragen für den Täter geht. Gesundheitszeugnisse vermögen gerade dort Beweis zu erbringen (Beweiseignung und Beweisbestimmung). Damit geht sehr wohl ein „Über-Unter-Ordnungsverhältnis“ bzw. eine faktische Zwangssituation einher.⁷⁴ Den Beweisadressaten stehen oftmals noch weitere Erkenntnismöglichkeiten den Gesundheitszustand betreffend offen (so etwa dem Gericht im Prozess). Für Versicherungen muss das nicht zwingend (von Anfang an) gelten, doch herrscht auf der anderen Seite z.B. kein Kontrahierungszwang für private Krankenversicherungen (mit Ausnahme des Basistarifs, da sich dieser nicht über risikogerechte Beiträge finanziert; deshalb erfolgt dort aber auch in der Regel keine Gesundheitsprüfung) bzw. bleibt die Ablehnung im Leistungsfall weiterhin möglich – das hierdurch entstandene Prozessrisiko eröffnet wiederum auch für die Versicherung weitere Beweismöglichkeiten, sobald der Verdacht eines Falsifikats im Raum steht. Im milderen Strafrahmen mag man aufgrund dieser Umstände einen Ausdruck von mehr Nachsicht erblicken. Dass es dafür, wie häufig eingewandt wird, keine empirischen Belege gebe, mag zwar sein. Diese muss der Gesetzgeber in den Grenzen seines verfassungsrechtlich eingeräumten Beurteilungs- und Entschließungsspielraums auch nicht liefern, wenn er sich für einen bestimmten Strafrahmen ausspricht.

Soweit der BGH im Weiteren argumentiert, § 277 Var. 2 und Var. 3 StGB a.F., die – wie § 267 Abs. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB – eine Identitätstäuschung erfordern, könnten nicht dem Schutz der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden dienen, anderenfalls hätte es der Regelung des § 277 StGB a.F. nicht bedurft, kann auch dem nicht beigespflichtet werden. Gerade die Existenz der Regelung ist es doch, die für einen abschließend geregelten Sonderfall spricht, für den der Gesetzgeber nicht die harte Strafe aus § 267 StGB gewollt haben kann.⁷⁵ Wenn dem tatsächlich so wäre, hätte er es doch ähnlich wie mit dem Kennzeichenmissbrauch in § 22 StVG handhaben können, den er – im Gegensatz zu § 277 StGB a.F. – mit einer Subsidiaritätsklausel versah und damit gleichsam zum Ausdruck gab, dass der regelmäßig mitverwirklichte § 267 StGB anwendbar bleiben soll (dort also wohl keine Privilegierung gewünscht ist). Das ist im hiesigen Fall nicht geschehen. Aus der fehlenden Klarstellung des Gesetzgebers dann den Schluss zu ziehen, beide Gesetze seien gleichzeitig anwendbar, ist mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG kritisch zu betrachten.

Ferner erhellt der Blick auf eine weitere Reaktion des Gesetzgebers im StVG: Weil bei Manipulation von Wegstre-

cken zählen (§ 57 Abs. 3 StVZO; auch als „Kilometerzähler“ bekannt) nach h.M.⁷⁶ eine Strafbarkeit wegen Fälschens technischer Aufzeichnungen nach § 268 StGB mangels hinreichender Verkörperung der Informationen (der Kilometerzähler schreibt sich lediglich fort und stellt jeweils nur den Ist-Zustand dar) ausschied, reagierte der Gesetzgeber nicht etwa mit einer Ergänzung des § 268 Abs. 2 StGB, sondern mit der Einfügung des (insoweit milderen) § 22b StVG,⁷⁷ der diese Fälle gesondert erfassen sollte. Hieraus darf geschlossen werden, dass er Kilometerzähler eben nicht von den technischen Aufzeichnungen im Sinne des § 268 Abs. 2 StGB umfasst wissen wollte. Eine Feinheit muss hier beachtet werden: Natürlich ging es dort um die erstmalige Erfassung kriminellen Unrechts und nicht um die Klärung eines konkurrenzrechtlichen Verhältnisses – die Einfügung des § 22b StVG zeigt, dass der Kilometerzähler gerade keine technische Aufzeichnung ist, deshalb ist § 22b StVG auch nicht als „echte Privilegierung“ des § 268 StGB zu sehen, sondern als Strafbarkeitsausweitung. Das deckt sich aber auch mit der Entstehungsgeschichte des § 277 StGB a.F. Auch dieser wurde gesondert geregelt, weil Gesundheitszeugnisse (aufgrund des damals herrschenden engen Urkundenbegriffs) gerade nicht von § 267 StGB erfasst waren. Der Urkundenbegriff wurde im weiteren Verlauf stetig ausgeweitet und Gesundheitszeugnisse fielen nunmehr auch hierunter. Dabei hat der historische Gesetzgeber § 277 StGB a.F. dann schlichtweg übersehen, denn die Existenz der Norm hätte Anlass geben müssen, Gesundheitszeugnisse nicht unter § 267 StGB fallen zu lassen. Das Versäumnis, ihn abzuschaffen (Anm.: Bei einer solchen Auslegung des Urkundenbegriffs wäre eine ursprünglich strafbarkeitsbegründende Norm ja überflüssig), kann aber nicht zu Lasten des Rechtsunterworfenen gehen (Art. 103 Abs. 2 GG!). Deshalb wird man dem nur gerecht, wenn man § 277 StGB a.F. noch einen Bedeutungsgehalt im Sinne eines Sonderstrafrechts für den Umgang mit Gesundheitszeugnissen beimisst. Man stelle sich nur gedanklich vor, eine (Anm.: systemwidrige, weil § 22b StVG negierende) „weite Auslegung“ der technischen Aufzeichnung in § 268 StGB würde Kilometerzähler erfassen. Als „Sondernorm“ wäre § 22b StVG bei einer solchen Auslegung zwar (aufgrund seines milderen Strafrahmens) systemwidrig, weil § 268 StGB jene strafwürdigen Fälle erfasste. Niemand käme aber mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG ernsthaft auf die Idee, das Versäumnis des Gesetzgebers, den noch existierenden § 22b StVG abzuschaffen, zum Anlass zu nehmen, die Manipulation von Kilometerzählern als unrechtssteigernd zu qualifizieren.

Wenn der Gesetzgeber mithin die Urkundendelikte (bis zur Änderung mit Wirkung zum 24.11.2021) nicht zu reformieren gewillt war, so darf der Rechtsanwender die berechnete Vermutung anstellen, dass der Gesetzgeber die Privilegierung sehenden Auges weiterhin bestehen lassen wollte. Über den gesetzgeberischen Willen kann weiter gestritten

⁷⁶ BGHSt 29, 204; Heger (Fn. 21), § 268 Rn. 3; zweifelnd Freund, Urkundenstrafatzen, 2. Aufl. 2010, Rn. 250.

⁷⁷ BGBl. I 2005, S. 2412; siehe auch BT-Drs. 15/5315, S. 8; Blum, NZV 2007, 70.

⁷⁴ Ähnlich auch OLG Hamburg COVuR 2022, 179 (182).

⁷⁵ So auch BayObLG StV 2023, 21 (23).

werden (siehe unter c). Soweit es aber einen *Sondertatbestand* gibt, ist dieser zunächst einmal zu respektieren, wenn ihm weiterhin ein eigenständiger Sinn hinsichtlich seiner Anwendbarkeit verbleiben soll.

Was das übrige Normgefüge angeht, insbesondere die fehlende Regelung des § 274 Abs. 1 StGB (IV. 2. b) cc), gilt das zum Wortlaut Gesagte (oben a) entsprechend: Nur weil es der Gesetzgeber unterlassen hat, eine (weitere) privilegierende Regelung zu schaffen, bedeutet dies noch nicht, dass der hier in Rede stehenden Norm keine solche Wertung zu entnehmen ist.

Soweit der *Senat* auf die Bedeutung für den Rechtsverkehr (IV. 2. b) dd) hinweist und dabei den Vergleich mit Tiergesundheitszeugnissen und Totenscheinen sucht, muss zu Recht⁷⁸ darauf hingewiesen werden, dass es hier nach wie vor um Gesundheitszeugnisse über Menschen – einen vom Gesetzgeber gesondert geregelten Fall (Art. 103 Abs. 2 GG) – und nicht um Tiergesundheitszeugnisse oder Totenscheine geht. Noch einmal: Dass das Verhalten des A womöglich einer Bestrafung bedarf, bestreitet niemand. Die Strafbarkeit eines Verhaltens muss aber aus sich heraus im Wege gesetzlich (bereits) geregelter Vorschriften gewonnen werden und nicht aufgrund eines Vergleichs mit anderen Tatobjekten.

c) Historie

Die geschichtliche Entwicklung (IV. 2. d) ist in der Sache vom *Senat* zutreffend wiedergegeben worden. Sie muss zum weiteren Verständnis aber noch um den Einfluss der französischen Gesetzgebung aus dem 19. Jahrhundert ergänzt werden.

Die Vorgängervorschrift § 256 PrStGB lehnte sich an die Regelungen des damaligen hessischen Strafgesetzbuchs aus Art. 388, 399 an,⁷⁹ das – wie auch das preußische Strafgesetzbuch – maßgeblich vom aus der Zeit der napoleonischen Gesetzgebung stammenden Code Pénal von 1810 (C.P.) beeinflusst worden war.⁸⁰ Diesen kennzeichnet die Unterscheidung von Verbrechen (crimes), Vergehen (délits) und Übertretungen (contraventions). Die Strafen für „crimes“ sahen abgestufte Leibes- und Ehrenstrafen vor, unter anderem die Todesstrafe oder Zuchthaus.⁸¹ Die Sanktionen für „délits“ waren im Vergleich hierzu „milder“ und ebenfalls abgestuft, hierzu zählte auch die Gefängnisstrafe („emprison-

nement“).⁸² Während die einfache Urkundenfälschung in Art. 150 C.P. (Vorgängervorschrift des § 247 PrStGB) Sanktion in Form von Zuchthaus vorsah, wurde der Aussteller eines Gesundheitszeugnisses („certificats de maladie“) nach Art. 159 C.P. (Vorgängervorschrift des § 256 PrStGB)⁸³ mit Gefängnisstrafe von zwei bis fünf Jahren belegt⁸⁴ – eine im Vergleich „mildere“ Strafe, die (mit einer Ausnahme⁸⁵) nur für Vergehen vorgesehen war. Hintergrund war die nicht in gleichem Maß vorhandene Eignung des Delikts, Dritten Schaden zuzufügen.⁸⁶ Eine Gleichsetzung etwa desjenigen, der ein Gesundheitszeugnis fälscht, mit demjenigen, der (zu seinen Gunsten) einen Schuldschein fälscht und damit einen Dritten zu einer Leistung zu verpflichten sucht, sei „eine Verletzung der Gerechtigkeit“⁸⁷.

Entscheidend ist, dass diese Sanktionssystematik auch für das preußische Strafgesetzbuch maßgebend war⁸⁸ und dass der Tatbestand deshalb seine „Milde“ in der Bestrafung beibehalten hat. Rechtliche Unstimmigkeiten sah man erst in der weiteren Entwicklung, hier ist nach wie vor auf den Entwurf aus dem Jahre 1962 zu § 309 E-StGB hinzuweisen. Die Nichtumsetzung des Entwurfs setzt der *Senat* mit einem Bekenntnis zur fehlenden Strafbarkeitslücke gleich, möchte aber gleichzeitig nicht in seine Erwägungen einstellen, dass die Umsetzung (als Teil einer damals in Rede stehenden Gesamtreform) in einer Wahlperiode schlicht aufgrund des Umfangs nicht zu bewältigen war.⁸⁹ Es versteht sich von selbst, dass es in der Folge dazu kommen kann, dass dem Gesetzgeber ein einzelner Tatbestand aus den Augen gerät. Das heißt: Aus dem Umstand, dass er diese Vorschrift seit 1871 unverändert gelassen hat, folgt nicht zwingend, dass er nicht von einer privilegierenden Sperrwirkung ausgegangen wäre. Im Gegenteil: Die heutigen Gesetzentwürfe zur Änderung des § 277 StGB a.F. haben selbst Bedenken dahingehend geäußert, dass der strafrechtliche Schutz von Gesundheitszeugnissen bisher „gesondert geregelt“ und die Strafvorschriften „teilweise nicht mehr als zeitgemäß und frei von Widersprüchen zu anderen Vorschriften des Dreiundzwanzigsten Abschnitts“, daneben „einzelne strafwürdige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Gesundheitszeugnissen noch nicht hinrei-

⁷⁸ *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (139 Fn. 6): „Die Grenze markiert das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Gesundheitszeugnisses und nicht eine irgendwie geartete thematische Nähe des Tatobjekts zu einem solchen.“

⁷⁹ *Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851, 1851, S. 483.

⁸⁰ *Beseler* (Fn. 79), S. 473. *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, S. 68; *Prechtel*, Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB), 2005, S. 13 f.

⁸¹ Liv. I, Art. 6–8 C.P. und Liv. I, chap. 1, Art. 12–39 C.P. Eingehend *Brand*, Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel von Bayerns und Preußens, 2002, S. 108 ff.

⁸² Liv. I, Art. 9 Ziff. 1 C.P.

⁸³ Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass zu jener Zeit die Absicht, sich (oder einem Dritten) von einem öffentlichen Dienst freizustellen, hinzukommen musste.

⁸⁴ Dieser Strafrahmen wurde später auf ein bis drei Jahre gesenkt, vgl. *Brand* (Fn. 81), S. 161 Fn. 849.

⁸⁵ Art. 67 C.P. – für bestimmte Delikte, die durch Jugendliche begangen wurden, war sie Surrogat für an sich verwirkte Verbrechenstrafen, was strafzwecktheoretische Hintergründe hatte, vgl. *Brand* (Fn. 81), S. 121 Fn. 703.

⁸⁶ *Chauveau/Hélie*, Théorie du Code Pénal, Bd. 2, 3. Aufl. 1852, S. 472 f.

⁸⁷ *Berlier* nach *Chauveau/Hélie* (Fn. 86), S. 473: „Ce serait blesser la justice [...] que d'assimiler [...] la fabrication d'un certificat de maladie à celle d'une obligation que l'on créerait à son profit sur un tiers.“

⁸⁸ *Brand* (Fn. 81), S. 393 f.

⁸⁹ BT-Drs. V/4094, S. 2.

chend klar strafrechtlich erfasst“ seien.⁹⁰ Ferner ist nicht erklärlich, warum der heutige Gesetzgeber sonst in seiner Begründung ausführt, dass es „nicht mehr überzeugend“ sei, dass „eine strafbare Handlung *nur dann* gegeben“ sein solle, wenn das unrichtige Gesundheitszeugnis auch tatsächlich gebraucht werde; weiter solle die Strafbarkeit „nicht auf Konstellationen *beschränkt* sein, bei denen Behörden oder Versicherungsgesellschaften getäuscht werden sollen“; strafwürdig erscheinen „*auch* Fälle, bei denen sonstige Teilnehmende am Rechtsverkehr getäuscht werden sollen“.⁹¹

Natürlich ist die subjektiv-historische Auslegung nicht immer sonderlich ergiebig,⁹² insbesondere dort, wo sich der historische Normzweck nicht mit hinreichender Sicherheit erforschen lässt. Sie wird der veränderten sozialen Situation seit Erlass des Rechtssatzes nicht immer gerecht, was ja neben ihr gerade die Existenz einer objektiv-teleologischen Auslegung ausmacht.⁹³ Doch gilt dies im Lichte der Verfassung (Art. 103 Abs. 2 GG) nur insoweit, wie die Kompetenzen der Judikative nicht überschritten werden. Denn auch die Entscheidung darüber, ob die jetzige Gesetzeslage noch angemessen erscheint, muss der Legislative vorbehalten sein. Sinn des Analogieverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG ist es auch, einer „teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken“.⁹⁴

2. Gesetzeskonkurrenz: Sperrwirkung trotz Nichterfüllens des Tatbestands („überschießende Sperrwirkung“)

Nicht zuletzt muss sich zum Argument verhalten werden, es bestehe eine die Anwendung des § 267 StGB ausschließende Sperrwirkung – wenn überhaupt – nur, wenn der Tatbestand der spezielleren Norm vollständig erfüllt sei. Die Annahme einer Sperrwirkung ohne Erfüllung des Tatbestands der spezielleren Norm sei dem Strafrecht sogar gänzlich fremd.⁹⁵ Eine solche Betrachtung erscheint doch etwas zu formalistisch, wengleich zugegeben werden muss, dass der Einwand häufig als „Überdies-Argument“ gebraucht wird – nachdem also die Auslegung des gesetzgeberischen Willens und Telos nicht zu einem anderen (eindeutigen) Ergebnis geführt hat. Auf der anderen Seite leuchtet es – jedenfalls dem ersten

⁹⁰ BT-Drs. 20/15, S. 2 (Gesetzentwurf SPD/Bündnis90/DIE GRÜNEN/FDP) – alle *Hervorhebungen* durch *Verf.*

⁹¹ Zum Ganzen BT-Drs. 20/15, S. 34 – alle *Hervorhebungen* durch *Verf.* Ähnlich auch BT-Drs. 20/27, S. 1 (Gesetzentwurf CDU/CSU): „Ziel des Gesetzentwurfs ist, die *bestehenden Privilegierungen* abzuschaffen und Strafbarkeitslücken zu schließen, *um die Besserstellung* von Tätern von Urkundenfälschungen in Bezug auf Gesundheitszeugnisse *zu beenden*.“ – alle *Hervorhebungen* durch *Verf.*

⁹² *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 92.

⁹³ Zu dieser *Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 1 Rn. 70.

⁹⁴ BVerfG NJW 2008, 3627 (3629). Näher zu Art. 103 GG unter 3.

⁹⁵ So etwa OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 Rn. 24; OLG Schleswig StV 2023, 26 (27).

juristischen Empfinden nach – ein, dass es wohl einem „Mehr“ an Begründung für ein solches Ergebnis bedarf. Hier sind mindestens einmal zwei Aspekte zu nennen:

Der erste besteht tatsächlich (bei Ablehnung der Sperrwirkung) in dem nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch, der sich daraus ergäbe, dass das bloße Herstellen eines unechten Gesundheitszeugnisses ohne anschließende Vorlage mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht, das Fälschen und der Gebrauch vor einer Behörde oder einer Versicherung hingegen nur mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr unter Strafe gestellt würde.⁹⁶ Im ersteren Fall ist man also einer höheren Bestrafung ausgesetzt, obwohl kein Kontakt zum Rechtsverkehr besteht. Natürlich ist es umgekehrt (bei Annahme einer Sperrwirkung) schwer einzusehen, warum bei vollständiger Erfüllung des § 277 StGB a.F. eine mildere Bestrafung ohne (zumindest gleichzeitigem, § 52 StGB) Rückgriff auf § 267 StGB erfolgt; mindestens ebenso schwerlich zu begreifen, warum Herstellung und Gebrauch gegenüber Privaten gar straflos bleiben sollen.

Und so steht freilich „Wertungswiderspruch gegen Wertungswiderspruch“.⁹⁷ Allen wäre geholfen, wenn diese Fälle mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG eine sachangemessene Angleichung erfahren hätten. Dem ist aber nicht so, der Gesetzgeber hat es versäumt. Anknüpfungspunkt sollte für den Rechtsanwender aber gerade diese Regelungsstruktur des Gesetzgebers sein, um den Bedeutungsgehalt dieser Regelungen – auch mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG – nicht leerlaufen zu lassen. Vor diesem Hintergrund erscheint es erträglicher, die Privilegierung eines Fälschers hinzunehmen – den letztgenannten Wertungswidersprüchen mithin Vorzug zu gewähren,⁹⁸ also gerade dieses Versäumnis des Gesetzgebers zur Vermeidung eines Binnenwiderspruchs aufgrund des Sonderregelungscharakters der §§ 277 ff. StGB a.F. für den Umgang mit Gesundheitszeugnissen anzuerkennen.⁹⁹ Oder anders gewendet: Selbst wenn man unterstellt, der Gesetzgeber hätte hier nicht bewusst eine Privilegierung schaffen wollen, muss er sich nunmehr durch die Schaffung dieser Regelungen beim Wort nehmen lassen. Beiden Wertungswidersprüchen wird man daher nur gerecht, wenn man diese gesetzgeberische „Fehlleistung“ respektiert, weil es gerade sie ist, die sowohl für den Rechtsanwender als auch für den Normadressaten maßgeblich ist, auch wenn sie freilich eines vernünftigen Grundes entbehrt. Mit Blick auf die Pandemie ist dies wohl nicht der optimale Rechtszustand gewesen, dies hat man aber auch nicht vorhersehen können. Der Rechtsunterworfenen darf nicht der Leidtragende dieser Situation sein.

Eine überschießende Sperrwirkung ist – entgegen der Auffassung des *Senats* – dem StGB auch nicht fremd. Er erkennt, dass es im Bereich gesetzeskonkurrierender Spezialität vergleichbare Fälle gibt, in denen der Tatbestand des spezielleren Gesetzes nicht (vollständig) erfüllt ist, gleichwohl aber Sperrwirkung angenommen wird: So hat es die

⁹⁶ Siehe oben III. 3. a).

⁹⁷ *Schrott*, JZ 2022, 313 (315).

⁹⁸ Ähnlich auch *Lichtenthäler*, JZ 2023, 673 (674 Fn. 6).

⁹⁹ *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (427 f.).

Rspr.¹⁰⁰ selbst für § 105 StGB im Verhältnis zu § 240 StGB gesehen. Genauso ist dies bei § 113 StGB im Verhältnis zu § 240 StGB anerkannt.¹⁰¹ Dies steht auch wertungsmäßig im Einklang mit der Rspr.,¹⁰² wonach ein Rückgriff auf den allgemeinen Tatbestand ausscheidet, wenn der straflose Versuch eines privilegierenden Gesetzes (Anm.: es fehlt also an einem Merkmal des objektiven Tatbestandes) nicht mit Strafe bedroht ist, anderenfalls stünde der Täter bei straflosem Versuch des spezielleren Delikts schlechter dar als bei dessen Vollendung. Es reiht sich ferner ein Beispiel aus dem Insolvenzstrafrecht ein, wonach ein Rückgriff auf den allgemeinen Tatbestand des Bankrotts (§ 283 StGB) auch dann verwehrt bleibt, wenn die speziellere, den Täter privilegierende¹⁰³ Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) nicht zur Vollendung kommt.¹⁰⁴

Die Annahme einer überschießenden Sperrwirkung mag keine Selbstverständlichkeit sein, sie ist aber sicher kein Fremdkörper im StGB. Damit bleibt festzuhalten, dass es für die Anerkennung privilegierender Spezialität richtigerweise¹⁰⁵ nicht darauf ankommt, ob die Voraussetzungen in Gänze erfüllt sind.

3. Strafverfassungsrechtliche Bedenken

Nach alledem sprechen aber auch verfassungsrechtliche Bedenken, die sich bei einer solchen Auslegungspraxis für die vor dem 24.11.2021 begangenen „Alt-Fälle“ der „Impfpassfälscher“ ergeben, für die Annahme, dass o.g. Wertungswidersprüchen zugunsten des privilegierten Fälschers von Gesundheitszeugnissen Vorzug zu gewähren ist. Nicht ohne Grund äußerten manche der mit diesen Fällen befassten Ge-

richte¹⁰⁶ sowie Stimmen in der Lit.¹⁰⁷ Zweifel mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.

Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde, sog. Gesetzlichkeitsprinzip. Es handelt sich um eine spezielle Ausprägung des Willkürverbots für die Strafgerichtsbarkeit.¹⁰⁸ In tradierter Lehre lassen sich ihm vier tragende Prinzipien entnehmen: Das Analogieverbot, das Verbot belastenden Gewohnheitsrechts, das Bestimmtheitsgebot, sowie das Rückwirkungsverbot.¹⁰⁹ Für die hier zu beurteilenden Fälle interessiert vor allem das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot. Bestimmtheit in diesem Sinne verfolgt den doppelten Zweck: Es obliegt einerseits nur der Legislative (und nicht den übrigen Gewalten), ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren, andererseits soll der Normadressat das strafbare Verhalten der Norm selbst entnehmen können.¹¹⁰ Damit eng verbunden ist ein Verbot der Auslegung, die sich zu Lasten des Täters auswirkt und die im Gesetz keine Stütze findet (Analogieverbot).¹¹¹ Für die vorliegende Rechtsfrage (Sperrwirkung ja/nein) muss sich zunächst vergegenwärtigt werden, dass es hier in der Sache um die Schließung einer Strafbarkeitslücke ging, für die ein „Strafbedürfnis“ bestand, das sich bei Annahme einer Sperrwirkung ergeben würde. Es lohnt ein näherer Blick auf diese Methodik.

Was man unter einer „Lücke“ im juristischen Sinne versteht, ist Gegenstand vieler Abhandlungen zur juristischen Methodenlehre geworden¹¹² und soll hier des Umfangs halber auf das Wesentliche beschränkt werden: Sie ist eine Unvollständigkeit innerhalb des Rechtsanzuges, man kann sie auch als Mängel im positiven Recht ausdrücken, die das Fehlen rechtlicher Regelungen spürbar werden lassen und ihre Behebung durch rechtsergänzende richterliche Entscheidung erfordern,¹¹³ eine „planwidrige Unvollständigkeit des Geset-

¹⁰⁰ Vgl. BGHSt 32, 163 (176). Für den BGH sei dies eine „hier nicht vorliegende Sonderkonstellation“, vgl. BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 60.

¹⁰¹ BGHSt 30, 235 (236) = NJW 1982, 190; siehe auch *Rising-van Saan* (Fn. 13), Vor § 52 Rn. 139.

¹⁰² BGHSt 30, 235 (236) = NJW 1982, 190 mit Verweis auf BGHSt 24, 262 (266) = NJW 1972, 262.

¹⁰³ Allg. Meinung, vgl. nur BGH NStZ 2023, 164 (165); *Hombrecher*, JA 2013, 541 (544 f.).

¹⁰⁴ BGH, Urt. v. 30.10.1952 – 3 StR 334/51, dem hat sich der 5. Strafsenat des BGH, Urt. v. 12.7.1955 – 5 StR 128/55 = BGHSt 8, 55 (56), ausdrücklich angeschlossen (jeweils zu den Vorgängerregelungen aus §§ 239, 241 KO). Siehe auch BT-Drs. 7/3441, S. 39. Ob der Verweis des BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 60, auf diese Rspr. gegen eine überschießende Sperrwirkung zu sprechen geeignet ist, ist daher zweifelhaft.

¹⁰⁵ Zu Recht OLG Bamberg NJW 2022, 556 (558); BayObLG StV 2023, 21 (23); LG Osnabrück BeckRS 2021, 32733 Rn. 7; LG Karlsruhe COVuR 2022, 123 (124); *Erb* (Fn. 31), Rn. 9, 11; *Wittig* (Fn. 38) Rn. 10; *Maier* (Fn. 38), Rn. 14; *Erb*, NStZ 2022, 742 (743); *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (428); *Lorenz*, medstra 2021, 210 (212); neben dem BGH auch verkannt von OLG Hamburg COVuR 2022, 179 (183); OLG Schleswig StV 2023, 26 (27); OLG Stuttgart StV 2022, 397 (399); OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 Rn. 22 ff.

¹⁰⁶ OLG Bamberg NJW 2022, 556 (557 f.); BayObLG StV 2023, 21 (22 ff.); LG Offenburg BeckRS 2022, 11631 Rn. 20 ff.; LG Landau BeckRS 2021, 39654 Rn. 11; ohne Begründung LG Kaiserslautern BeckRS 2021, 41301 Rn. 18 und AG Warendorf BeckRS 2022, 14903 Rn. 11; a.A. OLG Hamburg COVuR 2022, 179 (183); OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 Rn. 26 ff.

¹⁰⁷ *Erb*, NStZ 2022, 742; *Gierok*, medstra 2023, 240 (249); *Pschorr*, MedR 2022, 1026 (1027 f.); *ders.*, NJW 2023, 1973 (1981); i.E. abl. *Lichtenthäler*, JZ 2023, 673 (676); *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (422).

¹⁰⁸ BVerfG NJW 2001, 1848 (1849).

¹⁰⁹ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 7 ff.

¹¹⁰ Vgl. nur BVerfGE 48, 48 (56 f.); 71, 108 (114); 92, 1 (12); 126, 170 (195).

¹¹¹ BVerfGE 160, 284 (320) m.w.N.

¹¹² Vgl. nur beispielhaft *Zitelmann*, Lücken im Recht, 1903; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 633 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 193 ff.

¹¹³ *Engisch* (Fn. 112), S. 197.

zes“¹¹⁴. Die Schließung von Lücken erfolgt im Wege der Rechtsfortbildung, als hierfür bekannteste Methode gilt die Analogie,¹¹⁵ also die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen von ihm nicht erfassten, aber rechtsähnlichen Sachverhalt, um eine planwidrige Lücke zu schließen.¹¹⁶ Diese juristische Auslegungstechnik ist als solche von Verfassungen wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden,¹¹⁷ findet im Strafrecht jedoch ihre Schranken in eben jenen Zwecken des Art. 103 Abs. 2 GG.¹¹⁸ Gerade dort, wo es Fälle gibt, die nicht dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes unterfallen, die aber ähnlich strafwürdig erscheinen, erlaubte sich das BVerfG mehrfach den Hinweis, dass eine Auslegung über den Wortsinn einer Sanktionsnorm hinaus die Grenzen richterlicher Auslegungsbefugnis überschreite – es sei Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er eine Strafbarkeitslücke schließen möchte.¹¹⁹ Das gilt auch dann, wenn eine Regelung missglückt erscheint.¹²⁰ Mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Analogieverbot korrespondiert¹²¹ zugleich ein Verbot der Verschleifung und Entgrenzung von Tatbeständen, wonach einzelne Tatbestandsmerkmale eines Straftatbestandes innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden.¹²² Verfassungsrechtlich ist das nur dort problematisch, wo es sich täterbelastend auswirkt. Deshalb darf z.B. i.R.d. § 266 StGB das Merkmal des Vermögensnachteils nicht in demjenigen der Pflichtverletzung aufgehen.¹²³ Nun hat sich das BVerfG in einem obiter dictum zur Reichweite des Verschleifungsverbots dahingehend geäußert, dass dieses nicht im Verhältnis verschiedener Tatbestände zueinander gelte, hierin vielmehr nur Konkurrenzfragen lägen.¹²⁴ Das darf aber vor der Zwecksetzung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht ausschlaggebend sein, denn auch die Frage, ob ein Tatbestand vorrangige privilegierende Wirkung hat, ist Entscheidung der Legislative und verdient den gleichen Schutz vor Verschleifung durch die übrigen Gewalten.¹²⁵ Hier wie dort muss es darum gehen, dass der Normadressat sein Verhalten auf die Rechtslage einrichten kann.

Und hier kann durchaus von einer solchen Verschleifung (im weiten Sinne) gesprochen werden: Wer nämlich durch die Auslegung der § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB regelmäßig § 277 Var. 2 und 3 StGB a.F. mitverwirklichen lässt, spricht letzteren beiden Fällen der Norm keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr zu, sie gehen in den Fällen der Urkundenfälschung auf. Die Auslegung der fraglichen Tatbestände ist also keine „klassische“ verbotene Analogie im engen Sinne, die sich etwa in der Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG durch Überschreitung des Wortsinns des einfachen Gesetzes zeigt.¹²⁶ Es geht also nicht etwa darum, ob man unter „Menschen“ (§ 131 StGB a.F.¹²⁷) noch „Zombies“ verstehen kann.¹²⁸ Vielmehr geht es im hiesigen Fall um eine strafbarkeitsbegründende Auslegung im weiten Sinne, eine sich *faktisch-auswirkende*: Ausgangspunkt ist ein nicht tatbestandsmäßiges Verhalten (§ 277 StGB a.F.), dessen Strafbarkeit über den „Umweg“ (nämlich über den Rückgriff auf § 267 StGB) zu einem tatbestandsmäßigen wird. Bedenklich wird das, wenn dem Rückgriff höherrangige Aspekte entgegenstehen, die es zu berücksichtigen gilt. Das ist hier der Fall, die Konkurrenzlehre verbietet einen Rückgriff im Falle der Einschlägigkeit privilegierender Gesetze. Die Rechtsfragen rund um das Verhältnis der §§ 267 StGB und 277 StGB a.F. hat die Legislative geregelt. Art. 103 Abs. 2 GG betrifft schließlich auch – und gerade – das Kompetenzgefüge zwischen Judikative und Legislative. Entschließt sich letztere dafür, ein bestimmtes Verhalten einzuschränken und dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts zu unterwerfen, darf erstere diese Entscheidung nicht dadurch unterlaufen, dass sie diesen Entschluss missachtet und dem legislatorisch geregelten Verhalten damit „keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr“ zuspricht (wie es der BGH für § 277 StGB a.F. tut). Anderenfalls verliert diese Eingrenzung der Strafbarkeit ihren Sinn und § 277 StGB a.F. verliert seinen gesetzlichen Boden. Art. 103 Abs. 2 GG aber „schließt jede Rechtsanwendung aus, die über den Inhalt einer Sanktionsnorm hinausgeht“¹²⁹, damit auch eine Auslegung im eben beschriebenen Sinne.

VI. Zusammenfassung

Die Kollision zweier Rechtssätze im Strafrecht, von denen der eine den tätergünstigeren für den Delinquenten darstellt, muss über eine Auslegungsmethodik, die ihrerseits nicht frei von Wertungen der Privilegierung sein kann, gelöst werden. Ist die Privilegierung einmal festgestellt, hat sie zur Konsequenz, dass sie gegenüber dem allgemeineren Tatbestand vorrangig ist und auf letzteren nicht zurückgegriffen werden darf. Dies gilt auch bei nicht vollständiger Tatbestandsverwirklichung des privilegierenden Tatbestands. Eine solche „überschießende Sperrwirkung“ hat – wie im Falle vollständigen Zusammentreffens – ihre Berechtigung deshalb, weil die Privilegierung ihren Sinn verlieren würde, griffe man auf den allgemeinen Tatbestand zurück. Warum es die Privilegie-

¹¹⁴ Elze, Lücken im Gesetz, 1916, S. 3 ff. nach Larenz (Fn. 9), S. 373 Fn. 17.

¹¹⁵ Engisch (Fn. 112), S. 203; Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 888.

¹¹⁶ Larenz (Fn. 9), S. 381.

¹¹⁷ BVerfGE 82, 6 (11 f.).

¹¹⁸ Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 103 Rn. 168.

¹¹⁹ Etwa BVerfGE 22, 322 (329); 92, 1 (12 f.); 126, 170 (197); 160, 284 (320).

¹²⁰ BVerfGE 47, 109 (124).

¹²¹ Zur Frage, welches Prinzip des Art. 103 Abs. 2 GG mit dem Verschleifungsverbot betroffen ist Krell, ZStW 126 (2014), 902 (909 f.).

¹²² BVerfGE 126, 170 (197 f.), 160, 284 (322).

¹²³ BVerfGE 126, 170 (211).

¹²⁴ BVerfG NStZ 2023, 215 (219).

¹²⁵ So zu Recht Pschorr, NJW 2023, 1973 (1981).

¹²⁶ BVerfGE 82, 236 (269).

¹²⁷ BGBl. I 2003, S. 3007.

¹²⁸ Vgl. hierzu BVerfGE 87, 209 (225).

¹²⁹ BVerfGE 71, 108 (115).

rungen in § 277 StGB a.F. gab, vermag keiner abschließend mit Gewissheit zu klären. Sie sind gleichwohl – vor allem in einem fragmentarischen Strafrecht – zwingend hinzunehmen, da der Judikative schon von Verfassungs wegen nicht die Aufgabe einer gleichsam korrigierenden Legislative zukommt und sie ihre Sicht nicht anstelle derjenigen des parlamentarischen Gesetzgebers zu platzieren hat. Für die Zukunft bleibt abzuwarten und zu beobachten, zu wie viel Mehrarbeit für die Justizbehörden die Entscheidung des BGH führen wird. Gesonderte Zahlen hierzu existieren nicht, im Sommer 2023 sollen bundesweit 26.000 Ermittlungsverfahren anhängig gewesen sein.¹³⁰

¹³⁰ Dies laut Umfrage der WELT, vgl. *Dinger/Röhn*, WELT v. 29.7.2023, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article246632986/Corona-Pandemie-Bundesweit-26-000-Ermittlungen-wegen-gefaelschter-Impfpaesse.html> (31.3.2024).

Menschenrechtswidrige Haftbedingungen als Ablehnungsgrund in der Praxis des Europäischen Haftbefehls

Betrachtungen aus der Perspektive der deutschen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens

Von Wiss. Mitarbeiter **Neil Goerge**, Düsseldorf*

Der Europäische Haftbefehl hat die Rechtshilfe in Strafsachen innerhalb der Europäischen Union revolutioniert. Auf Grundlage der gegenseitigen Anerkennung und aufgrund vermuteten gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander müssen eingehende Europäische Haftbefehle vollstreckt werden. Die eng gefassten und abschließend geregelten Ablehnungsgründe enthalten dabei keine geschriebene Regelung zu drohenden menschenrechtswidrigen Haftbedingungen im Ausstellungsstaat. Diese sind im Vertragsgebiet der Union aber stellenweise Realität. Aufgrund des unions- und grundrechtlich geschützten Anspruchs auf einen menschenwürdigen Strafvollzug (Art. 4 GrCh; Art. 3 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG) prüfen nationale Gerichte diese Umstände mit Billigung des EuGHs als eine Art übergeordneten Ablehnungsgrund trotzdem. Dies führt zahlenmäßig zu häufigeren Ablehnungen und Verzögerungen. Dadurch entsteht ein vermeintlicher Konflikt zwischen der Wirksamkeit und Funktionalität europäisierter Strafrechtspflege und dem Schutz individueller Rechte von inhaftierten Menschen. Der Beitrag soll diese Hintergründe und Probleme mit Beispielen aus der deutschen Rechtsprechung darlegen und in das System der EU einordnen. Schlussendlich soll gezeigt werden, dass eine Koexistenz von effektiver europäischer Rechtshilfe und unbedingtem menschenwürdigem Strafvollzug in der EU möglich und geboten ist.

I. Einführung

Seit dem Vertrag von Lissabon ist das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als Kernprinzip eines europäisierten Strafverfahrensrechtes im europäischen Primärrecht verbrieft.¹

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf bei Prof. Dr. Anne Schneider.

¹ Böse, in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 82 Rn. 13; Hauck, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Handbuch, 2. Aufl. 2021, § 11 Rn. 61; Zimmermann, JURA 2009, 844 (845). Bereits als „Eckstein justizieller Zusammenarbeit“ bezeichnet in den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates in Tampere 15./16.10.1999, Kap. VI, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm (28.2.2024), aufgegriffen z.B. in EuGH, Ur. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 79 und EuGH, Ur. v. 16.7.2015 – C-237/15 PPU, EU:C:2015:474 (Lanigan), Rn. 36. Zum geschichtlichen Hintergrund Kloska, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Strafrecht, 2016, S. 163 ff. Zur Kritik am Prinzip Kainer, EuR-Beiheft 2013, 87 (101), und Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 82 Rn. 3 jeweils m.w.N. Neutraler etwa

Die gegenseitige Anerkennung bezieht sich auf gerichtliche Urteile und Entscheidungen, so der Normbefehl des Art. 82 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV. Eine solche gegenseitige Anerkennung setzt wiederum ein Mindestmaß an Vertrauen in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen untereinander und ihre jeweilige Strafrechtspflege voraus.² Dieses Vertrauen basiert im Bereich der Rechtshilfe nach Ansicht des EuGHs auch auf der widerleglichen Vermutung, dass sämtliche Rechtsordnungen der Unionsmitgliedstaaten einen gleichwertigen und wirksamen Schutz der in der Charta niedergelegten Grundrechte bieten.³ Dieses Vertrauen – das erkennt auch die EU in Art. 82 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV an – ist nicht immer ipso iure gegeben.⁴ Vielmehr kann und darf sich die Ausgestaltung des Strafrechts aufgrund der Rechtstraditionen innerhalb der EU grundlegend unterscheiden.⁵ Als gegensteuerndes Instrument ist „erforderlichenfalls“ eine Harmonisierung strafverfahrensrechtlicher Rechtsvorschriften gem. Art. 67 Abs. 3, 82 Abs. 2 AEUV vorgesehen, um das Vertrauen der Mitgliedstaaten untereinander zu stärken, da zu große Unterschiede – gerade bzgl. Grund- und Menschenrechten im Strafrecht – die Anerkennung hemmen können.⁶ Vertrauen ist also kein rein normatives Postulat, sondern an tatsächliche Voraussetzungen und Umstände gebunden. Erst wenn diese vorliegen, Vertrauen also tatsächlich auf einem hohen Niveau vorhanden ist, wird das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung soweit legi-

Böse (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 15; Gleß, ZStW 116 (2004), 353 (356); Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 74. Lfg., Stand: September 2021, AEUV Art. 82 Rn. 24.

² EuGH, Ur. v. 16.12.2021 – C-724/19, EU:C:2021:1020 (HP), Rn. 51; EuGH, Ur. v. 8.12.2020 – C-584/19, EU:C:2020:1002 (A. u.a.), Rn. 40; EuGH, Ur. v. 10.1.2019 – C-97/18, EU:C:2019:7 (ET), Rn. 33; EuGH, Ur. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 77; Fuchs, ZStW 116 (2004), 368 (369 f.); Schallmoser, Europäischer Haftbefehl und Grundrechte, 2012, S. 13 f.; Zimmermann, JURA 2009, 844 (845). Vgl. auch Erwägungsgrund 3 der RL 2012/13/EU. So auch schon KOM (2004) 328 endg., Erwägungsgrund 28.

³ EuGH, Ur. v. 16.12.2021 – C-724/19, EU:C:2021:1020 (HP), Rn. 51; EuGH, Ur. v. 8.12.2020 – C-584/19, EU:C:2020:1002 (A. u.a.), Rn. 40; EuGH, Ur. v. 10.1.2019 – C-97/18, EU:C:2019:7 (ET), Rn. 33; EuGH, Ur. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 77.

⁴ Laut Teichmann, NZWiSt 2023, 92 (96), besteht Vertrauen auch schon insoweit, als die Mitgliedstaaten gemeinsame „Werte“ teilen, etwa die Rechtsstaatlichkeit, niedergelegt in Art. 2 EUV.

⁵ Mit Beispielen Fuchs, ZStW 116 (2004), 368 (368 ff.).

⁶ Vgl. Vogel/Schneider, in: Böse (Fn. 1), § 7 Rn. 27.

timiert, dass es seine praktische Wirksamkeit entfalten kann.⁷ Im Bereich der Rechtshilfe soll dieses Vertrauen eine wirkliche Zusammenarbeit der Justizbehörden hervorrufen.⁸ In zeitlicher Hinsicht muss also zuerst das notwendige Vertrauen geschaffen werden, erst dann ist die tatsächliche Anerkennung staatsfremder Urteile und Entscheidungen im Sinne einer Legalitätsvermutung überhaupt denkbar.⁹ Formell kann der Grundsatz aufgrund seiner Konkretisierungsbedürftigkeit nur dann Anwendung finden, wenn er in einem Sekundärrechtsakt umgesetzt worden ist – beispielsweise dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl.¹⁰ Der Rahmenbeschluss ist seit 2004 nach verfassungsrechtlichen Startschwierigkeiten¹¹ auch in Deutschland im Gesetz für Internationale Rechtshilfe in Strafsachen in den §§ 80 ff. umgesetzt.¹² Mitgliedstaaten sind grundsätzlich verpflichtet, einen eingehenden Europäischen Haftbefehl zu vollstrecken, Art. 1 Abs. 2 RbEuHB.¹³ Ob das dazu notwendige Vertrauen aber wirklich in ausreichendem Maße besteht, soll aus deutscher Perspektive in diesem Beitrag beleuchtet werden. Vertrauen bezieht sich dabei nicht nur auf die (Nicht-)Existenz, Angemessenheit oder Ausgestaltung von Rechtsvorschriften, sondern auch auf ihre ordnungsgemäße Anwendung sowie zwangsläufige Folgefragen.¹⁴ In diesem Zusammenhang muss sich das Vertrauen also nicht nur auf die vergleichbare Art und Weise der Anwendung in das Fahndungsinstrument sowie den Ablauf des Hauptverfahrens beziehen, sondern auch auf die Umstände und Elemente einer dort verhängten Sanktion – regelmäßig eine Freiheitsstrafe. Ziel dieses Aufsatzes ist es daher, nach kurzer Grundlegung der Funktionsweise des Europäischen Haftbefehls sowie der Konnexität zu den Grundrechten die deutsche Rechtsprechung in Bezug auf die Ablehnung der Überstellung wegen drohender menschenrechtswidriger Haftbedingungen im Anordnungsstaat darzustellen. Herausgestellt werden soll der Unterschied zwischen Realität und Anspruch bzgl. des gegenseitigen Vertrauens als notwendige Bedingung hinreichender Anerkennung. Ausge-

hend von den gewonnenen Erkenntnissen soll diskutiert werden, welche Lösungsmöglichkeiten das (Unions-)Recht anbietet.

II. Grundlagen des Europäischen Haftbefehls

1. Funktionsweise und Voraussetzungen hinsichtlich eingehender Ersuchen

Der Europäische Haftbefehl ist ein Fahndungsinstrument verbunden mit einem Festnahme- und Übergabebefehl zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung.¹⁵ Der ausstellende Staat übermittelt den Europäischen Haftbefehl mit dem Inhalt des Art. 8 RbEuHB entweder an die Vollstreckungsbehörde oder schreibt den Verfolgten im Schengener Informationssystem (SIS) aus, soweit der Aufenthaltsort unbekannt ist, Art. 9 RbEuHB bzw. § 83a IRG.¹⁶ Sodann sind deutsche Strafverfolgungsbehörden dazu verpflichtet, den Verfolgten bei Antreffen festzunehmen und gem. § 22 Abs. 1 IRG dem zuständigen Amtsgericht vorzuführen, das gem. § 22 Abs. 3 S. 2 IRG das Festhalten des Verfolgten bis zur oberlandesgerichtlichen Entscheidung anordnen kann.¹⁷ Anschließend beantragt die Generalstaatsanwaltschaft gem. §§ 12, 29 Abs. 1, 79 Abs. 2 S. 1 IRG beim OLG die Entscheidung darüber, ob die Auslieferung zulässig ist.¹⁸ Die Pflicht zur Bewilligung, soweit kein spezifischer Ablehnungsgrund vorliegt, ist auch in § 79 Abs. 1 S. 1 IRG vorgesehen.

2. Ziele des Europäischen Haftbefehls

Mit der Einführung des Europäischen Haftbefehls sollte der Auslieferungsverkehr unter den Mitgliedstaaten vereinfacht und beschleunigt werden.¹⁹ Dieses Ziel sollte durch eine Verrechtlichung und Entpolitisierung im Auslieferungsverkehr erreicht werden.²⁰ Die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls sollte sich nicht mehr von politischen Zweckmäßigkeitserwägungen leiten lassen und Verzögerungsrisiken in Kauf nehmen müssen, sondern stellt nunmehr eine „justiziel-

⁷ Kaufhold, EuR 2012, 408 (417 f.); vgl. Burchard, in: Böse (Fn. 1), § 14 Rn. 17. Ders., Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, 2019, S. 414 ff., lehnt m.w.N. den rechtlichen Charakter dieses Prinzips ab, anders etwa Kloska (Fn. 1), S. 396 ff.

⁸ Vgl. z.B. Erwägungsgrund 10 der RL 2012/13/EU.

⁹ Vgl. v. Danwitz/Arbor, EuR 2020, 61 (63). Dies visualisierend Schallmoser (Fn. 2), S. 14.

¹⁰ Vogel/Eisele (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 21. Siehe RB 2002/584/JI v. 13.6.2002. Zur Fortgeltung derartiger Rechtsakte aufgrund von Art. 9 des Protokolls über die Übergabebestimmungen (ABl. EU 2012 Nr. C 326/1) seit dem Vertrag von Lissabon etwa Blanchet, NJECL 2015, 485.

¹¹ Zur Nichtigkeit des ersten Umsetzungsgesetzes, BVerfGE 113, 273.

¹² BGBl. I 2006, S. 1721.

¹³ EuGH, Urt. v. 16.11.2010 – C-261/09, EU:C:2010:683 (Mantello), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 1.12.2008 – C-388/08 PPU, EU:C:2008:669 (Leymann und Pustovarov), Rn. 51; Erwägungsgrund 6.

¹⁴ Vgl. Erwägungsgrund 6 der RL 2013/48/EU.

¹⁵ Böhm, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmans (Hrsg.), Internationales Strafrecht, Handbuch, 2. Aufl. 2017, Rn. 916; Burchard (Fn. 7), § 14 Rn. 7; Hackner, in: Schomburg/Lagodny (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 6. Aufl. 2020, III A 1 Rn. 1; v. Heintschel-Heinegg, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Handbuch, 2. Aufl. 2014, § 37 Rn. 5; Rosenthal, ZRP 2006, 105. Siehe Art. 1 Abs. 1 RbEuHB.

¹⁶ Zum Aufbau und der Funktionsweise des SIS Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 12 Rn. 26 ff.

¹⁷ Schäfer, JuS 2019, 856 (857), der in allen Details noch auf Belehrungspflichten oder sonstige Spezifika, wie das vereinfachte Verfahren oder die Möglichkeit des Verzichts auf den Spezialitätsgrundsatz hinweist.

¹⁸ Schäfer, JuS 2019, 856 (857).

¹⁹ Erwägungsgrund 1; EuGH, Urt. v. 3.5.2007 – C-303/05, EU:C:2007:261 (Advocaten voor de Wereld), Rn. 31.

²⁰ Heger/Wolter, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, Kommentar, 2. Aufl. 2020, 2. Hauptteil, 4. Teil, 2. Abschnitt, C. Rn. 626; vgl. Burchard (Fn. 7), § 14 Rn. 9.

le Entscheidung“ dar, Art. 1 Abs. 1 RbEuHB.²¹ Das bis dahin teilweise bestehende Rechtshilfechaos sollte überwunden, zudem die vereinfachte Auslieferung eigener Staatsangehöriger ermöglicht werden.²² Die Grundkonzeption war und ist demnach, dass alle EU-Mitgliedstaaten einen eingehenden Europäischen Haftbefehl ohne inhaltliche Prüfung und innerhalb kurzer Frist vollstrecken, die verfolgte Person also in den Ausstellungsstaat überstellen.²³

1. Ablehnungsgründe

a) Kodifizierte Ablehnungsgründe

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gilt nicht absolut, sondern muss mit anderen unionsrechtlichen Grundsätzen in Einklang gebracht werden, zum Beispiel der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten (Art. 5 EUV) oder der Achtung der Grundrechte (Art. 6 EUV).²⁴ Die EU hat dazu verschiedene Ablehnungsgründe in den Art. 3 ff. des RbEuHB kodifiziert.²⁵ Diese sind grundsätzlich abschließend, da der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, der nach EuGH-Auffassung fundamentale Bedeutung im Unionsrecht hat, von jedem Mitgliedstaat verlangt anzunehmen, dass die Grundrechte – abgesehen von außergewöhnlichen Umständen – im Ausstellungsstaat eingehalten werden.²⁶ Dort kodifiziert sind beispielsweise die Strafunmündigkeit der gesuchten Person, eine drohende Doppelbestrafung (Art. 3 RbEuHB) sowie die fehlende beiderseitige Strafbarkeit außerhalb des Art. 2-Kataloges oder eine Verjährung im Vollstreckungsstaat (Art. 4 RbEuHB). Ferner enthält Art. 4a RbEuHB Präzisierungen zum Umgang mit Abwesenheitsverfahren.

b) „Ordre-Public-Vorbehalt(e)“

Einen eigenen Ablehnungsgrund bezüglich drohender unmenschlicher oder erniedrigender Haftbedingungen, der regelmäßig sowohl aus mitgliedstaatlichen Verfassungen, aber auch aus Art. 4 GrCh hergeleitet werden könnte, suchen

Rechtsanwendende vergeblich. Gleichwohl werden unter dem Stichwort „ordre-public“ – vereinfacht dargestellt – Ablehnungsgründe aus Grundrechten diskutiert.²⁷ Auch der EuGH und das BVerfG sind sich trotz des eigentlich abschließenden Charakters der Art. 3 ff. RbEuHB einig, dass Grundrechte bei außergewöhnlichen Umständen nicht übergangen werden dürfen.²⁸

(1) Europäischer Ordre-Public-Vorbehalt – Grundrechte-Charta

So verlangt Art. 67 Abs. 1 AEUV für den Bereich des europäischen Strafrechtes, dass die Grundrechte geachtet werden. Art. 1 Abs. 3 RbEuHB legt ebenso fest, dass der Rahmenbeschluss nicht die Pflicht der Mitgliedstaaten berührt, die Grundrechte zu achten, sodass jedenfalls ein Anknüpfungspunkt für einen übergeordneten Ablehnungsgrund besteht.²⁹ Bereits in der Rechtssache Radu hat die Generalanwältin Sharpston unter Bezugnahme auf Generalanwalt Villalón ausgeführt, Grund- und Menschenrechte begrenzten und legitimierten dadurch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und seien wegen Art. 1 Abs. 3 RbEuHB im Rahmen einer abgelehnten Vollstreckung berücksichtigungsfähig.³⁰ Auch der EuGH erkennt das jedenfalls für den hier relevanten Art. 4 GrCh an, wenn er in der Rechtssache Aranyosi und Căldăraru der vollstreckenden Justizbehörde auferlegt, bei objektiven, zuverlässigen, genauen und gebührend aktualisierten Belegen zu prüfen, ob es unter den konkreten Umständen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass diese Person im Anschluss an ihre Übergabe an den Ausstellungsstaat einer echten Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt sein wird.³¹ Die Überstellung kann sodann zunächst nur verschoben

²¹ Erwägungsgrund 5.

²² Heger/Wolter (Fn. 20), 2. Hauptteil, 4. Teil, 2. Abschnitt, C. Rn. 625; v. Heintschel-Heinegg (Fn. 15), § 37 Rn. 2.

²³ Heger/Wolter (Fn. 20), 2. Hauptteil, 4. Teil, 2. Abschnitt, C. Rn. 625.

²⁴ Kloska (Fn. 1), S. 396 ff.; Vogel/Eisele (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 22; vgl. auch Burchard (Fn. 7), § 14 Rn. 7, 17 f.; Satzger/Zimmermann, ZIS 2013, 406 (410).

²⁵ Vgl. Kloska (Fn. 1), S. 198.

²⁶ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 78; EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11, EU:C:2013:39 (Radu), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 16.11.2010 – C-261/09, EU:C:2010:683 (Mantello), Rn. 37; EuGH, Urt. v. 1.12.2008 – C-388/08 PPU, EU:C:2008:669 (Leymann und Pustovarov), Rn. 51. Dem folgend OLG Celle NStZ-RR 2005, 215 (217). Kritisch zur Manifestierung des gegenseitigen Vertrauens als Rechtsprinzip Meyer, EuR 2017, 163 (177 ff.). Begründungsversuche bei Müller, Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Mehrebenensystem der Europäischen Union, 2023, S. 703 ff.

²⁷ Satzger, Europäisches und Internationales Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 10 Rn. 29 ff. m.w.N., sowie ders., NStZ 2016, 514.

²⁸ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 78 und BVerfGE 140, 317 (347 ff.). Ursprünglich hatte der EuGH dies noch bezweifelt und Ablehnungsgründe, die nicht explizit im Rahmenbeschluss kodifiziert sind, nicht anerkannt, EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11, EU:C:2013:39 (Radu), Rn. 36 ff. und EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11, EU:C:2013:107 (Melloni), Rn. 46, 64.

²⁹ Böse, in: Grütznert (Begr.)/Pötz/Kreß/Gazeas/Brodowski (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 105. Lfg., Stand: Dezember 2012, IRG Vor § 78 Rn. 24; Kloska (Fn. 1), S. 198.

³⁰ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston v. 18.12.2012 – C-396/11, EU:C:2012:648 (Radu), Rn. 69 ff., und Schlussanträge des Generalanwalts Villalón v. 6.7.2010 – C-306/09, EU:C:2010:404 (I.B.), Rn. 43. Ähnliche Forderung bei Vogel/Burchard, in: Grütznert (Begr.)/Pötz/Kreß/Gazeas/Brodowski (Fn. 29), IRG Vor § 1 Rn. 138.

³¹ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 94. Damit greift der EuGH ein bereits lange zuvor in der Literatur diskutiertes Phänomen – wenn auch nicht in der Tiefe – auf.

ben werden, wobei nach Verstreichen einer angemessenen Frist, in der die echte Gefahr einer Art. 4 GrCh zuwiderlaufenden Behandlung immer noch nicht ausgeschlossen werden kann, der Vollstreckungsstaat den Haftbefehl ablehnen kann.³² Mit *Satzger* ergibt sich sodann folgender Prüfungsaufbau aus Sicht des Vollstreckungsstaates:³³ Besteht im ersuchenden Staat bei *abstrakter* Betrachtung eine echte Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Haftsituationen? Und: Gibt es ernsthafte und auf Tatsachen basierende Vermutungen für die Annahme, dass der Betroffene dieser Gefahr *konkret* ausgesetzt sein wird? Ausgangspunkt im deutschen Recht ist § 73 S. 2 IRG, in dessen Zuge die durch den EuGH vorgegebenen Prüfungsschritte zu integrieren sind.³⁴

(2) Nationaler Ordre-Public-Vorbehalt – Grundgesetz

§ 73 S. 1 IRG ermöglicht es zwar seinem Wortlaut nach, Auslieferungen auch aufgrund der deutschen Verfassung für unzulässig zu erklären.³⁵ Praktisch haben die Karlsruher Richterinnen und Richter aber festgestellt, dass der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl als „determinierter Rechtsakt“ am Maßstab der Grundrechte-Charta zu messen ist.³⁶ Raum für § 73 S. 1 IRG wäre demnach nur, soweit der grundrechtliche Schutz durch die Charta inhaltlich hinter dem des deutschen Grundgesetzes zurückbleibt, was im Hinblick auf Art. 4 GrCh und Art. 1 Abs. 1 GG für den Bereich der Haftbedingungen nicht der Fall ist.³⁷ Dadurch verbleibt auch kein Raum für die Anwendung deutscher Grundrechte im Rahmen der Identitätskontrolle auf diesem Feld.³⁸ § 73 S. 1 IRG spielt im Anwendungsbereich des Europäischen Haftbefehls damit keine eigenständige inhaltliche Rolle.³⁹

Dazu etwa *Böse*, HRRS 2012, 19 (20); *Marin*, EUConst 2008, 251 (259 f.). Für eine Abstrahierung und eine generelle Anwendung dieses Ansatzes auf die Grundrechte *Streinz*, in: Kert/Lehner (Hrsg.), Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext, Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag, 2018, S. 549 (562 f.). Inzwischen zu Art. 47 f. GrCh, EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 (LM), Rn. 47.

³² EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 98 f., 104.

³³ *Satzger* (Fn. 27), § 7 Rn. 28.

³⁴ Vgl. *Burchard*, in: Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas/Brodowski (Fn. 29), IRG § 73 Rn. 100.

³⁵ Vgl. *Burchard* (Fn. 34), IRG § 73 Rn. 43 f.

³⁶ BVerfGE 156, 182 (183 Ls. 6); 152, 216 (216 Ls. 1), bestätigt etwa in BVerfGE 158, 1 (23 ff.).

³⁷ BVerfGE 156, 182 (Ls. 6, 208 ff.); 152, 216 (235 f.).

³⁸ So explizit BVerfGE 156, 182 (183 Ls. 7, 213). Dies hatte das Gericht in BVerfGE 147, 364 (388) noch angedeutet. In BVerfGE 140, 317 (333 ff.) wird diese hingegen aufgrund eines Abwesenheitsurteils angewendet, da insoweit der Schutz der Charta und der des Grundgesetzes divergiert. Zum Ursprung der Identitätskontrolle BVerfGE 123, 267 (353 f.) m.w.N. Siehe auch *Burchard* (Fn. 34), IRG § 73 Rn. 86.

³⁹ *Böhm* (Fn. 15), Rn. 1014; *Burchard* (Fn. 34), IRG § 73 Rn. 81. So auch BT-Drs. 15/1718, S. 14. Tiefgehend und allgemein zum Verhältnis der „ordre-public“-Vorbehalte im

III. Grundlagen zu Art. 4 GrCh

Art. 4 GrCh gewährt als spezielle Würdeausprägung einen Anspruch auf menschenwürdigen Strafvollzug, der sich in diesem Kontext auf die Ausgestaltung der Haftbedingungen bezieht.⁴⁰ Immer wieder tritt dabei der persönliche Haftraumanteil bei Mehrfachbelegungen in den Vordergrund: Bei einer Haftraumgröße von unter 3 m² pro inhaftierter Person ist grundsätzlich von einem Verstoß gegen Art. 4 GrCh auszugehen, wobei eine solche Vermutung fest, aber nicht unwiderlegbar sein soll; als kumulativ vorliegende Entlastungsgründe kommen etwa die relative Kürze der so ausgestalteten Inhaftierung in Verbindung mit ausreichender Bewegungsfreiheit und angemessenen Aktivitäten im Freien in Betracht.⁴¹ Bei einer Größe zwischen 3 und 4 m² müssen weitere defizitäre Umstände hinzukommen (etwa fehlender Zugang zu Frischluft und Tageslicht, schlechte Belüftung, defizitäre Sanitäreinrichtungen, zu hohe oder geringe Raumtemperatur, fehlende Intimsphäre in den Toiletten).⁴² Bei einem Haftraumanteil von mehr als 4 m² stellt sich die persönliche Raumfrage nicht unmittelbar, gleichwohl können oben genannte Umstände oder sonstige Aspekte physischer Haftbedingungen zu einem Charta-Verstoß führen.⁴³ Eine Rechtfertigungsprüfung oder Abwägung mit dem Interesse wirksamer justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen findet angesichts des absoluten Charakters von Art. 4 GrCh nicht statt.⁴⁴

strafprozessualen Kontext *Burchard* (Fn. 34), IRG § 73 Rn. 82 ff.; *Schäfer*, JuS 2019, 856 (859); *Swoboda*, ZIS 2018, 276; *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 (109 ff.). Mit BVerfGE 156, 182 (183 Ls. 6, 208 ff.) ist das Verhältnis zwischen grundgesetzlichem Integrationsvorbehalt und europäischem „ordre-public“ für den Bereich der Haftbedingungen im unionsweiten Überstellungsverkehr aber vorerst geklärt.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18, EU:C:2019:857 (Dorobantu), Rn. 62. Vgl. *Bungenberg*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 33; *Gil-Bazo*, in: Peers/Harvey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, 2. Aufl. 2022, Art. 4 Rn. 04.06; *Höfling/Kempny*, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, 2016, Art. 4 Rn. 2 ff., 13.

⁴¹ EGMR, Urt. v. 20.10.2016 – 7334/13 (Muršić v. Kroatien) – deutsche Übersetzung in NLMR 2016, 406; EuGH, Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18, EU:C:2019:857 (Dorobantu), Rn. 85; BVerfGE 156, 182 (203 ff.).

⁴² EGMR, Urt. v. 20.10.2016 – 7334/13 (Muršić v. Kroatien); EuGH, Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18, EU:C:2019:857 (Dorobantu), Rn. 85; BVerfGE 156, 182 (203 ff.).

⁴³ EGMR, Urt. v. 20.10.2016 – 7334/13 (Muršić v. Kroatien); EuGH, Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18, EU:C:2019:857 (Dorobantu), Rn. 85; BVerfGE 156, 182 (203 ff.).

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18, EU:C:2019:857 (Dorobantu), Ls. 4, Rn. 62.

IV. Haftbedingungen als Ablehnungsgrund in der deutschen Rechtsprechungspraxis

Im Folgenden soll aus Perspektive der deutschen Übergabepraxis untersucht werden, inwieweit Art. 4 GrCh und die Haftbedingungen in den Ausstellungsmitgliedstaaten zur Prüfung eines Rechtshilfshindernisses bzgl. des Europäischen Haftbefehls herangezogen werden.⁴⁵ Diese Prüfung geschieht in Deutschland einfachgesetzlich über § 73 S. 2 IRG. Anschließend sollen diese Erkenntnisse in Beziehung zum Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gesetzt werden.

1. Bulgarien

Die Haftbedingungen in Bulgarien leiden nach Ansicht des OLG München⁴⁶ an systematischen Mängeln, die das Gericht insbesondere auf Hinweise des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe (kurz: CPT) zurückführt, worunter etwa Gewalt und Korruption von und durch Gefängnispersonal fällt, aber auch, dass die Gefangenen 23 Stunden pro Tag in der Zelle eingeschlossen sind.⁴⁷ Eine in diesem Fall angestrebte völkerrechtlich belastbare Zusicherung bulgarischer Behörden zur Einhaltung der Menschenrechte nach Überstellung wurde nicht abgegeben, die Bedenken wurden nicht ausgeräumt.⁴⁸ Anschließend – als Reaktion auf die Rechtssache Aranyosi und Căldăraru – änderte das OLG München seine Rechtsprechung insoweit, als auf verbindliche Zusicherungen bzgl. der Haftgestaltung des Ausstellungsstaates kurzzeitig verzichtet wurde.⁴⁹ Auf dieser Grundlage wurde eine Überstellung für zulässig erachtet, soweit eine Zelle mit 4 m² Platz zur Verfügung gestellt wird, wovon der *Senat* – in seinem nunmehr existenten Vertrauen – vorübergehend ausging, obwohl in der näher bezeichneten Haftanstalt nur

einige Zellen diesen Standard erfüllen.⁵⁰ „Die Haftbedingungen in Bulgarien sind bekanntermaßen problematisch“⁵¹, urteilte es wiederum ein Jahr später. Dies konkretisieren etwa das KG Berlin oder die OLGe Bremen und Celle, die Überstellungen nach Bulgarien ablehnten, da die mutmaßlich relevanten Haftanstalten überbelegt waren, pro Häftling nur zwischen 1 und 2 m² Zellengröße zur Verfügung standen, diese von Schimmel und Ungeziefer befallen waren und sanitäre Einrichtungen für alle einsehbar auf dem Flur lagen, zu denen Inhaftierte nachts keinen Zugang hatten.⁵² Diese Bedenken teilten die OLGe Karlsruhe und Dresden.⁵³ Eine Überstellungsmöglichkeit bejahte hingegen das OLG Hamm in einem Fall, in dem bulgarische Behörden konkret völkerrechtlich bindend zusicherten, dass der Verfolgte auf einer Fläche von 4 m² pro Person mit direktem Zugang zu Tageslicht, natürlicher Belüftung und eigenem Sanitärraum untergebracht werde.⁵⁴

2. Griechenland

Hohe Einigkeit der Oberlandesgerichte besteht auch für Griechenland. Ebenfalls infolge von CPT-Berichten zweifeln deutsche Gerichte an einer menschenwürdigen Ausgestaltung des dortigen Strafvollzuges. Anknüpfungspunkt ist auch hier die – teilweise bis zu 300%ige – Überbelegung, in deren Folge es mitunter zu einem den europäischen Mindeststandard unterschreitenden Hafttraumanteil pro inhaftierter Person kommt, aber auch andere Umstände wie mangelhafte hygienische Zustände (Insektenbefall, kein Warmwasser o.Ä.) sowie nicht ausreichende medizinische Versorgung oder unzureichende Beheizung in den Hafträumen während der Wintermonate hinzutreten.⁵⁵ Teilweise existieren nicht ausreichend Betten, sodass Inhaftierte auf dem Boden schlafen oder sich ihr Bett teilen müssen.⁵⁶ Zudem gaben griechische

⁴⁵ Die vorgestellten Beschlüsse erheben aufgrund ihrer Masse keinen Vollständigkeitsanspruch, sondern stehen exemplarisch für das hier skizzierte Problem. Berücksichtigt wurden zudem nur Beschlüsse aus den letzten zehn Jahren. Die Auswahl der Länder richtet sich nach der aufgefundenen Beschlusslage in Deutschland. Eine Wertung ist damit nicht verbunden. Für ältere Beschlüsse sowie nach Ländern spezifizierter EGMR-Rspr. siehe *Riegel/Speicher*, StV 2016, 250 (256 f.).

⁴⁶ OLG München, Beschl. v. 27.10.2015 – 1 AR 392/15 = BeckRS 2015, 18224 und OLG München, Beschl. v. 14.12.2015 – 1 AR 392/15 = BeckRS 2016, 4622.

⁴⁷ OLG München BeckRS 2015, 18224 Ls. 1, Rn. 23 ff. Das CPT ist institutionell dem Europarat zugehörig.

⁴⁸ Das OLG München, BeckRS 2016, 4622 Rn. 18 f., begründete dies mit den zu allgemeinen und unkonkreten Angaben über die künftige Haftsituation. Dem OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2016 – 1 Ausl. 8/16 = BeckRS 2016, 5905 Rn. 14, genügt eine solche abstrakte Zusicherung hingegen, zustimmend OLG Nürnberg, Beschl. v. 14.3.2018 – 1 Ausl. AR 44/17 = BeckRS 2018, 10861 Rn. 10.

⁴⁹ OLG München, Beschl. v. 20.2.2017 – 1 AR 68/17 = BeckRS 2017, 105044 Ls. 2 und OLG München, Beschl. v. 4.4.2017 – 1 AR 68/17 = BeckRS 2017, 107653 Rn. 21 ff.

⁵⁰ OLG München BeckRS 2017, 107653 Rn. 37 f.

⁵¹ OLG München, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 AR 300/18 = BeckRS 2018, 17663 Rn. 7.

⁵² KG Berlin, Beschl. v. 15.5.2015 – (4) 151 AuslA 33-15 (36/15) = BeckRS 2015, 12531 Rn. 7 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 17.12.2014 – 1 Ausl. 34/14 = BeckRS 2015, 9794 Rn. 10 ff.; OLG Bremen, Beschl. v. 13.2.2014 – 1 AuslA 20/13 = BeckRS 2014, 10396.

⁵³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.2.2016 – 1 AK 4/16 = BeckRS 2016, 5180 Rn. 3 ff.; OLG Dresden, Beschl. v. 11.8.2015 – OLG Ausl. 78/15 = BeckRS 2015, 17372 Rn. 12.

⁵⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 14.7.2016 – III-2 Ausl. 93/16 = BeckRS 2016, 132918 Rn. 25 ff. Ähnlich OLG Braunschweig, Beschl. v. 22.10.2014 – 1 Ausl. 6/14 = BeckRS 2014, 21288 Rn. 12.

⁵⁵ OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.3.2022 – 2 AR 4/22 = BeckRS 2022, 5759 Rn. 12; OLG München, Beschl. v. 9.1.2018 – 1 AR 319/17 = BeckRS 2018, 263 Rn. 16; OLG Hamm, Beschl. v. 30.11.2017 – 2 Ausl. 81/17 = BeckRS 2017, 136404 Rn. 30 f.; OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 Ausl. 321/15 = BeckRS 2016, 11835 Rn. 3; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.12.2015 – III-3 AR 15/15 = BeckRS 2016, 11021 Rn. 15 ff.

⁵⁶ OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 11021 Rn. 17.

Behörden zuletzt an, nicht vorherzusagen zu können, in welcher Haftanstalt die zu überstellende Person untergebracht werden sollte, sodass keine einzelfallbezogene belastbare Prüfung durch das Fachgericht erfolgen konnte und eine Überstellung aufgrund der allgemein systematischen Mängel letztlich abgelehnt wurde.⁵⁷

3. Lettland

Systematisch menschenrechtswidrige Haftbedingungen werden zum Teil auch in Bezug auf Lettland diskutiert – etwa aufgrund fehlenden Zugangs zu Hygiene-Artikeln, der abschließlichen Nutzbarkeit sanitärer Einrichtungen im Blickfeld anderer Inhaftierten, 23-stündiger Einschlusszeiten für Menschen in U-Haft sowie fehlenden Tageslichts oder nicht ausreichender Frischluftzufuhr in den Zellen.⁵⁸ Gestützt sind diese Annahmen auf CPT-Berichte sowie EGMR-Urteile.⁵⁹ Zwar erklärten die OLG Celle und Hamburg die Überstellungen mit unterschiedlichen Begründungen für zulässig.⁶⁰ Letzteren Beschluss hob das BVerfG mit Blick auf die unzureichende Prüfung der zu erwartenden Haftbedingungen auf; nichts anderes dürfte für die erstgenannte Entscheidung gelten, da das OLG Celle nicht einmal überprüfte, in welcher Haftanstalt die verfolgte Person untergebracht werden sollte.⁶¹ Der sich streng an den Vorgaben des EuGHs orientierende *1. Strafsenat* des OLG Bremen kam trotz mehrfachen Nachfragens aufgrund der Unbestimmtheit der Haftanstalt zum gegenteiligen Ergebnis und erklärte die Auslieferung für unzulässig.⁶²

4. Litauen

Ein ähnlich ambivalentes Bild zeigt Litauen. Auch hier ging es vordergründig um mangelnden Platz (teilweise unter 2 bzw. 4 m²), mangelhafte hygienische Bedingungen, fehlendes natürliches Licht sowie Gewaltexzesse des Personals gegenüber Inhaftierten bzw. solche untereinander, wobei die Ablehnung der Überstellung insbesondere an die unzureichende Zusicherung im Einzelfall durch litauische Behörden geknüpft wurde.⁶³ Inzwischen scheint eine den Anforderungen des Art. 4 GrCh nicht entsprechende Haftanstalt geschlossen

zu sein.⁶⁴ In dem Zuge tendieren die nationalen Gerichte – in der Regel unter Vorbehalt der einzelfallbezogenen Zusicherung – inzwischen zur Zulässigkeit der Überstellung nach Litauen, wenn auch Art. 4 GrCh stets diskutiert wird und vorhandene Mängel aufgezeigt werden.⁶⁵

5. Rumänien

Unklarheiten bestehen ebenso in Bezug auf Rumäniens Haftbedingungen. Eine Auslieferung nach Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung ist von deutschen Gerichten etwa abgelehnt worden, weil eine Unterbringung über 3 m² nicht im Einzelfall zugesichert werden konnte, sondern von einem persönlichen Hafttraumanteil von 2 m² – auch nach Zusicherung – ausgegangen werden muss.⁶⁶ Eine ausreichende Kompensation liege auch nicht deshalb vor, weil der halboffene Vollzug viele Bewegungsmöglichkeiten biete, da die Unterbringungsart nicht von kurzer Dauer, sondern grundsätzlich so vorgesehen sei.⁶⁷ Hingegen wurden einige Überstellungen für zulässig erklärt, obgleich der Hafttraumanteil bei 3 m² lag, sonstige haftverschlechternde Umstände aber durch Zusicherungen ausgeschlossen wurden.⁶⁸ Die abstrakte Gefahr einer Verletzung des Art. 4 GrCh sowie verbreitete unmenschliche Haftbedingungen werden trotzdem nicht angezweifelt.⁶⁹ Auch wurden Zulässigkeitsbeschlüsse der OLG Saarbrücken oder Schleswig-Holstein durch das BVerfG mit der Begründung unzureichender Aufklärung in Bezug auf Art. 4 GrCh aufgehoben.⁷⁰ Zudem hat das OLG Hamburg kürzlich wieder eine Überstellung nach Rumänien abgelehnt, weil Angaben

⁵⁷ OLG München BeckRS 2018, 263 Rn. 16.

⁵⁸ OLG Bremen, Beschl. v. 3.8.2016 – 1 Ausl. A 14/15 = BeckRS 2016, 13934 Rn. 12 f.

⁵⁹ EGMR, Urt. v. 28.2.2012 – 30779/05 (*Melnītis v. Lettland*) und EGMR, Urt. v. 18.12.2012 – 8543/04 (*Čuprakovs v. Lettland*).

⁶⁰ OLG Celle, Beschl. v. 16.6.2017 – 2 AR (Ausl) 31/17 = BeckRS 2017, 118864 Rn. 22 ff.; OLG Hamburg, Beschl. v. 8.1.2021 – Ausl 87/20 = BeckRS 2021, 1173 Rn. 11 f.

⁶¹ BVerfG NStZ-RR 2021, 257. Siehe OLG Celle BeckRS 2017, 118864 Rn. 29 f.

⁶² OLG Bremen BeckRS 2016, 13934 Rn. 19 ff. In Rn. 22 verweist der *Senat* dennoch ausdrücklich darauf, dass er von einer künftigen Besserung der Bedingungen ausgehe.

⁶³ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 5.10.2016 – OLG Ausl 9/2016 (47/16) = BeckRS 2016, 1117000 Rn. 18 ff.

⁶⁴ OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.12.2019 – 1 AR 14/19 = BeckRS 2019, 24688 Rn. 40.

⁶⁵ OLG Brandenburg BeckRS 2019, 24688 Rn. 41; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 15.11.2017 – OLG Ausl 12/17 = BeckRS 2017, 162990 Rn. 13 ff.; KG Berlin, Beschl. v. 22.8.2017 – 151 AuslA 78/17 (95/17) = BeckRS 2017, 123222 Rn. 9; OLG Hamm, Beschl. v. 25.4.2017 – 2 Ausl. 45/17 = BeckRS 2017, 146290 Rn. 26.

⁶⁶ OLG Köln, Beschl. v. 27.6.2017 – 6 AuslA 27/17 = BeckRS 2017, 151865 Rn. 13 ff.; OLG München, Beschl. v. 13.4.2017 – 1 AR 126/17 = BeckRS 2017, 108983 Rn. 17 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 2.3.2017 – 1 AR (Ausl) 99/16 = BeckRS 2017, 105107 Rn. 11 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 23.8.2016 – 2 Ausl 125/16 = BeckRS 2016, 16358 Rn. 10 ff.; OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.6.2016 – 1 Ausl. 6/16 = BeckRS 2016, 14865 Rn. 8 ff.; vgl. auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 21.5.2019 – 2 AR 8/19 = BeckRS 2019, 11041 Rn. 6 ff.

⁶⁷ OLG München BeckRS 2017, 108983 Rn. 34 f.; OLG Celle BeckRS 2017, 105107 Rn. 30 ff.

⁶⁸ OLG Bremen, Beschl. v. 28.12.2022 – 1 AuslA 50/22 = BeckRS 2022, 45190 Rn. 12 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 5.5.2022 – 2 Ausl 202/21, 2 Ausl 203/21 = BeckRS 2022, 14369 Rn. 26 ff.; OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.11.2021 – 1 AuslA 123/21 = BeckRS 2021, 38100 Rn. 18 f.; KG Berlin, Beschl. v. 10.8.2018 – (4) 151 AuslA 185/17 (228/17) = BeckRS 2018, 20927 Rn. 8 ff.

⁶⁹ OLG Bremen BeckRS 2022, 45190 Rn. 16; OLG Hamm BeckRS 2022, 14369 Rn. 38.

⁷⁰ BVerfG NJW 2021, 3176 und BVerfG NJW 2022, 932.

rumänischer Behörden nicht belastbar seien, Zusicherungen in Bezug auf Art. 4 GrCh in der Vergangenheit nicht oder nur teilweise eingehalten wurden, sodass auch in Zukunft davon auszugehen sei, dass insbesondere kompensatorische Elemente als Ausgleich zum Hafttraumanteil nicht bestehen werden.⁷¹ Skizzierungen wie etwa fehlender dauerhafter Zugang zu Wasser, Nutzung des Bettes als Schlafgelegenheit, Schrank und Essplatz in einem, eine Rolle Toilettenpapier pro Monat sowie sonstige hygienische Mängel, aber auch wiederholte Überstellungen in eine Haftanstalt bzgl. exakterer eine Zusicherung bestanden habe, die Person nicht dort zu inhaftieren, erschütterten das Vertrauen des OLG, was sich in Zukunft auch wieder auf den Überstellungsverkehr mit Rumänien auswirken kann.⁷²

6. Ungarn

Ähnlich ist die Lage in Ungarn. Auch hier werden wahlweise EGMR-Urteile oder CPT-Berichte zum Anlass genommen, die Haftbedingungen zu überprüfen.⁷³ Zunächst hat das BVerfG bereits 2018 die Bejahung der ersten Stufe – abstrakte Gefahr der Verletzung von Art. 4 GrCh – gewissermaßen präjudiziert, als es Anhaltspunkte dafür nannte, dass in den Haftanstalten Ungarns systematische Mängel vorliegen.⁷⁴ Dennoch hielten zuletzt vermehrt deutsche Gerichte die Auslieferung unter der Prämisse der konkret belastbaren Zusicherung für zulässig, da Ungarn stets das exakte Mindestmaß von 3 m², teilweise auch 4 m² Hafttraumanteil zusichert.⁷⁵ Das OLG Celle hielt dabei eine Zusicherung für ausreichend, welche die konkrete Haftanstalt nicht nennt, sondern auf allgemeine verbesserte Bedingungen oder Reformpläne in Ungarn abstellt.⁷⁶ Vereinzelt liegen Haftanstalten in Ungarn nach Ansicht des KG Berlin sogar „weit über dem Mindeststandard“⁷⁷. Anders sieht dies das OLG Bremen. Nachdem es 2018 nach langem Schriftverkehr mit ungarischen Behörden eine Auslieferung unter bestimmten Bedingungen für zuläs-

sig erklärte, entschied der gleiche *Senat* zwei Jahre später das Gegenteil.⁷⁸ Die Gründe liegen explizit in dem erschütterten Vertrauen des *Senates*, da sich Ungarn an Zusicherungen nicht hielt, also in Zukunft von einer Belastbarkeit nicht ausgegangen werden könne.⁷⁹ Zudem wurde in diesem Fall durch den Verfolgten vorgetragen, einen unter 4 m² liegenden Hafttraumanteil zugewiesen bekommen zu haben, wobei die dortige Temperatur stets unter 14 Grad gelegen haben soll.⁸⁰ Insgesamt attestiert der *Senat* Ungarn im Hinblick auf den Überstellungsverkehr eine seit Jahren bestehende Tendenz, konkrete und verlässliche Angaben zu Haftbedingungen im Rahmen der Zusicherungen zu vermeiden.⁸¹ Wenn auch diese Einschätzung von anderen OLGen nicht zwingend geteilt wurde, sind auf Grundlage dieser Rechtsprechung zukünftige Unzulässigkeitsbeschlüsse bzgl. Ungarn nicht ausgeschlossen.

7. Sonstiges

Zuletzt sind auch Haftbedingungen in Polen gerügt worden, etwa in Bezug auf den Mindestraum pro Person, der oft unter 4 m², aber über 3 m² betrage.⁸² Treten aber weitere, haftverschlechternde Umstände hinzu, könnten Überstellungen in Zukunft an Art. 4 GrCh scheitern. Auch für Frankreich hat das OLG Hamm kürzlich die Überstellung mit dem Verweis auf Art. 4 GrCh abgelehnt, da in einigen Haftanstalten infolge von Überbelegung eine Unterbringung in Zellen droht, die pro Häftling unter 3 m² Platz bieten.⁸³ In Gang gesetzt wurde diese Skepsis durch ein EGMR-Urteil aus dem Jahre 2020, welches ebenfalls den zu geringen Hafttraumanteil in Verbindung mit weiteren haftverschlechternden Umständen thematisierte, sodass dessen Feststellungen in Bezug auf Art. 3 EMRK-widrige Haftbedingungen auch noch in Zukunft weiter auf § 73 S. 2 IRG i.V.m. Art. 4 GrCh durchschlagen dürften.⁸⁴ Hingegen klassifizierte das OLG Bremen aufgrund einer individuell belastbaren Zusicherung eine Überstellung nach Zypern als zulässig, obgleich Zypern aktuell den Staat mit der stärksten Überbelegung innerhalb der EU darstellt.⁸⁵ Eine abstrakte Gefahr der Verletzung wird von Oberlandesgerichten vereinzelt auch im Hinblick auf Belgien oder Spa-

⁷¹ OLG Hamburg, Beschl. v. 26.1.2022 – Ausl 99/20 = BeckRS 2022, 7116 Rn. 22 ff. Sehr lesenswert, da in seltener Tiefe begründet. Ähnlich OLG Jena, Beschl. v. 14.7.2016 – Ausl AR 36/16 = BeckRS 2016, 133242 Rn. 20 f.

⁷² OLG Hamburg BeckRS 2022, 7116 Rn. 50, 60.

⁷³ So etwa OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.9.2023 – 2 OAus 18/23 (S) = BeckRS 2023, 29354 Rn. 9 f. auf Grundlage von EGMR, Urt. v. 14.11.2017 – 5433/17 (Domján v. Ungarn).

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.8.2018 – 2 BvR 273/18 = BeckRS 2018, 19589 Rn. 28.

⁷⁵ So etwa in OLG Brandenburg, Beschl. v. 31.1.2022 – 1 AR 4/22 (S) = BeckRS 2022, 2610 Rn. 17 f.; OLG Celle, Beschl. v. 21.7.2021 – 2 AR (Ausl) 40/21 = BeckRS 2021, 20134 Rn. 17 f.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.1.2018 – 6 Ausl A 46/17 = BeckRS 2018, 17974 Rn. 20 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 1.12.2015 – 2 Ausl. 131/15 = BeckRS 2016, 50 Rn. 21 ff.

⁷⁶ OLG Celle BeckRS 2021, 20134 Rn. 27 ff. Eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hätte gewiss Aussicht auf Erfolg gehabt.

⁷⁷ KG Berlin, Beschl. v. 7.3.2018 – (4) 151 AuslA 124/17 (236/17) = BeckRS 2018, 5414 Rn. 8.

⁷⁸ OLG Bremen, Beschl. v. 16.3.2020 – 1 Ausl. A 78/19 = BeckRS 2020, 9530 und OLG Bremen, Beschl. v. 21.9.2018 – 1 Ausl. A 21/17 = BeckRS 2018, 26658.

⁷⁹ OLG Bremen BeckRS 2020, 9530 Rn. 8 ff.

⁸⁰ OLG Bremen BeckRS 2020, 9530 Rn. 5.

⁸¹ OLG Bremen BeckRS 2020, 9530 Rn. 34.

⁸² KG Berlin, Beschl. v. 3.4.2020 – (4) 151 AuslA 201/19 (234/19) = BeckRS 2020, 14760 Rn. 10 ff.; KG Berlin, Beschl. v. 15.11.2019 – 4 AuslA 185/19 = BeckRS 2019, 45392 Rn. 11 ff.

⁸³ OLG Hamm, Beschl. v. 8.2.2022 – 2 Ausl 74/21 = BeckRS 2022, 25310 Rn. 49 ff.

⁸⁴ Für die ins Deutsche übersetzte Fassung des Urteils EGMR, Urt. v. 30.1.2020 – 9671/15 (J.M.B. u.a. v. Frankreich) siehe *Kieber*, NLMR, 2020, 17.

⁸⁵ OLG Bremen, Beschl. v. 16.2.2023 – 1 AuslA 56/22 = BeckRS 2023, 5079. Zu den Statistiken siehe unten IV. 2.

nien angenommen, wobei in diesen Fällen eine konkrete Aufklärung zur Zulässigkeit der Überstellung führte.⁸⁶

8. Zwischenfazit

Weitgehend einheitlich ist die Rechtsprechung in Bezug auf Bulgarien und Griechenland. Ambivalente Entscheidungen ergehen bezüglich Rumänien, Lettland, Ungarn und Litauen. Die drohenden Haftbedingungen werden vereinzelt aber auch für Frankreich, Spanien oder Belgien diskutiert. Gegenseitiges Vertrauen im Überstellungsverkehr zeigt sich damit als vielschichtiges Phänomen: Allen diesen Darstellungen ist zunächst gemein, dass die erste Prüfungsstufe (*abstrakte Gefahr*) regelmäßig bejaht wird, oft allein aufgrund von CPT-Berichten oder EGMR-Urteilen. Allein die Anerkennung dieser abstrakten Gefahr manifestiert Misstrauen. Ob es dann auf der zweiten Stufe (*konkrete Gefahr*) zu einem Aufschub bzw. einer Ablehnung als Verfestigung fehlenden Vertrauens kommt, ist stets eine Frage des Einzelfalls, die je nach Land, drohender Haftanstalt, Art der Zusammenarbeit, Kooperationsbereitschaft, Entscheidungszeitpunkt und diesbezüglich bestehender Erkenntnisquellen, Konkretisierungsgrad und Belastbarkeit der Zusicherung, ggf. sogar in Abhängigkeit vom zuständigen Oberlandesgericht unterschiedlich entschieden wird. Die Art der Einholung der Zusicherung kann dies graduell steigern, wenn etwa wie das OLG Bremen einst, 78 (!) Fragen zur Haftausgestaltung an den Vollstreckungsstaat gestellt werden.⁸⁷ Als Inbegriff von entgegengebrachtem Misstrauen lässt sich sodann die Bezeichnung eingeholter Informationen als „nicht belastbar“ ansehen.⁸⁸ Bei wertender Betrachtung besteht also zunächst Misstrauen, das wiederum die Ausstellungsbehörde empirisch, argumentativ oder sonst wie ausräumen muss, um das erforderliche Vertrauen zu gewinnen, was die idealisierten Grundprämissen eines europäisierten Strafverfahrens in ihr Gegenteil verkehrt.⁸⁹ Dies gefährdet in den Worten des EuGHs den „Daseinsgrund der Union und die Verwirklichung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“⁹⁰. Das von der Union propagierte

⁸⁶ KG Berlin, Beschl. v. 16.11.2017 – (4) 151 AusLA 136/17 (167/17) = BeckRS 2017, 137834 Rn. 8 ff. für Spanien und OLG Köln, Beschl. v. 20.3.2018 – 6 AusLA 203/17 – 14 = BeckRS 2018, 16338 Rn. 8 ff. für Belgien.

⁸⁷ So EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU, EU:C:2018:589 (ML), Rn. 102.

⁸⁸ Z.B. OLG Hamburg BeckRS 2022, 7116 Rn. 34 ff., oder OLG Bremen BeckRS 2020, 9530 Rn. 28 ff. Eine solche „Belastbarkeitsprüfung“ ordnet das BVerfG auch explizit an, BVerfGE 156, 182 (207). Auf den Zusammenhang von „belastbarer Zusicherung“ und „gegenseitigem Vertrauen“ in der EU abstellend, OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.12.2022 – 1 AR 27/22 (S) = BeckRS 2022, 39761 Rn. 34.

⁸⁹ Vgl. *Gleiß/Wahl/Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 15), IRG § 73 Rn. 152.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 21.12.2011 – C-411/10, C-493/10, EU:C:2011:865 (N.S.), Rn. 83. Der Gedanke ist paradox, da ein „Raum“, in dem grundlegende Menschenrechte inhaftierter Personen missachtet werden, keinen „Raum des Rechts“ darstellen kann.

„hohe Maß an Vertrauen“ in Bezug auf grundrechtskonforme Haftbedingungen ist aus nationaler Übergabeperspektive damit kaum mehr als eine leere Worthülse.⁹¹

V. Unionsrechtliche Lösungs- und Modifikationsmöglichkeiten

Nunmehr soll dargelegt werden, dass diese gegenwärtige Situation nicht nur aus einer grundrechtlichen Perspektive unbefriedigend ist, sondern auch die mit dem Europäischen Haftbefehl verbundenen Zielsetzungen unterläuft. Anschließend sollen einige Gedanken zur Verbesserung dieser Situation und Lösung derzeitiger Probleme überblicksartig skizziert werden.

1. Notwendigkeit einer Verbesserung

Zunächst beschleunigt die – in Deutschland vorherrschende – Praxis der einzelfallbezogenen, belastbaren (völkerrechtlichen) Zusicherung entgegen der Zwecksetzung des Europäischen Haftbefehls nicht die Übergabe, sondern bürokratisiert und verlangsamt das Verfahren.⁹² So können Überstellungen nach deutscher Rechtsprechung nicht nur zulässig oder unzulässig, sondern auch „derzeit unzulässig“ sein, wobei sich dieser Status je nach Inhalt der Zusicherung noch verändern kann und auf Grundlage des § 33 Abs. 1 IRG eine weitere Entscheidung möglich ist.⁹³ Auch sind die Anforderungen an Art. 4 GrCh in der EuGH-Rechtsprechung in dreifacher Hinsicht ungeeignet: Zuerst sind die Begründungsanforderungen für eine Verletzung des Art. 4 GrCh aus gerichtlicher Perspektive⁹⁴ zu hoch, da die zum Zeitpunkt der Überstellung zu erstellende Prognose wegen des langen Zeitraums und der Vielzahl bzw. Unbestimmtheit der für Art. 4 GrCh in Frage kommenden Umstände und Faktoren schwer positiv zu begründen sein dürfte. Haftbedingungen sind dynamisch; welche haftverschlechternden Umstände neben einem möglichen Raumanteil zu welchen Zeitpunkten kumulativ vorliegen werden, ist ex-ante schwer abzusehen. Ein derartiges zweistufiges Prüfungsschema könnte man etwa bei Art. 47 f. GrCh anwenden – so etwa in Verbindung mit Polen und ggf. feh-

⁹¹ Erwägungsgrund 10. So schon *Rosenthal*, ZRP 2006, 105. Laut *Burchard* (Fn. 34), IRG § 73 Rn. 166, stellen menschenrechtswidrige Haftbedingungen mutmaßlich den häufigsten Ablehnungsgrund dar.

⁹² Rechtsvergleichend zur zeitlichen Komponente sowie kritisch zum System der Zusicherung *Weyembergh/Pinelli*, EuCLR 2022, 25 (34 f., 37, 39 ff.). Zur Legitimität der Integration dieses völkerrechtlichen Instrumentes in das EU-Recht, *Riegel/Speicher*, StV 2016, 250 (255 f.).

⁹³ Z.B. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.5.2017 – Ausl 301 AR 54/17 = BeckRS 2017, 111487 Rn. 7 ff. Das Verfahren am OLG Bremen BeckRS 2018, 26658 Rn. 27 dauerte mehr als ein Jahr.

⁹⁴ Zur Frage, ob die Haftbedingungen stets von Amts wegen zu prüfen sind oder ggf. durch die Verteidigung vorgebracht werden müssen, siehe *Weyembergh/Pinelli*, EuCLR 2022, 25 (31 f.).

lender unabhängiger Gerichte geschehen⁹⁵ –, da sich die Prognose auf viel kürzere Zeitpunkte bzw. -abschnitte beziehen kann. Einer Prognoseentscheidung i.R.d. Art. 4 GrCh wohnt also die Gefahr inne, desto schwerer positiv eine Verletzung des Art. 4 GrCh begründen zu können, je länger die Haft dauert. Zweitens ist der Schutz durch Art. 4 GrCh in der Auslegung durch den EuGH unzureichend, da Gerichte nur die Haftanstalten, in denen die verfolgte Person „wahrscheinlich konkret“ inhaftiert werden wird, überprüfen dürfen.⁹⁶ So ist nicht auszuschließen, dass Verletzungen des Art. 4 GrCh zu einem späteren Zeitpunkt drohen. Außerdem bleibt dem Ausstellungsmitgliedstaat, hinsichtlich dem bereits eine abstrakte Gefahr einer Verletzung aus Art. 4 GrCh festgestellt wurde, unüberprüfbar überlassen, welche Erkenntnisse mitgeteilt werden.⁹⁷ Dies hängt auch damit zusammen, dass teilweise keine zentralen Verteilungsvorschriften für Verfolgte nach der Überstellung existieren, so wohl in Ungarn, sodass die erforderliche, auf den Einzelfall bezogene Zusicherung entwertet wird.⁹⁸ Insbesondere die Begründung des EuGH, von einer Überprüfung aller Haftanstalten, in denen die betroffene Person inhaftiert werden könnte, aufgrund des erhöhten zeitlichen Aufwandes und der damit verbundenen Gefahr drohender Straflosigkeit abzusehen⁹⁹, trägt mit Blick auf § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht. Andersherum könnte das zweistufige Prüfungsschema dazu führen, dass einzelne, individuell drohende Grundrechtsverletzungen überhaupt nicht ausreichend geprüft werden, wenn im Anordnungsstaat „schon“ keine generellen oder systematischen Missstände herrschen, obgleich dies aus einer grundrechtlichen individualschützen-

⁹⁵ Z.B. OLG Brandenburg, Beschl. v. 2.3.2021 – 1 AR 26/20 (S) = BeckRS 2021, 5586 Rn. 21 ff. Zur ebenfalls zweistufigen Prüfungsdogmatik der Art. 47 f. GrCh EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU, EU:C:2016:586 (LM), Rn. 68. Dazu *Zimmermann*, EuCLR 2022, 4 (8 ff.), der gerade die Unterschiede zum zweistufigen Test im Rahmen zu erwartender Haftbedingungen herausstellt. Art. 47 f. GrCh enthalten im Wesentlichen Justizgrundrechte, z.B. Recht auf ein faires Verfahren, ein unparteiisches Gericht sowie spezielle Verteidigungsrechte bei Strafverfolgung, siehe *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 40–41.

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU, EU:C:2018:589 (ML), Rn. 78 ff.; EuGH, Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18, EU:C:2019:857 (Dorobantu), Rn. 64 ff.; BVerfG NJW 2022, 932 (934 Rn. 65), inzwischen aufgegriffen von OLG Bremen BeckRS 2022, 45190 Rn. 18 oder KG Berlin BeckRS 2018, 20927 Rn. 9. Sehr restriktiv OLG Dresden, Beschl. v. 27.8.2018 – OLG Ausl 107/18 = BeckRS 2018, 21437.

⁹⁷ Vgl. den Bericht der NGO *Fair Trials*, Reinforcing procedural safeguards and fundamental rights in European Arrest, 2021, S. 23 ff., abrufbar unter https://www.fairtrials.org/app/uploads/2021/11/EAW_Policy_Paper_FINAL-1.pdf (1.3.2024).

⁹⁸ Darauf weist das OLG Celle, BeckRS 2021, 20134 Rn. 27, hin.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18, EU:C:2019:857 (Dorobantu), Rn. 65.

den Perspektive keine Rolle spielen darf.¹⁰⁰ Drittens sind die Anforderungen trotz bereits erfolgter Konkretisierung bzgl. der Prüfungsschritte durch den EuGH zu ungenau. Selbst deutsche Gerichte entscheiden unterschiedlich in Bezug auf gleiche Länder, gleiche Haftanstalten oder der Belastbarkeit einer Zusicherung, forschen unterschiedlich tief, verlangen unterschiedlich differenzierte Auskünfte der Ausstellungsbehörden und begründen ihre Beschlüsse mal in wenigen Sätzen, mal über mehrere Seiten.¹⁰¹ Dass der EuGH eine solche Auslegung vorgibt, die hohe positive Begründungsanforderungen verlangt sowie nicht immer umfassenden und andauernden Schutz bewirkt, ist aus seiner Position heraus sogar nachvollziehbar, da er den mitgliedstaatlichen Gerichten Vorgaben machen muss, wie diese ihrer grundrechtlichen Integrationsverantwortung unter möglichst schonender Beeinträchtigung der gegenseitigen Anerkennung nachkommen können.¹⁰² Die gegenseitige Wächterrolle, in der sich die Gerichte befinden, darf nach dem Anerkennungsgrundsatz gerade nicht dazu führen, dass ein deutsches Gericht zum ungarischen „Oberhaftgericht“ wird.¹⁰³ Die Judikative kann dem hier diskutierten Problem nach gegenwärtiger europäischer Rechtslage also gar nicht alleine Rechnung tragen. Hinzu kommt, dass jedenfalls deutsche Gerichte in Bezug auf die Haftbedingungen häufig auf Berichte des CPT oder kürzlich ergangener EGMR-Urteile abstellen, sodass der tatsächliche Schutz auch damit zusammenhängen könnte, welche Thesen bzgl. welcher Länder zum Beschlusszeitpunkt vorliegen, Schutz also nur selektiv stattfindet.¹⁰⁴ Ordnet man Art. 4 GrCh und § 73 S. 2 IRG zuletzt in einen gesamtstrafrechtlichen europäischen Kontext ein, so entfaltet sich die im Einzelfall schützende Wirkung nur zugunsten von Verfolgten, die im Zuge grenzüberschreitender Strafverfahren überstellt werden, wohingegen Menschen, die in rein innerstaatlichen Strafverfahren unter Umständen menschenrechtswidriger Strafvollstreckung ausgesetzt sind, nicht davon „profitieren“.¹⁰⁵ In Rumänien wird etwa von Räumen für „privilegierte Gefangene“¹⁰⁶ gesprochen, ein Phänomen, das sich nicht auf eine mögliche „Inländerdiskriminierung“ untersuchen ließe, sondern eine weitere Selektion unter denen, die wirklich Schutz durch Art. 4 GrCh genießen, bewirkt.

¹⁰⁰ *Weyembergh/Pinelli*, EuCLR 2022, 25 (33).

¹⁰¹ Siehe die Nachweise in Kapitel IV.

¹⁰² Vgl. *Burchard* (Fn. 7), § 14 Rn. 21, der von praktischer Konkordanz zwischen Kontrolle und Kontrollverzicht spricht.

¹⁰³ *Wendel*, EuR 2019, 111 (115).

¹⁰⁴ Vgl. OLG Köln BeckRS 2018, 16338 Rn. 8 ff. und OLG Bremen BeckRS 2016, 13934 Rn. 13 ff. Dies andeutend auch *Weyembergh/Pinelli*, EuCLR 2022, 25 (33 f.).

¹⁰⁵ *Burchard* (Fn. 34), IRG § 73 Rn. 8, der seine Gedanken auf die Ausführungen von *Klip*, Criminal Law and Criminal Justice 2020, 109 (112 f.), stützt. Zu dem Phänomen auch OLG München BeckRS 2016, 4622 Rn. 18.

¹⁰⁶ So der Verfolgte in seiner Einlassung vor dem OLG Hamburg BeckRS 2022, 7116 Rn. 43.

2. „Weiche“ Lösungen

Nach *Burchard* kann die Rechtshilfe etwa „Keimzelle indirekter Harmonisierung“ sein, indem die Ablehnung aufgrund menschenrechtswidriger Haftbedingungen dem ersuchenden Staat den „Spiegel“ vorhält, in dessen Folge über die Rechtshilfe hinausgehende innerstaatliche Reformen losgetreten werden könnten.¹⁰⁷ Dem ist im Grunde nach zuzustimmen, wenn dies auch mehr auf dem Prinzip „Hoffnung“, als einer evidenzbasierten Analyse fußt. Zieht man etwa als Indiz die Überbelegungsraten innerhalb der EU heran, wird diese Hoffnung gehemmt. Die Auslastung in zyprischen Gefängnissen beträgt derzeit 174 %, gefolgt von Frankreich, Rumänien, Belgien und Italien mit je 123, 121, 116 und 115 % sowie von Slowenien, Ungarn, Schweden, Österreich und Griechenland mit je 112, 108, 105, 104 und 103 %. Auch Irland und Kroatien übersteigen mit 103 und 101 % leicht die Kapazitätsgrenze, insgesamt also 12 von 27 EU-Staaten.¹⁰⁸ Zwar sind die Zahlen dynamisch, dennoch kann von flächendeckenden, in jeder Hinsicht allen Anforderungen des Art. 4 GrCh entsprechenden Zuständen noch keine Rede sein, auch weil ein solcher Durchschnittswert in bestimmten Haftanstalten ungleich höher sein könnte.¹⁰⁹ Die EU könnte als Rechtsetzungsorgan insoweit untätig bleiben und abwarten. Dafür sehenden Auges wiederholend stattfindende Verletzungen des Art. 4 GrCh hinzunehmen, bis im ganzen Vertragsgebiet die notwendigen Reformen vollzogen sind, kann aus einer menschenrechtlichen Perspektive aber nicht ausreichen. Soweit in der Literatur erwogen wird, Überstellungen vor einen allgemeinen Grundrechtsvorbehalt zu stellen oder die Begründungsanforderungen an das Vorliegen einer Verletzung des Art. 4 GrCh zu senken, so könnte dies – aus grundrechtlich begrüßenswerter Perspektive – mehr Menschen vor mutmaßlich gegen Art. 4 GrCh verstoßenden Haftbedingungen bewahren, die Effektivität und praktische Wirksamkeit des europäischen Sekundärrechtes aber schmälern, insbesondere in Bezug auf die beabsichtigte Vereinfachung der Auslieferung.¹¹⁰ Eine „Empfehlung“ der EU oder ein sonst sen-

sibleres Element als die Rechtsangleichung ist – soweit man einen Blick auf die Ebene des Europarates und dessen Empfehlung für europäische Strafvollzugsgrundsätze¹¹¹ wirft – bedingt vielversprechend.¹¹² Beispielsweise wird dort in Nr. 14.1 der Grundsatz aufgestellt, dass Gefangene bei Nacht in Einzelhaftsräumen unterzubringen sind, eine Praxis, die in einem erheblichen Teil der EU-Mitgliedstaaten fast 40 Jahre später – wie die Rechtsprechungsanalyse zeigt – keineswegs üblich ist. Auch die Entschließung des Europäischen Parlamentes zu Haftbedingungen in der EU war als Instrument nicht zielführend.¹¹³ Ebenso eingeschränkt hilft der EGMR innerhalb der EU zum Zeitpunkt der Überstellung weiter. Zwar könnte die verfolgte Person nach einem OLG-Beschluss und Anrufung des Bundesverfassungsgerichtes auch noch gem. Art. 34, 35 Abs. 1 EMRK eine Individualbeschwerde beim EGMR einlegen, um die Überstellung mittels einer „vorläufigen Maßnahme“ gem. Art. 39 VerFO EGMR zu verhindern. Von einer solchen vorläufigen Maßnahme im Bereich der Auslieferung wegen drohender Verletzung von Art. 3 EMRK macht der EGMR aber nur sehr restriktiv Gebrauch.¹¹⁴ Angesichts der oben skizzierten äquivalenten Auslegung von Art. 3 EMRK und Art. 4 GrCh durch EGMR und BVerfG spielen solch vorläufige Maßnahmen in Deutschland de facto auch keine Rolle.¹¹⁵ Da sich die Zeitpunkte weitgehend decken, insbesondere noch vor der tatsächlichen Haftsituation anknüpfen, gelten auch hierfür die Ausführungen bzgl. der Schwierigkeiten einer Prognose und die hohen Anforderungen für eine positive Begründung der konkreten Gefahr. Im Regelfall wird der EGMR eine Konventionsverletzung erst nachträglich (zeitlich ggf. erheblich verzögert) feststellen, während das Unionsrecht im Falle einer Harmonisierung die Chance bietet, präventiv und kollektiv Verletzungen von Art. 4 GrCh zu unterbinden.¹¹⁶ Auch steht die tatsächliche Umsetzung des Rechtsspruches des EGMR – Verletzung von Art. 3 EMRK – auf einem anderen Blatt, etwa

¹⁰⁷ *Burchard* (Fn. 34), IRG § 73 Rn. 8. Ähnlich auch *ders.* (Fn. 7), § 14 Rn. 21.

¹⁰⁸ World Prison Brief, abrufbar unter https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/occupancy-level?field_region_taxonomy_tid=14 (1.3.2024). Es handelt sich zudem um einen Durchschnittswert, der punktuell deutlich höher liegen kann.

¹⁰⁹ Siehe *De Rue*, World Prison Brief v. 9.6.2021, abrufbar unter <https://www.prisonstudies.org/news/europe-long-road-human-dignity> (1.3.2024).

¹¹⁰ In diese Richtung *Zimmermann*, EuCLR 2022, 4 (21 ff.); *Streinz* (Fn. 31), S. 549 (562 ff.). *Schallmoser* (Fn. 2), S. 146 ff., diskutiert bei einem „grundrechtlichen Risiko“ eine europäische „Risikominimierungspflicht“. Ähnlich *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1280). Dies findet sich auch in einem Entwurf des Europäischen Parlamentes mit Empfehlungen an die Kommission, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0039_DE.html (1.3.2024).

¹¹¹ Empfehlung R (87) 3 des Ministerkomitees des Europarates v. 12.2.1987, abrufbar unter <https://rm.coe.int/09000016804d4421> (1.3.2024); mehrfach aktualisiert und präzisiert, zuletzt 2020, abrufbar unter https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809ee581 (1.3.2024).

¹¹² Dies hofft aber der Rat, ABl. EU 2020 Nr. C 419/23 Schlussfolgerung Nr. 17.

¹¹³ ABl. EU 2013 Nr. C 168 E/82.

¹¹⁴ *Schäfer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 34 Rn. 101.

¹¹⁵ *Schäfer* (Fn. 114), Art. 34 Rn. 100. Anders aber insbesondere bei drohender Auslieferung in Drittstaaten, *Hähnel*, in: Barwig/Davy/Fischer-Lescano/Hailbronner/Kluth (Hrsg.), Gleichheit, 2011, S. 105 ff.

¹¹⁶ *Klip*, Criminal Law and Criminal Justice 2020, 109 (113); vgl. *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1280). Der EGMR benötigt für ein Verfahren nach eigenen Angaben im Schnitt drei Jahre, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/50Questions_DE_U (1.3.2024).

weil es an entsprechenden rechtlichen Druckmitteln fehlt.¹¹⁷ Der EGMR kann keinen lückenlosen – kollektiven – Menschenrechtsschutz hervorbringen, sondern nur mit „Musterprozessen“ auf die Grundrechte einwirken.¹¹⁸ Auch dies spricht dafür, dass es nicht alleinige Aufgabe der Judikative sein kann, Mindeststandards für den Strafvollzug zu setzen, sondern dies ebenso dem Bereich der Legislative zufällt.¹¹⁹

3. Rechtsangleichung durch Richtlinie als „große Lösung“?

Der Vorteil einer Harmonisierung der Haftbedingungen läge insgesamt darin, dass bei entsprechender Ausgestaltung sowohl Effektivität und Wirksamkeit des Unionsrechts gesteigert sowie menschenrechtliche Schutzstandards gestärkt würden. Die Verbesserung einer grundrechtlich geschützten Position und die Effektivierung europäischer Strafrechtspflege stellt, eingebettet in eine mögliche Richtlinie zu den Haftbedingungen, damit keinen Zielkonflikt dar, sondern lässt sich zeitgleich erfüllen.¹²⁰ Burchard spricht in diesem Kontext von der „großen Lösung“ der Menschenrechtsfrage, zu der ein politischer Wille derzeit fehle.¹²¹ Zwischen den Zeilen scheint er die Kompetenz der Union für menschenrechtskonforme Harmonisierungsmöglichkeiten aber anzunehmen. Auch das KG Berlin weist deutlich auf das Fehlen von Mindestvorschriften zu Haftbedingungen im Bereich des Unionsrechts hin.¹²²

a) Kompetenzfragen

Der Europäische Rat hat Verbesserungen im Strafvollzug zwar im Stockholmer Programm kurz angerissen, sich hinsichtlich der Bewertung der Kompetenz aber zurückgehalten.¹²³ Andererseits hat das EU-Parlament den Rat und die Kommission mehrfach aufgefordert, Mindestvorschriften betreffend die Rechte von inhaftierten Menschen sekundärrechtlich zu implementieren,¹²⁴ später aber behauptet, „Haftbedingungen und Strafvollzug [fallen] im Wesentlichen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.“¹²⁵ Daher soll im Folgenden kurz angerissen werden, inwieweit die EU über eine Kompetenz verfügt, eine harmonisierende Richtlinie auf dem Feld der Haftbedingungen zu erlassen. Art. 4 GrCh ist in

seiner objektiven Schutzdimension als Charta-Grundrecht für sich genommen nicht kompetenzbegründend, wie Art. 51 Abs. 2 GrCh fest schreibt.¹²⁶ Objektive Schutzpflichten können schließlich nur solche Hoheitsträger treffen, die über entsprechende Kompetenzen zur Erfüllung verfügen.¹²⁷ In diesem Zusammenhang wird vereinzelt ohne Begründung oder Konkretisierung behauptet, die EU verfüge über keine strafvollzugsrechtlichen Kompetenzen.¹²⁸ Dies mag zutreffen, wenn es darum geht, ob die EU die Haftarten (geschlossener oder halboffener Vollzug) angleichen könnte, individuelle Vollzugspläne bzgl. gefangener Menschen vorgeben wollte oder die Uhrzeit des Frühstücks festzulegen beabsichtige. Die Frage der Haftbedingungen dürfte aber jedenfalls in einem Mindestmaß keine rein vollzugsspezifische sein, sondern eine menschenrechtliche. Wegen Art. 6 EUV ist es unzulässig, die Menschenrechte der Charta und Kompetenzen der EU isoliert und unabhängig voneinander zu betrachten.¹²⁹ Daher wird teilweise argumentiert, letztere zur Gewährleistung der Einheit des Primärrechts im Lichte der Charta auszulegen, soweit die Kompetenznorm bereits grundrechtlichen Gehalt aufweist.¹³⁰ Auch kann die Charta unter Umständen geeignet sein, Annexkompetenzen zu begründen.¹³¹ Eine solche Methodik ist als Ausprägung von *implied powers* nicht wegen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung unzulässig, da diese bereits als integraler Bestandteil in dem AEUV angelegt sind.¹³² Ausgangspunkt für die Begründung einer Kompetenz für eine Harmonisierung der Haftbedingungen ist zunächst Art. 82 AEUV, die Zentralnorm für die Materie des Strafverfahrensrechtes.

(1) Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a, d AEUV

Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV ermöglicht es der EU, Maßnahmen zu erlassen, um Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird (lit. a), [...] oder welche die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen erleichtern (lit. d). Eine auf diesem Absatz basierende Har-

¹¹⁷ Vgl. Kirchhof, NJW 2011, 3681 (3682 f.).

¹¹⁸ Kirchhof, NJW 2011, 3681 (3682).

¹¹⁹ Riegel/Speicher, StV 2016, 250 (251). Siehe oben 1. Überdies steht dem Individuum keine der EMRK vergleichbare „Individualbeschwerde wegen Verletzung der Charta“ zu, dazu schon Lindner, ZRP 2007, 54 (56 ff). Kritisch bezüglich dieses Vorschlages Pache, in: Heselhaus/Nowak (Fn. 40), § 11 Rn. 100.

¹²⁰ In Ansätzen findet sich diese Prämisse auch im Stockholmer Programm, ABl. EU 2010 Nr. C 115/1, S. 12.

¹²¹ Burchard (Fn. 34), IRG § 73 Rn. 8.

¹²² KG Berlin BeckRS 2020, 14760 Rn. 10 und BeckRS 2019, 45392 Rn. 11.

¹²³ ABl. EU 2010 Nr. C 115/01, S. 14.

¹²⁴ ABl. EU 2004 Nr. C 76 E/01, S. 416, Ziff. 22; ABl. EU 2004 Nr. C 83 E/01, S. 185, Ziff. 23; ABl. EU 2013 Nr. C 168 E/82, S. 85, Ziff. 3.

¹²⁵ ABl. EU 2013 Nr. C 168 E/82, S. 83.

¹²⁶ Heselhaus, in: ders./Nowak (Fn. 40), § 6 Rn. 13; Kirchhof, NJW 2009, 3681 (3685). Eine solche Schutzpflichtdimension ist im Wortlaut des Art. 51 I 2 GrCh („fördern [...] deren Anwendung“) angelegt.

¹²⁷ Heselhaus (Fn. 126), § 6 Rn. 13.

¹²⁸ Calliess, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, GrCh Art. 4 Rn. 3. Wohl auch Borowsky, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 24.

¹²⁹ Barriga, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 43, 50.

¹³⁰ Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 128.), Art. 51 Rn. 75. Restriktiv Jarass, Charta der Grundrechte der EU, § 51 Rn. 13.

¹³¹ Barriga (Fn. 129), S. 39 ff.

¹³² Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 1), EUV Art. 5 Rn. 13 ff.

monisierung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wofür der Wortlaut des Absatzes 2 („Angleichung“) und die systematische Trennung dieser Absätze sprechen.¹³³ Andererseits schließen „Maßnahmen“ i.R.d. Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 auch Richtlinien mit ein.¹³⁴ Diese sind aufgrund ihres Wesens aber Handlungsinstrumente, um innerstaatliches Strafverfahrensrecht anzugleichen. Zur Auflösung des Problems schlägt *Satzger* vor, eine Harmonisierung auf Grundlage des ersten Absatzes nur zuzulassen, soweit schwerpunktmäßig der in diesem Absatz angesprochene Bereich der Rechtshilfe Gegenstand eines solchen Rechtsaktes ist.¹³⁵ Daher ist es insbesondere möglich, Rechtshilfehindernisse, die ihren Grund im mitgliedstaatlichen Recht haben, durch Gewährung individueller Rechte abzubauen.¹³⁶ Konkret in Betracht kämen hier die Kompetenztitel aus Abs. 1 UAbs. 2 lit. a¹³⁷ oder lit. d. Eine Kompetenz zum Erlass einer allgemeinen, unterschiedslosen Richtlinie zur Angleichung der Haftbedingungen besteht mangels ausreichenden Rechtshilfebezuges weder explizit noch kraft *implied powers*. Denkbar wäre es aber, auf dieser Grundlage den RbEuHB um einen harmonisierenden Artikel zu ergänzen, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, bestimmte Voraussetzungen und Bedingungen für die Zeit der Strafverfolgung bzw. der Strafvollstreckung zu gewährleisten.¹³⁸ Dabei hätte eine solche Regelung das Potential, das Vertrauen der Mitgliedstaaten untereinander und damit die Anerkennungsquote zu steigern und so zur Sicherstellung des Prinzips gegenseitiger Anerkennung beizutragen (lit. a), als auch allgemein die Zusammenarbeit im Rahmen der Strafverfolgung- und Strafvollstreckung zu erleichtern (lit. d), da infolge eines dadurch entstehenden Grundvertrauens gerichtliche Zulässigkeitsentscheidungen mutmaßlich seltener verneint und schneller bejaht würden. Rechtspolitisch wäre dies aber maximal ein kleiner Zwischenschritt für den Menschenrechtsschutz, da der Weg über Abs. 1 UAbs. 2 nur eine selektive Wirkung zugunsten überstellter Personen entfalten würde. Zudem könnte dadurch das Phänomen der „Inländerdiskriminierung“ relevant werden, worunter Konstellationen verstanden werden, in denen eine Person, die sich nicht auf Unionsrecht berufen kann, weniger Rechte hat bzw. sich mit größeren rechtlichen Hürden konfrontiert sieht, als eine Person, die sich aufgrund eines grenzüberschreitenden Bezugs

auf das Unionsrecht berufen kann.¹³⁹ Konkret gemeint ist, dass sich überstellte Personen auf die Schutzwirkungen des Art. 4 GrCh bzw. auf die des hier diskutierten – hypothetischen (die Haftbedingungen vorschreibenden) – Artikels in dem RbEuHB verlassen könnten, während die Personen, die sich bereits im Mitgliedstaat aufhalten, sich nur auf die nationalen Regelungen berufen könnten.¹⁴⁰ Ungeachtet der Frage, inwieweit dies ein Problem des Art. 18 AEUV darstellt oder mittels des nationalen Verfassungsrechts zu lösen ist,¹⁴¹ wäre eine solche Aufspaltung der Anforderungen an die Haftbedingungen rechtspolitisch fragwürdig: Die EU würde nicht nur zielgerichtet ein Zweiklassensystem in den Gefängnissen vorschreiben, sondern unter Umständen Fluchtanreize für Beschuldigte und verurteilte Straftäterinnen und Straftäter schaffen, da bei Ergreifung auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates eine Überstellung auf Grundlage des Europäischen Haftbefehls von den europäischen Grundrechtsgewährleistungen und Haftvorgaben abhängig wäre, die Flucht also mit besseren Grundrechtsstandards belohnt würde.

(2) Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b AEUV

Als echte – umfassende – Harmonisierungskompetenz kommt sodann Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b AEUV in Betracht. „Rechte“ sind Verfahrensrechte aller Art, vor allem justizielle, aber auch andere Grundrechte, sodass Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b AEUV zu mehr ermächtigt, als nur von Art. 47 f. GrCh umfasst wäre.¹⁴² Insoweit weist diese Kompetenznorm bereits „grundrechtlichen Gehalt“ auf und ermächtigt – im Einklang mit den übrigen Voraussetzungen – dazu, im Primärrecht angelegte Rechte sekundärrechtlich auszugestalten und damit zur universellen Geltung zu verhelfen. Vordergründig zielt der Begriff „Einzelner“ auf die beschuldigte Person ab, umfasst aber auch andere Beteiligte, etwa Zeuginnen und Zeugen.¹⁴³ Gleichzeitig wird darauf verwiesen, dass die Kompetenz nicht auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt begrenzt ist, sondern der offene Wortlaut auch das Vollstreckungsverfahren umfasst.¹⁴⁴ Mithin kann

¹³³ *Satzger* (Fn. 27), § 10 Rn. 35. So auch *Böse*, in: ders. (Fn. 1), § 4 Rn. 28 und *Vogel/Eisele* (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 50.

¹³⁴ *Vogel/Eisele* (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 54 f. m.w.N.

¹³⁵ *Satzger* (Fn. 27), § 10 Rn. 36. Zustimmend *Vogel/Eisele* (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 50, die von „dienenden Begleitregelungen“ sprechen.

¹³⁶ *Böse* (Fn. 133), § 4 Rn. 28.

¹³⁷ Die Ermächtigung ist nicht auf bestimmte Verfahrensstadien begrenzt, sondern ist ausweislich des Wortlautes (Entscheidungen „aller Art“) auch auf den Abschnitt des Vollstreckungsverfahrens bezogen, *Böse* (Fn. 133), § 4 Rn. 30; *Vogel/Eisele* (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 59.

¹³⁸ Der Gedanke ließe sich ebenso auf andere Rechtsakte im Bereich der Rechtshilfe übertragen (z.B. Beweisrechtshilfe).

¹³⁹ Siehe oben 2. Definition nach *Croon-Gestefeld*, EuR 2016, 56.

¹⁴⁰ Gewiss ist das Problem auf die Mitgliedstaaten begrenzt, deren nationales Verfassungsrecht geringere Vorgaben für die Ausgestaltung der Haftbedingungen vorsieht als die Charta.

¹⁴¹ Siehe *Epiney*, in: *Callies/Ruffert* (Fn. 128), AEUV Art. 18 Rn. 28 ff.; *Croon-Gestefeld*, EuR 2016, 56 (58 ff.).

¹⁴² *Ramos/Luchtman/Munteanu*, eucrim 2020, 230 (232); *Vogel/Eisele* (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 101; vgl. auch *Böse* (Fn. 133), § 4 Rn. 44.

¹⁴³ BVerfGE 123, 267 (404); *Böse* (Fn. 133), § 4 Rn. 44; *Satzger*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 82 Rn. 52, 60.

¹⁴⁴ *Bogensberger*, in: *Kellerbauer/Klamert/Tomkin* (Hrsg.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, 2019, AEUV Vor Art. 82 Rn. 5; *Böse* (Fn. 133), § 4 Rn. 43; *Meyer*, in: *van der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht, Kommentar*, 7. Aufl.

grundsätzlich auch der/die Verurteilte mit einbezogen werden. Nicht näher diskutiert wird hingegen, was mit Vollstreckungsverfahren im engeren Sinne gemeint ist. Bei restriktiver Auslegung ließe sich – insbesondere auf Grundlage des deutschen Rechts – eine Trennung von „Vollstreckung und Vollzug“ annehmen.¹⁴⁵ Dem könnte methodisch die autonome Auslegung der Verträge¹⁴⁶ entgegenzuhalten sein: Mangels sonstiger Konkretisierung im Primärrecht lässt sich als Auslegungshilfe zum Beispiel der RB-Freiheitsstrafen als unionsweiter Rechtsakt der Vollstreckungshilfe heranziehen.¹⁴⁷ Dieser gibt immer wieder Hinweise darauf, dass der Vollzug einer Freiheitsstrafe Teil der Vollstreckung ist, z.B. in Art. 4 Abs. 1 lit. b oder Art. 6 Abs. 2 lit. b sowie in ErwG 4.¹⁴⁸ Eine explizite Trennung zwischen Herbeiführung der Vollstreckung und Art der Durchführung der Vollstreckung ist – anders als im deutschen Recht¹⁴⁹ – jedenfalls nicht zwingend. Schließlich ist auch aus teleologischem Blickwinkel eine solche Trennung nicht sinnvoll, da vollstreckungsrechtliche Entscheidungen im engeren Sinne in den Vollzug hineinwirken und diesen mitbestimmen.¹⁵⁰ Wenn Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b gerade (grundrechtlich überformten) Individualschutz ermöglichen soll, wäre es sinnwidrig, die Haftbedingungen als wichtigste grundrechtliche Position während der Vollstreckungszeit und als andauernde Grundlage der Strafvollstreckung, die für diesen Abschnitt schlechthin wesentlich ist, aus dem Kompetenztitel auszuklammern. Trotz fehlender Begründung lassen sich die Ausführungen des Generalanwaltes Bot im Rahmen der Rechtssache Aranyosi und Căldăraru ebenso in diese Richtung deuten, wenn er ausführt, Art. 82 AEUV biete eine Rechtsgrundlage für das Tätigwerden der EU-Organe in Bezug auf die Verbesserung der Haftbedingungen.¹⁵¹

2015, AEUV Art. 82 Rn. 37; *Vogel/Eisele* (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 87.

¹⁴⁵ Vgl. *Appl.*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, Vor § 449 Rn. 3, 9, und *Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz*, Kommentar, 93 Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 74 Rn. 99.

¹⁴⁶ So bereits EuGH, Urt. v. 23.3.1982 – C-53/81, EU:C:1982:105 (Levin), Rn. 11. Allgemein dazu *Schröder*, *JuS* 2004, 180 (185).

¹⁴⁷ RB 2008/909/JI.

¹⁴⁸ Vgl. für die RL 2016/680/EU („JI-RL“) in eine ähnliche Richtung *Hornung/Schindler/Schneider*, *ZIS* 2018, 566 (573).

¹⁴⁹ Vgl. *Appl.* (Fn. 145), Vor § 449 Rn. 9.

¹⁵⁰ Vgl. *Appl.* (Fn. 145), Vor § 449 Rn. 9.

¹⁵¹ Schlussanträge des Generalanwaltes Bot v. 3.3.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU, EU:C:2016:140 (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 181 f. Dies heben auch *Weyembergh/Pinelli*, *EuCLR* 2022, 25 (50), hervor. Unklar bleibt allerdings, ob er sich explizit auf den Kompetenztitel Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b bezieht.

b) Inhaltliche Gedanken

Als inhaltliche Anknüpfungspunkte können allesamt die aus der Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien dienen, etwa der ausreichende Hafttraumanteil pro Häftling, hygienische Umstände und Vorschriften, die im Hinblick auf die Sanitäreinrichtungen die Intimsphäre schützen, aber auch ein Mindestmaß an Bewegungsfreiheit bzw. eine Mindestzeit an Bewegungsmöglichkeiten im Haftalltag sowie das Personal betreffende Regelungen. Auch Empfehlungen des Europarates könnten als Orientierung herangezogen werden. Dass bauliche Veränderungen Kosten hervorrufen werden und die entsprechende Ausbildung bzw. generelle Rekrutierung von Personal Ressourcen benötigt, ist dabei zu beachten. Die Rechtsprechung des EGMR kann zwar als Anhaltspunkt dienen, dennoch wäre es begrüßenswert, über Art. 3 EMRK liegende Schutzstandards festzulegen. Der EGMR sieht bspw. selbst ein, dass seine Rechtsprechung unter dem vom CPT grundsätzlich geforderten 4 m² Hafttraumanteil liegt, begründet dies aber mit unterschiedlichen Stellungen im System des Europarates: Der Gerichtshof sei für eine Einzelfallentscheidung unter Zugrundlegung aller besonderen und relevanten Umstände nur dieses Falls berufen, während das CPT insgesamt einen universellen Schutzstandard für Haftbedingungen zu erreichen versucht und – anders als der EGMR – präventiv und nicht kurativ agiert.¹⁵² Er nennt seine eigene Rechtsprechung in dem Zusammenhang „zurückhaltend“, was man sogar als Aufforderung an eine Instanz mit Rechtsetzungsbefugnis (man denke an die EU), jedenfalls aber als Zubilligung der Möglichkeit verstehen kann, einen höheren Standard zu implementieren. Die EU täte mithin gut daran, sich eher den Berichten des CPT als der einzelfallbezogenen Rechtsprechung des EGMR anzuschließen.¹⁵³

VI. Fazit und Ausblick

Bevor sich die EU paternalistisch um die Abschaffung erniedrigender Strafen i.S.d Art. 4 GrCh in Drittländern kümmert,¹⁵⁴ sollte zunächst der räumliche Bereich in den Fokus rücken, der unmittelbar beeinflusst werden kann. Solange nicht alle Mitgliedstaaten grundlegende Menschenrechte inhaftierter Personen achten, insbesondere kodifiziert in Art. 4 GrCh, bleibt nicht nur die Praxis europäischer Haftbefehle ineffektiv, sondern auch die Idee der Union als ein Raum des Rechts eine Utopie. Und *Schünemanns* metaphorischer Ausspruch, das Strafrecht trenne „den freien Menschen von der wie in einem Käfig gehaltenen Kreatur“¹⁵⁵, bleibt teilweise Realität. Wie weitreichend Harmonisierungskompetenzen sind und welche Inhalte eine Richtlinie detailliert regeln könnte und sollte, bedarf weiterer Aufklärung und tiefergehender Untersuchung, die an dieser Stelle zu weit führen würde. Dabei müssten etwa Subsidiaritätsgrundsatz,

¹⁵² EGMR, Urt. v. 20.10.2016 – 7334/13 (*Muršić v. Kroatien*), Rn. 111 ff.

¹⁵³ In diese Richtung z.B. das OLG Karlsruhe BeckRS 2018, 17974 Rn. 20.

¹⁵⁴ Leitlinien des Rates der EU v. 16.9.2019, 12107/19; KOM (2001) 252 endg. v. 8.5.2001.

¹⁵⁵ *Schünemann*, *ZStW* 119 (2007), 945.

Verhältnismäßigkeitsprinzip und Erforderlichkeitsvorbehalt erörtert werden. Die oben durchgeführte Auswertung oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung ließe sich dabei als Indiz für die von Art. 82 Abs. 2 UAbs. 1 Hs. 1 AEUV geforderte Erforderlichkeit anführen, da der gegenwärtige Zustand als spürbares Hindernis für die Zusammenarbeit anzusehen ist.¹⁵⁶ Im Hinblick auf den Grundsatz der Subsidiarität sei angemerkt, dass es in vielen Ländern Gesetze bzgl. Haftbedingungen gibt, diese aber nicht konsequent angewendet werden, wobei man über die Gründe nur mutmaßen kann.¹⁵⁷ Ein harmonisierender Ansatz auf EU-Ebene würde im Gegensatz zu eigeninitiativen Tätigkeiten der Mitgliedstaaten insbesondere einen Flickenteppich von Haftstandards verhindern, der das Vertrauensproblem in keiner Weise bekämpft. Dass die Staaten aus sich heraus umfassend tätig werden, dürfte zudem unwahrscheinlich sein. Rechtspolitische Mehrheiten zu generieren, wenn es um die Stärkung individueller Rechte von verurteilten Straftäterinnen und Straftätern geht, ist in der Regel schwierig, auch weil deren, oft mit der Inhaftierung einhergehende, fehlende politische Stimme nur selten Legitimationsdruck auf die Staaten ausübt.¹⁵⁸ Diesen Legitimationsdruck könnte aber die EU auf die Staaten einerseits politisch ausüben, insbesondere aber auch rechtlich, etwa durch das Instrument des Vertragsverletzungsverfahrens, Art. 258 AEUV. Die vorangegangenen Überlegungen sollen auf diesem Gebiet eine erste Orientierungshilfe sein. Der Vorschlag soll auch nicht verkennen, dass eine Umsetzung eines solchen Rechtsaktes nicht unerhebliche Kosten verursachen dürfte und Um- oder Neubauten eine gewisse Dauer in Anspruch nehmen würden. Inhaltliche Vorgaben könnten damit zunächst auf Neu- oder Umbauten beschränkt werden und eine vollumfängliche Umsetzung erst nach Ablauf einer – realistisch betrachtet: mehrjährigen – Frist zu fordern sein. Dazu müssten auf europäischer Ebene entsprechende finanzielle Mittel bereitgestellt werden.¹⁵⁹ Wenn die EU aber effektive Rechtshilfe in Strafsachen unter Achtung der Grundrechte zu betreiben beabsichtigt oder sich selbst als „ein Europa auf dem Fundament der Grundrechte“ bezeichnet, sind Änderungen dringend notwendig.¹⁶⁰

¹⁵⁶ *Vogel/Eisele* (Fn. 1), AEUV Art. 82 Rn. 95.

¹⁵⁷ So etwa das OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 11021 Rn. 20, in Bezug auf Griechenland.

¹⁵⁸ Vgl. *Weyembergh/Pinelli*, EuCLR 2022, 25 (51).

¹⁵⁹ *Weyembergh/Pinelli*, EuCLR 2022, 25 (45 f., 51).

¹⁶⁰ ABl. EU 2010 Nr. C 115/01, S. 8, 12.

Die Wandlung des Begriffs der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in Ostasien Eine kritische Überprüfung

Von Prof. Dr. Guisheng Cai, Peking*

Franz von Liszt (1851–1919) hat den Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in die Strafrechtsdogmatik eingeführt. Nun scheint es so, als werde diese Rechtsfigur auch in Ostasien rezipiert.¹ In China und Japan gibt es eine Zahl von Strafrechtlern, die dafür plädieren, mit ihrer Hilfe das Unrecht des Täters im materiellen Strafrecht zu begründen. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Verwendung der „materiellen Rechtswidrigkeit“ der Grammatik und dem Gebrauch der Wörter entspricht, auch wenn man diesbezüglich die ostasiatischen Sprachen per se berücksichtigt. Falls nein, welche Auswirkung hat eine solche Terminologie auf die Strafrechtswissenschaft? Die Unrechtslehre ist und bleibt stets wichtig im Strafrecht. Anlässlich des Erscheinens der Schriftenreihe zum ostasiatischen Strafrecht in Tübingen ist die Theorie der Rechtswidrigkeit erneut diskutiert worden.² Aufgrund der relativ hohen sprachlichen Barriere zwischen den ostasiatischen und europäischen Ländern sowie des daraus resultierenden missverständlichen Gebrauchs einiger Begriffe besteht jedoch die Gefahr, dass sich in Europa leicht ein falsches Verständnis von den Strafrechtslehren Ostasiens etablieren könnte. Aus diesem Grund ist es notwendig, im Folgenden die relevanten Probleme im Zusammenhang mit der sog. „materiellen Rechtswidrigkeit“ gesondert zu erklären.

I. Einleitung

Innerhalb Ostasiens ist der Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ aus dem deutschen Strafrecht zunächst in Japan und dann in China eingeführt worden. Im ersten Teil dieses Beitrags werde ich zunächst die grundlegende Entstehungs-

* Der Autor ist Associate Professor am Research Center for Criminal Justice und der Law School, Renmin University of China (Peking); Promotion an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (2013). Danken möchte ich Herrn Armbricht für die sprachliche Verbesserung des Manuskripts.

¹ Heute muss man aber die „Rezeption“ des deutschen Gedankenguts in Ostasien skeptisch betrachten. Dazu schreibt Hilgendorf, in: ders. (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft im Aufbruch*, 2021, S. VI (Vorwort): „Anders als noch vor 20 oder 30 Jahren diskutieren Vertreter der internationalen Strafrechtsdogmatik heute auf Augenhöhe miteinander. Die Zeit, in der deutsche Strafrechtsgelehrte im Ausland wie Heilsbringer empfangen und behandelt wurden, ist vorbei ...“

² Beispielsweise Hilgendorf (Hrsg.), *Rechtswidrigkeit in der Diskussion*, 2018; ders. (Hrsg.), *Das Gesetzmäßigkeitsprinzip im Strafrecht*, 2013; ders. (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des chinesischen und deutschen Strafrechts*, 2015; Duttge/Tadaki (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert*, 2017; Hilgendorf/Ida/Sato (Hrsg.), *Strafrecht zwischen Ost und West*, 2019; Hilgendorf (Hrsg.), *Das Schuldprinzip im deutsch-chinesischen Vergleich*, 2019.

geschichte der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in Ostasien erörtern (II.). Das Verständnis der geschichtlichen Entwicklung trägt dazu bei, die Gegenwart besser erfassen zu können. Im zweiten Teil gehe ich dem Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ und den daraus abgeleiteten Begriffen unter dem Gesichtspunkt der Sprachphilosophie nach; zugleich analysiere ich die sprachliche Reichweite dieser Begriffe in Ostasien (III.). Mit Rücksicht auf die deutschen Erfahrungen werde ich darüber hinaus untersuchen, in welchem Sinn die „materielle Rechtswidrigkeit“ und die mit ihr vergleichbaren Kriterien in der ostasiatischen Rechtspraxis verwendet werden (IV.). In diesem Zusammenhang stelle ich anhand von Beispielen dar, worin die (nur scheinbaren) Vorteile und die (tatsächlichen) Nachteile der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in der Rechtspraxis liegen. Am Ende des Beitrags ziehe ich ein Fazit (V.).

II. Der Import der Strafrechtstheorie v. Liszts nach Ostasien und der Gedanke der „materiellen Rechtswidrigkeit“

Die Strafrechtstheorie v. Liszts hat seit den Anfängen des modernen chinesischen Strafgesetzbuches das Verständnis der Strafrechtler in Ostasien tief geprägt. Im Zuge der Rechtsreform in den 1900er Jahren beauftragte die chinesische Regierung der Tsing Dynastie³ den bekannten japanischen Strafrechtler Asataro Okada (1868–1936) damit, den Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches für China zu verfassen. Seine chinesischen Ansprechpartner aus der Tsing-Regierung waren Jiaben Shen (1840–1913) und Tingfang Wu (1842–1922). Jiaben Shen, ein traditioneller Beamter, besaß zwar reichhaltige Kenntnisse von den antiken chinesischen Gesetzen und hatte eine zweibändige Großmonographie⁴ zu diesem Thema geschrieben, hatte jedoch noch keine persönliche Forschungserfahrung in Europa gesammelt. Tingfang Wu hatte in Großbritannien Jura studiert.⁵ Im Gegensatz zu Jiaben Shen und Tingfang Wu hatte Okada bereits in Frankreich und Deutschland zum Strafrecht geforscht. An dieser Stelle besonders zu hervorzuheben ist sein Aufenthalt an der Universität Halle, an der auch v. Liszt von 1889 bis 1898 gearbeitet hatte. Während seines Aufenthalts in Halle, also im Sommersemester 1898 und Wintersemester 1898/1899, legte Okada einen Forschungsschwerpunkt auf die Lehre v. Liszts. So hat er sich beispielsweise mit der – die Kausalität betreffende – Bedingungstheorie auseinandergesetzt und diese letztlich übernommen.⁶

³ Die Tsing Dynastie dauerte von 1644 bis 1912.

⁴ Shen, *Die Untersuchung der Strafgesetze in vergangenen Dynastien*, Bd. 1 und Bd. 2, 2011.

⁵ Vgl. Gao/Ma (Hrsg.), *Die Kommentierung und Übersetzung der Chronik des Strafrechts in vergangenen Dynastien von China*, 1994, S. 1012.

⁶ Vgl. Kobayashi, *Chaoyang Law Review* 15 (2020), 244 (246 Fn. 2 und 265).

In den 1890er Jahren dominierten in Japan französische Strafrechtsideen, insbesondere die Lehre vom Kompromiss, die vor allem von Gustave Émile Boissonade (1825–1910) geprägt wurde. Diese französische Strafrechtslehre plädierte dafür, dass man die beiden Kriterien der Gerechtigkeit und der Verletzung von gemeinschaftlichen Interessen vermittelnd berücksichtigen sollte, um die Strafbarkeit zu begründen. Die Gesellschaft habe jene Verhaltensweisen zu bestrafen, die nicht nur dem Moralgesetz (Gewissen) widersprechen, sondern auch die Interessen der Gesellschaft gefährden. Mit dem Gewissens-Kriterium (i.S.d. Moralgesetzes) könne alles berichtigt werden. Mit anderen Worten: Was dem Gewissen entspricht, sei zu tun; was ihm zuwiderläuft, sei zu unterlassen.⁷ Okada hat diese Lehre hingegen eingehend kritisiert. Er war der Meinung, dass die Lehre vom Kompromiss über keinen klaren Begriff des Gewissens verfüge. Wer sich am Mörder seiner Eltern rächt, indem er ihn tötet, handelt auf Grundlage des antiken Gewissensbegriffs gerechtfertigt, wohingegen der Rächer nach den heute gültigen Regeln wegen Totschlags verurteilt werden müsste. Als weiteres Beispiel führt er den aus Europa bekannten sog. Zweikampf an, der in Japan eine Straftat sei. Aus diesen Beispielen schließt Okada, dass das, was das sog. Gewissen fordert, stets zeit- und ortsabhängig sei.

Wenn diese Thesen zutreffen, wäre das, was zur Befolgung des Gewissens erforderlich ist, unbestimmt. Offenkundig kann die Gewissensentscheidung (i.S.d. Moralvorstellung) des einen mit der Gewissensentscheidung des anderen in Widerspruch geraten. Um zu beurteilen, welche der beiden Gewissensentscheidungen die objektiv richtige sei, müsste man einen Gewissensmaßstab einführen. Doch wer verfügt über die Eignung, einen solchen Maßstab zu formulieren? Und selbst wenn sich eine qualifizierte Person fände, so würde auch sie ihrem Gewissen folgen, sodass sich die Frage stellt, auf welche Weise nun ihre Gewissensentscheidung objektiv überprüft werden kann. Angesichts dieses Zirkels ist fraglich, ob das Gewissen (i.S.d. Moral) ein angemessener Maßstab für richtiges Handeln sein kann.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass diesbezügliche Kriterien wegen ihrer Orts- und Zeitgebundenheit jeweils unterschiedlich sein sollten. Auch wenn man dafür ein Konzept des Gewissens finden könnte, bliebe es noch eine Frage, ob dieses „richtige“ Gewissen (i.S.d. Moral) in der Situation wirklich befolgt werden könne oder nicht.⁸ Aufgrund dieser grundlegenden Kritik am Gewissenskriterium (i.S.d. Moralgesetzes) vertrat Asataro Okada die Auffassung, dass man die Gesellschaft und das Recht vor dem Hintergrund der Evolutionstheorie verstehen sollte. Dazu schrieb er, dass das Recht eine Erscheinungsform des Staates und der Staat eine Form der Gesellschaft sei. Wenn nun die Gesellschaft aus einer Zahl von Menschengruppen bestehe, müsse die allgemeine Regel des Rechts nichts anders als die biologische Regel der natürlichen Selektion sein („the survival of the fittest“). Anders gewendet: Der Staat bestehe aus einer Gruppe von Men-

schen, die den menschlichen Wettbewerb um das Überleben gewonnen haben. Das Recht sei notwendig, um die Rahmenbedingungen dieses Wettbewerbs vor Schäden zu schützen, weil das Zusammenleben der Menschen solche Bedingungen notwendig mache. Nach dieser Betrachtungsweise sei die Strafgewalt des Staates diejenige Gewalt, die die Negation der notwendigen Rahmenbedingungen des menschlichen Zusammenlebens wiederum negiere. Die Strafe sei infolgedessen nur das Mittel, das die genannte Negation nochmals negiere, sodass das Strafmaß durch die unerlässlichen Grenzlinien einer solchen Negation der Negation bestimmt werde.⁹

Die Auffassung Okadas erscheint nicht unbekannt, wenn man sie mit dem Vortrag v. Liszts an der Universität Marburg im Jahr 1882¹⁰ vergleicht. Die von v. Liszt vertretene Ansicht ist ebenfalls durch eine evolutionstheoretische Sichtweise geprägt, wonach die Strafe ursprünglich eine instinktive wie auch zweckmäßige Triebhandlung gewesen sei und erst nach der Entstehung des Staates unbefangen, affektlos, und objektiv wurde. Möglich geworden sei diese Objektivierung der Strafe zunächst durch die Erkenntnis der (Über-)Lebensbedingungen der staatlichen Gemeinschaft und ihrer Individuen, gegen die das Verbrechen gerichtet sei. Die Lebensbedingungen würden fixiert, gegeneinander abgewogen, zu rechtlich geschützten Interessen, zu Rechtsgütern erklärt durch die generellen Imperative: Du sollst nicht töten; nicht stehlen; nicht ehebrechen usw. Die Geschichte des Strafrechts sei v. Liszt zufolge die Geschichte der zu Rechtsgütern erklärten Interessen der Menschheit. Indem man das Verbrechen als eine Verletzung von Rechtsgütern erkennt, stelle man die Strafe in den Dienst des Rechtsgüterschutzes. So habe die Objektivierung der Strafe dazu geführt, dass sowohl die Voraussetzungen für die Verhängung als auch der Inhalt und Umfang der als Strafe erscheinenden Reaktion bestimmt und dem Zweckgedanken untergeordnet werden können – namentlich dem Zweck des Rechtsgüterschutzes.¹¹ Dies ist mit dem Verständnis Rudolf von Jherings (1818–1892) vereinbar, der die Ansicht vertrat, dass das Recht die staatliche Zwangsnorm im Dienste eines gesellschaftlichen Zwecks sei.¹² Er schrieb:

„Das Recht ist in meinen Augen nur die ihres eigenen Vorteils und damit der Notwendigkeit des Maßes sich bewußt gewordene Gewalt, nicht also etwas seinem Wesen nach von letzterer Verschiedenes, sondern nur eine Erscheinungsform derselben: die rechte, richtige, weil an Regeln sich bindende, also disziplinierte Gewalt im Gegensatz der wilden, rohen, weil nur durch den augenblicklichen Vorteil bestimmten, also der regellosen Gewalt.“¹³

⁹ Kobayashi, Chaoyang Law Review 15 (2020), 244 (253 f.).

¹⁰ v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 126.

¹¹ Vgl. v. Liszt (Fn. 10), S. 133 ff., 146 f., 149 f., 156 Fn. 3, 161.

¹² Hier zitiert nach Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 47.

¹³ v. Jhering, Der Zweck im Recht, 1877, S. 251, hier zitiert nach v. Liszt (Fn. 10), S. 150 f.

⁷ Hier zitiert nach Kobayashi, Chaoyang Law Review 15 (2020), 244 (251 f.).

⁸ Kobayashi, Chaoyang Law Review 15 (2020), 244 (252 f.).

Daher wird die Wendung v. Jherings zu einer pragmatischen Jurisprudenz als der Ausgangspunkt der „Interessenjurisprudenz“ bezeichnet.¹⁴

Die japanische Übersetzung des Strafrechtslehrbuches v. Liszts erschien bereits im Jahr 1903. Tsutau Koaze (1876–1912) veröffentlichte zwei Lehrbücher (1904 und 1908), die sich fast vollständig am v. Lisztschen „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“ (12. bzw. 23. Auflage, 1903) orientieren. Der Strafrechtler Eiichi Makino (1878–1970) studierte ebenfalls von 1910 bis 1913 in Deutschland bei v. Liszt. Er war als Vertreter der modernen Schule bekannt.¹⁵ Erst mehr als 90 Jahre später, und zwar im Jahr 2000, wurde die 26. Auflage des von Eberhard Schmidt betreuten Lehrbuchs von v. Liszt von Jiusheng Xu (geb. 1961) ins Chinesische übersetzt und in Peking veröffentlicht. Zugleich wurde auch die als ein durchgehender Sammelband von chinesischen Aufsätzen konzipierte „Criminal Law Review“ (chinesisch: Xing Shi Fa Ping Lun, 刑法评论) von Xingliang Chen (geb. 1957) in Peking gegründet, die, dem Vorschlag Haidong Lis¹⁶ folgend, nach dem Vorbild der deutschen Fachzeitschrift ZStW beschaffen ist und heute im 47. Band publiziert wird. v. Jhering hat in seiner Schrift „Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht“ den Begriff der „objektiven Rechtswidrigkeit“ eingeführt. Da eine solche Rechtswidrigkeit eine der Säulen des (neo-)klassischen Deliktbaus bildet, wurde „Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht“ von Weicai Ke ins Chinesische übersetzt und im Jahr 2009 in Peking veröffentlicht. Darüber hinaus wurde im Jahr 2016 ein Teil der berühmten zweibändigen Sammlung „Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge“ v. Liszts wiederum von Xu in die chinesische Sprache übertragen und unter dem Titel „Über Verbrechen, Strafe und Kriminalpolitik“ veröffentlicht. Der andere wichtige deutsche Strafrechtsdenker, Karl Binding (1841–1920), wurde auf dem Festland Chinas hingegen erst im Jahr 2017 von Fengzhuang Liang in einem Aufsatz in dem *Tsinghua Law Journal* besonders untersucht.¹⁷ Dies zeigt, dass die Lehre v. Liszts das ostasiatische Strafrecht umfassend beeinflusst hat.

Die Auffassung, die dem Verständnis der chinesischen Rechtswidrigkeitslehre zugrunde liegt, findet man in der 26. Auflage des von Eberhard Schmidt betreuten Lehrbuchs v. Liszts. Dort wird die formelle Rechtswidrigkeit von der „materiellen“ folgendermaßen abgegrenzt:

¹⁴ Vgl. *Larenz* (Fn. 12), S. 49.

¹⁵ Vgl. *Asada*, in: Hilgendorf/Ida/Sato (Fn. 2), S. 3 f.

¹⁶ Haidong Li promovierte 1991 an der Universität Freiburg unter der Betreuung von Hans-Heinrich Jescheck (1915–2009) mit einer Dissertation über die Grundsätze des Völkerstrafrechts.

¹⁷ Der Grund liegt vermutlich darin, dass das Verständnis der Lehren Bindings den Asiaten aufgrund der sprachlichen und rechtskulturellen Unterschiede besonders schwer fiel. Diese besondere Herausforderung zeigt sich gleichermaßen daran, dass Deutsche oder US-Amerikaner regelmäßig eine europäische Fremdsprache wie etwa Französisch lernen, es ihnen aber „fast unmöglich“ ist, sich „schwierige“ Sprachen, wie Chinesisch und Japanisch, anzueignen.

„Im Hinblick auf das rechtliche Unwerturteil über die Tat sind zwei Betrachtungsweisen möglich: 1. Formell rechtswidrig ist die Handlung als Übertretung einer staatlichen Norm, eines Gebotes oder Verbotes der Rechtsordnung. 2. Materiell rechtswidrig ist die Handlung als gesellschaftsschädliches [...] Verhalten [...]. Die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts ist nur dann materiell rechtswidrig, wenn sie den Zwecken der das Zusammenleben regelnden Rechtsordnung widerspricht; sie ist, trotz ihrer Richtung gegen rechtlich geschützte Interessen, materiell rechtmäßig, wenn und soweit sie jenen Zwecken der Rechtsordnung und somit des menschlichen Zusammenlebens selbst entspricht. Dieser materielle (antisoziale) Gehalt des Unrechts ist unabhängig von seiner richtigen Würdigung durch den Gesetzgeber [...]. Die Rechtsnorm findet ihn vor, sie schafft ihn nicht. Formelle und materielle Rechtswidrigkeit können sich decken; sie können aber auch auseinanderfallen. Ein solcher Widerspruch zwischen dem materiellen Gehalt der Handlung und ihrer positivrechtlichen Würdigung ist [...] nicht ausgeschlossen. Liegt er vor, so ist der Richter durch das Gesetz gebunden; die Korrektur des geltenden Rechts liegt jenseits der Grenzen seiner Aufgabe.“¹⁸

v. Liszt hatte bereits in der 21. bzw. 22. Auflage seines Lehrbuchs (vor der Übernahme durch Eberhard Schmidt) die „materielle Rechtswidrigkeit“ erörtert. Dieser ältere Text wird von dem renommierten Strafrechtler Claus Roxin (geb. 1931) zitiert. Die 3. Auflage des ersten Bands seines großen Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts wurde kurz nach Erscheinen der Übersetzung des Werks von v. Liszt und Eberhard Schmidt von Shizhou Wang (geb. 1953) in die chinesische Sprache übertragen und im Jahr 2005 in Peking veröffentlicht. Seine japanische Version erschien in zwei Teilbänden in den Jahren 2003 und 2009. Aus der Sicht der chinesischen Geschichte ist der Zeitperiode von 2000 bis 2005 für die Veröffentlichung des Roxinschen Lehrbuchs ideal, weil die damalige wissenschaftliche Diskussion in der chinesischen Gesellschaft relativ offen geführt wurde und zu fruchtbaren Ergebnissen gelangte. Der Grund liegt darin, dass China im Jahr 2001 der Welthandelsorganisation (WTO) beitrat und sich damit eine Tür zur Einfuhr ausländischen strafrechtlichen Gedankenguts öffnete. Von den ausländischen Strafrechtslehren wurden vor allem die japanischen Ideen von chinesischen Wissenschaftlern berücksichtigt und sogar in Teilen übernommen.

Die japanische Strafrechtswissenschaft ist seit den 1970er Jahren stark von Ryuichi Hirano (1920–2004) geprägt worden. Hirano übernahm zuerst die finale Handlungslehre von Hans Welzel (1904–1977), wurde allerdings später aufgrund seiner sogenannten „funktionalistischen“ Stellung zu einem ihrer schärfsten Kritiker. Der Grund für eine solche Wendung liegt darin, dass Hirano niemals in Deutschland geforscht hatte und auch die meisten seiner Schüler außer in Japan nur

¹⁸ v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 176 f.

in den USA studiert haben.¹⁹ Da Hirano als Professor an der Universität Tokio sehr aktiv war und alle Strafrechtsprofessoren der Tokioter Universität entweder seine Schüler oder Enkelschüler sind,²⁰ herrscht im japanischen Strafrecht eine von Hirano entschieden vertretene sog. objektivierte und erfolgsorientierte Unrechtslehre vor. Unter dem Einfluss von Hirano kommt es in Japan und China, insbesondere bei Mingkai Zhang (geb. 1959), daher zu einer übermäßig starken Betonung der Gegensätze zwischen den Lehren Bonns und Münchens, die jeweils maßgeblich von den Strafrechtlern Hans Welzel, Günther Jakobs (geb. 1937) und Claus Roxin beeinflusst werden. Aufgrund dieser Überbetonung entscheiden sich die Japaner in der Regel für eine dieser Schulen und ziehen dabei die Roxinschen Lehren vor.²¹ Wenn sie aber die genaue Stelle des Vorsatzes in der Verbrechenslehre erklären müssen, kehren sie zur Lehre von Seiichirō Ono (1891–1986) zurück. Ono zufolge ist der Tatbestand sowohl ein Typus der Rechtsverletzung als auch ein Schuldtypus. Daher halten die Japaner den Vorsatz für ein Schuldmerkmal, das inhaltlich wiederum einen Teil des Schuldtatbestands bildet. Zugleich besteht der Tatbestand in Japan nach einer herkömmlichen Auffassung aus einem objektiven Teil und einem subjektiven Teil, die jeweils als Unrechtstatbestand und Schuldtatbestand verstanden werden sollen. Anders als die herrschende Lehre in Deutschland werden die beiden Teile in Japan künstlich getrennt geprüft, und zwar der objektive Tatbestand auf der ersten Stufe (auf Tatbestandsebene), der subjektive Tatbestand auf der dritten Stufe (auf Schuldebene). Dieser aus der Sicht der deutschen Verbrechenslehre ungewöhnliche Prüfungsaufbau ist darin begründet, dass die zeitweilige Mehrheit der Stimmen in der japanischen Strafrechtslehre die in Deutschland herrschende personale Unrechtslehre, nach der der Vorsatz und die Fahrlässigkeit bereits Unrechtselemente sind und ebenfalls auf der Tatbestandsebene geprüft werden, bewusst und als „moralisches“ Gedankengut willkürlich abgelehnt hat. Deshalb müssen wir hier gleichbedeutend die Lehre Claus Roxins anführen, wenn wir die Diskussion in Ostasien verstehen möchten.

Zur „materiellen Rechtswidrigkeit“ schreibt *Claus Roxin* im ersten Band seines bekannten Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts Folgendes:

„Die praktische Bedeutung der materiellen Rechtswidrigkeit ist von dreifacher Art. Sie gestattet es, Unrechtsabstu-

fun gen vorzunehmen und dogmatisch fruchtbar zu machen [...], sie liefert Interpretationsbehelfe für Tatbestands-, Irrtumslehre und für die Lösung anderer dogmatischer Probleme [...], und sie ermöglicht es, das den Unrechtsausschließungsgründen zugrunde liegende Prinzip zu formulieren sowie ihren Zusammenhang und ihre Reichweite zu bestimmen. [...] Zunächst kann man mit Hilfe der materiellen Rechtswidrigkeit das Unrecht nach seiner Schwere abstufen. Die formelle Rechtswidrigkeit erlaubt keine Steigerungen und keine qualitativen Unterscheidungen [...]. Auch für die bei Ermittlung der Rechtswidrigkeit anzustellenden Interessenabwägungen spielen Art und Ausmaß der drohenden materiellen Beeinträchtigungen eine erhebliche Rolle. [...] Der Gedanke der materiellen Rechtswidrigkeit erweist sich ferner bei der Tatbestandsauslegung vor allem dort als nützlich, wo ein Verhalten dem Wortlaut einer Strafbestimmung subsumiert werden könnte, materiell, d.h. seinem sozialen Bedeutungsgehalt nach, aber nicht dem Deliktstyp entspricht. [...] Schließlich ist das Prinzip der materiellen Rechtswidrigkeit auch für die Entwicklung und inhaltliche Bestimmung der Rechtfertigungsgründe maßgebend.“²²

Neben der formellen Rechtswidrigkeit wurde die oben genannte „materielle Rechtswidrigkeit“ mit ihrer praktischen Bedeutung von dreifacher Art in China von denjenigen, die die sowjetische Lehre kritisieren und der japanischen dreistufigen Verbrechenslehre folgen, fast komplett übernommen.²³ Rechtsphilosophisch vertritt *Claus Roxin* die neo-kantianischen Rechtsideen, die, anders als die hegeliatische Lehre, in China aufgrund von bloß oberflächlichen Kenntnissen häufig als liberalistische Rechtsgedanken gepriesen werden. Die Rezeption der Roxinschen Lehre kennzeichnet einen Höhepunkt des Einflusses der deutschen Strafrechtslehre auf das Festland Chinas. Die Strafrechtsideen anderer deutscher Autoren, die neben oder nach *Claus Roxin* in das chinesische Strafrecht eingeführt worden sind, sind teilweise der überspitzten Kritik ausgesetzt, eine konservative oder sogar nationalsozialistische Gesinnung zu reflektieren,²⁴ obwohl solche Bedenken unbegründet oder gelegentlich sogar kontraproduktiv sind. Eine solche schnelle Ablehnung unter Verweis auf eine vermeintliche Ideologie findet auf dem Festland Chinas statt, weil viele Laien, insbesondere Populisten, nicht über die Fähigkeit verfügen, die Bundesrepublik Deutschland vom

¹⁹ Vgl. *Asada* (Fn. 15), S. 6; *Takayama*, in: *Duttge/Tadaki* (Fn. 2), S. 8.

²⁰ Vgl. *Takayama* (Fn. 19), S. 8.

²¹ Obgleich der japanische Kollege Takaaki Matsumiya (geb. 1958) den wissenschaftlichen Einfluss der Lehre Jakobs' auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik sehr positiv darstellt (vgl. *Matsumiya*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* [Hrsg.], *Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019, S. 751), ist ein solcher Einfluss in Ostasien aufgrund der teilweise entstandenen Missverständnisse leider noch nicht groß; dies gilt erst recht, wenn man den Einfluss der Lehren Jakobs' und Roxins vergleicht.

²² *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 6 ff. In der 4. und 5. Aufl. (bearbeitet durch *Luis Greco*, 2020) ist der Abschnitt zur „materiellen Rechtswidrigkeit“ gegenüber der 3. Aufl. unverändert geblieben.

²³ Vgl. etwa die Auffassung des bedeutenden wissenschaftlichen Organisations *Chen*, in: *Hilgendorf* (Fn. 2 – *Rechtswidrigkeit*), S. 67.

²⁴ Ein oft zitierter Aufsatz ist: *I-che Cheng*, in: *Modernes Strafrecht und strafrechtliche Verantwortlichkeit, Festschrift für Tun-ming Tsai zum 65. Geburtstag*, 1997, S. 783.

deutschen Reich genau zu unterscheiden, geschweige denn Bonn von Weimar.²⁵

III. Eine Begriffskette? Die „materielle Rechtswidrigkeit“, „strafbare Rechtswidrigkeit“ und „Gesellschaftsschädlichkeit“

Obwohl die herrschende Lehre in Japan die dreistufige Verbrechenlehre vertritt, hat sich dort der Begriff „materielle Rechtswidrigkeit“ in den der sog. „strafbaren Rechtswidrigkeit“ verwandelt. Anders als in Japan, streitet man in China heftig darüber, ob die Strafrechtler der dreistufigen Verbrechenlehre oder weiterhin der in der Rechtspraxis bereits herrschenden Theorie der sog. „vier Strafbarkeitsbedingungen“²⁶ folgen sollen. Die dreistufige Verbrechenlehre, die seit Anfang der 2000er Jahre in China vertreten wird, ist üblicherweise an den japanischen Aufbau angelehnt,²⁷ während die Theorie der „vier Strafbarkeitsbedingungen“ bereits in den 1950ern aus der Sowjetrepublik nach China eingeführt worden ist. Die Ursprünge dieser beiden Theorien gehen jedoch auf die deutschen Strafrechtslehren aus der Zeit vor der Bundesrepublik zurück. Der von den Chinesen übernommene japanische Aufbau ist in der Regel entweder eine

²⁵ Der Freundschaftsvertrag zwischen Frankreich und Deutschland (der Élysée-Vertrag) aus dem Jahr 1963 und die erfolgreiche Entwicklung der EU sind in China wenig bekannt, weil man in Ostasien nach dem zweiten Weltkrieg einen Prozess der US-Amerikanisierung durchlaufen und nur geringes Interesse an den europäischen Erfahrungen hat, obwohl das chinesische Strafrecht in den 1950er Jahren zunächst einen Vorgang der Sowjetisierung erfahren hat. Zur US-Amerikanisierung der japanischen Gesellschaft und ihres Strafrechts vgl. *Ida*, *The Taiwan Law Review* 237 (2/2015), 248. Zur Sowjetisierung des chinesischen Strafrechts vgl. v. *Herrenkirchen*, *Das Strafrecht der Volksrepublik China* unter besonderer Berücksichtigung des sowjetischen Strafrechts, 1993, S. 18 ff.

²⁶ Diese Bedingungen sind: 1. Objekt der Straftat, 2. die objektive Seite der Straftat, 3. das Subjekt der Straftat und 4. die subjektive Seite der Straftat. Vgl. Gao/Ma (Hrsg.), *Strafrechtslehre*, 2022, S. 49 ff. Diese logische Prüfungsreihenfolge wird aber in der chinesischen Rechtspraxis nicht strikt beachtet.

²⁷ Obwohl diejenigen Strafrechtler, die die dreistufige Verbrechenlehre vertreten, wie z.B. Chen und Zhang, ihre Lehre als eine „deutsch-japanische“ Auffassung bezeichnen, ziehen sie die japanische Lehre den deutschen Ideen vor, weil sie beide den Ansatz Welzels als bloßen Subjektivismus etikettieren und folglich auch die personale Unrechtslehre ablehnen. Gegenüber Japan und China vertritt die Strafrechtslehre in Südkorea eine neo-klassische und finalistische Verbrechenlehre, die den Vorsatz als ein Tatbestandsmerkmal auf der ersten Stufe anerkennt und somit zum Teil die personale Unrechtslehre befürwortet. Vgl. *Kim/Suh*, *Allgemeine Einführung in das Strafrecht der Republik Korea*, chinesische Übersetzung von *Zheng*, 11. Aufl. 2008, S. 98, 231 ff.; *Lee*, *Allgemeiner Teil des Koreanischen Strafrechts*, chinesische Übersetzung von *Han*, 2005, S. 78, 138 ff.

Variante Ernst Belings (1866–1932) oder Edmund Mezgers (1883–1962),²⁸ während die Theorie der „vier Strafbarkeitsbedingungen“ zuerst von dem russischen Strafrechtler Wladimir Spasowich (1829–1906) vorgeschlagen worden ist, dessen Gedanken aber wiederum in der preußischen und deutschen Lehre Albert Friedrich Berners (1818–1907) wurzeln.²⁹ Aus rechtspolitischer Sicht lässt sich die Situation in China folgendermaßen beschreiben: Die Theorie der „vier Strafbarkeitsbedingungen“ ist ein traditionelles oder sogar ein „orthodoxes“ Modell der Straftat, weil sie von den 1950er Jahren bis heute die Rechtspraxis bestimmt. Parallel zu den „vier Strafbarkeitsbedingungen“ vertritt diese traditionelle Strafrechtslehre noch einen materiellen Verbrechenbegriff, der aus drei Merkmalen, und zwar „Gesellschaftsschädlichkeit“, „Strafrechtswidrigkeit“ sowie „Strafwürdigkeit“, besteht.³⁰ In der Praxis Chinas wird die Kategorie der „Gesellschaftsschädlichkeit“³¹ im Sinne der „materiellen Rechtswidrigkeit“ verstanden, während die Vertreter des dreistufigen Deliktbaus auf vergleichbare Weise die „strafbare Rechtswidrigkeit“ heranziehen.

1. Die „strafbare Rechtswidrigkeit“ aus Japan

Die Japaner halten den Begriff der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ für ihre Erfindung und somit eine Besonderheit der japanischen Strafrechtswissenschaft. Der Autor, der diese Terminologie in Japan als erster anerkannt hat, ist Hidenaga Miyamoto (1882–1944), der ebenfalls ein Anhänger der modernen Schule war. Er plädierte dafür, sie aus der Sicht der „Bescheidenheit des Strafrechts“³² zu erblicken.

Der Japaner Chihiro Saeki (1907–2006), Nachfolger von Miyamoto, hat die Theorie der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ näher dargelegt. Nach Saeki soll die Art und Schwere der Strafe derjenigen der Rechtswidrigkeit des strafbaren Verhaltens entsprechen. Bei der Art-Entsprechung von Strafe und Rechtswidrigkeit geht es um die Frage, ob die Natur des rechtswidrigen Verhaltens nicht die strafrechtliche Sanktion verdiene, obwohl die Rechtswidrigkeit nicht geringfügig ist. Ein Beispiel dafür bilde das Treiben von Unzucht mit dem gleichen Geschlecht. Dies sei (auch) nicht im Strafgesetz vorgeschrieben. Die Schwere-Entsprechung von Strafe und Rechtswidrigkeit wiederum sei dann nicht gegeben, wenn ein

²⁸ Ausnahmsweise vertreten *Lizhong Li* und die Strafrechtler in Taiwan eine neo-klassische und finalistische Verbrechenlehre, vgl. die Dissertation von *Li*, *Die Untersuchung der Verbrechenlehre*, 2006; *Hsu*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021.

²⁹ Zum russischen Strafrecht vgl. *Xue*, *Gestern und heute: Die Lehre vom Verschulden im russischen Strafrecht*, 2013, S. 3; *Jiao*, *Journal of Liaoning University – Philosophy and Social Sciences* 6 (2015), 90.

³⁰ Dazu vgl. *Zhang*, *Der Straftatbegriff im chinesischen und deutschen Strafrecht*, 2017, S. 11 ff.

³¹ Im Rahmen der „vier Strafbarkeitsbedingungen“ wird die „Gesellschaftsschädlichkeit“ hinsichtlich der ersten Bedingung – „Objekt der Straftat“ – thematisiert.

³² Eine ähnliche Funktion erfüllt in Deutschland das strafrechtliche ultima ratio-Prinzip.

Verhalten, das scheinbar einem Deliktstyp (Tatbestand) unterfällt, ein derart geringfügiges Maß an Rechtswidrigkeit aufweist, dass es nicht als Straftat gewertet werden kann.³³ Zu dem Standort der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ im Rahmen der Verbrechenslehre schreibt Hitoshi Ohtsuka (1923–2020) Folgendes:

„Das Fehlen der strafbaren Rechtswidrigkeit soll die Rechtswidrigkeit auf der zweiten Prüfungsstufe ausschließen. Ihr Fehlen besagt, dass es übergesetzlich keine materielle Rechtswidrigkeit gibt. Deshalb muss man inhaltlich strikt die Schwere der strafbaren Rechtswidrigkeit nach anderen (gesetzlichen) Rechtfertigungsgründen bemessen. Wendet man sonst willkürlich die strafbare Rechtswidrigkeit an, ist das Strafgesetz umgegangen. Eine solche Rechtswidrigkeit soll daher meines Erachtens ein übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund sein.“³⁴

Die Chinesen haben auch insoweit diese japanische Erfindung der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ in ihre Strafrechtslehren übernommen, als sie die „jedoch-Klausel“ in Art. 13 chStGB³⁵ als einen die Strafbarkeit ausschließenden Grund im Sinne der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ interpretieren.³⁶ Dies bedeutet, dass eine Straftat wegen des Fehlens der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ nicht angenommen werden darf, wenn die Tatumstände nicht hinreichend groß oder die Umstände nicht gravierend genug sind.³⁷

Es ist klar, dass die Probleme, die im Rahmen der „materiellen Rechtswidrigkeit“ auftreten, auch bei der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ vorkommen können. Die deutsche Strafrechtlerin Ingeborg Puppe (geb. 1941) hat die Terminologie „Tatbestandsmäßigkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ zutreffend aus der Sicht der Mathematik und Sprachphilosophie analysiert. Ihre Auffassung ist für die hier zu behandelnde Frage sehr hilfreich. Ihr zufolge sind die beiden Begriffe „Tatbestandsmäßigkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ solche der Metasprache. Ein Tatbestand sei Puppe zufolge kein vollständiger Satz, sondern aus mathematischer Sicht eine sog. Satzfunktion, die eine Beziehung zwischen Individuen darstelle, die mehrfach erfüllt sein könne, weil sie die Individuen unbestimmt lasse. Ebenso wie eine mathematische Funktion viele Gleichungen beschreibe, beschreibe ein Tatbestand viele Tatsachen.³⁸ Wenn Juristen sagen, „Ein Tatbestand ist in

einem bestimmten Einzelfall erfüllt“, so sei das genauso zu deuten, wie der Ausdruck, „Eine Funktion ist durch eine bestimmte Belegung von Werten erfüllt“.³⁹ Dass ein Sachverhalt einen Tatbestand erfüllt und damit das Prädikat der Tatbestandsmäßigkeit trägt, ist daher eine metasprachliche Aussage. Sprachtheoretisch ist die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsmäßigkeit gleichzusetzen. Dazu schreibt Puppe Folgendes:

„Dass die Rechtswidrigkeit keine Eigenschaft der Handlung sein kann, sondern allenfalls der Tatbestandsverwirklichung, erhellt schon daraus, dass ein und dieselbe Handlung Bestandteil der rechtmäßigen Verwirklichung eines Tatbestandes, beispielsweise einer Sachbeschädigung mit Einwilligung, und der rechtswidrigen Verwirklichung eines anderen, beispielsweise eines Versicherungsbetruges, sein kann. [...] Aber Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit bezeichnen überhaupt keine Eigenschaften von Objekten; diese Ausdrücke gehören vielmehr der Metasprache an. [...] Auch die Rechtswidrigkeit ist ein Ausdruck in der Metasprache, denn die Rechtsordnung, auf die er verweist, ist die positiv gültige Gesamtheit der sprachlich konstituierten Normen. Rechtswidrigkeit besagt, dass der tatbestandsmäßig beschriebene Sachverhalt mit demjenigen Zustand unvereinbar ist, der die Gesamtheit der Normen als den rechtmäßigen beschreibt, einfacher, aber logisch unkorrekt ausgedrückt, der Rechtsordnung widerspricht. Die Schuld scheint dagegen ein objektsprachlicher Begriff zu sein. Schuld ist etwas, was man einem anderen vorwerfen kann, was seiner Schwere nach graduierbar ist, was sich auf ein Unrecht bezieht.“⁴⁰

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Rechtswidrigkeit an sich ein *formeller Begriff* ist, der nur besagt, ob der tatbestandsmäßig beschriebene Sachverhalt mit der Gesamtrechtsordnung vereinbar ist. Ein solches Verständnis, das keine Abstufungen erlaubt, ist nichts Neues, sondern lässt sich bereits in Eduard Kerns (1887–1972) Auffassung finden:

„Das Strafgesetz kennt verschiedene Stufen der Schuld, die sich deutlich voneinander abheben: den Vorsatz als die schwerere, die Fahrlässigkeit als die leichtere Schuldstufe. [...] Innerhalb der vom Gesetz ausdrücklich festgelegten Stufen der Schuld wird es in der Praxis der Strafbemessung und in der Wissenschaft allgemein als selbstverständlich angesehen, dass die Schuld verschiedene Grade aufzuweisen vermag. [...] Ganz anders steht es bei der Rechtswidrigkeit. Die heutige Gesetzgebung – und das gilt keineswegs nur für deutsche – erkennt jedenfalls nicht allgemein und nicht ausdrücklich auch innerhalb der Rechtswidrigkeit solche Abstufungen oder Grade an; sie

³³ Vgl. Ohtsuka, Strafrecht, Allgemeiner Teil, chinesische Übersetzung von Feng, 3. Aufl. 2003, S. 314.

³⁴ Vom Autor ins Deutsche übersetzt, siehe Ohtsuka (Fn. 33), S. 316.

³⁵ Gemeint ist das chinesische Strafgesetzbuch von 1997, das bereits elf Mal reformiert wurde. Die „jedoch-Klausel“ in Art. 13 chStGB lautet: „... jedoch gelten [derartige Handlungen] nicht als Straftaten, wenn sie den Tatumständen nach eindeutig geringfügig sind und keine große Gefährdung darstellen.“ Hier zitiert nach Strupp, Das neue Strafgesetzbuch der VR China, 1998, S. 107.

³⁶ Vgl. Liu, Criminal Law Review 10 (2002), 94.

³⁷ Vgl. Chen, Dogmatische Strafrechtslehre, 2014, S. 367.

³⁸ Puppe, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 269 f.

³⁹ Vgl. Frege, in: Patzig (Hrsg.), Funktion, Begriff, Bedeutung, Fünf logische Studien, 3. Aufl. 1969, S. 18 ff.

⁴⁰ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 5 ff. (Abkürzungen ausgeschrieben und Hervorhebungen entfernt).

steht vielmehr auf dem Standpunkt, oder scheint wenigstens auf dem Standpunkt zu stehen, dass die Rechtswidrigkeit entweder gegeben oder nicht gegeben sein, dass sie aber nicht in größerem oder geringerem Grade gegeben sein könne.“⁴¹

Aus globaler Perspektive können wir hierbei auf die englische Sprache Bezug nehmen. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis entsprechen die Begriffe „Rechtswidrigkeit“ und „Unrecht“ jeweils „wrongfulness“ und „wrongdoing“. George P. Fletcher (geb. 1939) zufolge hebt die „wrongfulness“ hervor, dass das Verhalten eine Verletzung des Rechts ist: „The implication is that anytime a rule comes into being, conduct in violation of the rule will be, or could be, wrongful. [...] Wrongfulness stands for the logical dissonance between behavior and the rules of criminal [sic] law. When this dissonance arises, the act is categorically wrongful. In contrast, wrongdoing is expressed in degrees. Murder is worse than burglary ...“.⁴²

Weil nun die Rechtswidrigkeit lediglich ein formeller Begriff ist, kann sie nicht graduierbar sein und es besteht daher überhaupt keine „materielle Rechtswidrigkeit“. Der Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ ist bereits sprachlich ein *contradictio in adjecto*. Das gilt ebenso für diejenige Begriffe, die aus der „materiellen Rechtswidrigkeit“ abgeleitet werden, wie etwa der der „strafbaren Rechtswidrigkeit“. Der Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ und die davon abgeleiteten Begriffe sind also sprachlich unhaltbar. Nur das Unrecht kann in verschiedene Grade abgestuft werden und strafbar oder nicht strafbar sein.

Aus Sicht der Rechtskulturen stellt sich allerdings die Frage, ob man diese rechtstheoretische Erkenntnis, die auf der Grundlage der deutschen Sprache beruht, auf Ostasien übertragen kann. Die Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung lauten exemplarisch in der chinesischen Sprache jeweils „Wei Fa Xing“ (违法性) und „We Fa“ (违法), während das Unrecht „Bu Fa“ (不法) ist. Das Wort „Wei Fa Xing“ ist auch eine „Ja-Nein-Frage“ in Chinesisch. Hingegen kann „Bu Fa“ abgestuft werden, weil die Juristen in China auch verschiedenartiges Unrecht, und zwar das „Min Shi Bu Fa“ (民事不法), „Xing Shi Bu Fa“ (刑事不法) und „Xing Zheng Bu Fa“ (行政不法) verwenden, die jeweils „zivilrechtliches Unrecht“, „strafrechtliches Unrecht“ und „verwaltungsrechtliches Unrecht“ bedeuten. Deswegen ist die „materielle Rechtswidrigkeit“, die in Chinesisch „Shi Zhi Wei Fa Xing“ (实质违法性) lautet, unter Berücksichtigung des chinesischen Sprachgebrauchs ebenfalls ein *contradictio in adjecto*. Dies gilt freilich auch für die sog. „strafbare Rechtswidrigkeit“.

2. Die „Gesellschaftsschädlichkeit“ in China

Ein weiteres Beispiel aus der Rechtstheorie und Praxis in China, das mit dem Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ verglichen werden kann, ist der Begriff der „Gesellschaftsschädlichkeit“. Verwendet jemand im chinesischen Strafrecht den Begriff „materielle Rechtswidrigkeit“, zieht er

regelmäßig den Gedanken der Interessenabwägung heran. Solche Abwägungen können auch mittels des Kriteriums der „Gesellschaftsschädlichkeit“ durchgeführt werden. Parallel zu den „vier Strafbarkeitsbedingungen“ vertritt die traditionelle Strafrechtslehre in China noch einen materiellen Verbrechenbegriff, der aus drei Merkmalen, und zwar „Gesellschaftsschädlichkeit“, „Strafrechtswidrigkeit“ sowie „Strafwürdigkeit“, besteht. Verbrechen sind nach dieser Auffassung jene Verhaltensweisen, die für die Gesellschaft schädlich sind, gegen das Strafgesetz verstoßen und zu bestrafen sind.⁴³ Die „Gesellschaftsschädlichkeit“, die ein Merkmal der drei Merkmale des Verbrechenbegriffs ist, lässt sich als eine andersartige Form des Gedankens der „materiellen Rechtswidrigkeit“ verstehen.⁴⁴ Unter dem Merkmal der „Strafrechtswidrigkeit“ versteht man, dass ein Verhalten im Widerspruch zu einer Strafnorm steht und einem Tatbestand unterfällt.⁴⁵ Tatsächlich weist die „Strafrechtswidrigkeit“ Ähnlichkeiten mit der „Tatbestandsmäßigkeit“ in der deutschen dreistufigen Verbrechenlehre auf. Aufgrund des materiellen Merkmals der „Gesellschaftsschädlichkeit“ und des formellen Merkmals der „Strafrechtswidrigkeit“ ist dieser von der traditionellen Strafrechtslehre vertretene Verbrechenbegriff mithin ein gemischter Begriff der Straftat. Mit Blick auf das noch nicht geklärte logische Verhältnis, in dem die drei Merkmale zueinander stehen, ist noch unklar, in welcher Reihenfolge man die drei Merkmale prüft. Jedoch wird in der Literatur für gewöhnlich die „Gesellschaftsschädlichkeit“ zuerst, dann die „Strafrechtswidrigkeit“ und zuletzt die „Strafwürdigkeit“ dargestellt. Begründet man eine Straftat, so hält man mithin immer die (schwerwiegende) Gesellschaftsschädlichkeit für die Voraussetzung der Strafrechtswidrigkeit.⁴⁶

In der chinesischen Sprache ist die „Gesellschaftsschädlichkeit“ („She Hui Wei Hai Xing“, 社会危害性) gleichfalls ein Prädikat, das nicht als ein objektsprachlicher Begriff zu verstehen ist. Das Kriterium der „Gesellschaftsschädlichkeit“ ist ebenfalls eine „Ja-Nein-Frage“ und nicht graduierbar. Der Begriff im Sinne der Objektsprache ist hingegen der sog. „Schaden für die Gesellschaft“, der in Chinesisch „She Hui Wei Hai“ (社会危害) lautet. Ebenso wie die „materielle Rechtswidrigkeit“, ist auch die „Strafrechtswidrigkeit“ eine *contradictio in adjecto*, weil es nur eine Rechtswidrigkeit hinsichtlich der gesamten Rechtsordnung gibt. Trotzdem versuchen die Vertreter der sog. „Strafrechtswidrigkeit“, zwischen verschiedenen Arten von Rechtswidrigkeit, und zwar „Zivilrechtswidrigkeit“, „Strafrechtswidrigkeit“ und „Verwaltungsrechtswidrigkeit“, zu unterscheiden. Dies ist freilich unlogisch.

⁴¹ Kern, ZStW 64 (1952), 255.

⁴² Fletcher, Basic Concepts of Criminal Law, 1998, S. 77 f.

⁴³ Vgl. Gao/Ma (Fn. 26), S. 42 ff. Dies wurde auch in das Lehrbuch für die Unterstufe der Mittelschulen in China aufgenommen. Siehe Bildungsministerium Chinas (Hrsg.), Moral und Recht, 8. Klasse, 2017, S. 53.

⁴⁴ Vgl. Chen (Fn. 23), S. 57.

⁴⁵ Vgl. Zhang (Fn. 30), S. 18 f.

⁴⁶ Vgl. Zhang (Fn. 30), S. 20; Chen (Fn. 37), S. 340, 341.

IV. Die Kritik an dem materiellen Kriterium bei der Annahme einer Straftat

1. Die Missachtung der Abgrenzung von Recht und Unrecht

In Ostasien ist ein materielles Verständnis des Verbrechens nicht selten. Beispielsweise vertrat bereits Okada in Japan die Auffassung, dass das Verbrechen dasjenige Verhalten sei, das die Existenzbedingungen des Staates gefährde und durch die Staatsgewalt ausgeräumt werden solle. Mithilfe einer solchen materiellen Bestimmung des Verbrechens könne das, was nach dem gesetzlichen Wortlaut nicht geklärt werde, wiederum durch das eigene Verständnis der Interpreten verdeutlicht werden. Dieses materielle Verständnis könne auch zur Reform des Strafgesetzes beitragen.⁴⁷ Ob man ein Verbrechen in einem Staat materiell oder formell begründen sowie annehmen darf, hängt von der Frage ab, ob dort der Grundsatz „nulla poena, nullum crimen sine lege“⁴⁸ im Gesetz vorgeschrieben ist und demzufolge Analogien verboten sind. Art. 31 der heutigen japanischen Verfassung ist von einem anglo-amerikanischen Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips geprägt: „Ohne ein durch Gesetze bestimmtes Verfahren darf niemand seines Lebens und seiner Freiheit beraubt oder bestraft werden.“ Dies gilt ebenfalls für das materielle Strafrecht. Die Mehrheit der japanischen Strafrechtler versteht allerdings unter den Bestimmungen der Strafgesetze nur jene Entscheidungsnormen, mit denen die Richter die Konsequenzen eines deliktischen Verhaltens nachträglich beurteilen. Die Berücksichtigung der Verhaltensnormen wird deswegen in Japan nicht als Aufgabe der Verbrechenslehre angesehen, obwohl eine klar bestimmte Verhaltensnorm die Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Inhalts der Rechtssätze und die Voraussehbarkeit des Verhaltensunrechts erhöht oder erst ermöglicht.⁴⁹

In China ist der Gesetzlichkeitsgrundsatz in Art. 3 des geltenden chinesischen Strafgesetzbuches⁵⁰ niedergelegt. Daneben enthält Art. 13 chStGB⁵¹ eine allgemeine Bestim-

mung des Verbrechens, die dessen Eigenschaften materiell definiert. Daraus wird der zuvor erwähnte Verbrechensbegriff mit seinen drei Merkmalen abgeleitet. Eine Straftat kann in China somit entweder mittels dieses materiellen Verbrechensbegriffs oder durch die in der Praxis herrschenden „vier Strafbarkeitsbedingungen“ begründet werden. Dabei lässt sich nicht übersehen, dass die Praxis möglicherweise zur Anwendung des materiellen Begriffs tendiert.⁵²

In Deutschland ist die Rechtswidrigkeit *an sich* ein formeller Begriff und erlaubt keine Billigkeits- oder Rechtsfolgenabwägungen. Daher kann Thomas Weigend (geb. 1949) zufolge die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens, jedenfalls auf dogmatischer Ebene, nicht ohne weiteres verneint werden, etwa weil die Folgen der Tat gering seien, das Opfer den Täter provoziert oder sich selbst unrecht verhalten habe oder weil es für den Täter besonders schwer gewesen sei, den Anforderungen des Rechts zu genügen. Der Grund für ein solch formelles Verständnis des Rechtswidrigkeitsbegriffs liege darin, dass es Aufgabe der Rechtsordnung sei, klar festzulegen, was Recht und was Unrecht ist.⁵³ Wenn man aber einen Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ anerkennen würde, der eine Interessenabwägung erforderlich macht, so würde nicht allein die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes, sondern unmittelbar die sog. Interessenabwägung zu dem maßgeblichen Kriterium für die Begründung der Strafbarkeit eines Verhaltens. Hierbei würde man freilich das Risiko in Kauf nehmen, dass die Abgrenzung von Recht und Unrecht durch die Interessenabwägung missachtet wird. Der (nur scheinbare) Vorteil der direkten Anwendung des materiellen Kriteriums läge darin, dass man damit Kriminelle effektiver bestrafen bzw. das sog. „evidente Strafbefürdnis“ stillen könnte. Ihr Nachteil ist jedoch nicht zu übersehen: Eine solche Anwendung erschwert sowohl die Berücksichtigung und Befolgung der Verhaltensnormen im Strafrecht und könnte auch Menschenrechte verletzen. Dazu schreibt Urs Kindhäuser (geb. 1949) Folgendes:

„In dem Fall, in dem es zwei Verhaltensalternativen gibt, von denen die eine rechtmäßig und die andere rechtswidrig ist, kann man die Realisierung der rechtmäßigen Alternative rechtlich richtig, die Realisierung der rechtswidrigen Alternative rechtlich falsch nennen. Die Frage, ob sich eine Person in einer bestimmten Situation rechtlich richtig oder rechtlich falsch verhalten hat, ist die Grundfrage jeder rechtlichen Wertung.“⁵⁴

verletzen, persönliche Rechte, demokratische Rechte und sonstige Rechte der Bürger verletzen, sowie andere, für die Gesellschaft gefährliche Handlungen, soweit sie gemäß Gesetz mit Kriminalstrafe bedroht sind, sind Straftaten, jedoch gelten [derartige Handlungen] nicht als Straftaten, wenn sie den Tatumständen nach eindeutig geringfügig sind und keine große Gefährdung darstellen.“ Hier zitiert nach *Strupp* (Fn. 35), S. 107.

⁵² Siehe dazu die Beispiele bei IV. 2.

⁵³ *Weigend*, in: Hilgendorf (Fn. 23), S. 79.

⁵⁴ *Kindhäuser*, in: Hilgendorf (Fn. 23), S. 32.

⁴⁷ *Kobayashi*, *Chaoyang Law Review* 15 (2020), 244 (246).

⁴⁸ Dieser Grundsatz wird in Deutschland als „Kulturgrundsatz“ des modernen rechtsstaatlichen Strafrechts bezeichnet; so *Mangakis*, *ZStW* 81 (1969), 997.

⁴⁹ Vgl. *Ida*, *The Taiwan Law Review* 237 (2/2015), 244 (251–253).

⁵⁰ Übersetzt lautet Art. 3 chStGB: „Ist [eine Handlung] durch Gesetz ausdrücklich als strafbare Handlung bestimmt, wird sie entsprechend der gesetzlichen Festlegung als Straftat mit [der dafür vorgesehen] Strafe geahndet; liegt eine ausdrückliche Bestimmung als strafbare Handlung durch Gesetz nicht vor, ist eine Festlegung [der Handlung] als Straftat und Verhängung von Strafe nicht statthaft.“ Hier zitiert nach *Strupp* (Fn. 35), S. 105.

⁵¹ Übersetzt lautet Art. 13 chStGB: „Alle Handlungen, die die Souveränität, territoriale Integrität und Sicherheit des Staates gefährden, den Staat spalten, Subversion der politischen Macht der demokratischen Diktatur des Volkes und den Umsturz des sozialistischen Systems betreiben, die Zerstörung der gesellschaftlichen Ordnung und der Wirtschaftsordnung betreiben, das Staatseigentum oder das Kollektiveigentum der werktätigen Massen verletzen, das Privateigentum der Bürger

Berücksichtigt man im Rahmen der Strafrechtsdogmatik auch die Verhaltensnormen, so ist es den Bürgern zumutbar, die relevanten Verhaltensnormen zu kennen, zu befolgen und ihre eigenen Pflichten zu verstehen. Versteht man stattdessen unter den Bestimmungen im Strafgesetz ledig die Sanktionsnormen, so werden festgenommene und bestrafte Bürger höchstwahrscheinlich davon ausgehen, dass ihre Bestrafung durch die Staatsgewalt nur ein Unglück ist, ohne zu verstehen, dass sie sich zuvor unrecht verhalten haben. Es ist daher vorstellbar, dass sie vor dem Recht weniger Respekt haben als diejenigen, die unter einer Rechtsordnung zusammenleben, in der Recht von Unrecht klar abgegrenzt wird.

2. Von der Unlogik in den Sprachen bis zu den Risiken in der Praxis

Obwohl die formelle Bestimmung des Strafrechts in Deutschland während der 1930er Jahre durch die nationalsozialistische Ideologie missbräuchlich interpretiert wurde,⁵⁵ besteht damals in Deutschland noch ein scheinbar formeller Rechtsstaat. Anders als in Deutschland, wo man nach dem Élysée-Vertrag in Frieden lebt und das Recht vom Unrecht genau abgrenzt, beobachtet man in der ostasiatischen Rechtspraxis gelegentlich keine Achtung des formellen Rechtsstaats. Dies liegt unter anderem an den fast kontinuierlichen Kriegszuständen (inklusive der Bürgerkriege und des Kalten Kriegs) in Ostasien – inter arma silent leges. Deshalb hat die Missachtung der formellen Abgrenzung von Recht und Unrecht in Ostasien zur Folge, dass man zur Begründung der Strafbarkeit eines Verhaltens unmittelbar auf das „materielle“ Kriterium, wie z.B. die sog. „Gesellschaftsschädlichkeit“, zurückgreift. Welche Gefahren die damit einhergehende Rechtsunsicherheit birgt, lässt sich an drei chinesischen Fälle verdeutlichen:

a) Die Analogie in Bezug auf die Tatbestandsverwirklichung

Nachfolgend soll ein bekanntes Beispiel für die Anwendung des Kriteriums der „Gesellschaftsschädlichkeit“ als direkte Interpretationshilfe zur Feststellung des Unrechts angeführt werden, und zwar der Fall von X.⁵⁶

Der Angeklagte X sah im Fernsehen die Nachricht über das Bakterium *Bacillus anthracis*, welches als weißes Pulver im Ausland per Post versandt worden ist und bei den infizierten Personen tödliche Vergiftungen hervorgerufen hat. X war der Ansicht, dass auch Menschen in China durch den Empfang eines solchen Bakteriums wahrscheinlich in große Angst versetzt werden könnten. Er fand zunächst einige Trockenmittel für Esswaren in seiner Küche und bereitete zwei Briefumschläge vor. Dann füllte er die Trockenmittel in die Briefumschläge ein und ging damit zum Postamt, von wo aus er die beiden Umschläge jeweils an einen leitenden Beamten der Stadtregierung und den bei einem Fernsehsender angestellten Herrn Y schickte. Einige Tage später erhielt Herr Z,

der für die Stadtregierung im Büro für Beschwerden und Anregungen arbeitete, den besagten Brief von X. Z öffnete den Umschlag und fand darin das weiße Pulver des Trockenmittels. Im Bewusstsein über die Vorfälle in den anderen Ländern hielt er das Pulver fälschlicherweise für das Bakterium *Bacillus anthracis* und geriet in Panik. Herr Y, der bei einem Fernsehsender in derselben Stadt tätig war, erhielt gleichfalls einen solchen Briefumschlag mit „Bakterien“ und erlitt einen starken psychischen Schock. Die anderen Angestellten und Kollegen, die in der Stadtregierung und beim Fernsehsender tätig waren, bekamen ebenfalls Angst vor einer Ansteckung, als sie die Nachricht von Herrn Z und Herrn Y erhielten. Um eine Unruhe in der Bevölkerung zu vermeiden und eine potenzielle Ansteckung mit dem „Bakterium“ zu verhindern, ergriffen die zuständigen Abteilungen der Stadtverwaltung verschiedene Maßnahmen. X, der die postalische Versendung dieses „Bakteriums“ veranlasst hatte, wurde alsbald von der Polizei festgenommen und im Rahmen eines Strafprozesses angeklagt. Das zuständige Gericht war der Auffassung, dass der Angeklagte X die Absicht hatte, durch die Sendung des weißen Pulvers eine Atmosphäre der Angst in der Bevölkerung zu erzeugen. Sein Verhalten sei auch ursächlich für die Panik der Menschen gewesen, obwohl das Trockenmittel für Esswaren tatsächlich kein Bakterium war und keine Ansteckung hätte herbeiführen können. Daher schloss sich das Gericht der Ansicht der Staatsanwaltschaft an und subsumierte das Verhalten des Täters unter den Tatbestand der „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit anderen gefährlichen Mitteln“.⁵⁷ Schließlich wurde der Angeklagte X zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt.

Diese Entscheidung ist literarischer Kritik ausgesetzt, weil das „Bakterium“ objektiv überhaupt nicht in der Lage war, eine Ansteckung herbeizuführen und die öffentliche Sicherheit zu gefährden. Eine solche Kritik ist berechtigt, weil der Gesetzgeber erst nach der Bekanntmachung dieses Falls gezielt einen diesbezüglichen Tatbestand schuf. Der neue Tatbestand (Art. 291a chStGB), befindet sich jedoch nicht in Kapitel 2, sondern in Kapitel 6 über „Straftaten, die die Ordnung der gesellschaftlichen Verwaltung beeinträchtigen“. Die Vorschrift lautet übersetzt: „Wer den Anschein erweckt, die Erreger von Infektionskrankheiten, explosive, giftige oder radioaktive Substanzen oder andere Substanzen zu verbreiten, oder fälschlicherweise Nachrichten über die

⁵⁷ Übersetzt lautet Art. 114 chStGB: „Wer die öffentliche Sicherheit gefährdet, indem er Fabriken, Bergwerke, Ölfelder, Häfen, Flüsse, Wasserressourcen, Warenlager, Wohnungen, Wälder, landwirtschaftliche Plätze bzw. Einrichtungen [...], Getreideplätze [...], Weideplätze, wichtige [Rohr-]Leitungen, öffentliche Bauten und Objekte oder anderweitiges öffentliches oder privates Eigentum durch Brandstiftung, Überschwemmung mittels [...] Deichbruch, Herbeiführen einer Explosion, Vergiftung oder mit anderen gefährlichen Mitteln beschädigt und [dadurch] die öffentliche Sicherheit gefährdet, wird unter der Voraussetzung, daß keine ernsten und schwerwiegenden Folgen verursacht worden sind, mit zeitiger Freiheitsstrafe von drei Jahren bis zu zehn Jahren bestraft.“ Hier zitiert nach *Strupp* (Fn. 35), S. 134.

⁵⁵ Vgl. *Künnecke*, RphZ 2015, 88 (89 f. Fn. 48). Etwa in § 2 des „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28.6.1935“ wurde das Interpretationskriterium des „gesunden Volksempfindens“ eingeführt und die Analogie zugelassen.

⁵⁶ Vgl. *Chen*, *Der Gedanke der Gesetzlichkeit*, 2010, S. 27 f.

terroristische Bedrohung durch eine Explosion oder über biochemische und radioaktive Bedrohungen verbreitet, oder, wenn er sichere Kenntnis davon hat, dass die betreffenden Nachrichten nicht der Wahrheit entsprechen, vorsätzlich solche Nachrichten verbreitet und dadurch die gesellschaftliche Ordnung schwer beeinträchtigt, wird mit zeitiger Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren, Gewahrsam oder Überwachung bestraft; sind ernste und schwerwiegende Folgen verursacht worden, ergeht eine zeitige Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren.“ Zu diesem nachträglich geschaffenen Tatbestand schreibt der Gesetzgeber Folgendes: „Ein solches Verhalten, welches den Anschein erweckt, dass der Erreger einer Infektionskrankheit freigesetzt worden ist oder tatsächlich unwahre Nachrichten als wahr verbreitet worden sind, wird Verwirrungen in der Bevölkerung hervorrufen, sodass der Schaden für die Gesellschaft groß ist und eine Strafe verdient. Angesichts der Tatsache, dass ein solches Verhalten tatsächlich überhaupt keine Infektionskrankheiten verursachen kann, fällt dies nicht unter die Straftaten des zweiten Kapitels, die die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit betreffen, weswegen man die Bestimmungen in Kapitel 2 darauf nicht anwenden darf. Es fehlte aber zu jenem Zeitpunkt ein entsprechender Tatbestand im Strafgesetz, daher [...] schaffen wir nun einen solchen Tatbestand, um dieses Verhalten zu bestrafen.“⁵⁸ Durch die nachträgliche Einführung des Art. 291a chStGB ist deutlich geworden, dass der Richter zuvor eine verbotene Analogie zur Bejahung der Tatbestandserfüllung durch das Verhalten des X angewandt hat. Zum Zeitpunkt der Tat gab es schließlich noch keinen Art. 291a chStGB und der angewandte Art. 114 chStGB war lediglich die ähnlichste Vorschrift im damaligen Strafgesetzbuch.

Die Möglichkeit einer derartigen analogen Anwendung ist in China insbesondere deshalb vorstellbar, weil noch während der nicht lange zurückliegenden Zeitperiode von 1979 bis 1997 die Analogie im chStGB anerkannt war⁵⁹ und erst im Jahr 1997 abgeschafft wurde. Solange weiterhin die „Gesellschaftsschädlichkeit“ als strafbarkeitsbegründende Kategorie herangezogen wird, besteht weiterhin die Gefahr einer nunmehr unzulässigen Analogie. Dazu kommentiert Weigend zutreffend, dass die Gesellschaftsschädlichkeit eines Verhaltens nicht zur Ausdehnung eines Tatbestands auf Fallgestaltungen führen dürfe, die vom Wortlaut der Norm nicht erfasst sind (Legalitätsgrundsatz); insofern könne die Gesellschafts-

schädlichkeit eines Verhaltens nicht strafbarkeitsbegründend wirken. Aus diesem Grund sei es bedenklich, wenn in der Gerichtspraxis die Gesellschaftsschädlichkeit des Verhaltens des Angeklagten vorab geprüft werde, denn damit drohe die strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Gesetzlichkeitsgrundsatzes unterlaufen zu werden.⁶⁰ Dies ist meiner Einschätzung nach auch eine Folge davon, dass in China die formelle Abgrenzung von Recht und Unrecht nicht hinreichend beachtet wird.

b) Die ungerechte Ablehnung des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr

Auf Ebene der Rechtswidrigkeit besteht das Risiko materieller Kriterien darin, dass man im chinesischen Strafrecht bei der Annahme der Notwehr einseitig die Schwere des Erfolges berücksichtigt und dasjenige angemessene Verteidigungsverhalten, das aber eine schwerwiegende Verletzung verursacht hat, als einen unzulässigen Notwehrexzess ansieht. Der Grund für die Ablehnung einer rechtmäßigen Verteidigung ist dogmengeschichtlich auf die japanische objektivierte erfolgsorientierte Unrechtslehre zurückzuführen. Das Kriterium, das dieser Lehre zugrunde liegt, ist die sog. „Verletzung von Rechtsgütern“, sei es in Form der Schädigung oder der (konkreten) Gefährdung. Die japanische Lehre wird von Chinesen übernommen, weil der Aspekt der Rechtsgutsverletzung in China mit der sog. „Gesellschaftsschädlichkeit“ bei der Unrechtsbegründung harmoniert.⁶¹ Die erfolgsorientierte Lehre akzeptiert lediglich die Sanktionsnormen der Staatsgewalt als gesetzliche Strafbarkeitsbestimmungen, nicht aber die an die Bürger gerichteten Verhaltensnormen, mit deren Hilfe sie sowohl die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens, als auch das Risiko ihrer Bestrafung vorausberechnen können. Großer Wert wird auf den durch das Verteidigungsverhalten herbeigeführten Erfolg gelegt, da dieser darüber entscheidet, ob das Verhalten des sich Verteidigenden gerechtfertigt werden kann. Diese objektivierte und erfolgsorientierte Unrechtslehre wird in China insbesondere von den Strafrechtlern, z.B. Zhang und Hong Li (geb. 1966), beide Angehörige der Tsinghua-Universität, vertreten. Obwohl der Gesetzgeber im Zusammenhang mit den Voraussetzungen des Notwehrexzesses in Art. 20 Abs. 2 chStGB⁶² zwei not-

⁶⁰ Vgl. Weigend, in: Hilgendorf (Fn. 23), S. 78.

⁶¹ Vgl. die Auffassung Chens, Ein Dialog zwischen Xingliang Chen und japanischen Strafrechtlern, hier zitiert nach der Information des öffentlichen Kontos des „Zhou Tai“ Forschungsinstituts bei der Lifestyle App „WeChat“ v. 19.1.2022.

⁶² Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 chStGB lauten übersetzt: „Wenn eine Handlung zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffes auf den Staat, auf öffentliche Interessen, auf Körper, Eigentum und sonstige Rechte der eigenen Person oder einer anderen Person vorgenommen wird, um dem rechtswidrigen Angriff Einhalt zu gebieten, und dadurch dem Urheber des rechtswidrigen Angriffes ein Schaden entsteht, so liegt Notwehr [...] vor, und eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ist nicht gegeben“; „Wenn die Notwehr offenkundig die notwendig gebotenen Grenzen überschreitet und dadurch

⁵⁸ Die strafrechtliche Fachgruppe der Rechtsabteilung des ständigen Ausschusses des nationalen Volkskongresses (Hrsg.), Begründung zum Strafrechtsgesetzbuch und einschlägige Regelungen, 2009, S. 604.

⁵⁹ Art. 79 chStGB von 1979 lautet übersetzt: „Eine Straftat, die im Besonderen Teil des vorliegenden Gesetzes nicht ausdrücklich bestimmt ist, kann nach Maßgabe desjenigen im Besonderen Teil des vorliegenden Gesetzes enthaltenen Paragraphen, welcher [mit der Ausgangstat verglichen] der ähnlichste ist, als Straftat festgelegt und strafrechtlich abgeurteilt werden, jedoch ist [der Fall] dem Obersten Volksgericht zur Genehmigung vorzulegen“. Hier zitiert nach Strupp (Fn. 35), S. 17.

wendige Kriterien statuiert, und zwar erstens die „offenkundige Überschreitung der notwendig gebotenen Grenzen“, zweitens die „Verursachung eines gravierenden Schadens“, wird das erste Kriterium immer durch das zweite überlagert. Die in China herrschende Lehre, die beide Merkmale zusammenfasst, kommt daher zu denselben Ergebnissen wie die monistische Auffassung, die nur ein solches Verteidigungsverhalten für gerechtfertigt hält, das *ungefähr* mit der Stärke des abgewendeten Angriffs übereinstimmt. Denn ob *ungefähre Übereinstimmung* vorliegt, hängt von der Frage ab, ob der Verteidiger einen gravierenden Schaden verursacht hat.⁶³

Nehmen wir den Fall der vorsätzlichen Körperverletzung durch A als Beispiel.⁶⁴ Der Angeklagte A und seine Kollegen B, C, D und andere unterhielten sich in einer Diskothek. Währenddessen kam es zu einer verbalen Auseinandersetzung zwischen A, E und Bekannten von E. A hatte den Eindruck, dass E ihm feindlich gegenüberstand. Um seine eigene Sicherheit zu gewährleisten, ging A nach Hause und holte von dort ein Messer. Gleichzeitig rief E seine drei Freunde X, Y und Z an, damit er sich mit ihnen zusammen an A rächen könne. Nachdem A mit einem Messer in die Diskothek zurückgekehrt war, teilte E dem 20-jährigen X mit, wer genau A. Dann veranlasste E, dass X, Y und Z draußen unter einer Brücke auf A warteten. Als A und seine Kollegen die Brücke gegen ein Uhr nachts passierten, schlugen die Angreifer X, Y und Z brutal mit Knüppeln auf A und seine Kollegen ein. D wurde zuerst zu Boden geschlagen. A, B und C wehrten sich gegen die Angreifer. Zu diesem Zeitpunkt stach A mit seinem Messer auf Brust und Beine von X ein. X verstarb kurze Zeit später aufgrund des Blutverlusts und der schweren Verletzungen seiner Lunge und seines Herzens. D wurde hingegen nur leicht verletzt. A wurde festgenommen und angeklagt. Das erstinstanzliche Gericht hat mit Blick auf das Verteidigungsverhalten des A die Annahme von Notwehr abgelehnt. A wurde wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünfzehn Jahren verurteilt. A legte Berufung gegen dieses Urteil ein. Das in der zweiten Instanz zuständige Gericht war der Auffassung, dass A zum Tatzeitpunkt zwar im Bewusstsein der Notwehrsituation gehandelt, das notwendige Maß der Notwehr jedoch offensichtlich überschritten habe. Aufgrund eines Notwehrexzesses habe A eine vorsätzliche Körperverletzung begangen. Das Gericht setzte seine Strafe auf fünf Jahre Freiheitsstrafe herab.

Dieser Fall ist ein Beispiel für die Nachteile der objektivierte erfolgsorientierten Unrechtslehre. Nach der zutreffen-

gravierender Schaden verursacht wird, ist strafrechtliche Verantwortlichkeit gegeben, jedoch hat abgemildert leichte Strafe zu ergehen oder es ist von Strafe abzusehen“. Hier zitiert nach *Strupp* (Fn. 35), S. 109.

⁶³ Ausführlich dazu, siehe *Lao*, Peking University Law Journal 5 (2015), 1324.

⁶⁴ Vgl. Strafrechtliches Tribunal des obersten Volksgerichtshofs der Volksrepublik China (Hrsg.), Die Fälle für die strafrechtliche Praxis: Straftaten, die persönliche Rechte oder demokratische Rechte der Bürger verletzen, 2009, S. 360 f.

den Auffassung *Dongyan Laos*⁶⁵ hätte die Verteidigung des A als gerechtfertigt anerkannt werden müssen, weil er zum Tatzeitpunkt nur sein Messer hätte verwenden können, um sich effektiv gegen die Schläge der Angreifer mit den Knüppeln zu wehren. Ob irgendein Angreifer starb, kann für die Frage, ob eine rechtfertigende Notwehr vorliegt oder nicht, nicht entscheidend sein. Aufgrund einer solch strengen und gar ungerechten Einschränkung der Verteidigungsbefugnisse durch die Rechtsprechung wird die Möglichkeit einer Notwehr weitgehend aufgehoben. Erst vor wenigen Jahren wurde die Notwehr in China dadurch gestärkt, dass im Jahr 2018 der Fall von Haiming Yu aus der Stadt Kunshan in der Provinz Jiangsu als eine wichtige Leitentscheidung⁶⁶ veröffentlicht und im Jahr 2020 eine entsprechende amtliche juristische Interpretation der Anwendung der Notwehr⁶⁷ erging.

c) *Das Risiko der analogen Anwendung der sog. „actio libera in causa“*

Zur „Gesellschaftsschädlichkeit“ gibt es in der chinesischen Rechtspraxis noch ein weiteres bekanntes Beispiel, das in der „Amtlichen Gazette des obersten Volksgerichtshofs“ veröffentlicht wurde:⁶⁸

Vor der Morgendämmerung des 5.5.2005 konsumierte der Angeklagte P das Betäubungsmittel „Ecstasy“ (MDMA), das ihn in einen Rauschzustand versetzte. In diesem Zustand stach P mit einem Messer in den Oberkörper seines Mitbewohners. Dieser verstarb nach erfolglosen Rettungsmaßnahmen im lokalen Krankenhaus. Das Gericht war der Meinung, dass der Angeklagte P die Droge freiwillig eingenommen habe und infolgedessen in einen Rauschzustand geraten sei.

⁶⁵ Vgl. *Lao*, Peking University Law Journal 5 (2015), 1324 (1343 f.)

⁶⁶ Zum Sachverhalt des Falls vgl. *Wang/Qin/Wu/Zhang/Ma*, Beijing News v. 2. 9.2018, A07, http://epaper.bjnews.com.cn/html/2018-09/02/content_730834.htm?div=-1 (1.12.2023).

⁶⁷ „Grundlinien zur rechtlichen Anwendung des Grundes der Notwehr“ vom Obersten Volksgerichtshof, der obersten Volksstaatsanwaltschaft und dem Ministerium für öffentliche Sicherheit der Volksrepublik China v. 28.8.2020: „In den vergangenen Jahren herrschte eine Rechtspraxis vor, wonach derjenige, der am lautesten schreit oder der, der ums Leben gekommen ist, das Recht hat. Dies ist falsch und zu korrigieren, damit der rechtsstaatliche Grundsatz ‚das Recht brauche dem Unrecht nicht zu weichen‘ aufrechtzuerhalten ist [...] Die psychische Ausnahmesituation beziehungsweise die gegebenenfalls vorherrschende Furcht des Verteidigers ist hinreichend zu berücksichtigen und er darf nicht ex-post überfordert werden [...] Man kann von in Notwehr handelnden Verletzten nicht verlangen, dass Art und Stärke ihrer Verteidigung grundsätzlich derjenigen des unrechtmäßigen Angriffs entsprechen.“

⁶⁸ Der Fall erschien in der „Amtlichen Gazette des obersten Volksgerichtshofs“ Nr. 7 v. 10.7.2007. Es handelt sich zugleich um Fall 431 („Der vorsätzliche Totschlag Song Pengs“), in: Strafrechtliches Tribunal des obersten Volksgerichtshofs der Volksrepublik China (Fn. 64), S. 144.

Gerade in diesem Zustand habe er einen schweren Erfolg verursacht. Der Angeklagte habe sich aufgrund der freiwilligen Entscheidung, sich in den Rauschzustand zu versetzen, des Totschlags an seinem Mitbewohner strafbar gemacht. Der Rechtsanwalt des P berief sich zur Verteidigung insbesondere auf den Wortlaut des Art. 18 Abs. 4 chStGB. Nach dieser Norm ist strafrechtlich verantwortlich, „wer im betrunkenen Zustand infolge des Konsums von Alkohol eine Straftat begeht“. Der Rechtsanwalt wies darauf hin, dass das Rauschgift „Ecstasy“ kein Alkohol sei, sodass die Vorschrift nicht anwendbar sei. Daraufhin führte der Richter aus, dass „gleichwohl eine Straftat anzunehmen ist“, weil der Konsum von Rauschgift, worunter auch „Ecstasy“ fällt, zum Tatzeitpunkt rechtswidrig gewesen sei. Für die Gesellschaft sei dies sogar „schädlicher“ als deliktisches Verhalten, das infolge des Konsums von Alkohol begangen wird. Für die Lösung dieses Falls sind die in Tang Lü⁶⁹ aufgestellten Bestimmungen, die auch in der heutigen Rechtspraxis noch Anwendung finden, heranzuziehen. Diese alten Bestimmungen besagen: „Die schwereren Fälle können keine Straftaten sein, wenn die geringfügigeren bereits keine Straftaten sind. Zugleich sind die schwereren Fälle auch Straftaten, wenn schon die geringfügigeren Straftaten sind.“ Aufgrund dieses traditionellen Rechtsgrundsatzes lässt sich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Angeklagten begründen. „Ecstasy“ ist eine härtere Droge als Alkohol, sodass in diesem Fall der zweite Teil des oben genannten Grundsatzes greift, obwohl sich das geltende Strafgesetz ledig auf den Fall des Alkoholkonsums bezieht.

Selbst in China ist dieser Urteilsspruch fragwürdig und überzeugender Kritik ausgesetzt. Dies beruht zum Teil darauf, dass gemäß Art. 133a Abs. 1 Nr. 2 chStGB nur die „Steuerung von Kraftfahrzeugen im alkoholisierten Zustand auf der Straße“ unter Strafe gestellt ist. Um diesen Tatbestand zu erfüllen, muss die Blutalkoholkonzentration des Fahrers aufgrund der entsprechenden juristischen Interpretation des obersten Volksgerichtshofs 0,8 ‰ überschreiten. Zu Art. 133a Abs. 1 Nr. 2 schreibt *Mingxuan Gao*, der in den Gesetzgebungsprozess involviert war, Folgendes: „An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass im Prozess der Diskussion über die Änderung des Strafgesetzes die konkrete Formulierung dieser Norm kontrovers diskutiert wurde. Von einigen Beteiligten wurde der Standpunkt vertreten, dass man in diesem Paragraphen zusätzlich die ergänzende Bestimmung ‚bzw. andere Handlungen von gefährlicher Steuerung von Fahrzeugen‘ vorschreiben sollte, damit die anderen gefährlichen Handlungen [sic, in der chinesische Version gibt es noch Gesetzesvorschläge, in denen z.B. von ‚Autofahren ohne Fahrerlaubnis‘ oder ‚unter Einfluss von Betäubungsmitteln‘ die Rede ist, der *Autor*] neben ‚Trunkenheit am Steuer‘ und ‚Autorennen auf der Straße‘, die noch nicht einschlägig gesetzlich festgelegt waren, in der Zukunft ebenfalls strafrechtlich geahndet werden können. Zudem wurde vorgeschlagen, zusätzlich auch gefährliche Handlungen im Bereich von Wassertransport [sic, Schifffahrt, der *Autor*], Luftfahrt

⁶⁹ Tang Lü ist der chinesische Name der Strafgesetze der Tang Dynastie. Die Tang Dynastie dauerte von 618 bis 907.

usw. als strafbare Handlungen festzulegen. Nach ausführlicher Untersuchung und Auseinandersetzung mit diesem Vorschlag wurden schließlich jedoch nur die Handlungen ‚Trunkenheit am Steuer‘ und ‚Autorennen auf der Straße‘ von den gesetzgebenden Organen in diese Norm aufgenommen.“⁷⁰ Weil nun in Art. 133a Abs. 1 Nr. 2 chStGB das „Autofahren unter Einfluss von Betäubungsmitteln“ nicht aufgeführt ist und man daher dieses Verhalten nicht bestrafen darf, ist es gleichfalls unzulässig, dass man durch Auslegung die Strafbarkeit des P wegen des unter Einfluss von Betäubungsmitteln begangenen Totschlags unter Art. 18 Abs. 4 chStGB subsummiert.

Der Fall von P zeigt deutlich, dass das Gesetz umgangen und stattdessen das Kriterium der „Gesellschaftsschädlichkeit“ zur Begründung der Strafbarkeit eingesetzt wurde. Obwohl es umstritten ist, ob man im Deliktaufbau die sog. „actio libera in causa“ auf Tatbestands- oder Schuldebene prüft,⁷¹ widerspricht es doch dem Gesetzlichkeitsprinzip, wenn man die ausdrückliche Bestimmung im Strafgesetz schlicht übergeht und die Strafbarkeit ohne Weiteres auf die „Gesellschaftsschädlichkeit“ des Verhaltens stützt.⁷² Vertritt man das Tatbestandsmodell im Fall der „actio libera in causa“ und versteht man unter der Tatbestandsverwirklichung ein vertyptes Unrecht, ist freilich zu vermuten, dass in der unpräzisen Rechtspraxis der Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“, wie der der „Gesellschaftsschädlichkeit“ als Interpretationshilfe unrechtsbegründend eingesetzt wird und dadurch zur Annahme einer unter Einfluss von Drogen begangenen Straftat beiträgt.

V. Resümee

Der missbräuchliche Umgang der ostasiatischen Rechtslehre mit dem Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit hat im Wesentlichen drei Gründe. Erstens hat man in Ostasien noch nicht genügend Erfahrung mit der Konstruktion eines modernen Rechtsstaates gesammelt; zweitens herrscht in Ostasien ein relativ starker „menschlicher Wettbewerb um das (Über-)Leben“, der das Interesse dafür verringert, das Recht von dem Unrecht formell abzugrenzen – Eile verursacht immer Fehler; drittens wurde das Gesetzlichkeitsprinzip spät – etwa in China erst im Jahr 1997 – in das chinesische Strafgesetzbuch aufgenommen. Der Gedanke der materiellen Rechtswidrigkeit entstand aber zuerst in Deutschland, das während der 1930er Jahre unter einem bitterlichen Unrechtsstaat litt. Nach Ende des zweiten Weltkriegs erlebte die deutsche Rechtswis-

⁷⁰ *Gao*, Entwicklung und Vollendung des Strafgesetzbuches der Volksrepublik China, Der Besonderer Teil des chinesischen Strafgesetzbuches 1997, Übersetzung von *Zhao*, 2022, S. 114 f.; in Chinesisch: *Gao*, Die Geburt und Entwicklung der Strafgesetze der Volksrepublik China, 2012, S. 333.

⁷¹ Vgl. *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 23 Rn. 6 ff.

⁷² Freilich dürfte die „actio libera in causa“ in Deutschland verfassungswidrig sein. Vgl. *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 71), § 23 Rn. 20. In China ist die Rechtslage jedoch anders, weil Art. 18 Abs. 4 chStGB allein den „Alkoholkonsum“ ausdrücklich vorschreibt.

senschaft zunächst eine Renaissance des Naturrechts und sodann die Wiederentdeckung der Normentheorie. Deshalb gewöhnte man sich in Deutschland daran, das Recht von dem Unrecht rechtsphilosophisch und theoretisch genau abzugrenzen. Statt der fragwürdigen materiellen Rechtswidrigkeit hebt man häufig den Begriff der Gerechtigkeit hervor. Zugleich gewinnt auch in der Theorie der Rechtswidrigkeit eine formelle Bestimmung dieses Begriffs immer mehr Gewicht. Dies ist freilich zum einen das Ergebnis sprachphilosophischer und normtheoretischer Untersuchungen. Zum anderen ist jedoch nicht zu übersehen, dass auch die Bundesrepublik Deutschland in den letzten Jahrzehnten einen schleichenden Verfassungswandel durchgemacht hat. Sie sei mit zunehmender Geschwindigkeit von einem die Gewalten teilenden Rechtsstaat zu einem „Richterstaat“ geworden.⁷³

Diese theoretischen und staatlichen Voraussetzungen, die maßgeblich zu der Entwicklung eines formellen Verständnisses der Rechtswidrigkeit in Deutschland beigetragen haben, sind hingegen in Ostasien nur zum Teil gegeben. Die Situation in Japan, wo man oft die objektivierte erfolgsorientierte Unrechtslehre vorzieht und die personale Unrechtslehre unsachlich ablehnt, lässt sich bereits schwer mit der Deutschlands vergleichen. Nehmen wir weiterhin das chinesische Recht als Beispiel, so finden wir darin etwas anderes, weil Art. 131 der chinesischen Verfassung und Art. 5 chStPO den Grundsatz vorschreiben, dass die Volksgerichte nach den Bestimmungen der Gesetze die ihnen vorgelegten Fälle selbstständig verhandeln. Die Volksgerichte als juristische Organe sind Kollektive. Nur die Richter oder das Gerichtspersonal sind natürliche Personen. Die juristischen Organe können wie in den oben genannten Fällen der Interpretationshilfe der „Gesellschaftsschädlichkeit“, die im traditionellen materiellen Verbrechensbegriff als erstes Merkmal platziert wird, ein größeres Gewicht als der klaren Abgrenzung von Recht und Unrecht beimessen. In der dogmatischen Diskussion, die die Rechtsprechung und Art. 13 chStGB respektieren sollte, besteht freilich die Tendenz, dass man die Idee der materiellen Rechtswidrigkeit, die in China auch als „Gesellschaftsschädlichkeit“ fungieren kann, unbesehen übernimmt. Dies gilt ebenfalls für die sog. „strafbare Rechtswidrigkeit“. Daher lässt sich sagen: Ob man die Rechtswidrigkeit formell versteht, hängt in Ostasien mehr von dem Schicksal des Grundsatzes „nulla poena, nullum crimen sine lege“ ab, als von der reinen Sprachlogik und dem richtigen Sprachgefühl. Obwohl man aufgrund der derzeitigen Unterschiede der Rechts- und Staatssysteme zwischen West und Ost vielleicht nichts Großartiges leisten kann, ist es doch möglich, zunächst durch den Kulturaustausch eine richtige Sprachlogik in der Strafrechtslehre zu etablieren. Das war und ist die Aufgabe dieser Abhandlung.

⁷³ Vgl. *Rüthers*, NJW 2005, 2759.

Dürfen verdeckte Ermittler im türkischen Strafprozessrecht während der Erhebung von Beweismitteln Ton- und/oder Videoaufzeichnungen machen?

Von Dr. Efser Erden Tütüncü, Istanbul*

Die Maßnahme des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers ist eine der Ermittlungsmethoden im türkischen Strafprozessrecht, die hauptsächlich zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität eingesetzt wird. Die Grenzen der Befugnisse des im Rahmen dieser Maßnahme eingesetzten verdeckten Ermittlers sind im Gesetz nicht eindeutig festgelegt. Dieser Umstand führt zu fehlerhaften Praktiken, die das Recht auf ein faires Verfahren verletzen. In der Rechtslehre gibt es über die Befugnisse des verdeckten Ermittlers verschiedene Diskussionen und in vielen Fragen herrscht kein Konsens. Eine dieser Unstimmigkeiten betrifft die Frage, ob der verdeckte Ermittler berechtigt ist, Ton- und/oder Videoaufnahmen anzufertigen. Eine neue Entwicklung in dieser Debatte fand am 5.4.2023 statt. Mit der Änderung von Art. 139 Abs. 4 tStPO, der die Maßnahme des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers regelt, wurde die Befugnis des verdeckten Ermittlers, Ton- und/oder Videoaufnahmen anzufertigen, eindeutig geregelt. Die Änderung räumt dem verdeckten Ermittler in dieser Hinsicht jedoch nur sehr eingeschränkte Befugnisse ein und kann zu neuen Diskussionen führen. Ziel dieses Aufsatzes ist es, die Grenzen der Befugnis des verdeckten Ermittlers zur Anfertigung von Ton- und/oder Videoaufnahmen während seines Einsatzes im Lichte der jüngsten Änderung aufzuzeigen.

I. Einführung

Die Bekämpfung der organisierten Kriminalität ist aufgrund ihrer komplexen Struktur sehr anspruchsvoll und erfordert den Einsatz einer Reihe spezieller Ermittlungsmethoden bei der Bekämpfung der entsprechenden Straftaten. Auch die Beauftragung eines verdeckten Ermittlers durch den zuständigen Strafrichter, die im türkischen Strafprozessrecht zu diesen besonderen Ermittlungsmaßnahmen zählt, ist eine Methode der Beweiserhebung.¹ Die Tatsache, dass die auf diese Weise gewonnenen Beweise als rechtmäßige Beweise im Strafprozessrecht verwertet werden können, steht in direktem Zusammenhang mit der Bestimmung der Grenzen der Befugnisse des verdeckten Ermittlers. Die Grenzen der Befugnisse des verdeckten Ermittlers, der im Rahmen der in Art. 139 der geltenden Strafprozessordnung mit der Nr. 5271 (tStPO) geregelten Maßnahme zur Beauftragung eines verdeckten Ermittlers eingesetzt wird, sind in der tStPO geregelt. Der verdeckte Ermittler ist „verpflichtet [...], alle Arten von Nachforschungen über die Organisation durchzuführen, deren Aktivitäten er überwachen soll, und Beweise im Zusammenhang mit den im Rahmen der tStPO begangenen Straftaten zu sammeln“ (Übersetzung, Art. 139 Abs. 4 tStPO). Allerdings

ergibt sich aus Art. 139 tStPO keine Begrenzung der Verpflichtung. Aus diesem Grund besteht in der Lehre kein Konsens darüber, ob die Anfertigung einer „Ton- und/oder Videoaufzeichnung“ im Rahmen von Nachforschungstätigkeiten aller Art möglich ist. Der Hauptgrund dafür ist, dass die Ermittlungsmaßnahme „Überwachung mit technischen Mitteln“ in Art. 140 tStPO gesondert geregelt ist.

Vertreten wird daher zum Teil, dass der verdeckte Ermittler Ton- und/oder Videoaufzeichnungen nur anfertigen darf, falls die in Art. 140 tStPO festgelegten Voraussetzungen für die Überwachung mit technischen Mitteln erfüllt sind.² Eine andere Ansicht argumentiert demgegenüber, dass der verdeckte Ermittler aufgrund der in Art. 139 Abs. 4 tStPO genannten Formulierung „alle Arten von Nachforschungs- und Beweiserhebungstätigkeiten“ ohne weitere Bedingungen Ton- und/oder Videoaufzeichnungen anfertigen könne.³

Die mit den Ermittlungen betraute Praxis hat sich der zweiten Auffassung angeschlossen und schließt sich dem Argument an, dass Art. 139 Abs. 4 tStPO auch die Aufnahme von Ton- und/oder Videoaufzeichnungen mitumfasst, ohne dass es der weiteren Voraussetzungen des Art. 140 tStPO bedarf. Im Gegensatz zu dieser Praxis hat der türkische Kassationsgerichtshof (Yargıtay) entschieden, dass auf diese Weise erlangte Beweise rechtswidrig sind und ihnen damit kein Beweiswert in einem Verfahren zukommen kann.⁴

Um diese Diskussionen zu beenden, wurde mit Art. 19 des Änderungsgesetzes mit der Nr. 7445 (am 5.4.2023 in Kraft getreten) Art. 139 Abs. 4 tStPO um einen Satz ergänzt.⁵

Dieser Satz ermächtigt den zuständigen Richter, dem verdeckten Ermittler zu erlauben, im Hinblick auf die Begehung von Taten wegen Herstellung von und Handeltreiben mit Betäubungsmitteln gem. Art. 188 des türkischen Strafgesetzbuchs (tStGB) Ton- und/oder Videoaufzeichnungen zur Beweiserhebung an öffentlichen Orten und in Geschäftsräumen durchzuführen. Dies ist unabhängig davon möglich, ob die Taten im Zusammenhang mit Art. 188 tStGB von kriminellen Organisationen begangen wurden.

Ziel dieses Beitrags ist es, die Grenzen der Befugnisse verdeckter Ermittler zur Anfertigung von Ton- und/oder Videoaufzeichnungen während der Nachforschungen und Beweiserhebungstätigkeiten im türkischen Strafprozessrecht unter Berücksichtigung der jüngsten Änderungen aufzuzeigen.

² Öztürk u.a., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Aufl. 2022, S. 576; Centel/Zafer (Fn. 1), S. 522; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Aufl. 2020, S. 483.

³ Özbek u.a., Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Aufl. 2022, S. 410.

⁴ Yargıtay, Urt. v. 12.5.2016 – 2016/2964; Yargıtay, Urt. v. 14.1.2016 – 2016/121.

⁵ GBl. 5.4.2023, Nr. 32154.

* Die Autorin ist Assistenz-Professorin für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Istanbul Kültür. Sie bedankt sich herzlich bei Dr. Akif Hilal Öztürk für seine Hilfe bei der Übersetzung.

¹ Vgl. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Aufl. 2021, S. 522.

II. Allgemeine Hinweise zur Beauftragung eines verdeckten Ermittlers

Die Ermittlungsmaßnahme der Beauftragung eines verdeckten Ermittlers wurde erstmals im türkischen Recht unter dem Titel „Einsatz geheimer Beamter“ in Art. 5 des (aufgehobenen) Gesetzes zur Bekämpfung krimineller Organisationen mit Profitabsichten (ÇASÖMK/Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu) vom 30.7.1999 mit der Nummer 4422 eingeführt.⁶

Demnach war es möglich, dass Beamte als verdeckte Ermittler bei der Ermittlung von Straftaten eingesetzt werden, die in den Geltungsbereich des ÇASÖMK fallen; es war geregelt, dass der verdeckte Ermittler dafür verantwortlich ist, die Organisation zu infiltrieren, zu beobachten, zu überwachen, alle Arten von Nachforschungen über die Organisation durchzuführen und andere Beweise, Spuren und Indizien im Zusammenhang mit Straftaten zu sammeln.⁷ Es war klar geregelt, dass ein im Rahmen des außer Kraft getretenen ÇASÖMK eingesetzter verdeckter Ermittler keine Straftaten begehen darf, wie dies auch in Art. 139 tStPO über die Beauftragung eines verdeckten Ermittlers der Fall ist.

Von der Lehre wurde die oben genannte damalige Regelung hauptsächlich aus folgenden Gründen kritisiert⁸:

- wegen der nur begrenzten Einsatzdauer des verdeckten Ermittlers,
- wegen des Fehlens einer Regelung über eine Scheinidentität des verdeckten Ermittlers.

In der jetzigen Regelung des Art. 139 tStPO sind diese beiden Kritikpunkte weggefallen. Der betreffende Art. 5 ÇASÖMK wurde durch den Art. 18 lit. d des Gesetzes zur Durchsetzung und Umsetzung des Strafprozessgesetzes Nr. 5320⁹ aufgehoben.

Vor der jetzt geltenden Regelung des Art. 139 Abs. 4 tStPO gab es im (aufgehobenen) Strafprozessgesetz mit der Nr. 1412 keine Regelung für den Einsatz eines verdeckten Ermittlers.¹⁰ Nach dem am 1. Juni 2005 in Kraft getretenen Art. 139 tStPO (Gesetzesnummer 5271) findet sich nunmehr unter der Bezeichnung „Einsatz verdeckter Ermittler“ eine Regelung, die es erlaubt, unter bestimmten Voraussetzungen diese Ermittlungsmaßnahme anzuwenden. Diese Regelung ist noch immer in Kraft.

Die in der tStPO vorgegebene und ursprünglich in Kraft getretene Verordnung über die Überwachung der Kommunikation, den Einsatz eines verdeckten Ermittlers und die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen mit technischen Hilfsmitteln ist inzwischen aufgehoben worden.¹¹ Die Verordnung regelte die Anwendungsgrundlagen für die einzelnen Maßnahmen.

Laut der inzwischen aufgehobenen Verordnung wurde der verdeckte Ermittler als ein Beamter definiert, der beauftragt ist, „bei Bedarf zu infiltrieren, zu beobachten, zu überwachen, alle Arten von Nachforschungen über die Organisation durchzuführen und andere Beweise, Spuren und Indizien im Zusammenhang mit Straftaten zu sammeln“.¹²

In derselben Verordnung war der Begriff des „zuständigen Strafverfolgungsbeamten“ aufgenommen und definiert als „die Person, die für die Überwachung der Operation, in der der verdeckte Ermittler ermittelt, die Kontaktaufnahme mit dem verdeckten Ermittler, für die Sicherheit von Leib und Leben des verdeckten Ermittlers und bei Eintreten einer Gefahr für Leib und Leben für die Beendigung der Maßnahme verantwortlich ist“ (Übersetzung).

In Art. 139 tStPO findet sich eine Definition des „zuständigen Strafverfolgungsbeamten“ jedoch nicht; auch findet sich keine exakte Definition, wer genau als „verdeckter Ermittler“ beauftragt werden kann. Wer alles als „verdeckter

⁶ *Özbek, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2 (1–2/2014), 135.

⁷ Der vollständige Wortlaut des Art. 5 ÇASÖMK lautete wie folgt: „(1) Beamte können als verdeckte Ermittler bei der Untersuchung von Straftaten eingesetzt werden, die in den Geltungsbereich dieses Gesetzes fallen, wenn davon ausgegangen wird, dass andere Maßnahmen nicht ausreichen. (2) Der verdeckte Ermittler ist verpflichtet, bei Bedarf in die Organisation einzudringen, auszuspionieren, zu überwachen, Nachforschungen aller Art über die Organisation anzustellen und sonstige Beweise, Spuren, Artefakte und Zeichen im Zusammenhang mit Straftaten zu sammeln. (3) Wenn ein verdeckter Ermittler mit der Überwachung einer oder mehrerer Personen beauftragt wird, die der Begehung der in Artikel 1 genannten Straftaten verdächtig werden, ist das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte dafür erforderlich, dass diese Personen bereits zuvor eine Straftat begangen haben oder dass die Gefahr besteht, dass sie eine von den in diesem Gesetz vorgesehenen Straftaten begehen oder dass sie das Begehen einer Straftat zum Beruf oder zur Gewohnheit gemacht haben. (4) Ein verdeckter Ermittler kann nicht für die von der Organisation, der er zugeordnet ist, begangenen Straftaten zur Verantwortung gezogen werden. Ein verdeckter Ermittler darf während der Ausübung seiner Pflicht kein Verbrechen begehen. (5) Die Identität des verdeckten Ermittlers wird vertraulich behandelt. (6) Die Umsetzung dieses Artikels und die Angelegenheiten, die für die Ernennung des Geheimbeamten zu einer ähnlichen Aufgabe im Hinblick auf die Sicherheit seiner selbst und seiner Familienangehörigen erforderlich sind, werden durch eine vom Innenministerium zu erlassende Verordnung festgelegt.“ (Übersetzung).

⁸ *Özbek* (Fn. 3), S.135–136.

⁹ GBl. 31.3.2005, Nr. 25772.

¹⁰ Die genannten Maßnahmen werden in der Lehre auch als „neue Ermittlungsmaßnahmen“ bezeichnet, da sie im alten Recht nicht geregelt waren. Vgl. *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 534–535.

¹¹ Beschluss des Großen Senats für Verwaltungstreitsachen des Staatsrats vom 20.5.2019, Aktenzeichen: 2017/2123, Beschlussnummer: 2019/2471.

¹² In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass diese Definition auch für den verdeckten Ermittler gilt. Vgl. *Taşkın, Kışkırtıcı, Ajan*, 2011, S. 35; *Şen/Yurttaş, Ceza Hukuku Dergisi* 6/Jahr, 23.

Ermittler“ überhaupt in Betracht kommt, wird im Folgenden dargestellt.

III. Die Beauftragung von Personen als verdeckte Ermittler

Verdeckte Ermittler sind Amtsträger, die durch Entscheidung eines Richters¹³ ernannt werden. Sie sind verpflichtet, Nachforschungen bezüglich der Organisation anzustellen, deren kriminelle Aktivitäten zu überwachen und die entsprechenden Beweise über Straftaten zu sammeln, die im Rahmen der Tätigkeiten dieser Organisation begangen wurden. In den Ermittlungen, die wegen der im Katalog¹⁴ der organisierten Kriminalität aufgeführten Straftaten eingeleitet werden, wird ein verdeckter Ermittler eingesetzt, wenn ein auf konkreten Beweisen beruhender begründeter Verdacht besteht, dass die untersuchte Straftat begangen wurde und keine anderen Beweise erlangt werden können.

Ein als verdeckter Ermittler eingesetzter Amtsträger erhält eine auf Dauer veränderte Identität (Scheinidentität). Es besteht für ihn die Möglichkeit, mit dieser Identität auch verbindlich Rechtshandlungen vorzunehmen, so z.B. mit einer Scheinidentität Verträge abzuschließen. Notwendige Dokumente können bei Bedarf für die Erstellung und Aufrechterhaltung der Identität erstellt, geändert und verwendet werden (vgl. Art. 139 Abs. 2 tStPO).

Aus Art. 139 tStPO geht eindeutig hervor, dass jeglicher Amtsträger als „verdeckter Ermittler“ beauftragt werden kann. Diese Besonderheit unterscheidet sich von der deutschen Rechtslage. Während verdeckte Ermittler im deutschen Strafprozessrecht gem. § 110a Abs. 2 StPO nur Polizeibeam-

te sein dürfen¹⁵, kann gem. Art. 139 Abs. 1 tStPO jeder öffentliche Bedienstete beauftragt werden.¹⁶

Eine Vertrauensperson hingegen, die kein Amtsträger ist, fällt nicht unter den Schutzbereich eines verdeckten Ermittlers i.S.d. Art. 139 Abs. 1 tStPO. Sie ist eine Person, die nicht in die Strafverfolgungsorgane eingebunden ist, aber eine enge Beziehung zu den Strafverfolgungsbehörden gegen ein langfristiges Zuverlässigkeitsversprechen unterhält, die Strafverfolgungsorgane aus verschiedenen Gründen bei der Aufklärung von Straftaten unterstützt und deren Identität vertraulich behandelt wird.¹⁷

Entscheidend dafür, ob es sich um einen verdeckten Ermittler oder eine Vertrauensperson handelt, ist der Status: Personen, die von den Strafverfolgungsbehörden zur Informationsbeschaffung bei organisierter Kriminalität eingesetzt werden, ohne gleichzeitig öffentlich Bedienstete zu sein, haben den Status einer Vertrauensperson. Es kann ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren vorliegen, wenn unabhängig von der Unterscheidung, ob eine Vertrauensperson oder ein verdeckter Ermittler eingesetzt wird, diese Person als „agent provocateur“ eine aktive Rolle bei der Begehung von Straftaten übernimmt.¹⁸ Damit unterscheidet der EGMR in dieser speziellen Konstellation nicht zwischen einer Vertrauensperson und einem verdeckten Ermittler.

Wenn andererseits die kriminelle Organisation im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden von einer Vertrauensperson infiltriert wird, verschwimmt die Grenze zwischen dem verdeckten Ermittler und der Vertrauensperson. Die Vorschrift des Art. 139 tStPO kann nicht auf den Einsatz einer Vertrauensperson angewendet werden.¹⁹

Der verdeckte Ermittler unterscheidet sich auch rechtlich vom Polizeibeamten, der als Käufer von Betäubungsmitteln auftritt, ohne als verdeckter Ermittler eingesetzt worden zu sein. Tatsächlich verbergen diese Polizeibeamten nur ihre Identität, eine falsche Identität wird ihnen hingegen nicht gegeben.

¹³ Mit dem Art. 27 des Gesetzes Nr. 6763 vom 24.11.2016 wurde die Formulierung „einstimmig vom schweren Strafgericht“ im ersten Absatz des Artikels in „vom Richter“ geändert.

¹⁴ Unabhängig davon, ob die Tat im Rahmen einer Organisationstätigkeit begangen wird, kann gem. Art. 139 Abs. 7 lit. a tStPO die Ermittlungsmaßnahme eines verdeckten Ermittlers für die Straftat der Herstellung von und des Handels mit Betäubungsmitteln (Art. 188 tStGB) angewendet werden. Außer dieser Ausnahme in der tStPO wurde Art. 5 des Gesetzes Nr. 7258 vom 29.4.1959 über die Veranstaltung von Wetten und Glücksspielen bei Fußball- und anderen Sportwettbewerben mit Art. 23 des Gesetzesdekrets Nr. 694 vom 15.8.2017 um einen Absatz ergänzt. Demnach ist in Bezug auf die in den lit. a, b, c und ç des ersten Absatzes von Art. 5 dieses Gesetzes (Gesetz Nr. 7258) geregelten Straftaten und die schweren Fälle in den Absätzen 3 und 4 von Art. 228 tStGB (Gesetz Nr. 5237) mit der Überschrift „Bereitstellung eines Ortes und einer Gelegenheit für Glücksspiele“ geregelt, dass die Maßnahme der Beauftragung eines verdeckten Ermittlers unabhängig davon angewendet wird, ob die Taten im Rahmen einer Organisationstätigkeit begangen wurden oder nicht. Diese Regelung wurde in der mit dem Art. 23 des Gesetzes Nr. 7078 vom 1.2.2018 angenommenen Fassung in Kraft gesetzt.

¹⁵ Nach Art. 110a Abs. 2 der deutschen StPO sind verdeckte Ermittler Polizisten, die mit „veränderte[r] Identität [...] ermitteln“. An einer verdeckten Ermittlung können jedoch auch andere Personen beteiligt sein, die über einen anderen rechtlichen Status verfügen. Vgl. *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 479 f.

¹⁶ Zur Ansicht, dass die betreffenden Beamten gemäß dem Verwaltungsrecht als Beamte anzusehen sind, siehe *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 574; zu anderen Ansichten darüber, wer im Strafrecht als Amtsträger gilt, siehe auch *Erden Tütüncü*, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (2/2017), 681; Vgl. *Taşkın* (Fn. 12), S. 34.

¹⁷ *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 574.

¹⁸ Siehe den französischen Originaltext EGMR, Urt. v. 15.12.2009 – 17570/04, abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-96228%22%5D%7D>; (23.3.2024); ferner über „Vertrauensperson (Informant X)“ auch *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 480.

¹⁹ *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 574.

Diese Praxis argumentiert mit der Vorschrift des Art. 160 Abs. 2 tStPO. Demnach darf die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens insbesondere bei Straftaten im Zusammenhang mit der Herstellung von und dem unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln diese Beweiserhebung durchführen. Dieser Argumentation folgt auch der türkische Kassationsgerichtshof unter Bezugnahme auf Art. 160 tStPO und betrachtet die eingesetzten Polizeibeamten nicht als verdeckte Ermittler, sondern als Teil der „Justizpolizei, die geheime Ermittlungen durchführen“. Der türkische Kassationsgerichtshof hat darüber hinaus entschieden, dass die aufgrund des Einsatzes dieser Polizeibeamten erhobenen Beweise, ohne dass die Beamten die Täter zu Straftaten anstiften oder provozieren, als Beweismittel verwertet werden dürfen.²⁰

Die Regelung des Gesetzgebers, dass die Maßnahme des verdeckten Ermittlers für eine Straftat der Herstellung von und des Handelstreibens mit Betäubungsmitteln angewendet werden kann, „unabhängig davon, ob die Straftat durch eine kriminelle Organisation begangen wird“, hat diese durch die Praxis entstandene Verwirrung beseitigt.

Nach der alten Rechtslage konnten Beamte der „Justizpolizei“, die geheime Ermittlungen durchführen, nicht auch gleichzeitig als „verdeckte Ermittler“ beauftragt werden. Durch die Einfügung des Art. 139 Abs. 7 lit. a Nr. 1 tStPO, wonach es nicht mehr darauf ankommt, ob eine Straftat wegen Herstellung von oder Handeltreiben mit Betäubungsmitteln vorliegt, ist es nun auch möglich, den Beamten der Justizpolizei als verdeckten Ermittler zu beauftragen. Der Gesetzgeber begründet die Änderung mit dem Ziel, einzelne Straßendealer („Drogendealer“) wirksamer zu bekämpfen.²¹

Infolgedessen fallen die Ermittlungstätigkeiten von Beamten der Justizpolizei, die Geheimermittlungen durchführen, ohne als verdeckter Ermittler beauftragt worden zu sein und damit nicht die gesetzlich geforderten Voraussetzungen für die Beauftragung eines verdeckten Ermittlers erfüllen, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 139 Abs. 4 tStPO.²²

Dementsprechend gilt: Es ist den Beamten der Justizpolizei, welche nicht als verdeckte Ermittler beauftragt sind, nicht gestattet, Ton- und/oder Videoaufzeichnungen anzufertigen.

IV. Voraussetzungen für die Anwendung der Maßnahme

Damit die Maßnahme des verdeckten Ermittlers im türkischen Strafprozessrecht angewendet werden kann, muss die Straftat, gegen die ermittelt wird, zu den im Katalog aufgeführten Straftaten gehören (1.), darf keine Möglichkeit bestehen, Beweise auf andere Weise zu beschaffen (2.) und muss

ein dringender Tatverdacht aufgrund konkreter Anhaltspunkte vorliegen (3.).

1. Erfordernis eines Verbrechenstatbestands nach den Katalogstraftaten des Art. 139 Abs. 7 tStPO

In Art. 139 Abs. 7 tStPO gibt es einen Straftatenkatalog, der restriktiver als der Katalog im Rahmen der Überwachung der Telekommunikation ist.²³ Dementsprechend kann die Maßnahme des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers nur bei folgenden Straftaten angewendet werden:

- Im türkischen Strafgesetzbuch:
 1. Herstellung von und Handel mit Betäubungsmitteln, unabhängig davon, ob dies durch eine kriminelle Organisation erfolgte (Art. 188 tStGB).
 2. Gründung einer kriminellen Organisation zum Zweck der Begehung einer Straftat (mit Ausnahme der Absätze zwei, sieben und acht, Art. 220 tStGB).
 3. Bewaffnete kriminelle Organisation (Art. 314 tStGB) oder Lieferung von Waffen an diese kriminellen Organisationen (Art. 315 tStGB).
- Straftaten des Waffenschmuggels, die im Gesetz als Schusswaffen, Messer und andere Werkzeuge definiert sind (Art. 12 tStGB).
- Straftaten i.S.d. Art. 68 und 74 des Gesetzes zum Schutz von Kultur- und Naturgütern.²⁴

Obwohl im Wortlaut des Art. 139 Abs. 4 tStPO aufgenommen ist, dass der verdeckte Ermittler „Beweise über die Aktivität der kriminellen Organisation“ sammeln muss, besteht Einigkeit darüber, dass diese Pflicht natürlich nicht bei den Katalogtaten gelten kann, bei denen keine kriminelle Organisation beteiligt wird. Daher besteht ein Widerspruch zwischen Abs. 4 und Abs. 7 des Art. 139 tStPO.

Darüber hinaus zählen auch Taten wegen unerlaubten Glückspiels und Wetten im Zusammenhang mit Fußball- und anderen Sportwettbewerben zu den Straftaten, bei denen die Beauftragung von verdeckten Ermittlern zulässig ist (vgl. Art. 5 lit. a, b, c und ç des Gesetzes mit der Nr. 7258 und Art. 228 Abs. 3 und 4 tStGB)²⁵, unabhängig davon, ob diese Taten durch kriminelle Organisationen begangen wurden oder nicht.

Abschließend ist festzuhalten, dass es sich bei der Maßnahme der Beauftragung von verdeckten Ermittlern um eine besondere Ermittlungsmaßnahme und Beweiserhebung handelt, die in der Regel bei der Bekämpfung organisierter Kri-

²⁰ Yargıtay (Großer Strafsenat), Urt. v. 9.6.2015 – 2015/197.

²¹ Übertragen von *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 412.

²² *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 574. Siehe auch *Özbek*, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler (Önleyici Tedbirler – Açık ve Gizli Koruma Tedbirleri), 2021, S. 983–985.

²³ Für die Auffassung, dass der engere Anwendungsbereich des fraglichen Katalogs mit dem Zweck der Maßnahme vereinbar ist, siehe *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 481 f.

²⁴ Dabei handelt es sich um die Straftatbestände der „rechtswidrigen Verbringung von Kultur- und Naturgütern ins Ausland“ und der „unerlaubten Nachforschung, Ausgrabung und Bohrung“.

²⁵ Dabei handelt es sich um die Straftatbegehung durch „die Nutzung von Informationssystemen“ sowie um die Straftatbegehung „im Rahmen von Organisationstätigkeiten“.

minalität zum Einsatz kommt und deren Anwendung auf einen engen Katalog von Straftaten beschränkt ist.

Die Beauftragung eines verdeckten Ermittlers war ursprünglich auf Taten im Zusammenhang mit der organisierten Kriminalität beschränkt.²⁶ Ihr Anwendungsbereich wurde nunmehr durch die oben genannten Gesetzesänderungen in Bezug auf weitere Straftaten unabhängig von der Begehung im Rahmen einer kriminellen Organisation erweitert.

2. Vorliegen eines dringenden Verdachtsgrads auf der Grundlage konkreter Beweise

Ein dringender Tatverdacht liegt dann vor, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung des Angeklagten aufgrund der vorliegenden Beweislage hoch ist.²⁷ Für die Beauftragung eines verdeckten Ermittlers sieht das Gesetz das Vorliegen konkreter Verdachtsmomente vor.

In der Lehre argumentieren *Yenisey/Nuhoğlu* jedoch, dass ein einfacher Verdacht für geheime Ermittlungsmaßnahmen ausreicht und dass der Ausdruck im Gesetz so zu verstehen sei, dass die Beweise, die den Verdacht begründen, stark sein müssten, und nicht der Verdacht einer Straftat selbst.²⁸ Mit anderen Worten, sie erklären, dass es einen Grund für den Verdacht einer Straftat geben müsse, der auf konkreten Beweisen beruhe und stark sei. Sie argumentieren, dass die Beauftragung eines verdeckten Ermittlers laut Gesetz nur das letzte Mittel sein könne und daher die Voraussetzungen nicht so hoch wie bei der Beantragung eines Haftbefehls sein dürften.²⁹ Diese Argumentation überzeugt. Denn wenn schon ein dringender Tatverdacht aufgrund anderer Beweismittel vorliegt, kann diese Maßnahme denklösig nie das letzte Mittel zur Aufklärung sein. Damit besteht keine Unfähigkeit der Strafverfolgungsbehörden, Beweise durch andere Mittel zu erhalten. Die Konsequenz wäre, dass dieses Mittel nicht oder kaum noch zur Anwendung kommen würde.³⁰

3. Unmöglichkeit einer anderweitigen Beweiserhebung

Bei dieser Maßnahme handelt es sich um eine subsidiäre Ermittlungsmaßnahme wie die Überwachung der Kommunikation per Telekommunikation und Folgemaßnahmen mit technischen Mitteln.³¹ Es ist hier zu beachten, dass diese Maßnahme nur dann in Betracht kommen kann, soweit die

Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (vgl. Art. 139 Abs. 1 tStPO).

Einer Auffassung nach wird Kritik dahingehend geäußert, dass das Erfordernis eines begründeten Verdachts, der sich auf konkrete Anhaltspunkte stützt, mit dem Erfordernis des subsidiären Charakters dieser Maßnahme in Widerspruch steht. Nach einer anderen Auffassung sind geheime Ermittlungsmaßnahmen privat und vertraulich und stellen einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte und -freiheiten dar.³² Daher stellen nach dieser Ansicht die oben genannten beiden Erfordernisse keinen Widerspruch dar, vielmehr ergänzen sie sich.³³ Beiden Auffassungen ist aber gemein, dass die Maßnahme der Beauftragung eines verdeckten Ermittlers nur als letztes Mittel angewandt werden darf, so wie auch bei der Überwachung der Kommunikation per Telekommunikation und Folgemaßnahmen mit technischen Mitteln. In diesem Zusammenhang ist es aber auch möglich, auf mehrere geheime Ermittlungsmaßnahmen zurückzugreifen, beginnend mit der Maßnahme, die den geringsten Eingriff in die Grundrechte und -freiheiten darstellt.³⁴

V. Die Entscheidungsbefugnis und die Ausführung der Entscheidung

Die Entscheidung über die Bestellung eines verdeckten Ermittlers kann nur der zuständige Richter treffen (eingeführt durch die Änderung des Gesetzes Nr. 6545 im Jahr 2014 mit dem Begriff „sulh ceza hakimi“).³⁵ Er ist nur zuständig für die Ermittlungsmaßnahmen und weitere ihm per Gesetz zugeschriebene Aufgaben. Seine Aufgaben entsprechen damit nicht exakt denen eines Ermittlungsrichters im deutschen Strafprozessrecht. Der Beschluss kann nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft getroffen werden.³⁶ Ferner muss bereits ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden sein³⁷; die Aufnahme von sog. Vorfelddermittlungen reicht dafür nicht aus.³⁸

Aufgrund der Intensität des Grundrechtseingriffes darf auch nur der Richter über die Beauftragung eines verdeckten Ermittlers entscheiden. Damit ist es folgerichtig, die Entscheidungsbefugnis einem Richter zu übertragen.³⁹

²⁶ Wenn man die Begründung des Artikels und den Bericht der Justizkommission betrachtet, wird deutlich, dass die Verordnung zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität eingeführt wurde, vgl.

<http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/CEZA-MUHAKEMESI-KANUNU.pdf> (23.3.2024).

²⁷ *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 445.

²⁸ *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 481; in dieselbe Richtung siehe *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 411.

²⁹ *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 481.

³⁰ In dieselbe Richtung siehe *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 411; vgl. *Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır*, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Aufl. 2021, S. 528.

³¹ *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 481; *Şahin/Göktürk*, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 12. Aufl. 2021, S. 371.

³² *Centel/Zafer* (Fn. 1), S. 525.

³³ *Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır* (Fn. 30), S. 528.

³⁴ *Şahin/Göktürk* (Fn. 31), S. 377 f.

³⁵ *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 162 f.

³⁶ *Centel/Zafer* (Fn. 1), S. 525; *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 483; *Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır* (Fn. 30), S. 530.

³⁷ *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 573; *Şahin/Göktürk* (Fn. 31), S. 374.

³⁸ *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 483. Auch gemäß den Ansichten des türkischen Kassationsgerichtshofs muss der Vorfall konkretisiert werden, um einen verdeckten Ermittler zu ernennen. Zudem muss die zu untersuchende Straftat bereits begangen worden sein oder noch begangen werden. Es stellt eine Gesetzesverletzung dar, einen verdeckten Ermittler zu präventiven Zwecken einzusetzen. Siehe Yargıtay, Urt. v. 14.1.2016 – 2016/121.

³⁹ In dieselbe Richtung siehe *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 481. Früher musste das schwere Strafgericht einstimmig über die Maßnahme beschließen. Mit Art. 27 des Gesetzes Nr. 6763 vom 24.11.2016 wurde diese Regel dahingehend

Bei der Entscheidungsfindung wird in einigen Rechtsordnungen zum Schutz der Rechte des Verdächtigen ein sog. „zuverlässiger Anwalt“ bestellt, der weder die Person noch die Personalien der Person, gegen die eine vertrauliche Ermittlungsmaßnahme durchgeführt wird, kennt.⁴⁰ Im türkischen Recht gibt es dazu keine Regelung. Diesen Ansatz hält die *Verf.* für hoch interessant, denn er wahrt auch in sog. verdeckten bzw. vertraulichen Verfahren in einem frühzeitigen Stadium die Rechte der Verdächtigen und schützt ihre vertraulichen Lebensbereiche. Auch in der deutschen StPO findet sich eine solche Regelung nicht. Zu überlegen wäre, ob vor dem Hintergrund des fair-trial-Grundsatzes eine solche Änderung in der StPO eingeführt werden könnte. Die Gefahr, dass verdeckte Verfahren durch unberechtigte Informationsweitergabe an den Verdächtigen sabotiert werden können, ist m.E. gering, zumal die Personalien des Verdächtigten dem Verteidiger nicht bekannt sind.

Die Entscheidung selbst und andere Dokumente zur Bestellung eines verdeckten Ermittlers werden bei der zuständigen Generalstaatsanwaltschaft aufbewahrt. Die Identität des verdeckten Ermittlers wird auch nach Beendigung seiner Tätigkeit vertraulich behandelt. Sie kann geändert werden. Mit dieser Identität kann er verbindlich Rechtshandlungen vornehmen. Notwendige Dokumente können bei Bedarf für die Erstellung und Aufrechterhaltung der Identität erstellt, geändert und verwendet werden (vgl. Art. 139 Abs. 2 tStPO).

Im Gegensatz zu anderen Ermittlungsmethoden ist der Einsatz eines verdeckten Ermittlers grundsätzlich zeitlich unbegrenzt. Wie jede in die Grundrechte eingreifende Maßnahme muss auch diese Maßnahme dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Daher ist die Maßnahme zu beenden, wenn sie nicht mehr erforderlich ist. Wird hingegen gleichzeitig mit einer Überwachungsmaßnahme mit technischen Mitteln ein verdeckter Ermittler beauftragt, gelten die im Gesetz für die Überwachungsmaßnahme mit technischen Mitteln festgelegten Fristen⁴¹ mit der Besonderheit, dass sie um den Faktor 1 erhöht werden (Art. 140 Abs. 3 tStPO). So kann beispielsweise die Maßnahme der Überwachung mit technischen Mitteln, die in der Regel für maximal drei Wochen bewilligt werden kann, auf bis zu sechs Wochen verlängert werden, wenn auch gleichzeitig ein verdeckter Ermittler eingesetzt wird.

geändert, dass der Richter sie nun selbst beschließen kann (gem. Artikel 139 Abs. 1 tStPO).

⁴⁰ Übertragen von *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 482 f.

⁴¹ Diese Fristen sind gem. Art. 140 Abs. 3 der tStPO wie folgt bestimmt: Die Entscheidung über die Überwachung mit technischen Mitteln kann für höchstens drei Wochen getroffen werden. Diese Frist kann in bestimmten Fällen um eine weitere Woche verlängert werden. Falls es erforderlich ist, kann der Richter im Zusammenhang mit Straftaten, die im Rahmen der Tätigkeit einer Organisation begangen wurden, beschließen, die genannten Fristen um höchstens eine Woche zu verlängern und die Gesamtfrist von vier Wochen nicht zu überschreiten.

VI. Allgemeine Erläuterungen zu den Aufgaben und Befugnissen des vertraulichen Ermittlers

In Art. 139 Abs. 4 tStPO heißt es, dass der verdeckte Ermittler „verpflichtet ist, alle Arten von Nachforschungen über die Organisation durchzuführen, deren Aktivitäten er überwachen soll, und Beweise im Zusammenhang mit den im Rahmen der tStPO begangenen Straftaten zu sammeln“ (Übersetzung). Jedoch darf der verdeckte Ermittler nicht eigenmächtig sämtliche Schutzmaßnahmen durchführen, über die ausschließlich der Richter entscheidet. So ist es ihm beispielsweise nicht gestattet, die Kommunikation zu überwachen, eine Durchsuchung durchzuführen oder den Beschuldigten technisch zu überwachen.⁴² Es gibt Entscheidungen des türkischen Kassationsgerichtshofs mit genau dieser Auffassung.⁴³

Entgegen dem deutschen Recht (vgl. § 110c StPO) gibt es in der tStPO keine Regelung, die es dem verdeckten Ermittler ermöglicht, die Wohnung des Beschuldigten zu betreten. Dieser Umstand stellt einen erheblichen rechtlichen Mangel dar. Nach derzeitiger Rechtslage ist es dem verdeckten Ermittler daher nach dem türkischen Strafprozessrecht nicht gestattet, die Wohnräume des Beschuldigten zu betreten, da das Betreten einen Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung des Beschuldigten darstellen würde. Es fehlt schlicht an einer eindeutigen Rechtsgrundlage.⁴⁴

Gemäß Art. 139 Abs. 5 tStPO darf der verdeckte Ermittler bei der Erfüllung seiner Pflichten keine Straftaten begehen und kann für die Straftaten der kriminellen Organisation, die dieser zugeordnet werden können, strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Demnach darf der verdeckte Ermittler weder eine Straftat begehen, noch darf er jemanden dazu anstiften, eine Straftat zu begehen; seine Rechte und Pflichten bestehen darin, Informationen und Beweise über die kriminelle Organisation zu sammeln, deren Aktivitäten er überwachen soll. Nach der Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs⁴⁵ und in der Lehre⁴⁶ ist allgemein anerkannt, dass ein nach tStPO eingesetzter verdeckter Ermittler nicht als „agent provocateur“ handeln darf.

Gemäß der Rechtsprechung des EGMR liegt eine Tätigkeit als „agent provocateur“ dann vor, wenn sich der ver-

⁴² *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 576; *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 483; *Şahin/Göktürk* (Fn. 31), S. 374. Vgl. *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 410. Da die Hauptfrage dieser Studie ist, ob ein verdeckter Ermittler eine Überwachung mit technischen Mitteln durchführen kann, werden hier nur kurze allgemeine Erläuterungen gegeben. Die Grenzen der Befugnisse zur Herstellung von Audio- und/oder Videoaufnahmen werden weiter unten näher erläutert.

⁴³ *Yargıtay*, Urt. v. 11.4.2016 – 15895/1979; *Yargıtay*, Urt. v. 14.1.2016 – 2016/121.

⁴⁴ *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 576; vgl. *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 483; *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 410.

⁴⁵ *Yargıtay*, Urt. v. 10.1.2019 – 2019/1034 (Übertragen von *Yenisey/Nuhoğlu* [Fn. 2], S. 484).

⁴⁶ *Gökçen/Balçı/Alşahin/Çakır* (Fn. 30), S. 528; *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 483 f. Vgl. *Taşkın* (Fn. 12), S. 38; *Centel/Zafer* (Fn. 1), S. 522 f.

deckte Ermittler nicht überwiegend auf die passive Ermittlung der Aktivitäten innerhalb der Organisation beschränkt, sondern im Gegenteil dafür sorgt, dass eine Straftat begangen wird, die andernfalls nicht begangen worden wäre.⁴⁷

Ob die Ermittlungen „im Wesentlichen passiv“ waren, beurteilt der EGMR anhand des Motivs für die verdeckten Ermittlungen und des Verhaltens des Beschuldigten sowie danach, ob objektive Gründe für den Verdacht vorliegen, dass der Beschuldigte an einer Straftat teilgenommen hat oder dazu geneigt war, eine Straftat zu begehen. Selbst wenn es sich bei dem Beschuldigten um eine Person handelt, die zur Begehung einer Straftat geneigt ist, muss die Tatsache, dass der Beschuldigte vor dem Eingreifen des verdeckten Ermittlers die Begehung einer Straftat vorbereitet hat, durch andere Beweise gestützt werden.⁴⁸

Um das rechtmäßige Verhalten des verdeckten Ermittlers von der Anstiftung zu einer Straftat zu unterscheiden, prüft der EGMR auch, ob Druck auf den Beschuldigten ausgeübt wird, die Tat zu begehen.⁴⁹ Bei dieser Feststellung wird berücksichtigt, ob die Ermittlungsbehörden insbesondere bei Betäubungsmitteln mit folgenden Verhaltensweisen ein Handeln des Beschuldigten provozieren: Wiederholung des Angebots trotz anfänglicher Ablehnung, mehrfache Kontaktaufnahme mit dem Beschuldigten, hartnäckige Forderungen und Preiserhöhungen. Die Beweislast bei der Anwendung dieser Kriterien liegt bei den Ermittlungsbehörden. In den Fällen, in denen der Beschuldigte behauptet, von einem verdeckten Ermittler zu einer Straftat angestiftet worden zu sein, trägt die Ermittlungsbehörde die Beweislast, das Gegenteil zu beweisen. Falls die Aussagen des Beschuldigten sich innerhalb der Grenzen der reinen Vorhersehbarkeit befinden, müssen die Ermittlungsbehörden nachweisen, dass keine Anstiftung stattgefunden hat.⁵⁰

Andererseits muss der verdeckte Ermittler gemäß der Auffassung von *Taşkın* oft „vom Umfeld geforderte Straftaten“ und „statuskonstituierende Straftaten“ begehen, um die kriminelle Organisation zu infiltrieren und sich zu vergewissern, dass man ihm vertraut; es liegt daher auch in der Natur der Aufgaben des verdeckten Ermittlers, Beschuldigte zu Straftaten anzustiften, um Straftaten aufzudecken, die im Rahmen der Aktivitäten der kriminellen Organisation begangen werden. Aus diesem Grund ist *Taşkın* der Ansicht, dass der verdeckte Ermittler lediglich eine Umbenennung des „agent provocateur“ darstelle oder zumindest ein Prototyp dessen sei.⁵¹

Meines Erachtens wollte der Gesetzgeber diese Form der Begehung von Straftaten nicht ermöglichen. Die Ermöglichung der Begehung einer Straftat durch einen „agent provocateur“ unter dem Deckmantel der Beweissicherung ist mit

dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar. Damit würden die Ermittlungsbehörden für die Gewinnung von Beweismitteln sorgen, indem sie Straftaten begehen.

Nach meiner Auffassung muss der verdeckte Ermittler, wenn er aufgefordert wird, eine Straftat zu begehen, die Ermittlungsaktivitäten sofort beenden und die kriminelle Organisation verlassen, wenn die Offenlegung seiner Identität droht und sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit in Gefahr sind, wenn er die Straftat nicht begeht.⁵²

VII. Beweiserhebung durch den verdeckten Ermittler und deren Einführung im Prozess

Persönliche Daten, die durch den verdeckten Ermittler erlangt werden, dürfen nur in dem Verfahren verwendet werden, für das er beauftragt worden ist. Persönliche Daten, die nicht mit dem Verfahren im Zusammenhang stehen, müssen unverzüglich vernichtet werden (Art. 139 Abs. 6 tStPO).

Obwohl es für den verdeckten Ermittler möglich ist, materielle Beweismittel zu beschaffen, darf er diese Beweise nach meiner Auffassung dann nicht erheben, wenn diese Maßnahme schwerwiegend in die Grundrechte des Beschuldigten eingreifen würde. In diesen Fällen bedarf es immer einer entsprechenden richterlichen Entscheidung, wie z.B. beim Betreten der Wohnung des Beschuldigten, für das es immer eines Durchsuchungsbeschlusses bedarf.

Hinsichtlich der bei der Durchführung der Maßnahme zufällig erlangten Beweismittel gibt es in der tStPO keine klare gesetzliche Regelung. Genau deswegen dürfen zufällig erlangte Beweismittel, die keinen Bezug zu dem wegen einer in Art. 139 Abs. 7 tStPO aufgeführten Katalogstraftat geführten Verfahren aufweisen, nicht in einem Strafverfahren verwendet werden.⁵³ Andernfalls werden die engen Grenzen des Einsatzes von verdeckten Ermittlern, der auf Katalogstraftaten begrenzt ist, über das zulässige Maß hinaus erweitert. Dies wäre mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar.

Der verdeckte Ermittler kann in Bezug auf die Informationen, die er über die Organisation, deren Aktivitäten er untersuchen soll, erhalten hat, als Zeuge gehört werden.⁵⁴ Die

⁴⁷ EGMR, Urt. v. 9.6.1998 – 25829/94 (Teixeira de Castro v. Portugal), Rn. 38.

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 15.12.2009 – 17570/04 (Burak Hun v. Türkei), Rn. 47.

⁴⁹ *Sinar/Erden*, Bykov v. Russia, Fasikül Hukuk Dergisi 13/2010, 30.

⁵⁰ *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 576 f.

⁵¹ *Taşkın* (Fn. 12), S. 35–38.

⁵² Der Austritt aus einer Organisation kann mitunter Schwierigkeiten bereiten. Aus diesem Grund könnte im konkreten Fall die Anwendung von Art. 28 tStGB in den Vordergrund rücken. Nach Art. 28 tStGB wird eine Person nicht bestraft, wenn sie eine Straftat unter Anwendung von Gewalt oder absoluter und schwerwiegender Einschüchterung oder Bedrohung begeht, der sie sich nicht widersetzen oder entziehen kann. Die Person, die Gewalt, Einschüchterung oder Bedrohung anwendet, wird in solchen Fällen als Täter betrachtet. Siehe und vgl. *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 416.

⁵³ Ebenfalls siehe *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 579; *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 485. In diesem Fall kann sogar gesagt werden, dass Art. 138 Abs. 2 tStPO nicht analog angewendet werden kann. Siehe *Turinay*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 12 (46/2021), 446–449; vgl. *Özen*, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. Aufl. 2020, S. 582.

⁵⁴ Art. 52 tStPO über die Vernehmung von Zeugen lautet wie folgt: „(1) Jeder Zeuge wird gesondert und ohne die Anwe-

Aussagen, die der verdeckte Ermittler von den im Rahmen seiner Ermittlungen befragten Personen erhält, können nicht als formelle Vernehmung angesehen werden. Denn in einem solchen Fall handelt es sich um eine Aussage, die durch Täuschung von Personen erlangt wurde, die einer Straftat verdächtigt werden und nicht wissen, dass gegen sie eine strafrechtliche Untersuchung durchgeführt wird, ohne sie über ihre Rechte zu belehren. Daher kann dieses Beweismittel in einem Strafverfahren nicht verwendet werden.⁵⁵

Ob der verdeckte Ermittler im Falle einer Verhandlung als Zeuge vernommen wird und der Schutz der Vertraulichkeit seiner Identität überwiegt, ist in der Lehre zwar umstritten⁵⁶; der Gesetzgeber hat diesbezüglich jedoch eine klare Regelung getroffen. Wenn demzufolge die Anhörung des verdeckten Ermittlers als Zeuge während der Strafverfolgungsphase⁵⁷ zwingend erforderlich ist, erfolgt diese entweder an einem anderen Ort ohne diejenigen, die grundsätzlich das Recht hätten, bei der Vernehmung anwesend zu sein, oder indem seine Stimme oder sein Aussehen in der Verhandlung geändert werden. So wird gem. Art. 139 Abs. 3 S. 3 und S. 4 tStPO die Bestimmung des Art. 9 des türkischen Zeugenschutzgesetzes (tZSchG) mit der Nr. 5726 sinngemäß angewandt.

Gem. Art. 9 tZSchG mit der Überschrift „Verfahren zur Anhörung von Zeugen, für die eine Entscheidung über eine Schutzmaßnahme getroffen wurde“, werden bei der Vernehmung von Zeugen mit Schutzmaßnahmen Art. 58 Abs. 2 und Abs. 3 tStPO zur Anwendung herangezogen.

Art. 58 Abs. 2 tStPO mit dem Titel „die ersten Fragen, die dem Zeugen gestellt werden müssen, und der Schutz des Zeugen“ enthält die folgenden Aussagen:

„Wenn die Offenlegung der Identität der als Zeugen vernommenen Personen eine große Gefahr für sie selbst oder ihre Angehörigen darstellt, werden die notwendigen Vorkehrungen getroffen, um ihre Identität vertraulich zu behandeln. Der Zeuge, dessen Identität vertraulich behandelt wird, ist verpflichtet, den Grund und die Mittel darzulegen, durch die er von den Ereignissen erfahren hat, deren Zeuge er geworden ist. Damit seine Identität geheim gehalten werden kann, werden die persönlichen Daten des Zeugen von der Staatsanwaltschaft, dem Richter oder dem Gericht aufbewahrt.“ (Übersetzung)

senheit weiterer Zeugen vernommen. (2) Die Zeugen dürfen einander und dem Verdächtigen bis zur Anklageerhebung nur in Fällen, in denen eine Verzögerung unzumutbar ist, oder in Fällen, die mit der Identifizierung zusammenhängen, gegenübergestellt werden. (3) Bilder oder Töne während der Zeugenvernehmung dürfen aufgezeichnet werden. (4) Audio- und Videoaufzeichnungen, die in Anwendung der Bestimmung des dritten Absatzes gewonnen wurden, dürfen nur im Strafverfahren verwendet werden.“ (Übersetzung)

⁵⁵ *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 485. Siehe auch *Sinar/Erden*, *Bykov v. Russia*, *Fasikül Hukuk Dergisi* 13/2010, 30.

⁵⁶ *Centel/Zafer* (Fn. 1), S. 523.

⁵⁷ *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 416.

Ferner enthält Art. 58 Abs. 3 tStPO die folgenden Aussagen:
 „Würde die Vernehmung des Zeugen in Anwesenheit der Beteiligten eine schwerwiegende Gefahr für den Zeugen darstellen und kann diese Gefahr nicht auf andere Weise abgewendet werden, oder würde sie eine Gefahr für die Erforschung der materiellen Wahrheit bedeuten, so kann der Richter den Zeugen auch ohne die Beteiligten vernehmen, die ein Recht auf Anwesenheit haben. Während der Vernehmung des Zeugen sind Ton- und Bildübertragungen vorzunehmen. Das Recht, Fragen zu stellen, bleibt vorbehalten. Wird der Zeuge auf diese Weise vernommen, so kann das Gericht, wenn es dies beschließt, verhindern, dass der Zeuge erkannt wird, indem es das Bild oder die Stimme des Zeugen während der Vernehmung verändert. Es kann auch beschlossen werden, den Zeugen in einer Weise zu vernehmen, die seine Erkennbarkeit im Gerichtssaal verhindert, beispielsweise durch Verwendung von Schminke, Masken, einer speziellen Kabine oder ähnlichen Methoden nach einem vom Gericht festzulegenden und zu bestimmenden Verfahren. Wird der Zeuge gem. Abs. 3 vernommen, müssen die Fragen, die dem Zeugen in Anwendung von Art. 201 tStPO zu stellen sind, in einem angemessenen Verhältnis zu den Maßnahmen stehen, die im Rahmen der tStPO gegenüber dem Zeugen angewandt werden, und dem Zweck angemessen sein. Zu diesem Zweck kann der Richter beschließen, dem Zeugen keine Fragen zu stellen oder nicht zuzulassen, dass dem Zeugen während seiner Vernehmung Fragen gestellt werden, die die Identität des Zeugen – auch indirekt – offenbaren würden.“⁵⁸ (Übersetzung)

Für den Fall, dass der Zeuge ohne Anwesenheit der Beteiligten, die das Recht hätten, der Gerichtsverhandlung beizuwohnen, vernommen wird, werden die Aussagen des Zeugen unter Beachtung der in Art. 58 tStPO festgelegten Beschränkungen, vom Richter den Beteiligten mitgeteilt, die das Recht hätten, der Gerichtsverhandlung beizuwohnen (vgl. Art. 9 Abs. 4 tZSchG).

Während der Vernehmung des Zeugen an einem anderen Ort per Telefonkonferenz, Videokonferenz oder mit anderen Audio- oder Videokommunikationsmitteln außerhalb des Gerichtssaals darf es zu Veränderungen seiner Stimme oder seines Aussehens kommen. In diesem Fall werden auch die reale Stimme und das reale Bild des Zeugen aufgezeichnet, damit seine Identität überprüft werden kann. Alle Aufzeichnungen werden im Rahmen der Vertraulichkeitsgrundsätze (Art. 12 Abs. 4 der „Verordnung“) in einer entsprechenden Sonderakte aufbewahrt.

Teile der Literatur vertreten, dass die verdeckten Ermittler nicht unbedingt öffentlich vernommen werden müssen, damit die entsprechenden Aussagen als Beweismittel in einem Strafverfahren verwendet werden dürfen.⁵⁹ Es wird argumen-

⁵⁸ Verordnung über die Grundsätze und Verfahren für die von den Staatsanwaltschaften und Gerichten zu treffenden Zeugenschutzmaßnahmen („Verordnung“) Art. 12 Abs. 3.

⁵⁹ *Şahin/Göktürk* (Fn. 31), S. 397; Vgl. *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 416 f.

tiert, dass indirekte Zeugenaussagen verwertet werden können, ebenso wie die Aussage des verdeckten Ermittlers gegenüber den Behörden, die ihn beauftragt haben, in das Protokoll aufgenommen werden kann oder seine schriftlichen Aussagen in der Verhandlung verlesen werden können. Letzteres ergebe sich aus Art. 211 Abs. 1 lit. b tStPO.⁶⁰ Andernfalls, so wird argumentiert, könne der verdeckte Ermittler nicht mehr für andere Ermittlungen eingesetzt werden und sein Leben oder das seiner Angehörigen sei gefährdet. Wenn der verdeckte Ermittler bei der Vernehmung gehört werden müsse, müsse dies in einer Weise geschehen, die die Identität des verdeckten Ermittlers nicht preisgibt.⁶¹

Der EGMR hingegen akzeptiert jedoch nicht, dass ein Urteil auf der Grundlage der Aussagen eines geheimen Zeugen, d.h. einer Person, die nicht vor Gericht vernommen wird, gefällt wird, da dies gegen das Recht auf direkte Befragung verstößt; er akzeptiert jedoch, dass in Ausnahmefällen, z.B. bei Vorliegen anderer Beweise, die die fraglichen Aussagen des verdeckten Ermittlers stützen, die Identität in der Verhandlung geheimgehalten werden kann.⁶² Bei der Bewertung dieser Vorschriften unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR ist es Ausdruck des Rechts auf ein faires Verfahren, sicherzustellen, dass der Angeklagte und der Zeuge gem. Art. 201 der tStPO konfrontiert werden, wenn der verdeckte Ermittler in einer privaten Umgebung ohne die Anwesenheit der Personen, die das Recht haben, bei der Vernehmung anwesend zu sein, oder durch Veränderung des Ton- oder Bildmaterials vernommen wird.

Wenn die Aussagen des verdeckten Ermittlers, der in keiner Phase des Verfahrens mit dem Angeklagten konfrontiert wurde, das einzige oder entscheidende Beweismittel sind, können diese Aussagen nicht die Grundlage eines Urteils bilden; andernfalls hätte der Yargıtay einen absoluten Grund, das Urteil aufzuheben und der EGMR würde eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren feststellen.⁶³

⁶⁰ Art. 211 Abs. 1 lit. b tStPO lautet: „Ist die Anwesenheit eines Zeugen oder eines Mitbeteiligten des Angeklagten bei der Vernehmung wegen Krankheit, Behinderung oder aus einem anderen nicht zu beseitigenden Grund auf unabsehbare Zeit nicht möglich, so kann die Vernehmung durch Verlesung des bei der vorhergehenden Vernehmung aufgenommenen Protokolls und der von diesen Personen verfassten Schriftstücke ersetzt werden“ (Übersetzung). Siehe auch *Şahin/Göktürk* (Fn. 31), S. 397.

⁶¹ *Şahin/Göktürk* (Fn. 31), S. 397; *Gökçen/Balçı/Alşahin/Çakır* (Fn. 30), S. 533; *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 576 f.

⁶² *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 485.

⁶³ Ausführliche Erklärungen zur Beweiskraft von Zeugenaussagen, die dem Angeklagten in keiner Phase des Strafverfahrens gegenüberstanden, sowie zur Sichtweise des EGMR zu dieser Frage in Bezug auf das Recht auf ein faires Verfahren sind zu finden in *Erden Tütüncü*, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (1–2/2016), 753. Siehe auch *Centel/Zafer* (Fn. 1), S. 523; Vgl. *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 419.

VIII. Grenzen der Befugnis des verdeckten Ermittlers zur Anfertigung von Ton- und Videoaufzeichnungen

Die Grenzen der Befugnis des verdeckten Ermittlers zur Anfertigung von Ton- und/oder Videoaufzeichnungen waren bis vor kurzem im Gesetz nicht eindeutig festgelegt. Aus diesem Grund herrschte in der türkischen Lehre die Meinung vor, dass die Maßnahme der Beauftragung eines verdeckten Ermittlers und die Maßnahme der Überwachung mit technischen Mitteln zusammen angewendet werden können; in diesem Fall könnte der verdeckte Ermittler die erforderlichen technischen Mittel bei sich tragen, doch müssten dafür die vom Gesetz für beide Maßnahmen (Art. 139 und Art. 140 tStPO) geforderten Voraussetzungen gesondert erfüllt werden.⁶⁴

Andererseits hat sich insbesondere im Zusammenhang mit dem Straftatbestand der Herstellung von und des Handels mit Betäubungsmitteln eine rechtswidrige Praxis herausgebildet, bei der verdeckte Ermittler Ton- und/oder Videoaufzeichnungen anfertigten; der Kassationsgerichtshof hat die aufgrund dieser Praxis erlangten Beweismittel als rechtswidrig eingestuft.⁶⁵

Tatsächlich hatte der türkische Kassationsgerichtshof auch ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis zwischen vertraulichen Ermittlungsmaßnahmen aufgestellt, das besagte, dass zunächst die Maßnahme zur Kommunikationsüberwachung (Art. 135 tStPO) und dann, wenn keine Beweismittel erlangt werden konnten, die Maßnahme zur Überwachung mit technischen Mitteln (Art. 140 tStPO) anzuwenden sei, und schließlich ein verdeckter Ermittler zu beauftragen sei, wenn eine kriminelle Vereinigung gegeben ist.⁶⁶

Mit dem am 5.4.2023 in Kraft getretenen Gesetz (Nr. 7445)⁶⁷ wurde eine Regelung getroffen, die der Diskussion zu diesem Thema, wenn auch nur teilweise, ein Ende gesetzt hat. Mit der Ergänzung von Art. 139 Abs. 4 tStPO wurde eine Regelung eingeführt, nach der der zuständige Richter dem verdeckten Ermittler die Erlaubnis erteilen kann, „Ton- und/oder⁶⁸ Videoaufzeichnungen an öffentlichen Orten und Arbeitsplätzen zum Zwecke der Beweiserhebung anzufertigen, unabhängig davon, ob dies im Rahmen der Aktivitäten einer kriminellen Organisation geschieht oder nicht (Straftaten im Zusammenhang mit Art. 188 tStGB)“ (Übersetzung). Diese Regelung bestimmt, dass der verdeckte Ermittler nur noch ausnahmsweise bei der Straftat der Herstellung von und des Handels mit Betäubungsmitteln (Art. 188

⁶⁴ *Centel/Zafer* (Fn. 1), S. 522; *Öztürk u.a.* (Fn. 2), S. 576; *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 483. Vgl. *Özbek u.a.* (Fn. 3), S. 410. Siehe auch und vgl. *Özbek* (Fn. 22), S. 1008.

⁶⁵ Yargıtay, Urt. v. 12.5.2016 – 2016/2964; Yargıtay, Urt. v. 14.1.2016 – 2016/121; Yargıtay, Urt. v. 14.12.2017 – 2017/7023.

⁶⁶ Yargıtay, Urt. v. 9.7.2015 – 2015/4468. In der Lehre gab es keinen Konsens. Siehe *Turınay* (Fn. 54), S. 430 f.

⁶⁷ BGI. 5.4.2023, Nr. 32154.

⁶⁸ Obwohl im Artikel das Wort „oder“ verwendet wird, sollte es stattdessen als „und/oder“ verstanden werden. Denn eine andere Annahme würde den Anwendungsbereich einschränken und nicht dem Zweck des Artikels entsprechen.

tStGB) und nur dann, wenn er durch richterlichen Beschluss dazu ermächtigt ist, Ton- und/oder Videoaufzeichnungen anzufertigen darf. Aufgrund des Analogieverbots in den Ausnahmebestimmungen des Strafprozessrechts darf der verdeckte Ermittler keine Ton- und/oder Videoaufzeichnungen für andere Arten von Straftaten anzufertigen; für alle anderen Fälle müssen für solche Aufnahmen die Voraussetzungen des Art. 140 tStPO erfüllt und eine gesonderte Entscheidung des Richters getroffen werden. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine solche Regelung speziell für den Strafbestand der Herstellung von und des Handels mit Betäubungsmitteln getroffen hat, wird als bewusste Entscheidung angesehen, um eine Lösung für die Probleme zu finden, die sich aus den Beispielen fehlerhafter Praktiken ergeben.

Der Anwendungsbereich dieser dem verdeckten Ermittler erteilten Ermächtigung ist definiert als „öffentliche Orte und Arbeitsstätten“. Der Begriff „öffentlicher Ort“ bezieht sich in der Regel auf jeden Ort, der nicht zu Wohnzwecken genutzt wird, der öffentlich ist und von den Personen frei betreten und verlassen werden kann.⁶⁹ Wie aus dieser Definition klar hervorgeht, ist es dem verdeckten Ermittler nicht möglich, Ton- und/oder Videoaufzeichnungen an Orten zu fertigen, die die Merkmale einer „Wohnung“⁷⁰ aufweisen.⁷¹ Diese Situation steht auch im Einklang mit der Bestimmung von Art. 140 Abs. 5 tStPO, wonach die Überwachung mit technischen Mitteln in der Wohnung nicht möglich ist.⁷²

Andererseits ist umstritten, was unter dem Begriff „Arbeitsstätten“ zu verstehen ist. Aus diesem Begriff lässt sich ableiten, dass es keinen Unterschied zwischen genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Arbeitsstätten geben darf. Arbeitsplätze, die nur mit ausdrücklicher Zustimmung betreten werden dürfen, sind jedoch rechtlich betrachtet näher am „Wohnungsbegriff“ angesiedelt und stellen einen Bereich dar, in dem die Privatsphäre stärker geschützt werden sollte als Arbeitsplätze, die jeder ohne ausdrückliche Zustimmung betreten und verlassen kann. Tatsächlich hat der Gesetzgeber im Rahmen des Straftatbestands der Verletzung der Unverletzlichkeit der Wohnung (und des Arbeitsplatzes), der in Art. 116 tStGB geregelt ist, festgelegt, dass „Arbeitsstätten und ihre Nebengebäude, die zwar keine Wohnungen sind, aber nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Berechtigten betreten werden“ dürfen, unter den Straftatbestand des Art. 116 tStGB fallen können. Bei einer Gesamtbetrachtung dieser Regelungen ist es notwendig, zwischen zustimmungs-

pflichtigen und nicht zustimmungspflichtigen Arbeitsstätten zu unterscheiden. Meines Erachtens sind die Befugnisse des verdeckten Ermittlers zur Anfertigung von Ton- und/oder Videoaufzeichnungen gem. Artikel 139 Abs. 4 tStPO auf öffentliche Orte und Arbeitsstätten beschränkt, die ohne ausdrückliche Zustimmung betreten werden können. Aus diesem Grund sollte der Gesetzgeber die Formulierung „öffentliche Orte und Arbeitsstätten, die üblicherweise ohne ausdrückliche Zustimmung betreten werden können“ ausdrücklich in den Text des Artikels aufnehmen.⁷³

Der rechtliche Status eines Arbeitsplatzes als Homeoffice, der auch im Hinblick auf Durchsuchungs- und technische Überwachungsmaßnahmen umstritten ist, ist ebenfalls von Bedeutung. Nach Ansicht der *Verf.* sollten Arbeitsplätze im Homeoffice strengeren Bedingungen unterworfen werden, da sie sowohl die Merkmale einer Wohnung als auch eines Arbeitsplatzes in sich vereinen.⁷⁴

Darüber hinaus bedarf es eines gesonderten Beschlusses des zuständigen Richters, wenn dem verdeckten Ermittler eine Ausnahmegenehmigung zur Anfertigung von Ton- und/oder Videoaufzeichnungen gem. Art. 139 Abs. 4 tStPO erteilt werden soll.

Da diese Maßnahme einen schweren Eingriff in die Grundrechte und -freiheiten darstellt, muss eine solche Maßnahme unabdingbar vom zuständigen Richter beschlossen werden (Grundsatz des Richtervorbehaltes). Es wäre mit rechtsstaatlichen Prinzipien nicht vereinbar, wenn die Entscheidung über die Anfertigung von Ton- und/oder Videoaufzeichnungen lediglich einem verdeckten Ermittler, der nicht unbedingt ein Polizeibeamter sein muss, überlassen werden würde.

Nach den obigen Ausführungen müssen alle Voraussetzungen für die Anfertigung von Ton- und/oder Videoaufzeichnungen erfüllt sein. Maßnahmen, die die Voraussetzungen nicht erfüllen, unterfallen einem Beweisverwertungsverbot.

Umstritten ist schließlich auch das Schicksal der Beweismittel, die der verdeckte Ermittler bei seiner Tätigkeit i.R.d. Art. 139 Abs. 4 tStPO zufällig erlangt hat. Denn hierzu gibt es in der tStPO keine klare Regelung. Art. 138 tStPO regelt für einige Bereiche die Verwertbarkeit von zufällig erlangten Beweismitteln. Dies betrifft aber nur Beweismittel, die im Rahmen einer Durchsuchung (Art. 138 Abs. 1 tStPO) oder im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung (Art. 138 Abs. 2 tStPO) erlangt werden.⁷⁵ Bei den im Rahmen der

⁶⁹ Turinay (Fn. 54), S. 433.

⁷⁰ Nach türkischem Recht ist eine Wohnung definiert als „jeder Ort, der von einer Person, auch vorübergehend, als Wohnsitz/Unterkunft genutzt wird“ (Übersetzung). Dementsprechend gilt auch ein Wohnwagen oder ein Hotelzimmer als Wohnung, wenn es, wenn auch nur vorübergehend, als Unterkunft genutzt wird. Ausführliche Erklärungen zu diesem Thema sind zu finden unter *Tezcan/Erдем/Önok*, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Aufl. 2022, S. 592–596.

⁷¹ Vgl. Turinay (Fn. 54), S. 436.

⁷² In Art. 140 Abs. 5 tStPO ist klar geregelt, dass keine Überwachungsmaßnahmen mit technischen Mitteln in der Wohnung erfolgen dürfen.

⁷³ In der Lehre gibt es bereits eine Diskussion über den Begriff „Arbeitsplatz“ in Art. 140 Abs. 1 tStPO im Hinblick auf die Maßnahme der Überwachung mit technischen Mitteln. Zu diesem Thema siehe Turinay (Fn. 54), S. 438.

⁷⁴ Vgl. Turinay (Fn. 54), S. 438 f.

⁷⁵ Art. 138 Abs. 2 tStPO besagt, dass im Falle der Entdeckung von Beweismitteln während der Überwachung von Telekommunikation, die nicht im Zusammenhang mit laufenden Untersuchungen oder Strafverfolgungen stehen, jedoch den Verdacht auf eine der Straftaten gem. Art. 135 Abs. 6 erwecken können, diese Beweismittel zu sichern sind

Telekommunikationsüberwachung zufällig erlangten Beweismitteln können diese nur verwendet werden, wenn es sich wiederum um Katalogstraftaten handelt.

Ein Blick in Art. 140 tStPO hilft nur bedingt weiter. In der Lehre ist zwar umstritten, ob Art. 138 tStPO auf die Maßnahme der Überwachung mit technischen Mitteln (Art. 140 tStPO) analog angewendet werden kann. Nach der überwiegenden Meinung in der Lehre ist dies aber nicht zulässig.⁷⁶

Der türkische Kassationsgerichtshof hingegen entschied, dass im Strafprozessrecht kein Analogieverbot besteht und daher zufällig erlangte Beweismittel auch dann verwendet werden könnten, wenn es sich um sog. Katalogstraftaten i.S.d. Art. 138 Abs. 2 tStPO handelt. Voraussetzung ist, dass diese zufällig erlangten Beweismittel unverzüglich gesichert und der zuständigen Staatsanwaltschaft übergeben werden müssen.⁷⁷

Nach Ansicht der *Verf.* ist es nicht möglich, Art. 138 Abs. 2 tStPO analog anzuwenden. Einschränkungen der Grundrechte und Freiheiten können nur dann angewandt werden, wenn sie eine gesetzliche Grundlage haben und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Wie bereits erwähnt, stellt die Maßnahme der Beauftragung eines verdeckten Ermittlers einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte und -freiheiten dar. Darüber hinaus stellt der neu in Art. 139 Abs. 4 tStPO eingefügte Satz im Hinblick auf die Art der Straftat, den Anwendungsbereich und die Entscheidungsbehörde sehr strenge Anforderungen. Aus diesem Grund ist die *Verf.* der Meinung, dass zufällig gewonnene Beweise, die von Art. 139 Abs. 4 tStPO nicht umfasst sind, und die der verdeckte Ermittler während der Ton- und/oder Videoaufzeichnung erlangt hat, unverzüglich unter Aufsicht des Staatsanwalts vernichtet werden sollten.

IX. Schlussfolgerung

Im türkischen Strafprozessrecht ist die Maßnahme der Einsetzung eines verdeckten Ermittlers eine besondere/geheime Ermittlungsmaßnahme und Beweiserhebungsmethode, die zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität eingeführt wurde. Diese Maßnahme, die den schwersten Eingriff in die Grundrechte und -freiheiten darstellt, hat im Laufe der Zeit verschiedene Änderungen erfahren. Mit diesen Änderungen ist die Maßnahme nicht mehr nur auf die im Gesetz katalogisierten Straftaten der organisierten Kriminalität beschränkt. Insbesondere für den Straftatbestand der Herstellung von und des Handels mit Betäubungsmitteln (Art. 188 tStGB) wurde der Anwendungsbereich dieser Maßnahme erweitert, um eine

und die Staatsanwaltschaft unverzüglich informiert werden muss.

⁷⁶ *Unver/Hakeri*, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Aufl. 2020, S. 479 f.; *Centel/Zafer* (Fn. 1), S. 509; *Yenisey/Nuhoğlu* (Fn. 2), S. 490; *Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır* (Fn. 30), S. 517; *Turınyay* (Fn. 54), S. 446–449; vgl. *Özen*, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. Aufl. 2020, S. 582.

⁷⁷ Yargıtay, Urt. v. 31.3.2016 – 2016/2948; Yargıtay, Urt. v. 21.4.2016 – 2016/2330; Yargıtay, Urt. v. 8.5.2017 – 2017/5338.

Lösung für die Probleme bei der Bekämpfung von Straßenhändlern („Drogendealern“) zu bieten. So ist geregelt, dass die Maßnahme bei bestimmten Straftaten, insbesondere bei der Herstellung von und dem Handel mit Betäubungsmitteln, „unabhängig davon, ob sie im Rahmen einer kriminellen Organisation begangen wurden oder nicht“, angewendet werden kann.

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes besteht in der Lehre in vielen Fragen kein Konsens über die Grenzen der Aufgaben und Befugnisse des verdeckten Ermittlers. So gibt es zum Beispiel keine klare Regelung darüber, ob der verdeckte Ermittler eine Wohnung betreten darf oder nicht, oder über das Schicksal der Beweismittel, die bei der Durchführung der Maßnahme zufällig gewonnen wurden. Diese Situation führt zu anhaltenden Diskussionen in der Lehre und schafft in der Praxis einen Grund für rechtswidrige Praktiken. Nach Ansicht der *Verf.* sollte der türkische Gesetzgeber die Grenzen der Befugnisse des verdeckten Ermittlers so schnell wie möglich klarer festlegen.

Die Befugnisse des verdeckten Ermittlers, Ton- und/oder Videoaufzeichnungen anzufertigen, wurde vom Gesetzgeber erst kürzlich klar geregelt (mit dem in Kraft getretenen Gesetz mit der Nr. 7445).

Demnach darf der verdeckte Ermittler Ton- und/oder Videoaufzeichnungen machen

1. nur bei der Straftat der Herstellung von und des Handels mit Betäubungsmitteln (Art. 188 tStGB),
2. mit Genehmigung des zuständigen Richters,
3. an öffentlichen Orten und Arbeitsplätzen,
4. zum Zwecke der Beweissicherung (Art. 139 Abs. 4 S. 2 tStPO).

Wie dargelegt, ist der verdeckte Ermittler nur in sehr begrenztem Umfang befugt, Ton- und/oder Videoaufzeichnungen zu fertigen. Darüber hinaus ist es anderen Beteiligten wie der Justizpolizei oder den Vertrauenspersonen, die geheime Ermittlungen durchführen, und nicht den Status eines „verdeckten Ermittlers“ haben, nicht möglich, Ton- und/oder Videoaufzeichnungen zu fertigen. Auch verdeckte Ermittler dürfen keine Ton- und/oder Videoaufzeichnungen ohne die Zustimmung des zuständigen Richters machen. Sie können in dieser Angelegenheit nicht eigenständig handeln.

Aus der Auslegung der neuen Fassung des Art. 139 Abs. 4 tStPO ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

1. Ton- und/oder Videoaufzeichnungen können nicht für andere Katalogstraftaten i.S.d. Art. 139 Abs. 7 tStGB angefertigt werden, ohne dass ein Beschluss gem. Art. 140 tStPO eingeholt wird,
2. die Entscheidung über Aufnahmen liegt nicht in der Initiative des verdeckten Ermittlers, auch nicht in den Fällen, in denen Gefahr in Verzug besteht,
3. andere als nicht öffentliche Orte wie Wohnungen und Arbeitsplätze, die frei zugänglich sind, liegen außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Maßnahmen und
4. die Maßnahme kann nur zum Zweck der Beweiserhebung in einem Strafverfahren, d.h. nicht als Präventivmaßnahme, angewendet werden.

B u c h r e z e n s i o n

Stefanie Bock/Markus Wagner (Hrsg.), *Gerechtigkeit aus der Ferne? Herausforderungen der nationalen Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen*, Duncker & Humblot, 2023, 190 S., € 69,90.

I. Einleitung

Im Jahr 2022 wurde das Völkerstrafgesetzbuch 20 Jahre alt, was Anlass zu kritischen Reflexionen bezüglich der Anwendungspraxis sowie zu Reformüberlegungen gegeben hat. Einen wichtigen Beitrag zur Unterstützung des Reflexionsklimas hat die von *Stefanie Bock* und *Markus Wagner* in Marburg vom 3. bis zum 5. März 2022 veranstaltete Tagung „Gerechtigkeit aus der Ferne?“ geleistet. Die Vorträge der Tagung sind in dem hier besprochenen Tagungsband versammelt. Die Beiträge befassen sich nicht nur mit den theoretischen Grundlagen nationaler Verfolgung von Völkerstraftaten, sondern sie decken auch ein großes Themenspektrum aus dem Bereich der praktischen Anwendung des Völkerstrafgesetzbuches ab. Ein besonderer Vorzug des Tagungsbandes liegt darin, dass die Besonderheiten und Herausforderungen völkerstrafrechtlicher Prozesse in Deutschland aus der Perspektive mehrerer Disziplinen beleuchtet werden. Man findet Beiträge von Expertinnen und Experten aus Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sowie aus Psychologie, Soziologie und Medienwissenschaft. Der Tagungsband liefert daher ein umfassendes Bild über die Probleme völkerstrafrechtlicher Justiz in Deutschland und unterbreitet konkrete Lösungen. Vor dem Hintergrund des von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurfs¹ zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts sind die im Buch formulierten Thesen und Vorschläge von hoher aktueller Relevanz.

II. Zum Inhalt

Bei dem ersten Beitrag handelt es sich um den Keynote-Vortrag der Staatsministerin im Auswärtigen Amt *Katja Keul*, die als Vertreterin des Bundesministeriums der Justiz über die „Rolle der Bundesrepublik bei der Verfolgung von Völkerstraftaten“ berichtet (S. 17 ff.). Vor dem Hintergrund des russischen Angriffs auf die Ukraine hebt *Keul* hervor:

„Das Völkerstrafrecht und das Völkerrecht insgesamt stehen vor der vielleicht größten Bewährungsprobe seit Ende des zweiten Weltkriegs. Es gäbe wohl kaum einen besseren Zeitpunkt, sich mit ihrer Zukunft zu beschäftigen als jetzt“ (S. 21).

Nach dem einführenden Text von *Keul* folgt *Gerd Hankels* Beitrag über „Effekte strafprozessualer Aufarbeitung durch fremde Nationalstaaten – sozio-historische Perspektive“ (S. 24 ff.). Hierbei geht es ihm darum, eine Bilanz zu ziehen, was die Wirkungen von Völkerstrafverfahren sind, die „aus der Ferne“ durchgeführt werden (S. 35). Die Bewertung sol-

cher Verfahren fällt nach *Hankel* im Vergleich zu Bemühungen von Nationalstaaten, eigenes vergangenes Unrecht strafrechtlich zu ahnden, grundsätzlich positiv aus (S. 35). Am Beispiel Deutschlands nach 1918 und nach 1945 sowie Ruandas nach 1994 zeigt er, dass die Sanktionierung „eigener“ Verbrechen auf Druck anderer Staaten zum Scheitern verurteilt ist (S. 24). Der Versuch, die nationale Ehre zu wahren, und das Streben nach Machtsicherung werden hierbei als die Unrechtsaufarbeitung hindernde Faktoren genannt (S. 35). Anders als die Strafverfolgung „eigener“ Verbrechen ließen sich bei Völkerstrafverfahren durch fremde Nationalstaaten positive Effekte feststellen. Dabei unterscheidet *Hankel* zwischen Wirkungen in dem Verfolungsstaat – ihm geht es vor allem um die Effekte von Verfahren wie vor dem Koblenzer OLG gegen die zwei syrischen Ex-Geheimdienstmitarbeiter oder vor dem OLG Frankfurt am Main gegen einen syrischen Arzt wegen Folter in Deutschland – und Wirkungen im Tatortstaat (S. 26 ff., 32 f., 35). Die positive Bilanz lässt sich nach *Hankel* mehr in Bezug auf den Verfolungsstaat ziehen (S. 35). Den Opfern werde in der Öffentlichkeit des fremden Nationalstaats eine Stimme gegeben, um ihr Leid zu kommunizieren, die völkerstrafrechtliche Norm werde verdeutlicht und zivilgesellschaftliches Engagement werde verstärkt (S. 26 f.).

Für den Tatortstaat fällt die Bilanz nach *Hankel* etwas nüchterner aus, insbesondere wenn der Konflikt noch andauert und die Menschen vor Ort um ihr Überleben kämpfen (S. 31).

„Bedrückende Lebensumstände bilden einen Wall, an dem deutsche justizielle Bemühungen abprallen“ (S. 31).

Insgesamt sei erforderlich, dafür zu sorgen, dass die Bevölkerung am Tatort mehr Informationen über die Prozesse im fremden Staat (bei den Beispielen von *Hankel* geht es um Deutschland) erreichen (S. 36). Dies ist möglich, wenn sprachliche Barrieren beseitigt und lokale Gerichte stärker in das Verfahren einbezogen werden (S. 37). Was konkret die deutsche strafprozessuale Aufarbeitung betrifft, sei auch die „Bündelung von [richterlicher] Fachexpertise“ in Betracht zu ziehen, d.h. völkerstrafrechtliche Verfahren könnten nur durch bestimmte OLGs durchgeführt werden, die besondere Praxiserfahrung und Fachwissen bzgl. völkerstrafrechtlicher Sachverhalte aufweisen (S. 37).

Der nächste Beitrag ist von der Medienwissenschaftlerin *Angela Krewani* und befasst sich mit der „Inszenierung von Kriegsverbrecherprozessen aus medienwissenschaftlicher Perspektive“ (S. 39 ff.). Ausgangspunkt der Überlegungen ist *Vismanns* Medienanalyse der Rechtsprechung (S. 39). Der Leitgedanke von *Vismanns* Analyse ist, dass dem gerichtlichen Verfahren die Funktionslogik des Theaters zugrundeliegt, sie spricht vom theatralen Dispositiv² oder von der „unhin-

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts vom 27.11.2023, BT-Drs. 20/9471.

² Mit dem (von Foucault übernommenen) Begriff des „Dispositiv“ sollen alle „Redeweisen, Techniken, Strategien und Institutionen einer Rechtsmacht“ erfasst werden, *Vismann*, *AKten, Medientechnik und Recht*, 2011, S. 13 Fn. 5; dazu

tergebar theatrale[n] Dimension des Gerichts“ – die zweite Funktionslogik ist diejenige des Wettkampfs („agonales Dispositiv“).³ *Krewani* fokussiert auf die performative, theatrale Dimension des gerichtlichen Prozesses und vor allem auf die Medien als Teil dieses performativen Dispositivs (S. 39). Sie zeigt am Beispiel von filmischen Umsetzungen dreier internationaler Tribunale (Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse, Tokyo Trials und Aufarbeitung des Genozids in Ruanda), wie verschiedene Medienformen, indem sie mit historischen Ereignissen verbunden werden, Recht und Wahrheitsfindung inszenieren und damit das kulturelle Gedächtnis prägen (S. 40). Auch wenn der Fokus des Beitrags darin liegt, wie Medien Recht durch fiktionale und nicht-fiktionale Mittel inszenieren und repräsentieren und weniger, wie sie das Verfahren vor Gericht prägen, hätte man im Rahmen dieses interessanten Beitrags auch gerne über die zweite Dimension des gerichtlichen Verfahrens noch etwas mehr gelesen, die agonale nämlich. Dies vor allem, weil es für *Vismann* gerade diese Dimension ist, die das Bild völkerstrafrechtlicher Verfahren bestimmt, bei denen Mikrophone und Fernsehkameras zum Einsatz kommen.⁴ Medien bewirken durch die Öffnung der Öffentlichkeit nach *Vismann* eine Gewichtsverschiebung vom theatralen zum agonalen Dispositiv. Das gerichtliche Verfahren wird zum „Schau-Prozess im wörtlichsten Sinn“ und das geregelte Schauspiel des Gerichts wird zum unregelmäßig und unbegrenzten Wettkampfspiel des Tribunals, bei dem die Zuschauer eine konstitutive Rolle haben.⁵ Diese Überlegungen könnten vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion um die audio-visuelle Aufzeichnung völkerstrafrechtlicher Verfahren von Bedeutung sein. Öffentliche Verhandlungen vor dem IStGH werden online übertragen.⁶ Hier fragt sich, ob dies auch ein Modell für die deutschen völkerstrafrechtlichen Prozesse sein könnte.

Den die theoretischen Grundlagen des Themas betreffenden Texten von *Hankel* und *Krewani* folgen zwei Beiträge zur Verfahrensselektion nach deutschem Recht. Der erste ist von *Julia Geneuss* und trägt den Titel „Ermessensausübung im völkerstrafrechtlichen Kontext“ (S. 45 ff.). Die zentrale Frage des Beitrags ist, welche normativen Bezugspunkte bzw. Erwägungen die Ermessensentscheidung leiten sollen (S. 48). Als ersten Bezugspunkt nennt *Geneuss* das „überstaatliche Gemeinschaftsinteresse an Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen in Deutschland“ (S. 50). Daraus ergibt sich unmittelbar, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden in das „Mehrebenensystem“ der völkerrechtlichen Strafrechtspflege eingebunden sind (S. 49. f.). Als weiterer Bezugspunkt mit einer besonderen normativen Gewichtung bei einer Ermessensentscheidung hinsichtlich der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen in Deutschland wird zu Recht das Strafverfolgungsinteresse von Opfer-

Diasporagruppen im Inland aufgezeigt (S. 52). Das staatliche Völkerstrafverfahren wird als „eine Art Integrationsakt“ betrachtet, der sowohl dem Interesse der Diasporagruppierungen als auch dem Interesse des Aufnahmestaates entspreche (S. 53). Was justizökonomische Erwägungen betrifft, unterscheidet *Geneuss* zwischen Ermittlungsermessen und Verfolgungsermessen (S. 50). Da das völkerstrafrechtliche Ermittlungsverfahren zunächst hauptsächlich auf eine antizipierte Beweissicherung zielt, sei es ressourcenschonender als ein vollständiges personenbezogenes Strafverfahren (S. 51). Deshalb sollte justizökonomischen Aspekten bei der Ermittlungsermessensentscheidungen ein geringeres Gewicht zukommen als bei einer Verfolgungsermessensentscheidung (S. 51).

Nach der Benennung der relevanten normativen Bezugspunkte wendet sich *Geneuss* der Frage zu, wie generell völkerstrafrechtsrelevante Ermessensentscheidungen im deutschen Justizsystem nach dem Inkrafttreten des VStGB getroffen werden (S. 54 ff.). Sie kommt zu folgendem Schluss: Während der Generalbundesanwalt sich in der zweiten Dekade der Geltung des VStGB als Teil des Systems völkerrechtlicher Strafrechtspflege selbstverortet habe und „zumindest“ bei der Ausübung des Ermittlungsermessens mittlerweile nicht mehr zurückhaltend sei (elf Strukturermittlungsverfahren), seien sich die Oberlandesgerichte ihrer besonderen Rolle innerhalb der völkerrechtlichen Strafrechtspflege noch nicht ganz bewusst (S. 56, 64). Dies zeigt *Geneuss* am Beispiel von zwei sitzungspolizeilichen Entscheidungen im Kontext des Koblenzer Al Khatib-Verfahrens⁷, die die Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung sowie die Übersetzung des Verfahrens ins Arabische betrafen (S. 60 ff., 64). *Geneuss* moniert, dass bei der Ablehnung der Tonaufzeichnung und der Übersetzung „das Entscheidungsumfeld [...] ausdrücklich rein national gehalten“ wurde (S. 61). Darüber hinaus seien normative Erwägungen, die sich aus dem als „originär inländisch [Hervorhebung im Original]“ zu verstehenden Interesse der in Deutschland lebenden syrischen Bevölkerung ergeben, von der Ermessensentscheidung des Gerichts außer Acht gelassen worden (S. 62). Nach diesen Diagnosen stellt *Geneuss* sinnvolle Reformüberlegungen an. Eine davon ist die auch von *Hankel* vorgeschlagene Zuständigkeitskonzentration bei einem bestimmten Oberlandesgericht (S. 65).

Der zweite Beitrag zur Verfahrensselektion ist der von *Antje du Bois-Pedain*. „Angemessen selektiv und inklusiv?“ fragt *du Bois-Pedain* im Titel ihres Beitrags (S. 67 ff.). Dabei will sie völkerstrafrechtliche Verfahren in Deutschland mit Blick auf ihre „projektsolidarischen Dimensionen“ beleuchten (S. 67 f.). *du Bois-Pedain* geht von der in der soziologischen Forschung zu findenden Unterscheidung zwischen „sozialer“ und „politischer“ Solidarität aus (S. 68 ff.). Die soziale Solidarität, die weiter in der Durkheimschen Terminologie in „mechanische“ und „organische“ ausdifferenziert werden kann, bezieht sich auf Ähnlichkeiten oder auf das

Kemmerer/Krajewski, in: dies. (Hrsg.), *Medien der Rechtsprechung*, 2011, S. 8 (Vorwort).

³ *Vismann*, in: *Kemmerer/Krajewski* (Fn. 2), S. 19 ff., 72 ff.; dazu *Kemmerer/Krajewski* (Fn. 2), S. 8.

⁴ *Vismann* (Fn. 3), S. 151 f.

⁵ *Vismann* (Fn. 3), S. 151 f.

⁶ Dazu *Bock*, *KriPoZ* 2023, 349 (355).

⁷ Siehe dazu ECCHR, *Das Al-Khatib-Verfahren in Koblenz, Eine Dokumentation*, 2021, S. 125 ff., 132 ff., abrufbar unter <https://www.ecchr.eu/fileadmin/flipbooks/al-khatib/de/#0> (2.4.2024).

Gefühl der Zugehörigkeit in/zu? derselben Gruppe (S. 68 f.).⁸ Sie ist, wie *du Bois-Pedain* zeigt, in ihren beiden Erscheinungsformen als „eine Art von Lebensgemeinschaftssolidarität“ zusammenzufassen (S. 69). Was nun die politische Solidarität betrifft, handelt es sich um eine „gewählte und zielgerichtete Projektsolidarität“, erklärt *du Bois-Pedain* (S. 70). Anders als im Fall der sozialen Solidarität nehmen sich hier die solidarisierten Personen nicht als Schicksalsgemeinschaft wahr (S. 70). Vielmehr geht es um die bewusste Entscheidung einiger, für die vom Unrecht betroffenen Anderen zu kämpfen und sich ihnen anzuschließen (S. 70). Während die Begründung der herkömmlichen staatlichen Strafgewalt ihre Legitimation in der sozialen Solidarität findet (der Staat sei zuständig für alle Mitglieder einer Lebensgemeinschaft, die im Staatsgebiet leben), sei die völkerrechtliche Strafrechtspflege auf der Grundlage des Weltrechtsprinzips eine Form von politischer Solidarität, ein projektsolidarischer Akt mit den Opfern von massivem Unrecht (S. 81). Dadurch wird nach *du Bois-Pedain* klar, dass die völkerrechtliche Strafverfolgung in Drittstaaten eine altruistische „Sonderleistung“ ist, die notwendigerweise nur selektiv erfolgen kann (S. 81). Die Selektivität der Strafverfolgung sei daher nur ein „Scheinproblem“, vielmehr sollte man sich mit der Frage befassen, wie die Verfahrenspraxis auszugestalten sei, damit sie der projektsolidarischen bzw. politisch-solidarischen Dimension der völkerstrafrechtlichen Verfahren gerecht wird (S. 91).

Erwogen wird in diesem Zusammenhang unter anderem die Hervorhebung des politischen Charakters der Verfahren, indem eine politische Entscheidung zur Strafverfolgung der Tätigkeit der Bundesanwaltschaft vorausgeht (S. 90). Dies könnte nach *du Bois-Pedain* dafür sorgen, dass die völkerrechtliche Strafrechtspflege in Deutschland opferorientierter wird (S. 90). Die stärkere Opferorientierung setze eine „politische Solidarisierungsentscheidung“ voraus, die nicht in den Zuständigkeitsbereich der Strafverfolgungsbehörde falle (S. 90). Dieser Vorschlag regt durchaus zur Diskussion an. Zu beachten ist allerdings Folgendes: Politische Ermessenserwägungen, die faktisch als politische Bewilligungsentscheidungen funktionieren, könnten der immer wieder laut werdenden Kritik Vorschub leisten, dass das Weltrechtsprinzip als Herrschaftsinstrument zur Durchsetzung und Sicherung von temporären Interessen mächtiger Akteure der internationalen Politik fungiert. Für die Legitimation von Völkerstrafrechtsverfahren in Drittstaaten sowie für die universale Geltung der Menschenrechte könnte dies abträglich sein. Dass man sich mit der Selektivität des projektsolidarischen Engagements abfinden sollte, bedeutet nicht zugleich, dass man offensiv-kommunikativ die politisch-selektive Dimension der Völkerstrafrechtspraxis hervorheben sollte und damit die Skepsis gegenüber dem Weltrechtsgrundsatz verstärkt.

Mit prozessualen Herausforderungen der Strafverfolgung aus der Ferne befasst sich der nächste Beitrag. *Frank Peter Schuster* widmet sich in diesem Zusammenhang dem Thema „Rechtliche Probleme bei Auslandsermittlungen“ (S. 93 ff.).

In seinem Beitrag zeigt er, welche Beweismittel aufgrund von besonderen Umständen eine geringere Zuverlässigkeit aufweisen. Erkenntnisse, die im Rahmen der Ermittlungstätigkeit von Nichtregierungsorganisationen gewonnen, Zeugenaussagen, die „im Wege einer witness preparation der Zeugenaussage quasi eingeübt“ wurden oder im Rahmen audiovisueller Vernehmungen entstanden sind sowie Aussagen oder Bildmaterial, die von anonym gehaltenen Zeugen stammen, haben nach *Schuster* einen geminderten Beweiswert und sollten vom Gericht entsprechend vorsichtig gewürdigt werden (S. 102, 110). Ein Verwertungsverbot ergebe sich daraus nicht, da Verwertungsverbote nicht der Ermittlung der materiellen Wahrheit dienen (S. 111). Sie kämen nur in Betracht, wenn Verfahrensnormen verletzt werden, die dem Schutz der Beschuldigteninteressen dienen (S. 111). Gleichwohl sollten Würdigungsfehler mit Blick auf die geminderte Zuverlässigkeit des Beweismittels im Rahmen der erweiterten Revision berücksichtigt werden (S. 111).

Dem Beitrag von *Schuster* folgt *Laura Neumanns* „Bericht zum Vortrag von Jürgen Hettich, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., über seine Erfahrungen aus dem FDLR-Verfahren vor dem Oberlandesgericht Stuttgart“. Nach *Neumanns* Bericht betonte Hettich, dass das Gericht im FDLR-Verfahren mit großen prozessualen Herausforderungen konfrontiert wurde, die „mit den Mitteln der Strafprozessordnung eigentlich nicht zu bewältigen“ waren (S. 114). Für diese Ansicht steht sein in der mündlichen Urteilsbegründung geäußertes prominenter Satz „So geht es nicht!“, auf den Hettich in seinem Vortrag verwies (S. 114). Als besonders schwierig erwies sich nach den Ausführungen Hettichs die Hinzuziehung von ausländischen Zeugen. Dies liege auch daran, dass es eine Pflicht zum Erscheinen ausländischer Zeugen vor einem deutschen Gericht nicht gibt (S. 115). Dass auch das Zeugnis derjenigen, die freiwillig nach Deutschland eingereist waren, nicht nach § 70 StPO erzwungen werden durfte (wenn schon das Erscheinen nicht erzwungen werden kann, dann erst recht nicht die Aussage), dürfte für die Motivation von Auslandszeugen, vor einem deutschen Gericht zu erscheinen, nicht förderlich gewesen sein (S. 115 f.). Weiterhin berichtet *Neumann* über Hettichs Schilderung praktischer und organisatorischer Herausforderungen mit Blick auf Zeugenschutzprogramme, audiovisuelle Vernehmungen, Dolmetscherleistungen und Pflichtverteidigung.

Nach den Beiträgen zu prozessualen Schwierigkeiten völkerstrafrechtlicher Verfahren in Deutschland wird dem Thema der Nebenklage besondere Aufmerksamkeit gewidmet. *Andreas Werkmeister* befasst sich in seinem Text „Gesetzliche Nebenklagebefugnis für Völkerstrafatopfer“ mit der theoretischen Legitimation der Nebenklage und mit dem Verletztenbegriff in nationalen Völkerstrafverfahren (S. 119 ff.). Teil eines „humanen Umgangs mit Abweichung“ seitens des Staates sei, dass die Legitimität der Rechtsgüter „glaubwürdig und integer vertreten [werde]“ (S. 128). Die Nebenklage lasse sich als „Element eines humanen Umgangs mit Abweichung“ legitimieren, da der Betroffene einer Straftat „am glaubwürdigsten“ die Legitimität des verletzten Rechtsgutes kommunizieren könne (S. 128 f.). Nach der theoretischen

⁸ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung, Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 8. Aufl. 2019, S. 118 ff., 162 ff.

schen Fundierung der Nebenklage wirft *Werkmeister* die Frage auf, wer der Verletzte ist (S. 129 ff.). Er argumentiert überzeugend, dass trotz des kollektiven und systematischen Elements von Völkerstraftaten, das ihre internationale Dimension ausmacht, im Völkerstrafrecht nicht allein Kollektivgüter geschützt werden, sondern auch Rechtsgüter von Personen, die individuell von den Taten betroffen sind. „Der Schutz eines kollektiven Organisationsprinzips der Menschenwürde wäre ohne Schutz der Würde individueller Personen ‚blutleer‘“ (S. 132) ist seine zentrale Aussage.

Die im Gesetzesentwurf⁹ vorgesehenen Änderungen zur Stärkung von Opferrechten in völkerstrafrechtlichen Verfahren entsprechen grundsätzlich den Überlegungen *Werkmeisters*. Zukünftig soll Opfern von Völkerstraftaten (auch ihren Angehörigen im Falle der Tötung) die Nebenklagebefugnis eingeräumt werden, was begrüßenswert ist. Gleichwohl ist die Nebenklageberechtigung nicht ohne markante Einschränkungen vorgesehen, z.B. werden Eigentumsdelikte nicht einbezogen. Eigentumsdelikte als Kriegsverbrechen können allerdings in erheblicher Weise die Würde individueller Personen verletzen und sind, was die Nebenklagebefugnis betrifft, nicht mit herkömmlichen Eigentumsdelikten gleichzustellen.¹⁰ *Werkmeisters* Überlegungen zum individualschützenden Zweck von Völkerstrafatbeständen bieten sich als theoretische Grundlage für den weiteren Ausbau der Nebenklage im Völkerstrafverfahren an.

„Die Nebenklage im nationalen Völkerstrafprozess aus rechtspraktischer Perspektive“ beleuchtet *Dieter Magsam* (S. 137). Auf der Grundlage von eigenen Erfahrungen insbesondere aus seinen Erfahrungen als Vertreter der Nebenklage im Frankfurter Verfahren gegen den früheren ruandischen Bürgermeister Onesphore Rwabukombe unterbreitet er Vorschläge zur Gestaltung der Nebenklage in nationalen völkerstrafrechtlichen Verfahren. Sein zentraler Vorschlag lautet: NGOs sollte eine eigene Nebenklageberechtigung eingeräumt

⁹ Fn. 1.

¹⁰ *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (355); *Ambos*, Stellungnahme im Rechtsausschuss vom 31.1.2024 zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwurf „zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts“, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/988088/9578598fa0a5d366cec729b87a33b820/Stellungnahme-Ambos.pdf>

(21.3.2024);

Geneuss, Stellungnahme im Rechtsausschuss vom 31.1.2024 zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwurf „zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts“, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/988200/a836e0f12c81bd63c0565a7f2a26cc51/Stellungnahme-Geneuss.pdf>

(21.3.2024);

Safferling, Stellungnahme im Rechtsausschuss vom 31.1.2024 zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwurf „zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts“, S. 8, abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/988098/e3c7428b5c86da00b910bd51ee2ef729/Stellungnahme-Safferling.pdf>

(21.3.2024).

werden (S. 146). Dies würde zu mehr Transparenz im Verfahren sowie zur Verbesserung der internationalen Sichtbarkeit nationaler völkerstrafrechtlicher Prozesse (outreach) beitragen (S. 146). Außerdem argumentiert *Magsam* in seinem Beitrag dafür, dass Nebenkläger nicht anonym bleiben. Die aktive und offene (d.h. nicht anonymisierte) Mitwirkung der Verletzten am Verfahren als Nebenkläger sei Teil eines Reifungsprozesses für die Verletzten, bei dem sie ihren Opferstatus überwinden könnten (S. 146 f.).

Verschiedenen Kommunikationsproblemen bei der nationalen Strafverfolgung völkerrechtlicher Straftaten sind die letzten drei Beiträge des Tagungsbandes gewidmet. Psychotherapeutin *Sibylle Rothkegel* zeigt in ihrem Beitrag, dass Kommunikationsprobleme sich aus psychischen Belastungen traumatisierter Zeugen ergeben können (S. 149 ff.). Sie beschreibt, wie erlittene Traumata, die das Gefühl der Machtlosigkeit und des Kontrollverlustes über sich selbst ausgelöst haben (S. 151), im Strafverfahren, insbesondere bei invasiver Vernehmung, wiederbelebt und vertieft werden können (S. 153). Das Trauma ist als Prozess zu verstehen, erklärt *Rothkegel* (S. 153). Erlittenes Unrecht kann wiederholt und intensiviert werden, wenn die soziale Umwelt inadäquat auf die betroffenen Personen reagiert, z.B. wenn das Opfer die Kommunikationsstrukturen des Strafverfahrens als demütigend erfährt (S. 153 f.). Dies kann dazu führen, dass traumatisierte Zeugen im Verfahren Konzentrations- und Gedächtnisstörungen entwickeln oder dass sie zum Misstrauen und Rückzug neigen (S. 155). Vor diesem Hintergrund betont *Rothkegel* ganz zu Recht, dass die „Vor- und Rahmenbedingungen im Umgang mit traumatisierten Zeug:innen“ (so auch der Titel des Beitrags) an Konzepten des „Empowerments“ und der „Stabilisierung“ der Verletzten ausgerichtet sein sollten (S. 156). Dazu gehöre die Unterstützung, ihre Interessen selbstbestimmt im Strafverfahren zu vertreten (S. 156). Die im aktuellen Gesetzesentwurf vorgesehene Anpassung des § 406g StPO zur Beiordnung einer psychosozialen Prozessbegleitung für Opfer von Völkerstraftaten, die als Nebenkläger zugelassen wurden, ist auf jeden Fall ein wichtiger Schritt, um die von *Rothkegel* dargestellten Rahmenbedingungen eines sensiblen und respektvollen Umgangs mit traumatisierten Menschen herzustellen.

Kommunikationsprobleme können sich nicht nur aufgrund von traumatisierenden Erfahrungen der Zeugen ergeben. Nach der Psychologin *Hede Helfrich* können Kommunikationshürden daraus resultieren, dass Vernommene und Vernehmende unterschiedlich kulturell geprägt sind (S. 170). In ihrem Beitrag „Wahrheitsfindung aus interkultureller Perspektive: Zur Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen“ beschreibt *Helfrich*, wie kulturelle Faktoren, etwa die individualistische oder kollektivistische Orientierung einer Gesellschaft, Einfluss auf die Zeugenaussagen nehmen können (S. 160 ff., 167). Der Grad des Gruppenbezugs könnte Wahrnehmung, Speicherung, Erinnerung von Informationen sowie den Bericht über sie bestimmen und möglicherweise zu bewussten oder unbewussten Verfälschungen führen (S. 159, 167, 170). Es sei nötig, hebt *Helfrich* hervor, Verfahren zu entwickeln, bei denen die Glaubhaftigkeit von Zeugenaussa-

gen aus interkultureller Perspektive zuverlässig bewertet werden kann (S. 170).

Spricht man über Kommunikationshürden in völkerstrafrechtlichen Verfahren, kann man nicht die Schwierigkeiten außer Acht lassen, die mit den „Dolmetscher- und Übersetzungsleistungen“ verbunden sind. *Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu* vervollständigt daher mit seinem Beitrag (der zugleich auch der letzte Beitrag des Tagungsbandes ist) die Kommunikationsthematik, indem er sich den sprachlichen Barrieren im Strafverfahren widmet. „Der Einsatz von Dolmetschern und der Anspruch auf Übersetzungsleistungen im Strafverfahren als Herausforderungen für den Rechtsstaat“ lautet der Titel (S. 171 ff.). *Oğlakcioğlu* liefert einen sehr instruktiven Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Dolmetscherhinzuziehung und zum Anspruch auf Übersetzungsleistungen (S. 175 ff.). Zudem zeigt er praktische Grenzen der Dolmetscher- und Übersetzerleistungen auf (S. 187 f.). Dazu zählen nicht nur der Zeit- und Kostenaufwand, sondern auch die ernüchternde Tatsache, dass „allenfalls Worte, aber keine Emotionen übersetzt werden können“ (S. 187). Er macht auch darauf aufmerksam, dass ein Dolmetscher keine Übersetzungsmaschine ist, deren Tätigkeit sich in einer schlichten Übertragung von Worten einer Sprache in eine andere erschöpft (S. 188). Vielmehr sei der Translationsprozess ein „eigene[r] Interpretationsakt“ (S. 188). Insgesamt seien die Dolmetscher- und Übersetzungsleistungen mit vielen Herausforderungen für alle Beteiligten verbunden, insbesondere für den fremdsprachigen Beschuldigten, der „durch die festgelegte Gerichtssprache mit jeder Äußerung im Verfahren auf's Neue an seine Stellung als ‚Fremdkörper‘ erinnert wird“ (S. 188). Gerade diese schwache Position des Beschuldigten, hebt *Oğlakcioğlu* hervor, sollte dazu bewegen, den praktischen Unzulänglichkeiten entgegenzuarbeiten und die Rechtstaatlichkeit des Verfahrens zu sichern (S. 188).

III. Fazit

In ihrem Vorwort weisen *Stefanie Bock* und *Markus Wagner* auf die Bedeutung eines, „ganzheitlichen Ansatz[es]“ für die Fortentwicklung des Völkerstrafrechts hin, „der das Verfahren als integralen Bestandteil eines übergeordneten internationalen Strafjustizsystems versteht“ (S. 8). Anders als die gegenwärtigen Reformbestrebungen sollte man über Einzelaspekte hinausgehen und eine empirisch untermauerte „holistische“ Betrachtungsweise zugrunde legen (S. 8). Dem Tagungsband gelingt dies gut; er stützt sich überzeugend auf ein solches interdisziplinär fundiertes Konzept. Somit regt er, gerade auch in Anbetracht der geplanten legislativen Änderungen, weiter zum kritischen Nachdenken über die Leistungsfähigkeit des deutschen Völkerstrafrechts an. Bei dem von *Stefanie Bock* und *Markus Wagner* veröffentlichten Tagungsband handelt es sich um einen wichtigen Beitrag zur aktuellen Diskussion über die Fortentwicklung des deutschen Völkerstrafrechts.

*PD Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M. (Berlin), Hannover/Leipzig**

* Die *Verf.* ist seit 2024 Privatdozentin an der Leibniz Universität Hannover und vertritt im Sommersemester 2024 den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Universität Leipzig.